

RE-JUS CASEBOOK

IL DIRITTO EUROPEO E LA TUTELA EFFETTIVA DEL CONSUMATORE NEL DIALOGO TRA CORTI E AUTORITÀ AMMINISTRATIVE



THE RE-JUS PROJECT IS CO-FUNDED
BY THE JUSTICE PROGRAMME OF THE
EUROPEAN UNION
(JUST/2015/JTRA/AG/EJTR/8703)

Pubblicato nell'ambito del progetto:

Roadmap To European Effective Justice (Re-Jus):
Judicial Training Ensuring Effective Redress To Fundamental Rights Violations.

Partner coordinatore:

Università di Trento (Italia)

Partners principali:

Università di Versailles Saint Quentin-en-Yvelines (Francia)

Istituto di Scienze Giuridiche dell'Accademia delle Scienze Polacca. (Polonia)

Università di Amsterdam (Olanda)

Partners associati:

Scuola Superiore della Magistratura (Italia)

Consejo General del Poder Judicial (Spagna)

Institutul National al Magistraturii (Romania)

Pravosudna Akademija (Croazia)

Ministrstvo za pravosodje Republika Slovenije (Slovenia)

Judicial Studies Committee of the Irish Judiciary (Irlanda)

Coordinatore scientifico del progetto Re-Jus:

Fabrizio Cafaggi

Coordinamento:

Chiara Angiolini e Paola Iamiceli

Redatto dalla dottoressa Chiara Angiolini
con la collaborazione di (in ordine alfabetico):

Federica Casarosa

Giulia Pelà

Chiara Patera

Gianmatteo Sabatino

Project manager:

Chiara Patera

Nota sugli esperti ed i collaboratori nazionali:

Il *team* Re-Jus ringrazia tutti i magistrati, gli esperti ed i collaboratori che hanno contribuito alla realizzazione del progetto e alla stesura del presente *Casebook* attraverso la segnalazione di pronunce giurisprudenziali nazionali ed europee (in ordine alfabetico):

Giovanni Arnone, Corte di Cassazione

Valeria Carfi, ARERA

Margherita Cartechini, ABF,

Rita Coco, AGCM

Giuseppe Fiengo, Tribunale di Milano

Ilaria Gentile, Tribunale di Milano

Roberto Giovagnoli, Consiglio di Stato,

Giuseppe Guizzi, ACF, Università di Napoli

Viola Nobili, Tribunale di Milano

Silvia Vitro', Tribunale di Milano

Sommario:

INTRODUZIONE

Una breve guida alla lettura.....	4
La tutela amministrativa e il sindacato giurisdizionale dei giudici ordinari ed amministrativi	9
Uno sguardo al futuro	11
La struttura ed i contenuti del <i>Casebook</i>	14

1 POTERI OFFICIOSI DEL GIUDICE E DELL'ENFORCER NON GIUDIZIARIO

1.1 Il contesto europeo e quello italiano	18
1.2 Rilevabilità d'ufficio della vessatorietà della clausola	19
1.3 Rilevabilità d'ufficio dello status di consumatore rispetto alla violazione di obblighi di informazione nei contratti di credito al consumo	34

2 ONERE DELLA PROVA NELL'ACCESSO DEL CONSUMATORE ALLA GIUSTIZIA

2.1 Il contesto europeo e quello italiano	38
2.2 Onere della prova nei giudizi di responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per violazione degli obblighi di informazione	39
2.3 Onere della prova dell'acquirente di un bene di consumo difettoso e pratiche commerciali scorrette	49
2.4 Onere della prova e tutela del consumatore nell'illecito anticoncorrenziale	53

3 RIMEDI EFFETTIVI, PROPORZIONALI E DISSUASIVI A TUTELA DEL CONSUMATORE

3.1 Il contesto europeo e il contesto italiano	74
3.2 Nullità delle clausole e integrazione del contratto	74
3.2.1 Obblighi di trasparenza nei contratti di credito al consumo	75
3.2.2 Interessi moratori e clausole vessatorie nei contratti di credito al consumo	80
3.3 Forma e nullità di protezione nei contratti di investimento.....	89
3.4 Proporzionalità dei rimedi e gravità dell'inadempimento ai fini della risoluzione nei contratti di investimento	96
3.5 Pratiche commerciali scorrette fra regole di validità e regole di responsabilità.....	103
3.6 Danno da illecito anticoncorrenziale e proporzionalità del rimedio	107
3.7 I criteri di quantificazione della sanzione pecuniaria alla luce dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività	117

4 TUTELA GIURISDIZIONALE E AMMINISTRATIVA

4.1 Il contesto europeo e il contesto italiano	124
4.2 Effettività della tutela e coordinamento tra autorità amministrative e giurisdizionali. Il problema delle competenze.....	125
4.2.1 Il riparto di competenze dell'AGCM e dell'AGCOM in materia di pratiche commerciali scorrette	129
4.3 Il sindacato giurisdizionale sui rimedi.....	139
4.3.1 L'accertamento della natura vessatoria delle clausole da parte dell'AGCM e il ruolo dell'art. 37 bis cod. cons. nell'ambito della tutela privatistica.....	139
4.3.2 Discrezionalità amministrativa dell'autorità di enforcement e sindacato giurisdizionale nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette e dell'illecito anticoncorrenziale.....	144

5 TUTELA INDIVIDUALE E COLLETTIVA

5.1 Il contesto europeo e il contesto italiano	151
5.2 Legittimazione ad agire e rimedi esperibili dalle associazioni in tema di obblighi di informazione nei contratti di credito al consumo	153
5.2. Clausole vessatorie, pratiche scorrette ed effetti del provvedimento inibitorio	157
5.3 Pratiche commerciali scorrette e azione di classe	162
5.4 Possibilità del ricorso in Cassazione avverso l'ordinanza di inammissibilità dell'azione di classe	166

APPENDICE

QUESTIONI IPOTETICHE	170
I sessione di discussione di casi pratici.....	170
II sessione di discussione di casi pratici.....	172
III sessione di discussione di casi pratici	174

INTRODUZIONE¹

Una breve guida alla lettura

Il *Casebook* ha ad oggetto l'impatto dei diritti fondamentali sulla tutela del consumatore, del risparmiatore e dell'investitore. Il ruolo della Corte di Giustizia, la natura e l'impatto delle sue pronunce, vengono scrutinate con riferimento al principio di effettività e al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva. Come recentemente affermato dalla Corte di Giustizia, *“Il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che i singoli traggono dal diritto dell'Unione, cui fa riferimento l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, costituisce, infatti, un principio generale di diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che è stato sancito dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e che è attualmente affermato all'articolo 47 della Carta (v., in tal senso, sentenze del 13 marzo 2007, Unibet, C-432/05, EU:C:2007:163, punto 37, e del 22 dicembre 2010, DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, punti da 29 a 33).”* (C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*).

Come in molti altri Stati europei, anche in Italia la tutela dei consumatori è affidata all'azione di molteplici autorità, che impiegano strumenti diversi per conseguire obiettivi comuni. Il *Casebook* integra dunque la giurisprudenza del giudice ordinario con l'esame dei provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti, le sentenze dei giudici amministrativi e le pronunce degli arbitri bancari e finanziari, evidenziando il diverso livello di incidenza dei diritti fondamentali e in particolare del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva *ex art. 47 CDF*.

L'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di equivalenza ed effettività viene svolta con il duplice obiettivo: valutarne l'incidenza sui poteri dei diversi soggetti abilitati a garantire la tutela giurisdizionale e verificare la possibilità che principi enunciati in relazione all'articolo 47 della Carta con riferimento ai consumatori possano trovare applicazione, con adattamenti, anche ad altri settori dell'ordinamento soggetti al diritto europeo,

L'architettura del *Casebook* si ispira ad una metodologia ormai sperimentata, che descrive il ciclo di vita delle sentenze della Corte di Giustizia europea (CGUE) dalla fase del rinvio a quella dell'impatto, successiva alla pronuncia della Corte stessa. L'obiettivo è mostrare la rilevanza delle pronunce CGUE e CEDU nel nostro ordinamento e soprattutto le modalità di 'recezione' da parte della nostra giurisprudenza ordinaria ed amministrativa. Si tratta di un dialogo che spesso coinvolge anche autorità e giudici amministrativi. Include anche il legislatore quando gli effetti della invalidità siano tali da richiedere una misura generale, come accaduto in Spagna per le clausole *suelo* nei contratti di mutuo ipotecario. L'emersione del principio di diritto europeo di fonte giurisprudenziale, spesso soggetto a puntualizzazioni sollecitate da rinvii pregiudiziali successivi viene concretizzato dalle giurisprudenze nazionali con adattamenti sia sul piano del diritto sostanziale che su quello del diritto processuale. È dunque il frutto di un'interazione verticale tra corti nazionali ed europee e di un dialogo indiretto tra corti nazionali di diversi Stati membri, chiamate ad interpretare dispositivi nati in relazione a questioni emerse in contesti normativi di singoli Stati membri che necessitano adattamenti per essere generalizzati.

L'evoluzione giurisprudenziale viene letta alla luce del dialogo tra le corti europee e nazionali e della sua evoluzione che appare caratterizzata, dopo la sentenza 269/2017 della Corte Costituzionale italiana, da nuovi aspetti concernenti la cosiddetta “doppia pregiudizialità”, quella costituzionale interna e quella europea. Si tratta del principio riaffermato di recente dalla Corte di Giustizia, secondo il quale le corti nazionali non potrebbero essere soggette ad un vincolo di

¹ Questa introduzione è stata scritta dal Professor F. Cafaggi e dalla Professoressa P. Iamiceli.

proposizione alla Corte Costituzionale della questione di conformità del diritto interno al diritto europeo (*Global Starnet*). Sebbene non concernente direttamente la tutela dei consumatori l'*obiter* della sentenza n. 269/2017, dove si indica la necessità di rimettere alla Corte Costituzionale questioni di legittimità concernenti l'efficacia indiretta delle direttive e quelle riguardanti i diritti fondamentali, sembrerebbe rimettere parzialmente in discussione il consolidato principio della facoltà/dovere dei giudici di rinviare alla Corte di Giustizia questioni pregiudiziali concernenti il rapporto tra norme di diritto europeo e norme nazionali, incluse le interpretazioni giurisprudenziali delle Corti di legittimità. La risposta della Corte di Cassazione non è uniforme. Con l'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale n. 3831 del 2018 e più di recente con la sentenza Cass. 12108/2018 in materia di lavoro, la Corte di Cassazione ha, da un lato, cercato chiarimenti, invitando la Corte Costituzionale ad interrogare la Corte di Giustizia; dall'altro, ha ribadito la necessità di conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di rinvio pregiudiziale.

Ci troviamo dunque in una fase di passaggio, con possibili rilevanti cambiamenti della struttura del dialogo tra corti destinati ad incidere sull'effettività delle tutele.

Il ruolo dei diritti fondamentali nella tutela dei consumatori è aumentato notevolmente, spiegando effetti sia sul piano sostanziale sia su quello processuale. L'effettività dei diritti attribuiti ai consumatori dipende non solo dagli strumenti processuali, di cui essi dispongono, ma anche dall'ambito attribuito al giudice di intervenire *ex officio*. Il legame tra i due profili costituisce forse l'elemento più significativo della costruzione giurisprudenziale europea. L'interpretazione delle direttive europee, in particolare della disciplina delle clausole vessatorie (dir. 93/13) e delle pratiche commerciali scorrette (dir. 2005/29) alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali, ha consentito alla Corte europea di giustizia e alle giurisprudenze nazionali di adattare e talvolta conformare i poteri del giudice civile al fine di consentire un adeguamento della tutela ai nuovi diritti.

Tali poteri riguardano la rilevabilità d'ufficio della nullità (*Mostaza y Claro*, *Pannon*, *Penzugyi*, *Asturcom*), quella della violazione di doveri di informazione (Radlinger), quella dello status di consumatore (*Faber*), la stabilità del giudicato (*Gutierrez Naranjo*). Vi sono poi aree come quelle delle pratiche commerciali scorrette e della responsabilità del produttore, in cui il tema della rilevabilità d'ufficio non è stato ancora affrontato ma è probabile che in futuro ciò possa accadere sulla base dei principi definiti in materia di vessatorietà delle clausole.

Con la sua giurisprudenza la Corte di Giustizia ha dapprima conferito ai giudici nazionali il potere di rilevare d'ufficio, entro un ambito generalmente più ampio rispetto a quello ordinariamente consentito dalle regole processuali nazionali (*Oceano*). In un secondo momento (*Mostaza y Claro*, *Pannon*, *Asturcom*) ha trasformato il potere in un dovere associando ad esso, per i giudici di ultima istanza, una responsabilità in caso di omesso rinvio. La mancata rilevazione di un'invalidità d'ufficio viola il diritto europeo e può dar luogo a responsabilità. L'applicazione dei principi enunciati dalla Corte di Giustizia alla materia delle nullità ha condotto ad una ridefinizione della rilevabilità di ufficio, portando a rivedere il rapporto tra nullità generale (art. 1421 c.c.) e nullità di protezione in ambito di tutela dei consumatori (art. 36 Codice del consumo). La rilevabilità d'ufficio della nullità viene consentita in ogni grado di giudizio, ritenendosi che la mancata rilevazione nei gradi precedenti non abbia formato giudicato interno. Una giurisprudenza nazionale non ancora sottoposta al vaglio della Corte di Giustizia concerne la nullità del contratto quadro di investimento, su cui la Corte di Cassazione ha anche di recente ribadito la sua irrilevanza di ufficio in ipotesi in cui l'investitore si sia limitato a contestare la validità dei singoli ordini di acquisto senza aver riguardo al contratto quadro in cui tali ordini si iscrivono (Cass.

4458/2018; Cass. 5249/2016). Si tratta di un confine molto delicato, perché l'ampliamento della rilevanza d'ufficio delle nullità al contratto quadro aprirebbe una serie di questioni in merito ai poteri istruttori del giudice e ai confini dell'appello in caso di gravame.

La funzione di controllo giurisdizionale delle condotte ed in particolare della vessatorietà di clausole e della slealtà delle pratiche commerciali modifica sensibilmente il ruolo del giudice civile e di quello amministrativo, quando ad esempio l'autorità amministrativa, cui pure dovrebbe spettare tale potere in sede di controllo sulla esistenza di clausole vessatorie, non l'abbia esercitato. La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha concentrato l'attenzione sulla giurisdizione ma non vi è ragione di ritenere che analoghi poteri non spettino all'autorità amministrativa quando, in forza del principio di autonomia procedurale, le sia affidato il controllo sulla scorrettezza piuttosto che o in aggiunta al giudice ordinario. L'articolo 37 *bis* del Codice di consumo prevede che l'AGCM, d'ufficio o su istanza di parte, possa dichiarare la vessatorietà anche se al comma 5 si fanno salve le competenze del giudice ordinario in materia di validità. Dunque un controllo d'ufficio può essere esercitato sia da parte del giudice ordinario sia dell'autorità amministrativa, nel caso di specie l'AGCM.

Tema connesso a quello della rilevanza d'ufficio concerne i poteri conformativi del giudice. Il tema emerge sia in materia di clausole sostitutive di quelle vessatorie, sia di quelle relative a pratiche commerciali scorrette, quando sia necessario sostituire alla clausola contrattuale, che definisce la pratica scorretta, una clausola contrattuale conforme al diritto interno e a quello europeo. Il tema, affrontato prevalentemente nell'ambito dei contratti di credito al consumo, ha una portata di carattere generale, interrogando il rapporto tra principio di effettività della tutela e i poteri integrativi del giudice civile e, per quanto ad esso riferibili, quelli del giudice amministrativo. Questi sono diversi a seconda che la clausola invalida debba sostituirsi con norma imperativa, con una norma dispositiva o con riferimento agli usi. La tutela dell'autonomia privata incontra qui limiti più significativi di quelli relativi alla declaratoria d'invalidità e tuttavia certamente il principio di effettività incide, secondo la giurisprudenza, anche in relazione al potere conformativo del giudice relativo agli effetti della invalidità. Certamente su questo terreno i limiti dell'autonomia privata sono diversi a seconda che si operi in mercati regolati e non regolati. Come dimostra la giurisprudenza in materia di poteri delle autorità di garanzia e di regolazione, la possibilità di modificare clausole contrattuali incidendo direttamente sul regolamento contrattuale mediante integrazione del contenuto di norme imperative è oggi riconosciuta nei mercati regolati (Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 2182/2016; Tar Lazio 3261/2018 e Tar Lazio 5313/2018)². Non vi è ragione di ritenere che negli stessi mercati analogo potere in sede di sindacato non possa riconoscersi al giudice. Diversamente deve ritenersi in assenza di regolazione specifica, quando l'incidenza sul regolamento contrattuale incontra limiti superiori, come dimostra il confronto non del tutto assestato circa la sostituzione di clausole aventi ad oggetto tassi di interessi eccessivamente onerosi ma non usurari (su cui v. cap. III, par. 2, in questo *Casebook*).

² “(...) il richiamato comma 37 dello stesso art. 2 prevede che «il soggetto esercente il servizio predispone un regolamento di servizio» e che «le determinazioni delle Autorità di cui al comma 12, lettera b), costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio». Tali norme attribuiscono all'Autorità poteri ampi di etero-integrazione, suppletiva e cogente, dei contratti, sopra indicati, per il perseguimento delle specifiche finalità individuate. Si tratta di un potere che, essendo attribuito da una norma imperativa, diventa esso stesso, insieme a tale norma, parametro di validità del contratto. Perciò il contenuto dei contratti viene integrato, secondo lo schema dell'art. 1374 Cod. civ., dall'esercizio del potere dell'Autorità ovvero – qualora detti contratti contengano clausole difformi da quanto previsto dalla determinazione dell'Autorità stessa – tali clausole vanno, ai sensi del primo comma dell'art. 1418 Cod. civ., ritenute nulle per contrarietà a norma imperativa (cfr. Cass., 27 luglio 2011, n. 16401)” (Cons. Stato, Sezione VI, n. 2182/2016).

Il percorso della Corte di Giustizia, seppure orientato verso un rafforzamento delle tutele, non è stato sempre lineare ed uniforme. Così come il riferimento ai diritti fondamentali, esso riflette accenti di diversa intensità. In particolare tre temi si prestano ad un esame comparativo della giurisprudenza della Corte di Giustizia: i poteri d'ufficio del giudice, il rapporto tra tutela individuale e tutela collettiva, la relazione tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale. A questi è primariamente dedicato il *Casebook*.

L'ambito dei poteri officiosi del giudice va letto alla luce del generale principio dispositivo enunciato nell'art. 99 c.p.c. e quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato *ex art.* 112 c.p.c. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di poteri officiosi ha contribuito a sottolineare la necessità di interpretare tale principio alla luce di quello della effettività della tutela giurisdizionale.

La rilevanza dei poteri officiosi riguarda non solo (a) la rilevabilità delle questioni (es. quella dell'invalidità del contratto o delle sue clausole), ma anche (b) l'allocazione dei poteri istruttori, nonché (c) l'individuazione dei rimedi o sanzioni applicabili.

Come chiaramente indicato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'esercizio di poteri officiosi deve trovare un necessario contemperamento nel principio del contraddittorio, secondo il quale, rilevata la questione officiosa, alle parti deve consentirsi di presentare le proprie osservazioni in merito (*Banif, Pannon*). Alla luce di questa giurisprudenza va inteso l'art. 101 (2), c.p.c., ai sensi del quale “*Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione*”, norma che la stessa giurisprudenza della Corte di legittimità ha interpretato estensivamente, ricomprendendo in essa il potere delle parti di svolgere attività probatoria connessa alla questione rilevata d'ufficio (Cass., sez. u., n. 26242/2014). Altro è chiedersi se, come suggerito in altro caso dalla Corte di Giustizia, il potere di rilevazione officiosa includa anche poteri istruttori di natura officiosa in capo al giudice e come questi si combinino con i principi del contraddittorio (CGUE, *Online games*, C-685/15; CGUE, *Pénzügyi*, C-137/08, su cui v. cap. 1, par. 2).

Il tema dell'allocazione degli oneri probatori è intimamente connesso al diritto a una giustizia effettiva (CGUE, *Sporting Odds*, C-3/17; CGUE, *Online games*, C-685/15). Esso va ben al di là del caso della rilevazione officiosa di questioni. L'assolvimento di un onere probatorio eccessivamente gravoso per una delle parti può infatti tradursi in un ostacolo sproporzionato rispetto all'accesso alla giustizia (o in un limite altrettanto sproporzionato del diritto di difesa), venendo così in contrasto con l'art. 47, CDFUE, e con il principio di effettività. A quest'ultimo fa riferimento la Corte di Giustizia, quando in tema di non conformità di beni di consumo, conclude che “*uno Stato membro non può istituire obblighi tali da rendere impossibile o eccessivamente difficile per il consumatore esercitare i diritti che attinge dalla Direttiva 1999/44*” (Faber, C-497/13). Alla luce della asimmetria informativa in cui versa il consumatore, questo approccio si traduce molto spesso nell'uso di presunzioni con conseguente aggravamento dell'onere probatorio del professionista (Faber, C-497/13). Il *Casebook* mostra come, muovendo da questa prospettiva, lo stesso legislatore (europeo prima e nazionale poi) abbia introdotto presunzioni volte ad agevolare l'assolvimento dell'onere probatorio del consumatore/investitore, favorendo a cascata l'uso di ulteriori “presunzioni giurisprudenziali”. Sotto questo profilo sono esplicativi i casi della responsabilità dell'intermediario per violazione degli obblighi informativi e dell'illecito antitrust, dove l'uso della presunzione concernente l'illecito o la sua imputabilità è stato poi esteso, per via giurisprudenziale, all'esistenza del nesso di causalità (*Casebook*, cap. 2).

In merito all'individuazione dei rimedi e delle sanzioni applicabili (c), i poteri del giudice, sia civile che amministrativo, vengono profondamente incisi dalle ricorrenti previsioni legislative concernenti la effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni. L'espressione "sanzioni" deve intendersi in senso lato, comprensiva dunque non solo delle sanzioni amministrative ma anche dei rimedi civilistici. In questo senso si è mossa la Corte di Giustizia nella sua giurisprudenza (*Credit Lyonnais*, C-565/12; *Kusionova*, C-34/13; *Home Credit*, C-42/15). Sono principi espressamente enunciati in alcune direttive come la 2005/29 in tema di pratiche commerciali scorrette, la 2008/48 in tema di contratti di credito al consumo, la 2014/104 in tema di danno da illecito anticoncorrenziale. Le norme contenute in tali direttive riflettono un principio di carattere generale che informa il diritto europeo ben al di là del diritto dei consumatori, incidendo profondamente sui poteri del giudice nella decisione su quali rimedi adottare e quale contenuto essi debbano avere. La giurisprudenza civile ne fa un uso assai parco mentre quella amministrativa, almeno in sede di controllo sull'esercizio del potere sanzionatorio, li impiega correntemente quando interpreta i criteri della l. 689/81 relativi alla quantificazione della sanzione pecuniaria. La Corte di Giustizia ne ha fatto esplicito riferimento in relazione alla nullità e ai criteri che ne informano la valutazione di proporzionalità relativa ai suoi effetti (*Home Credit*, C-42/15). In particolare quando la disciplina indica la natura dei doveri di informazione o i requisiti di contenuto minimo del contratto da rispettarsi a pena di nullità, la Corte di Giustizia definisce, nell'ambito del contratto di credito al consumo, la mancanza di quali elementi debba condurre a nullità senza condurre a sostituzione della clausola nulla, secondo il criterio di proporzionalità. Il criterio di proporzionalità può dunque graduare gli effetti della nullità medesima, prevedendo, nelle forme meno gravi la loro riduzione al tasso legale. La proporzionalità va temperata con la dissuasività e dunque dipenderà dalle valutazioni compiute dal legislatore nazionale e dal giudice se gli effetti della invalidità debbano, per esempio, condurre a dichiarare l'assenza dell'obbligo del pagamento di interessi ovvero a configurare l'obbligo di pagare interessi al tasso legale.

Come illustrato nel *Casebook*, l'applicazione dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività alla nullità contrattuale, per quanto parco, ha influenzato gli esiti di alcune importanti decisioni. Nell'area della nullità parziale e della dibattuta applicazione di tassi legali in sostituzione di quelli eccessivamente onerosi contestati dal consumatore, parte della giurisprudenza dell'Arbitro Bancario e di quello Finanziario ha fatto riferimento alle decisioni della Corte di Giustizia (*Asbeek, Kasler*) per limitare il potere di sostituzione delle clausole nulle, verificandone proporzionalità e dissuasività (v. cap. 2).

Nell'area della nullità totale del contratto di investimento, la Corte di Cassazione ha contestato, sotto il profilo della proporzionalità del rimedio, il ricorso alla nullità per difetto di forma di contratti sottoscritti dalla banca ma non dal consumatore, avallando così il concetto di "nullità-sanzione" quale misura di contrasto verso la violazione di norme funzionalmente equivalente alle regole di trasparenza più che di struttura dell'atto (Cass., SSUU, n. 898/2018). Si sta in tal modo rimettendo in discussione la convenzionale partizione tra regole di validità e regole di responsabilità. Sulla scia di tale percorso interessanti pronunce dell'Arbitro Bancario e di quello Finanziario sembrano muovere nella stessa direzione.

Il criterio di proporzionalità dei rimedi e delle sanzioni è suscettibile di applicazioni che vanno ben oltre i presupposti e gli effetti della nullità. Nell'area dei rimedi civilistici, seppure implicitamente, il giudice ne fa applicazione in tema di risoluzione del contratto quando valuta la gravità dell'inadempimento e quando circoscrive gli effetti della risoluzione alla sola parte del rapporto specificamente incisa dalla violazione di obblighi contrattuali, come nel caso della risoluzione dell'ordine di acquisto che si estende al rapporto di investimento complessivamente

inteso (v. cap. III, par. 4). In altra area, effettività, proporzionalità e dissuasività hanno profondamente influenzato la giurisprudenza recente in tema di danni punitivi, determinando la rottura di paradigmi funzionali non più rispondenti al ruolo, anche deterrente, che almeno in taluni ambiti la responsabilità civile assolve (v. cap. III, par. 5). I principi dovrebbero influenzare la scelta ed il contenuto del rimedio. La pronuncia *Duarte Hueros* rimane ancora isolata e concerne solamente il rimedio della riduzione del prezzo ma indica una via percorribile sull'ambito di scelta attribuito ai giudici sia nell'esercizio del potere d'ufficio sia nelle modalità e principi cui l'esercizio di tale potere deve attenersi.

Al di fuori dei casi specificamente esaminati in questo *Casebook*, i principi di effettività, proporzionalità e dissuasività potrebbero informare le decisioni dei giudici concernenti la scelta tra rimedi risarcitori, ad esempio arricchendo le valutazioni oggi svolte in materia di risarcimento in forma specifica *ex* art. 2058 c.c. La difficoltà di usare il risarcimento quando non vi sia lesione dei diritti della persona e il pregiudizio rimanga nella sfera puramente patrimoniale potrebbe ispirare soluzioni nuove informate all'applicazione dei tre principi suddetti. Più in generale potrebbero i principi di effettività, proporzionalità e dissuasività influire sull'alternativa tra rimedi in natura e rimedi per equivalente non solo nella vendita dei beni di consumo ma anche in molti contratti dei consumatori. Essi dovrebbero regolare gli effetti restitutori derivanti dalle diverse forme di invalidità e contribuire a valutare se e quando debba operare la sostituzione automatica di clausole. Come accennato anche l'obbligo del pagamento di interessi e commissioni ad esito della declaratoria di invalidità di clausole contrattuali dovrebbe essere modulato bilanciando in particolare dissuasività e proporzionalità. Ancora i principi potrebbero incidere sul contenuto della tutela inibitoria e l'ambito degli obblighi di fare che da essa possano scaturire.

La tutela amministrativa e il sindacato giurisdizionale dei giudici ordinari ed amministrativi

La tutela amministrativa concerne, ai sensi degli artt. 27 e 37 *bis* del Codice di consumo, sia la sanzione delle pratiche commerciali sleali sia quella delle clausole vessatorie. Si tratta di una tutela che, seppur differenziata nei due casi, tende a combinare il potere sanzionatorio con quello inibitorio mentre, a diritto vigente, la tutela risarcitoria e in buona misura quella restitutoria rimangono affidate al giudice civile. Vi sono tuttavia molteplici ipotesi disciplinate dalla legge in cui le autorità amministrative possono associare all'ordine inibitorio un provvedimento che impone alle imprese la restituzione di somme indebitamente percepite in ragione delle pratiche scorrette.

Si tratta di una tutela che si aggiunge e non sostituisce quella giurisdizionale. La giurisprudenza ordinaria ha infatti affermato che il conferimento alle autorità amministrative del potere di emanare provvedimenti inibitori diretti a far cessare pratiche abusive scorrette ai sensi dell'articolo 27 Codice di consumo non pregiudica il potere del giudice ordinario di emanare ordini inibitori anche in sede cautelare ai sensi degli articoli 139 e 140 del Codice di consumo. Dunque il concorso di tutela riguarda sia sanzioni e rimedi sia rimedi a contenuto simile che possano essere emanati da autorità amministrativa ed autorità giurisdizionale. In mancanza di una disciplina specifica di coordinamento valgono le regole ed i principi generali.

La Corte di Giustizia non è ancora intervenuta a definire con precisione se il potere sanzionatorio e quello rimediale delle autorità amministrative nazionali siano soggette al vaglio di conformità con l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali, pur non essendo strutturalmente configurabili come tribunali. È evidente che l'adozione di una nozione funzionale di tribunale consentirebbe di sottoporre anche le decisioni delle autorità amministrative allo scrutinio del

diritto ad una tutela effettiva. Questa soluzione parrebbe tanto più coerente con l'impostazione del diritto europeo che affida la scelta tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale ai legislatori nazionali sulla base del principio di autonomia procedurale. Tale scelta non potrebbe infatti determinare un livello diverso di garanzia per i consumatori, maggiore in quei paesi che scelgono la tutela giurisdizionale e minore in quei paesi che optano per la tutela amministrativa, alla quale tali principi non sarebbero applicabili.

Certamente una incidenza della Carta vi è stata sul piano procedimentale, avendo dato luogo a ipotesi di contraddittorio procedimentale rafforzato. Il fondamento delle modifiche dei Regolamenti Banca d'Italia e Consob tuttavia non è stata la conformità con l'articolo 47 CDF ma è piuttosto derivato dalla natura penale di alcune sanzioni amministrative e dalla necessità di applicare più elevati livelli di garanzia in conformità con la giurisprudenza *Engel* della CEDU ed il principio del *ne bis in idem*.

La tutela amministrativa viene principalmente somministrata dalla AGCM in collaborazione con le autorità di settore che dispongono di poteri sanzionatori autonomi con riferimento a fattispecie di tutela diverse da quelle attribuite all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Pl., n. 3 e 4/2016). Ad esempio, l'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA) e l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM), a cui pure si farà riferimento in questo *Casebook*, svolgono attività di regolazione, vigilanza e controllo nei rispettivi settori di competenza e possono irrogare sanzioni amministrative, nonché ordinare al soggetto esercente il servizio la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, imponendo l'obbligo di corrispondere un indennizzo automatico da parte del soggetto esercente il servizio nei confronti dell'utente ove il medesimo soggetto non rispetti le clausole contrattuali o eroghi il servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti nel regolamento di servizio, nel contratto di programma ovvero ai sensi delle direttive dell'Autorità (v. art. 2, co. 20, l. 481/1995). Come il recente caso delle pratiche commerciali sleali relative alla fatturazione delle bollette telefoniche a 28 giorni coesistono competenze diverse: AGCOM, AGCM, giudice ordinario ed in sede di sindacato giurisdizionale il giudice amministrativo. Il coordinamento delle tutele va effettuato alla luce del principio dell'effettività temperato con quello dell'economia dei procedimenti e dei giudizi.

La tutela amministrativa si caratterizza per un ampio campo di famiglie strumenti: gli impegni, le inibitorie e le sanzioni. I primi possono essere concessi quando le violazioni commesse non siano di particolare gravità. Il Regolamento UE 2394/2017 ha proceduto a definire una disciplina di maggior dettaglio degli impegni e del contenuto che essi possono avere. Nel nostro ordinamento la disciplina degli impegni trova la sua collocazione nell'art. 27 Codice di consumo e nelle delibere delle autorità amministrative³. Si tratta di una forma di tutela che si inserisce nello schema dell'*enforcement* cooperativo con schemi collaborativi tra chi commette la violazione e chi è deputato a sanzionarla. Le imprese, quando la violazione non sia di particolare gravità, possono assumere impegni a rimuoverne gli effetti oltre che naturalmente obbligarsi alla cessazione della stessa. L'assunzione degli impegni evita l'accertamento dell'illecito e l'irrogazione della sanzione. Il mancato adempimento degli impegni apre la via al procedimento sanzionatorio oltre che configurare un inadempimento contrattuale dell'impresa.

³ Cfr. art. 27 Codice di consumo: "7. Ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale, l'Autorità può ottenere dal professionista responsabile l'assunzione dell'impegno di porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità. L'Autorità può disporre la pubblicazione della dichiarazione dell'impegno in questione a cura e spese del professionista. In tali ipotesi, l'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può renderli obbligatori per il professionista e definire il procedimento senza procedere all'accertamento dell'infrazione."

Con riferimento alle pratiche commerciali sleali è poi conferito un potere inibitorio con la possibilità di emanare in via cautelare o definitiva misure dirette alla cessazione delle pratiche. Riguardo alle clausole vessatorie va segnalato come sia possibile che le imprese chiedano in via preventiva opinioni all'AGCM interpellandola nelle forme previste dall'articolo 5 del Regolamento AGCM.

Quale rapporto esiste tra potere sanzionatorio ed effettività della tutela?

Con riferimento al potere sanzionatorio la disciplina contenuta nel Codice di consumo e nel Regolamento dell'AGCM definisce alcune caratteristiche generali, facendo esplicito rinvio alla disciplina della Legge 689/1981⁴. Il diritto europeo impone che le sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive. Su tali profili il confronto tra autorità amministrative e giudici è stato particolarmente intenso e ricco di implicazioni. Provvedimenti sanzionatori dell'AGCM hanno dato luogo ad una giurisprudenza del giudice amministrativo ricca con la quale si sono venuti definendo alcuni principi relativi alle funzioni e ai criteri di quantificazione delle sanzioni non sempre omogenei a quelli impiegati dalla giurisprudenza ordinaria nel sindacare i provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob in relazione alla tutela dei risparmiatori e degli investitori. La quantificazione della sanzione pecuniaria riflette non solo i criteri enucleati dall'articolo 11 l. 689/81 ma anche considerazioni concernenti le caratteristiche dell'impresa, la sua posizione sul mercato, la natura cooperativa o non cooperativa del comportamento di chi commette la violazione diretta ad eliminare tempestivamente le conseguenze lesive. Tali considerazioni vengono ancora oggi affidate piuttosto a criteri intuitivi che ad un metodo rigoroso in base al quale definire i diversi parametri così come le aggravanti e le attenuanti al fine della quantificazione della sanzione.

Le differenze tra le giurisdizioni concernono sia i criteri di applicazione della proporzionalità, sia l'ambito del potere giurisdizionale di rideterminazione della sanzione irrogata dall'autorità amministrativa. Una consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato afferma che il giudice amministrativo è munito di giurisdizione con cognizione estesa al merito (art. 134, comma 1, lett. c) c.p.a.) che permette la modificazione del *quantum* della sanzione senza che debba farsi rinvio degli atti all'autorità (Cons. di Stato, n. 1670/2018). Nel caso in cui competente sia il giudice ordinario, ad esempio in ambito bancario e finanziario, può avvenire la rideterminazione della sanzione da parte della Corte di appello e senza il rinvio all'autorità⁵.

I poteri sanzionatori vanno dunque esercitati alla luce dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività e nelle ipotesi in cui una pluralità di tutele concorrano devono riflettere le posizioni del danneggiato e quelle di chi ha commesso la violazione.

Uno sguardo al futuro

Con la pubblicazione delle nuove proposte di direttive sotto l'etichetta altisonante del *new deal for consumer* si è inteso dare impulso ad una nuova fase sia sul piano dei diritti, riformando la Direttiva 93/13 e la 2005/29, sia su quello delle tutele, riformando la Direttiva 2009/22 in materia di tutela inibitoria. Si tratta di una disciplina che dovrebbe essere letta in coordinamento con quella introdotta con il Regolamento UE 2017/2394 sulla cooperazione tra autorità amministrative,

⁴ Cfr. art. 27, Codice consumo, comma 13: "Per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alle violazioni del presente decreto si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, Sezione I, e negli articoli 26, 27, 28 e 29 della legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni".

⁵ V. art. 145, co. 7 *bis*, TUB: "Con la sentenza la Corte d'Appello può rigettare l'opposizione, ponendo a carico dell'opponente le spese del procedimento, o accoglierla, annullando in tutto o in parte il provvedimento o riducendo l'ammontare o la durata della sanzione". Pari disposizione è contenuta nell'art. 187 *septies*, co. 6 *ter*, TUF.

approvato alla fine del 2017 che si applicherà a partire dal 20 gennaio 2020. Nel Regolamento 2017/2394 si definiscono i poteri di indagine e poteri di esecuzione minimi delle autorità amministrative nazionali competenti, ampliandone i contenuti⁶; si disciplinano inoltre le forme di cooperazione tra autorità amministrative, trascurando però di coordinarli sia a livello nazionale che a livello transnazionale con quelle dei giudici quando tutela inibitoria, restitutoria e risarcitoria vengano conferite alla giurisdizione.

La proposta di direttiva riguardante le azioni rappresentative (Proposta di direttiva **relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la Direttiva 2009/22/CE**, 11 aprile 2018) da un lato conferma un sentiero evolutivo di potenziamento della tutela amministrativa rispetto a quella giurisdizionale; dall'altro segna un deciso cambiamento di prospettiva sia in relazione alla distribuzione di funzioni tra le due tutele sia sul piano del coordinamento all'interno degli Stati membri e tra Stati membri nelle ipotesi di illeciti transfrontalieri. Le modifiche proposte sono assai rilevanti. Esse riguardano i contenuti e gli effetti della tutela inibitoria, la possibilità di integrare le misure inibitorie con tutele restitutorie e risarcitorie anche da parte delle autorità amministrative, se così dispone lo Stato membro, il coordinamento tra diverse forme di tutela quando siano amministrate da organismi diversi all'interno di uno stato membro e tra Stati membri.

Il richiamo ai diritti fondamentali, sebbene solo nei considerando, è esplicito e dunque diviene, se ve ne fosse stato bisogno, una guida all'interpretazione della disciplina europea e di riflesso di quella di recepimento negli ordinamenti nazionali. Il considerando n. 12 da un lato riconosce, in forza del principio di autonomia procedurale, il potere degli Stati membri di scegliere la combinazione preferita tra strumenti amministrativi e giurisdizionali; dall'altro indica nell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali il criterio in base al quale tale scelta ed i rapporti tra le due forme di tutela debbano essere definiti⁷.

La proposta di direttiva sulle azioni rappresentative segna un significativo mutamento di prospettiva, riconoscendo la possibilità che anche le autorità amministrative, quando si vedano attribuito dai singoli Stati membri il potere di tutela oltre a quello più tradizionale di tipo sanzionatorio, possano ricorrere a rimedi tradizionalmente appartenenti alla giurisdizione, quali i provvedimenti consistenti nella riparazione, sostituzione, restituzioni, riduzione del prezzo, risoluzione dei contratti⁸. Tali misure possono essere chieste dalle associazioni rappresentative

⁶ V. es. considerando (17): “I consumatori dovrebbero avere diritto alla riparazione dei danni causati dalle infrazioni di cui al presente regolamento. A seconda del caso, la facoltà delle autorità competenti di ricevere da parte dell'operatore, di sua iniziativa, **impegni riparatori aggiuntivi** a beneficio dei consumatori colpiti dalla presunta infrazione di cui al presente regolamento o, se del caso, di cercare di ottenere che l'operatore si impegni a offrire ai consumatori interessati da tale infrazione adeguati rimedi, dovrebbe contribuire a eliminare l'effetto negativo di un'infrazione transfrontaliera sui consumatori. Tali rimedi potrebbero comprendere, tra l'altro, la riparazione, la sostituzione, riduzioni di prezzo, la risoluzione del contratto o il rimborso dei prezzi corrisposti per beni o servizi, nella misura adeguata, per attenuare le conseguenze negative dell'infrazione di cui al presente regolamento per il consumatore interessato, conformemente alle prescrizioni del diritto dell'Unione. Ciò non dovrebbe pregiudicare il diritto del consumatore di chiedere un risarcimento mediante gli strumenti adeguati. Ove applicabile, le autorità competenti dovrebbero informare, con strumenti adeguati, i consumatori che dichiarano di aver subito un danno a seguito di un'infrazione di cui al presente regolamento in merito a come chiederne la compensazione conformemente alla legislazione nazionale.”

⁷ “(12) Poiché sia le procedure giudiziarie sia quelle amministrative possono tutelare in modo efficace ed efficiente gli interessi collettivi dei consumatori, è lasciato alla discrezione degli Stati membri decidere se l'azione rappresentativa possa essere esperita tramite procedimento giudiziario o amministrativo, o entrambi, a seconda del pertinente ambito giuridico o settore economico in questione. Tale decisione non deve pregiudicare il diritto a un ricorso effettivo di cui all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in base al quale gli Stati membri garantiscono che consumatori e imprese abbiano il diritto di proporre un ricorso effettivo dinanzi a un organo giurisdizionale avverso una decisione amministrativa presa in forza delle disposizioni nazionali di attuazione della presente direttiva. Tale diritto include la possibilità per le parti di ottenere una decisione che accordi la sospensione dell'applicazione della decisione contestata, conformemente al diritto nazionale.”

⁸ Art. 6: “Ai fini dell'articolo 5, paragrafo 3, gli Stati membri garantiscono che gli enti legittimati abbiano diritto di intentare azioni rappresentative di natura risarcitoria, che obblighino il professionista a provvedere, tra l'altro, all'indennizzo, alla riparazione, alla sostituzione, alla riduzione del

dei consumatori e dipenderà dai singoli Stati membri se esse debbano a tal fine ricevere un mandato oppure possano agire indipendentemente da uno specifico incarico.

Un secondo strumento di rilievo è quello dei provvedimenti a contenuto dichiarativo che consentono, una volta accertata la violazione, di poter chiedere anche dinanzi ad autorità diversa rimedi di varia natura. Tale possibilità viene circoscritta ai casi in cui la quantificazione del risarcimento individuale si presenti complessa.

Il coordinamento tra rimedi è accompagnato da una disciplina puntuale del coordinamento tra autorità. L'articolo 10 disciplina gli effetti di qualsiasi provvedimento rilasciato dall'autorità (amministrativa o giurisdizionale) sulla base di una decisione definitiva che accerti che la pratica costituisce una violazione del diritto dell'Unione. L'articolo 10 tende a garantire l'interesse alla certezza del diritto, attribuendo a tali decisioni, se non contestate o comunque divenute definitive secondo la legge applicabile, natura vincolante o parzialmente vincolante per eventuali autorità che in seguito si trovino a decidere in merito a misure che presuppongono l'accertamento della medesima violazione. Come già la disciplina adottata in tema di illeciti antitrust, la norma proposta distingue tra procedimenti instaurati nell'ambito del medesimo Stato membro o di Stati diversi.

Nell'ambito di uno stesso stato membro si prevede che *“1. Gli Stati membri garantiscono che una violazione a danno di interessi collettivi dei consumatori, accertata con decisione definitiva di un organo giurisdizionale o amministrativo, incluso un decreto ingiuntivo definitivo di cui all'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), sia ritenuta accertare in maniera inconfutabile l'esistenza di una violazione ai fini di eventuali altre azioni di natura risarcitoria innanzi ai loro organi giurisdizionali nazionali nei confronti dello stesso professionista per la stessa violazione.”*

Ovviamente deve ritenersi che anche in questo caso, come per gli illeciti antitrust, i profili concernenti il nesso di causalità e il danno ovvero il contenuto dell'obbligazione di fare che consegua ad un risarcimento in forma specifica vadano definiti in sede giurisdizionale e tuttavia la nuova norma sembra indicare che l'accertamento della violazione in sede amministrativa faccia stato per il giudice ordinario che venga chiamato dal singolo consumatore o dall'associazione con un'azione di classe a pronunciarsi sul risarcimento del danno.

In relazione all'ipotesi che tale accertamento sia avvenuto in altro Stato membro si statuisce poi che *“2. Gli Stati membri garantiscono che una decisione definitiva di cui al paragrafo 1 presa in un altro Stato Membro sia considerata dai rispettivi organi giurisdizionali o amministrativi nazionali come una presunzione relativa dell'avvenuta violazione”*. Il vincolo è dunque più debole, potendo essere superato da una diversa valutazione degli elementi di fatto e di diritto posti alla base della decisione straniera.

Infine viene disciplinata la relazione tra una sentenza dichiarativa che accerta la violazione in uno Stato membro e la eventuale misura di tutela di carattere risarcitorio, anche quando richiesta in altro Stato membro per l'ipotesi, deve inferirsi, di un illecito transfrontaliero con effetti in una pluralità di Stati membri. Si afferma nell'articolo 10 comma terzo: *“Gli Stati Membri garantiscono che una decisione ricognitiva definitiva di cui all'articolo 6, paragrafo 2, sia ritenuta accertare in maniera inconfutabile la responsabilità del professionista nei confronti dei consumatori lesi da una violazione ai fini di eventuali azioni di natura risarcitoria innanzi ai rispettivi organi giurisdizionali nazionali nei confronti dello stesso professionista per la stessa violazione. Gli Stati Membri garantiscono che per dette azioni di natura risarcitoria intentate individualmente dai consumatori siano disponibili procedure celeri e semplificate.”* Si tratta di disposizioni fortemente innovative anche rispetto a quelle introdotte dal Regolamento 2394/2017.

prezzo, alla risoluzione del contratto o al rimborso del prezzo pagato, a seconda dei casi. Uno Stato membro può richiedere il mandato dei singoli consumatori interessati prima di adottare una decisione ricognitiva o di emanare un decreto di risarcimento.”

La struttura ed i contenuti del *Casebook*

Nello spirito del progetto Rejus e di precedenti progetti di formazione giudiziaria coordinati in ambito europeo, il *Casebook* è il frutto di una collaborazione tra accademici e giudici. Il suo disegno, la sua realizzazione, la sua utilizzazione riflettono un percorso pluriennale di interazione grazie al quale si realizzano la identificazione dei temi di rilievo, dei diversi orientamenti dei giudici di merito e di legittimità, dei giudici ordinari ed amministrativi. È solo grazie al contributo indispensabile di un crescente numero di magistrati che, con passione ed entusiasmo, partecipano al progetto che si riesce ad avere materiale inedito, che consente non solo di descrivere il confronto giurisprudenziale ma anche anticipare temi che costituiranno in avvenire oggetto di dialogo con la Corte di Giustizia.

Il *Casebook* è diviso in cinque capitoli, ciascuno articolato in sottosezioni tematiche e sviluppato a partire da una questione ispirata da uno o più casi concreti emersi nella recente giurisprudenza nazionale. La scelta dei casi e delle questioni è stata primariamente ispirata dall'intento di esaminare l'impatto dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle misure di tutela del consumatore sulla giurisprudenza nazionale. Non solo si è guardato a decisioni in cui tali principi fossero esplicitamente richiamati ed applicati ma anche a quelle in cui il richiamo fosse solo implicito o, seppure assente, si prestasse a meglio comprendere l'argomentazione del giudice o dell'autorità amministrativa oppure a suggerire percorsi argomentativi diversi da quelli seguiti nella decisione esaminata. Per quanto l'obiettivo non fosse quello di presentare una rassegna di giurisprudenza, più o meno completa, sui singoli temi, si è cercato di evidenziare se e in che misura la decisione in esame si rapportasse con gli indirizzi giurisprudenziali prevalenti in ambito nazionale. Ciò fatto, il lettore viene guidato nell'esame della giurisprudenza della Corte di Giustizia concernente i temi trattati. Lo scopo è quello di comprendere come di fatto la giurisprudenza europea abbia guidato o possa guidare importanti cambiamenti nella giurisprudenza nazionale e di quali strumenti il giudice o l'autorità amministrativa abbiano bisogno per fare applicazione del diritto europeo, a partire dai principi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali e dai principi generali sviluppati dalla Corte di Lussemburgo in tema di *enforcement* dei diritti dei consumatori.

Fermi questi obiettivi, la scelta dei temi è dunque legata agli ambiti in cui l'impatto dei principi europei richiamati è stato più significativo o ha maggiori potenzialità di sviluppo. Primo fra questi il tema dei poteri officiosi del giudice e delle altre autorità di tutela degli interessi di consumatori, risparmiatori, investitori (es. ABF e ACF). A questo tema è dedicato il **capitolo 1**. L'esercizio dei poteri officiosi è senz'altro più consolidato nei procedimenti diretti dalle autorità amministrative, come del resto conferma il recente Regolamento europeo in tema di protezione dei consumatori. D'altro canto, il potenziamento dei poteri officiosi indotto dalla giurisprudenza europea pone problemi interpretativi molto rilevanti nelle ipotesi in cui il processo assume come regola generale quella del principio dispositivo oppure quando regole procedurali, ispirate al principio di certezza del diritto, limitano la possibilità di estendere il sindacato del giudice su questioni non esaminate in precedenti gradi del processo. Traendo ispirazione da famosi casi europei (*Pannon*, *Banco Santander*, *Faber*) il cap. I si occupa in modo particolare dei poteri di ufficio nella rilevazione di vessatorietà di clausole contrattuali e nella individuazione dello status di consumatore ai fini dell'applicazione della disciplina consumeristica.

Il **capitolo 2** si interroga sull'impatto dei principi europei, in particolare quello di effettività, sulla distribuzione dell'onere della prova e sull'uso di presunzioni quale tecnica di alleggerimento degli oneri processuali del consumatore in vista di una tutela effettiva dei suoi diritti. È questa l'occasione per esplorare le tappe principali di un dialogo tra giudici e tra giudici e legislatori in cui il principio di effettività svolge un ruolo molto importante nella genesi di presunzioni tanto

legali quanto giurisprudenziali. Emblematici sono, sotto questo profilo, i tre ambiti prescelti: la responsabilità dell'intermediario per la violazione di obblighi informativi; la responsabilità del venditore per non conformità del bene di consumo; la responsabilità per illecito antitrust.

L'impatto dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività sui meccanismi di tutela del consumatore trova poi nel **capitolo 3** fertile terreno di indagine nell'area dei rimedi e delle sanzioni. Non solo la scelta dell'un rimedio rispetto all'altro (si pensi alla nota alternativa tra regole di validità e regole di responsabilità) può, in talune circostanze, richiedere al giudice un previo esame sulla effettività, proporzionalità o capacità dissuasiva del rimedio, ma le modalità di funzionamento dello stesso o più semplicemente il suo ammontare (es. di una misura restitutoria, risarcitoria, sanzionatoria) potrebbero doversi parametrare su quei principi. Seguendo un'articolazione per rimedi, il cap. II si occupa di nullità parziale ed eventuale sostituzione della clausola nulla; di nullità totale per vizi di forma; di annullabilità per vizi del consenso connessi a pratiche commerciali scorrette; di risoluzione del contratto; di danni punitivi; di sanzioni amministrative pecuniarie.

Il **capitolo 4** è dedicato al rapporto tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale e all'impatto che il principio di effettività sta determinando nella definizione di meccanismi di coordinamento tra tutele in contesti di tutele plurime e spesso concorrenti. Il tema riguarda in primo luogo il rapporto tra tutele amministrative erogate da diverse autorità (es. l'AGCM e l'AGCOM) e ha un'immediata ricaduta sull'accesso del consumatore a una tutela effettiva: perché espone al rischio di un contenzioso sulla competenza, che gioco forza ritarda i tempi della giustizia; perché espone al rischio di valutazioni e misure non coordinate. Nella medesima prospettiva sono state poste all'attenzione della giurisprudenza nazionale ed europea questioni di coordinamento tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale quando, ad es., in capo all'autorità amministrativa e in capo al giudice, coesistono poteri di accertamento della violazione, propedeutici all'adozione di provvedimenti autonomi e non coordinati (es. la pubblicazione dell'esito dell'accertamento ai sensi dell'art. 37 *bis*, cod. cons., e l'azione collettiva inibitoria o risarcitoria promossa davanti al giudice). Ancora, ma qui il coordinamento si impone, l'effettività della tutela del consumatore risente del sindacato giurisdizionale sul provvedimento amministrativo di tutela, più o meno effettivo, proporzionato e dissuasivo a seconda di quanto esteso possa essere quel sindacato e del se possa tradursi in una rideterminazione della misura di tutela o solo in un rinvio all'autorità decidente per il riesame del provvedimento.

In un sistema di tutela plurale dal punto di vista delle autorità coinvolte, dei rimedi esperibili e dei soggetti legittimati, attenzione particolare merita il tema delle tutele collettive, a cui è dedicato il **capitolo 5**. Ancora in chiave di effettività della tutela, l'esame svolto in questa sede tende a esaminare la portata degli strumenti di tutela collettiva, partendo dalla legittimazione ad agire delle associazioni dei consumatori. È questa legittimazione circoscritta ai soli casi previsti dalla legge o deve essere intesa in senso ampio, in ciò risentendo del principio di effettività della tutela? Potrebbe mai questa lettura estensiva espandere il ruolo delle associazioni dei consumatori nella direzione del contenzioso amministrativo e della tutela invalidatoria per annullamento di atti amministrativi? Là dove la legge ha posto limiti all'uso di strumenti di tutela collettiva (es. l'omogeneità degli interessi dei consumatori), che tipo di sindacato è rimesso al giudice nello spirito di una tutela effettiva? Il tema del rapporto tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale torna infine anche nell'area degli strumenti di tutela collettiva: quali effetti derivano da un provvedimento inibitorio di natura collettiva rispetto alla soluzione di controversie relative al singolo rapporto contrattuale? Come si coniuga, in chiave di effettività, la natura tipicamente

preventiva del rimedio inibitorio con la natura dell'invalidità quale rimedio successivo e tendenzialmente individuale?

Questi alcuni degli interrogativi affidati al lettore, con l'auspicio che da queste pagine possa non solo essere ispirato ma ispirare quanti vi hanno contribuito, proseguendo così un dialogo aperto e costruttivo tra giudici e accademici.

In questa prospettiva, contributi e materiali potranno essere inviati a info@rejus.eu.

1 POTERI OFFICIOSI DEL GIUDICE E DELL'ENFORCER NON GIUDIZIARIO⁹

1.1. Il contesto europeo e quello italiano – 1.2. Rilevabilità d'ufficio della vessatorietà della clausola – 1.3. Rilevabilità d'ufficio dello status di consumatore rispetto alla violazione di obblighi di informazione nei contratti di credito al consumo.

QUESTIONI

1.1

- Alla luce del principio di effettività della tutela del consumatore e dell'art. 47, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la rilevabilità di ufficio della nullità di cui all'art. 1421 c.c. configura un potere ovvero un dovere?

1.2

- Fino a che punto ed entro quali limiti il principio di effettività della tutela del consumatore porta a configurare in capo al giudice o altra autorità di *enforcement* un vero e proprio obbligo di rilevazione della violazione dei diritti del consumatore?

1.3

- Nel caso in cui la parte interessata non dimostri esplicitamente la veste di consumatore, è possibile o doveroso per il giudice accertarla d'ufficio o operare autonomamente tale qualificazione?
-

⁹ Questo capitolo è stato scritto dalla dottoressa C. Angiolini.

1.1 Il contesto europeo e quello italiano

Il tema dei poteri officiosi del giudice si pone al crocevia fra diritto sostanziale e diritto processuale; tale intersezione risulta evidente se si adotta la prospettiva dell'effettività, anche nell'approccio seguito dalla Corte di Giustizia.

Sul *piano sostanziale* impone di riflettere sulla portata dei diritti di consumatori, investitori e risparmiatori rispetto agli obblighi di trasparenza, informazione, correttezza professionale imposti al professionista, nonché sulla disciplina dei rimedi, con particolare riguardo a quelli civilistici. Più specificamente, ci si chiede:

Alla luce del principio di effettività della tutela del consumatore e dell'art. 47, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la rilevabilità di ufficio della nullità di cui all'art. 1421 c.c. configura un potere ovvero un dovere?

Questa può essere intesa come espressione di un più generale principio di protezione degli "interessi generali sopraindividuali", normalmente sottesi a qualsiasi forma di nullità o, al contrario, può essere invocata solo se specificamente prevista e non derogata da una normativa di settore, che affidi al singolo il diritto e l'onere di applicare il rimedio invalidatorio?

Su questa scia, e ammesso che la rilevabilità di ufficio sia strumentale alla salvaguardia di interessi sopraindividuali, inclusi quelli relativi al buon funzionamento del mercato e all'uguaglianza non solo formale, tra contraenti in posizione asimmetrica (Cass., SSUU, n. 26242/2014), ci si chiede se ciò porti a configurare un vero e proprio obbligo del giudice di rilevazione di *qualsiasi violazione* di obblighi di trasparenza, informazione, correttezza, anche là dove il legislatore non preveda per esse il rimedio della nullità. La possibilità di un rilievo officioso di un rimedio, trascurato da una parte, ne aumenta l'incisività e l'applicazione e incide dunque, in una prospettiva di diritto europeo sull'applicazione del **principio di effettività**. Nell'interpretazione ormai consolidata della Corte di Giustizia e della stessa giurisprudenza italiana, la garanzia dei diritti tutelati dalla disciplina consumeristica di matrice europea è funzionale alla correzione di asimmetrie informative e squilibri tra diritti ed obblighi fra professionista e consumatore; ed è qui che si coglie la *ratio* dell'intervento del giudice *ex officio*, cui è solitamente attribuita una funzione "equilibratrice" all'interno del processo, volta a garantire la piena tutela dei diritti del consumatore.

Sul *piano processuale* la modulazione dei poteri officiosi del giudice incide sull'architettura stessa del processo, in quanto lo orienta al perseguimento della tutela di interessi sopraindividuali seppure in funzione di protezione di specifici interessi delle parti, c.d. 'deboli' – e qui rileva il rapporto fra principio della domanda e rilevazione officiosa –, così come ne modifica le linee di fondo, privilegiando quelle che lo costruiscono a partire dall'uguaglianza sostanziale, permettendo o imponendo un intervento del giudice di fronte ad un'asimmetria di potere fra le parti. Con riguardo a tale ultimo aspetto, vengono in gioco il diritto di difesa e i principi del contraddittorio, come emerge chiaramente nel caso **Banif, del 21 febbraio 2013, C-473/11**, nonché il principio di imparzialità del giudice, sanciti a livello europeo dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. La previsione di tali garanzie si impone quale limite della rilevabilità d'ufficio senza tuttavia smentire la funzione da essa svolta per la tutela effettiva dei diritti fondamentali. Si può sin d'ora a tal proposito ricordare che sul bilanciamento tra rilevabilità d'ufficio e imparzialità del giudice è intervenuta di recente la Corte di Giustizia nella pronuncia **Online Games, del 14 giugno 2017, C-685/15**. Da tale pronuncia emerge anche la possibilità di guardare al tema dei poteri d'ufficio in modo trasversale rispetto alla giurisdizione civile e amministrativa e anche, seppure in termini parzialmente diversi, per organismi deputati, secondo

la disciplina speciale applicabile, ad adottare provvedimenti non vincolanti con funzioni di tutela dei consumatori e/o degli investitori, come si vedrà nel corso di questa analisi con riferimento all'Arbitro Bancario e Finanziario (ABF) e all'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF). Per semplicità si sono considerati questi soggetti alla stregua di “*enforcers* non giudiziari”. Nell'ambito della giurisdizione amministrativa, così come in ipotesi di appello e ricorso per cassazione di fronte al giudice ordinario, la rilevanza d'ufficio deve essere esaminata alla luce delle norme relative all'ambito di rilevanza del sindacato giurisdizionale su precedenti pronunce o provvedimenti emessi nel caso controverso.

Pur collocata nel più generale quadro delle tutele del consumatore a fronte di violazione di obblighi di trasparenza, informazione e correttezza, l'analisi che segue concerne specificamente la rilevazione d'ufficio della natura vessatoria di clausole (§ 1.2.) e la rilevazione officiosa dello status di consumatore (§ 1.3). Rispetto alla prima, la disciplina di riferimento è, com'è noto, quella prevista dagli artt. 33 ss. del Codice del consumo, che recepisce la Direttiva 93/13/CE, ed è oggetto di una lunga evoluzione giurisprudenziale, sia nazionale che europea, che ha portato la Corte di Giustizia (***Oceano*, del 27 giugno 2000, C-240-244/98; *Pannon*, del 4 giugno 2009, C-243/08; *Banco Español*, del 14 giugno 2012, C-618/10**) ad affermare l'esistenza di un potere (e poi di un vero e proprio dovere) del rilievo officioso da parte del giudice di merito e che ha condotto la giurisprudenza nazionale a interrogarsi sul rapporto fra regime generale della nullità contrattuale e nullità c.d. di protezione. L'impostazione seguita in materia di clausole vessatorie è stata poi ampliata ad altri ambiti, come testimoniano la nota pronuncia ***Home Credit*** della Corte di Giustizia rispetto agli obblighi di informazione, e la sentenza ***Radlinger***, secondo la quale, poiché il giudice è chiamato a garantire l'effetto utile della tutela dei consumatori di cui alla Direttiva 2008/48, il suo ruolo “*comporta (...) l'obbligo di esaminare d'ufficio tale questione, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine*”.

Nel par. 1.3 ci si interroga su quale sia il ruolo del giudice rispetto alla qualificazione di un soggetto come consumatore e quali siano gli oneri della parte che intende avvalersi di una tutela consumeristica rispetto alla prova di tale *status*. Viene qui in rilievo la ricostruzione del potere di qualificazione autonoma del giudice dei fatti e degli elementi di diritto dedotti in causa, anche in relazione agli artt. 112 e 99 c.p.c.

1.2 Rilevanza d'ufficio della vessatorietà della clausola

1.2.1 La questione

Fino a che punto ed entro quali limiti il principio di effettività della tutela del consumatore porta a configurare in capo al giudice o altra autorità di *enforcement* un vero e proprio obbligo di rilevazione della violazione dei diritti del consumatore?

Come si coniuga la rilevanza d'ufficio delle clausole vessatorie con il giudicato “interno” e con i limiti del giudizio di appello, con riguardo anche a quanto disposto dall'art. 345 c.p.c., 2 comma, secondo cui “*non possono proporsi nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d'ufficio*” e dall'art. 346 c.p.c., che com'è noto dispone: “*le domande e le eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado, che non sono espressamente riproposte in appello, si intendono rinunciate*”? Che ruolo svolgono in tale contesto i principi di effettività e di proporzionalità?

La questione qui affrontata è dunque quella del rapporto fra **rilevazione *ex officio* della nullità delle clausole abusive di cui alla Direttiva 93/13/CE, con particolare riguardo alla sua declinazione nell'ambito dei giudizi di appello**. Tale questione, oltre ad assumere rilevanza

pratica, come dimostra la giurisprudenza in materia, è di particolare interesse in quanto invita a riflettere sugli strumenti attraverso cui coniugare il principio di effettività di matrice europea con le norme processuali nazionali, e dunque con l'autonomia procedurale degli Stati membri.

1.2.2 Il caso: Cass. Civ. 17 gennaio 2017, n. 923

1.2.2.1 Il fatto e le argomentazioni delle parti

Una s.r.l. conviene in giudizio una persona fisica (C.), per chiederne la condanna al pagamento di una provvigione attinente all'incarico che le era stato conferito per la vendita di un immobile. La convenuta svolge alcune difese volte ad affermare l'infondatezza delle pretese: deduce sia l'invalidità di alcune clausole del contratto di mediazione in quanto vessatorie, sia la mancata conclusione dell'affare.

In primo grado la pretesa dell'attrice non viene considerata fondata in ragione della mancata conclusione dell'affare, mentre in secondo grado la Corte di Appello condanna la convenuta al pagamento della provvigione, sulla base del fatto che l'affare fosse da considerarsi concluso; con l'atto di appello si era impugnata la sentenza, secondo quanto si legge nella pronuncia della Corte di Cassazione, anche *“in riferimento alla ritenuta erronea mancata individuazione di un accordo già intervenuto tra le parti”*.

È proposto ricorso in Cassazione contro l'agenzia immobiliare, in cui si fa valere, *ex art. 360 c.p.c.* la violazione e mancata applicazione dell'art. 33 cod. cons., in ragione del quale C. sostiene l'invalidità delle clausole contenute nel contratto, e invoca il dovere della rilevabilità del vizio d'ufficio da parte del giudice nel giudizio di appello.

1.2.2.2 Interesse/diritto leso

Nella pronuncia in esame la Corte di Cassazione afferma che nelle ipotesi di clausole vessatorie la nullità *ex art. 33 cod. cons. ss.* opera in funzione della **tutela del consumatore**. Tali nullità nondimeno sono, secondo l'impostazione che la Corte di Cassazione accoglie, anche in riferimento alle pronunce Corte di Giustizia, poste a tutela anche di ***“interessi e valori fondamentali - quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.) - che trascendono quelli del singolo”***.

1.2.2.3 Rimedio

La Corte sostiene che la nullità di protezione possa essere rilevata dal giudice *ex officio* anche nel giudizio di appello, salvo il caso in cui si sia formato giudicato interno. I giudici di legittimità, non rinvenendo l'esistenza di un giudicato interno per le ragioni sotto esaminate, rinviando il caso alla Corte d'Appello, che *“dovrà pronunciarsi sulla questione della nullità del contratto di mediazione inter partes in ragione della (asserita) presenza di clausole vessatorie”*. Per quali ragioni c'è cassazione con rinvio? Può la Cassazione rilevare d'ufficio essa stessa la nullità e dichiarare il contratto invalido?

1.2.2.4 Gli argomenti

La Corte di Cassazione conferma l'indirizzo giurisprudenziale per cui la rilevabilità officiosa si estende anche alle nullità di protezione, salvo il principio per cui *“le questioni esaminabili di ufficio, che (...) abbiano formato oggetto nel corso del giudizio di merito di una specifica domanda od eccezione, non possono più essere riproposte nei gradi successivi del giudizio, sia pure sotto il profilo della sollecitazione dell'organo giudicante ad esercitare il proprio potere di rilevazione ex officio, qualora la decisione o l'omessa decisione di tali questioni da parte del giudice non abbia formato oggetto di specifica impugnazione, ostandovi un giudicato interno che il giudice dei gradi successivi deve in ogni caso rilevare”*. La Corte nel caso di specie sostiene che non si sia formato giudicato interno, in ragione del fatto che l'eccezione di nullità, proposta dal consumatore nell'ambito del giudizio di primo grado, è rimasta assorbita nella pronuncia del

Tribunale di rigetto della domanda del professionista, “*non potendo, dunque, neppure farsi questione di omessa pronuncia sull’eccezione suscettibile di impugnazione dalla parte totalmente vittoriosa*”. Rispetto poi al principio di cui all’art. 346 c.p.c., la Corte di Cassazione afferma che la norma “*attiene alle eccezioni, in senso stretto, riservate alla parte (come tali rinunciabili) e non riguarda le questioni - come nella specie - che dal giudice possono essere sollevate d’ufficio*”.

Dunque, conclude la Corte di legittimità, “*ha errato la Corte di appello a non rilevare d’ufficio la questione della nullità del contratto di mediazione per la (asserita) presenza di clausole vessatorie*”.

1.2.3 La giurisprudenza italiana

La questione della rilevazione d’ufficio della nullità è stata affrontata di recente nelle sentenze **Cass. SSUU 12 dicembre, 2014, nn. 26242 e 26243**, che hanno innovato la materia, facendo seguito alla sentenza della **Corte di Cassazione del 4 settembre 2012, n. 14828**¹⁰. Fare riferimento *in primis* a tali pronunce è opportuno in ragione del fatto che il caso in esame si iscrive in tale percorso giurisprudenziale, e non può essere letto a prescindere da questo. Si guarderà dunque dapprima all’evoluzione della giurisprudenza in materia di rilievo officioso delle nullità di protezione, si guarderà poi al rapporto fra giudicato implicito e rilevazione della nullità nel giudizio di appello per poi porre a confronto il tema della rilevazione officiosa della violazione del c.d. “foro del consumatore” con quella di una clausola vessatoria, e con alcuni recenti pronunce in materia di diritto del lavoro.

1.2.3.1 Il rilievo officioso delle c.d. nullità di protezione

Procedendo all’analisi del nuovo orientamento della Corte di Cassazione, ed esaminando le pronunce in ordine cronologico, occorre premettere che la sentenza n. **14828/2012** attiene alla questione della rilevabilità *ex officio* della nullità del contratto in un caso in cui è chiesta la sua risoluzione. Due paiono i profili di rilievo della pronuncia rispetto alla questione che si sta qui esaminando.

Occorre *in primis* ricordare che la **Corte di Cassazione**, interpreta la giurisprudenza europea affermando che secondo l’indirizzo della Corte di Giustizia, in materia di nullità di clausole vessatorie¹¹ sussiste un “***dovere dell’ufficio di rilevare la nullità ogniqualvolta il contratto sia elemento costitutivo della domanda***”. Secondo tale orientamento l’art. 1421 c.c. non conferisce dunque una facoltà al giudice, ma un obbligo. Si legge nella pronuncia che “***il verbo “può” usato nell’art. 1421 c.c., è da intendersi “deve”, laddove la domanda proposta implichi la questione da rilevare e non si ponga quindi un problema di corrispondenza tra chiesto e pronunciato***”. La scelta di tale opzione ermeneutica è argomentata dai Giudici di legittimità anche e soprattutto facendo riferimento alla giurisprudenza europea in materia di

¹⁰ Per una ricostruzione dell’orientamento precedente della Corte di Cassazione si veda F. Cafaggi *et al.*, *ACTIONES Handbook sulla protezione dei consumatori*, reperibile all’indirizzo: <https://www.eui.eu/Projects/CentreForJudicialCooperation/Documents/D-3.2.e-Handbook-on-Consumer-protection-Italian-version.pdf> (ultimo accesso: 8 maggio 2018) pp. 14 ss.

¹¹ In particolare, *Pannon*, del 4 giugno 2009, C-243/08, e *Asturcom Telecomunicaciones*, del 6 ottobre 2009, C-40/08. Occorre notare che la Corte utilizza qui il riferimento agli orientamenti della Corte di Giustizia in una materia – quella della nullità del contratto – che non coincide con quella in cui vi è una competenza e una normativa dell’Unione Europea, e che costituisce l’oggetto delle pronunce della Corte di Giustizia.

nullità di protezione, e in particolare le sentenze **Pannon**¹² e **Asturcom**¹³, in cui la Corte di Giustizia afferma e modula l'obbligo dei giudici di rilevare officiosamente la presenza di una clausola vessatoria. La Corte di Cassazione interpreta dunque il caso *Asturcom* nel senso che questo impone al giudice, *“a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, [di] valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna”*.

La pronuncia del 2012 distingue rispetto al regime generale delle nullità le **nullità di protezione**, con un orientamento che sarà poi contraddetto nel 2014. **I Giudici di legittimità affermano in generale la rilevabilità d'ufficio della nullità** *“salvi i casi di espressa deroga, contribuisce a definire il carattere indisponibile delle norme in tema di nullità”*. Continua la Corte affermando che *“al di là delle distinzioni tra le stesse ipotesi di nullità previste nel codice, che anche in giurisprudenza sono state in proposito tentate, l'unica differenza che rilevi ai fini del disposto normativo in esame è quella ravvisabile con le nullità per le quali sia dettato un regime speciale, come nel caso delle c.d. nullità di protezione, in cui il rilievo del vizio genetico è espressamente rimesso alla volontà della parte*. Si può notare che la Corte utilizza il richiamo alla giurisprudenza europea, sviluppatasi in materia di nullità di protezione, per giustificare l'orientamento che attiene alla nullità in generale, escludendo poi il rilievo officioso proprio per le nullità di protezione.

Tale ultima posizione in materia di nullità di protezione viene superata dalla stessa Corte di Cassazione nel 2014, con le pronunce nn. 26242 e 26243. A tal proposito il presupposto teorico assunto dalle Sezioni Unite è quello per cui le *“nullità cd. di protezione sono anch'esse volte a tutelare interessi generali, quali il complessivo equilibrio contrattuale (in un'ottica di microanalisi economica), ovvero le stesse regole di mercato ritenute corrette (in ottica di macroanalisi), secondo quanto chiaramente mostrato dalla disciplina delle nullità emergenti dalla disciplina consumeristica, specie di derivazione comunitaria, per le quali si discorre sempre più spesso, e non a torto, di “ordine pubblico di protezione”*. La Corte arriva ad affermare, che *“se le nullità di protezione si caratterizzano per una precipua natura ancipite, siccome funzionali nel contempo alla tutela di un interesse tanto generale (l'integrità e l'efficienza del mercato, secondo l'insegnamento della giurisprudenza europea) quanto particolare/seriale (quello di cui risulta esponenziale la classe dei consumatori o dei clienti), la omessa rilevazione officiosa della nullità finirebbe per ridurre la tutela di quel bene primario consistente nella deterrenza di ogni abuso in danno del contraente debole”*. Nell'argomentazione il richiamo alla Corte di Giustizia è anche qui molto forte; i Giudici di legittimità infatti deducono dalle *“indicazioni provenienti dalla stessa Corte di Giustizia in tema di rilievo officioso (...) un chiaro rafforzamento del potere-dovere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità”*, nonché il fatto che *“sembra destinata a restare definitivamente sullo sfondo, senza assumere il rilievo che parte della dottrina ha cercato di attribuirvi, la nozione di nullità relativa intesa come realizzazione di una forma di annullabilità rafforzata”*. Il riferimento è in particolare alla sentenza **Pannon**¹⁴, già citata. Diversamente da quanto fatto con la decisione del 2012, nel 2014 le Sezioni Unite valorizzano il

¹² Su cui si veda il § 1.2.4.1. Per un'analisi approfondita della pronuncia si vedano F. Cafaggi *et al.*, *ACTIONES Handbook sulla protezione dei consumatori*, reperibile all'indirizzo: <https://www.eui.eu/Projects/CentreForJudicialCooperation/Documents/D-3.2.e-Handbook-on-Consumer-protection-Italian-version.pdf> (ultimo accesso: 8 maggio 2018) pp. 13 ss.; F. Cafaggi, P. Iamiceli *et al* *Re-jus Casebook. Effective Justice in Consumer Protection*, in corso di pubblicazione, pp. 4 ss.

¹³ Su cui si veda il § 1.2.4.5.

¹⁴ Su cui si veda il § 1.2.4.1. Per un'analisi approfondita della pronuncia si vedano F. Cafaggi *et al.*, *ACTIONES Handbook sulla protezione dei consumatori*, reperibile all'indirizzo: <https://www.eui.eu/Projects/CentreForJudicialCooperation/Documents/D-3.2.e-Handbook-on-Consumer-protection-Italian-version.pdf> (ultimo accesso: 8 maggio 2018) pp. 13 ss.; F. Cafaggi, P. Iamiceli *et al* *Re-jus Casebook. Effective Justice in Consumer Protection*, in corso di pubblicazione, pp. 4 ss.

profilo della doverosità della rilevazione officiosa e non quello relativo alla specificità del regime delle nullità c.d. “di protezione”. Pur utilizzandosi comunque lo strumento dell’interpretazione conforme al diritto europeo, nel 2014 si perviene a una rilettura del **sistema delle nullità contrattuali** che ne salvaguardi la sostanziale **unitarietà**¹⁵. E ciò alla luce del principio di effettività, declinato rispetto alla “*tutela di valori fondamentali dell’organizzazione sociale*”.

La **giurisprudenza di merito** segue l’indirizzo della Corte di Cassazione, anche facendo diretto riferimento alla giurisprudenza europea (a titolo di esempio, Trib. Milano, ordinanza, 14 aprile 2017).

1.2.3.2 Giudicato implicito, giudizio di appello, e rilevazione della nullità

Nella sentenza n. **14828/2012**, già richiamata, rispetto ai profili che attengono al giudicato la Corte sostiene che “*qualora dopo il rilievo officioso sia stata formulata, tempestivamente o previa rimessione in termini, domanda volta all’accertamento della nullità e ad eventuali effetti restitutori, la statuizione sul punto, se non impugnata, avrà effetto di giudicato. Nel caso in cui sia omissa il rilievo officioso della nullità, e l’omissione venga fatta valere in sede di appello, il giudice del gravame dovrà rimettere in termini l’appellante*”, e si svolgerà il contraddittorio su quanto rilevato in via officiosa.

Ove non sia formulata tale domanda, il rilievo della nullità fa pervenire al rigetto della domanda di risoluzione con accertamento incidenter tantum della nullità, dunque senza effetto di giudicato sul punto.

Il giudicato implicito sulla validità del contratto (...) potrà formarsi tutte le volte in cui la causa relativa alla risoluzione sia stata decisa nel merito, con esclusione per le sole decisioni che non contengano statuizioni che implicano l’affermazione della validità del contratto.

Con riguardo al giudizio di appello, la Corte di Cassazione nella citata pronuncia del 2014 afferma che “***in appello e in Cassazione, in caso di mancata rilevazione officiosa della nullità in primo grado, il giudice ha sempre facoltà di rilevare d’ufficio la nullità***”. In un altro passo della sentenza si legge che “***la nullità deve essere rilevata d’ufficio tutte le volte che la parte vuole utilizzare nel processo come valido il contratto nullo***”, e che se di fronte alla “***mancata rilevazione ex officio della nullità da parte del giudice***”, questo “***accoglie la domanda (di adempimento, risoluzione, rescissione, annullamento)***”, allora “***la pronuncia è idonea alla formazione del giudicato implicito sulla validità del negozio, (salva rilevazione officiosa del giudice di appello)***”.

Rispetto alla rilevazione della nullità in appello, si legge nella sentenza n. 26243/2014 che “***i principi affermati con riferimento al processo di primo grado (...) devono, con i necessari adattamenti imposti dal grado, essere applicati anche al giudizio di appello. È pressoché superfluo rammentare che, in sede di gravame, il thema decidendum resta definitivamente cristallizzato dal contenuto della decisione impugnata. È altrettanto noto che l’art. 345 c.p.c. detta il principio della inammissibilità, da dichiararsi d’ufficio, delle domande nuove proposte dinanzi al giudice dell’impugnazione. La norma va tuttavia coordinata, nella sua portata precettiva, con il perdurante obbligo di rilevare di ufficio una causa di nullità negoziale imposto al giudice di appello (al pari di quello di legittimità) dall’art. 1421 c.c., che non conosce né consente limitazioni di grado***¹⁶.

Ne consegue:

¹⁵ Sul punto nello stesso senso, anche Cass. 21 marzo 2014, n. 6784. In materia di foro del consumatore, si veda: Cass. 25 gennaio 2018, n. 1951.

¹⁶ Sul punto, nello stesso senso, si veda anche Cass. 10 febbraio 2016, n. 5249.

- Da un canto, che al giudice di appello investito di una domanda nuova volta alla declaratoria di nullità di un negozio del quale in primo grado si era chiesta l'esecuzione, la risoluzione, la rescissione, l'annullamento (senza che il giudice di prime cure abbia rilevato né indicato alle parti cause di nullità negoziale), è preclusa la facoltà di esaminarla perché inammissibile.

- Dall'altro, che a quello stesso giudice è fatto obbligo di rilevare d'ufficio una causa di nullità non dedotta né rilevata in primo grado, indicandola alle parti ai sensi dell'art. 101, comma 2 (norma di portata generale e dunque applicabile anche in sede di appello);

- Dall'altro ancora, che tale obbligo deve ritenersi altresì attivabile da ciascuna delle parti ai sensi dell'art. 345 c.p.c., comma 2, che consente la proposizione di eccezioni rilevabili d'ufficio.

La corretta coniugazione di tali, distinti aspetti processuali conduce:

1) Alla declaratoria di inammissibilità della domanda di nullità per novità della questione, che peraltro non ne impedisce (...) la conversione e l'esame sub specie di eccezione di nullità, legittimamente proposta dall'appellante in quanto rilevabile d'ufficio.

2) Alla (eventuale) rilevazione della nullità, nell'esercizio di un potere-dovere officioso, e alla indicazione del nuovo tema da esplorare in questa nuova fase del giudizio, se nessuna delle parti abbia sollevato la relativa eccezione."

Di particolare interesse è anche la **sentenza n. 2910, del 15 febbraio 2016 della Corte di Cassazione**, in cui i Giudici di legittimità decidono su un caso in cui una parte ha dedotto in primo grado la nullità (o l'annullamento) di un contratto di conto corrente bancario, o in subordine la nullità parziale dei contratti in ordine alla determinazione del tasso di interesse e alla capitalizzazione trimestrale. In primo grado viene accolta la domanda di nullità parziale, e in appello vengono ritenute inammissibili per novità due ulteriori domande formulate per la prima volta dall'attrice, una delle quali riguardante la nullità della clausola di applicazione della commissione di massimo scoperto. La Corte di Cassazione, richiamando le pronunce delle Sezioni Unite del 2014 cui si è fatto riferimento, sostiene che **"ove sia mancata la rilevazione d'ufficio della (parziale) nullità in primo grado, il giudice ha pur sempre la possibilità di rilevarla in appello. Se così è, l'ovvio corollario del principio è che, rispetto alla originaria domanda di nullità totale di un contratto di conto corrente bancario, la domanda di nullità parziale può essere dalla stessa parte per la prima volta introdotta in appello, sia in risposta a un rilievo del giudice sia, anche, anticipando detto rilievo. In tal secondo caso la domanda di nullità parziale non può essere considerata "inammissibilmente nuova" (...), proprio perché la nullità, nella logica appena ricordata, può sempre essere rilevata d'ufficio e non è soggetta, quindi, a vincolo preclusivo. Ciò significa che essa può essere dedotta in primo grado per tutto il corso del processo e sino al momento della precisazione delle conclusioni e che egualmente essa va rilevata dal giudice d'ufficio onde sollecitare il contraddittorio sulla stessa (art. 111 Cost., e art. 101 c.p.c., comma 2). In simile evenienza la parte può rinunciare alla pretesa originaria per coltivare solo quella di nullità parziale oppure mantenere entrambe le domande. Ma se la nullità parziale non sia stata rilevata in primo grado, la stessa parte può farla valere con l'appello senza incorrere nel divieto dei nova, giacché finanche in appello il giudice può rilevare la nullità suddetta e sottoporla al contraddittorio proprio allo scopo di consentire alla parte interessata di formulare la domanda. E in tal caso, in mancanza di domanda, l'accertamento contenuto nella motivazione della sentenza ed ai fini del rigetto della domanda di nullità totale sarebbe idoneo a produrre l'effetto di un giudicato preclusivo con riguardo al profilo (di nullità parziale) deducibile"**.

Da ultimo è opportuno richiamare anche un recente caso in materia di appalto in cui si chiedeva il pagamento del prezzo e in via riconvenzionale il risarcimento del danno in ragione di vizi dell'opera, a fronte del quale le **Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza n. 7294 del 22 marzo 2017** hanno sostenuto che **"allorquando il giudice di primo grado abbia deciso su**

pretese che suppongono la validità ed efficacia di un rapporto contrattuale oggetto delle allegazioni introdotte nella controversia, senza che né le parti abbiano discusso né lo stesso giudice abbia prospettato ed esaminato la questione relativa a quella validità ed efficacia, si deve ritenere che la proposizione dell'appello sul riconoscimento della pretesa, poiché tra i fatti costitutivi della stessa per come riconosciuta da primo giudice vi è il contratto, implichi che la questione della sua nullità sia soggetta al potere di rilevazione d'ufficio del giudice, integrando un'eccezione c.d. in senso lato, relativa ad un fatto già allegato in primo grado. Ciò, risultava e risulta giustificato, in ognuno dei regimi dell'art. 345 c.p.c. succedutisi nella storia del codice di rito, dalla previsione, sempre rimasta vigente, del potere di rilevazione d'ufficio delle eccezioni soggette a rilievo officioso”.

1.2.3.3 Rilevazione officiosa della nullità e contratti collegati

Occorre guardare alla giurisprudenza in materia di rilevabilità d'ufficio della nullità nel caso di contratti collegati, in cui soltanto uno sia stato sottoposto all'attenzione del giudice. Il tema è di particolare interesse in quanto permette di riflettere sul rapporto fra rilievo officioso e oggetto del processo.

Sulla questione si può innanzi tutto richiamare la **sentenza n. 5249, del 16 marzo 2016**, in cui la Corte di Cassazione ha negato la possibilità, nell'ambito dei contratti di investimento, di rilevare officiosamente la nullità del contratto quadro, nel caso in cui il cliente abbia dedotto unicamente la nullità della singola operazione o dell'ordine di investimento. Uno degli argomenti utilizzati per giustificare tale orientamento è quello per cui *“il rilievo officioso della nullità contrattuale non può che concernere il contratto posto a fondamento della domanda, non certo un contratto diverso da esso”*.

Tale indirizzo è stato di recente confermato da **Cass. Civ., 23 febbraio 2018, n. 4458**, in cui si legge: *“il rilievo officioso della nullità contrattuale, pur dopo l'ampliamento del suo ambito di rilevabilità ad opera di Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, va pur sempre coordinato, nel giudizio di gravame, con quello del divieto di domande nuove”*. Di qui i Giudici di legittimità deducono che *“la declaratoria di nullità del contratto quadro (...) non poteva né può essere esaminata. Invero il rilievo officioso della nullità contrattuale non può che concernere il negozio posto a fondamento della domanda introduttiva (id est: gli ordini di negoziazione), non certo un contratto diverso da esso”*.

1.2.3.4 Rilevazione officiosa della violazione del foro del consumatore e della nullità di una clausola vessatoria a confronto

È opportuno svolgere un breve richiamo ad un recente caso, in cui il Tribunale di Milano, con provvedimento del 14 maggio 2018 ha sollevato una questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia relativa al rapporto fra applicazione del Regolamento UE 1215/2012 e rilevazione officiosa della violazione della regola che pone il foro del consumatore come regola di competenza e giurisdizione. La pronuncia è di interesse in quanto permette di porre l'attenzione sui meccanismi di coordinamento fra giudicato, riconoscimento di un provvedimento giurisdizionale all'interno di uno Stato membro diverso da quello di emissione della decisione e rilevazione officiosa.

Il caso che si richiama riguarda una prestazione di assistenza legale resa da un avvocato domiciliato in Italia ma attivo anche verso il paese di residenza del consumatore, in Germania. L'avvocato ha chiesto e ottenuto in Italia un decreto ingiuntivo e chiede al Tribunale di Milano il rilascio del certificato che, ex artt. 36, 37 e 53 Reg. UE 1215/2012, è necessario a far valere il riconoscimento del decreto ingiuntivo in Germania.

Il Tribunale di Milano osserva l'esistenza della violazione, da parte del giudice che ha emesso il decreto ingiuntivo, dell'art. 18 del Reg. UE 1215/2012, che stabilisce che per l'azione in giudizio contro il consumatore la giurisdizione è dello Stato di domicilio del consumatore. Richiamato

l'orientamento della Corte di Giustizia (facendo specifico riferimento a Corte di Giustizia, C-464/01, *Gruber*) rispetto alla *ratio* del cd. "foro del consumatore", di chiara tutela di quest'ultimo, il Tribunale di Milano, anche qui riferendosi l'indirizzo della Corte di Giustizia (Corte di Giustizia, 16 giugno 2016, C-511/14, *Pebros Servizi*) afferma che l'attività di certificazione è attività giurisdizionale, in quanto *"dal punto di vista funzionale, non costituisce un procedimento distinto dal procedimento giudiziario precedente, ma la sua fase ultima, necessaria per assicurare la piena efficacia della decisione nello spazio giudiziario europeo"*. Il Tribunale considera anche l'art. 45 del Regolamento, che prevede la possibilità per il consumatore di opporsi al riconoscimento. Poste queste premesse **il giudice solleva la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia**, chiedendosi se *"la scarsa disciplina dell'art. 53 del regolamento imponga all'autorità chiamata a rilasciare l'attestato lo svolgimento di un'attività di pedissequa trasposizione (...) nell'attestato della decisione emessa nello Stato d'origine, ovvero consenta l'esercizio di poteri officiosi tesi, mediante attività destinata ad esaurirsi in un breve lasso di tempo, ad informare il consumatore (...)"* della violazione del c.d. "foro del consumatore", prospettandogli la possibilità di opporsi al riconoscimento ai sensi dell'art. 45 del citato Regolamento. Nel provvedimento di rinvio, il giudice rileva come qualora tale potere del giudice non fosse ammissibile, **la disciplina prevista dal Reg. 1215/2012** potrebbe essere giudicata **in contrasto con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE**, *"così come interpretato dalla Corte di Giustizia con particolare riferimento alla materia consumeristica"*. È dunque posta la seguente decisione pregiudiziale:

"se l'art. 53 del regolamento (UE) n. 1215/2012 e l'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea debbano essere interpretati nel senso che ostino alla possibilità, per l'autorità giurisdizionale d'origine richiesta del rilascio dell'attestato previsto dall'art. 53 del regolamento (UE) n. 1215/2012, con riferimento ad una decisione definitiva, di esercitare poteri officiosi tesi a verificare la violazione delle norme contenute nel Capo II, Sezione 4 del regolamento Bruxelles I bis, al fine di informare il consumatore della violazione eventualmente rilevata e di consentire allo stesso consumatore di valutare in modo consapevole la possibilità di avvalersi del rimedio previsto all'art. 45 del medesimo regolamento"

Il rinvio alla Corte di Giustizia pare qui di interesse soprattutto perché permette di riflettere sul ruolo del giudice nel procedimento di riconoscimento, e dunque in un procedimento che si pone a valle rispetto alla formazione del giudicato, che com'è noto segue alla mancata opposizione nei termini del decreto ingiuntivo, ai sensi dell'art. 647 c.p.c. Ulteriore nodo di interesse è quello che attiene alla possibile individuazione, in caso di decisioni da attuarsi in uno Stato membro diverso da quello dove sono state rese, di un ulteriore livello di tutela del consumatore, che limiti di fatto l'operatività dei provvedimenti lesivi della regola del foro del consumatore, senza travolgere le regole sul giudicato.

1.2.3.5 [Spunti di comparazione fra tutela del consumatore e del lavoratore](#)

Di particolare interesse è guardare anche ad un recente indirizzo in materia di diritto del lavoro, che declina l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione nel 2014 rispetto ad alcuni contratti di lavoro, esprimendo indirizzi opposti fra loro. Un accostamento di tale giurisprudenza con quella che si è formata in materia di diritto dei consumatori è utile in quanto permette di riflettere sulle analogie fra due categorie di soggetti che sono entrambe svantaggiate nel rapporto contrattuale in ragione di uno squilibrio di potere.

Venendo alla giurisprudenza, si possono richiamare a titolo di esempio la sentenza della Corte di Cassazione n. 17286 del 28 agosto 2015, e la sent. n. 7687 del 24 marzo 2017. Con la prima pronuncia i Giudici di legittimità affermano la necessità di seguire l'orientamento espresso dalla

Corte di Cassazione a Sezioni Unite nel 2014, anche in ragione della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Si legge nella pronuncia che *“il principio di rilevanza d'ufficio delle nullità negoziali emergenti ex actis si estende (...) anche alle nullità c.d. di protezione (per esse intendendosi quelle che possono farsi valere solo dal soggetto nel cui interesse la nullità medesima è prevista), da configurarsi (...) come una species del più ampio genus rappresentato dalle prime”*. La Corte applica tale principio alla nullità di una sanzione disciplinare irrogata violando le regole procedurali previste dalla legge, in quanto tale nullità *“rientra (...) nella categoria delle nullità di protezione, atteso che la procedura garantistica prevista in materia disciplinare (...) è inderogabile ed è fondata su un evidente scopo di tutela del contraente debole del rapporto (vale a dire del lavoratore dipendente)”*. Poiché la parte ha fatto valere la nullità del licenziamento, il giudice era obbligato a rilevare *“quell'ipotesi particolare di nullità scaturente dalla violazione dell'iter disciplinare”*.

La Corte di Cassazione si oppone a tale indirizzo con la sentenza n. 7687 del 24 marzo 2017, in cui afferma la non applicabilità dell'indirizzo in materia di nullità espresso nella pronuncia 26242/2014, in quanto *“la applicabilità agli atti unilaterali della normativa che regola la materia contrattuale in tanto è possibile ex art. 1324 c.c. in quanto la disciplina, che a tal fine non può essere disgiunta dalla sua interpretazione, sia compatibile con la natura dell'atto che viene in rilievo e non sia derogata da diverse disposizioni di legge”*. La Corte di Cassazione ricostruisce poi la specialità della disciplina delle cause di nullità del recesso, nonché fa valere la specificità dell'impugnativa del licenziamento che *“resta circoscritta all'atto e non è idonea a estendere l'oggetto del processo al rapporto”*. La Corte afferma inoltre che l'azione in esame non può essere equiparata a quelle esaminate nelle note pronunce a sezioni unite del 2014, in quanto in quel caso la domanda di dichiarazione della nullità, *“in quanto avente ad oggetto l'accertamento negativo dell'esistenza del rapporto contrattuale fondamentale, è equiparabile alla domanda di accertamento di diritti autodeterminati”*. Tale equiparazione non potrebbe avvenire invece rispetto alla domanda di nullità del licenziamento, *“attesa la molteplicità dei profili di nullità, annullabilità e inefficacia che possono incidere sulla validità in senso lato del recesso e che implicano la deduzione e la allegazione di circostanze di fatto che, per le peculiarità proprie del rito, devono entrare a far parte del thema decidendum e del thema probandum sin dal primo atto introduttivo”*.

1.2.4 La giurisprudenza europea

Come sopra evidenziato, la giurisprudenza italiana sui poteri officiosi del giudice di rilevare la nullità delle clausole vessatorie ha risentito grandemente degli esiti della giurisprudenza comunitaria. Guardare ora a tali indirizzi permetterà di cogliere meglio le influenze nell'ordinamento nazionale del piano europeo, anche considerato che la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di rilevazione *ex officio* della nullità delle clausole vessatorie è, com'è noto, di particolare rilevanza. Se ne tratterà qui brevemente il percorso, in cinque tappe. In primo luogo, si analizza la giurisprudenza sul carattere facoltativo o obbligatorio della rilevazione della nullità; si guarda poi alla giurisprudenza in materia di rilievo officioso nel giudizio di appello, ai poteri istruttori del giudice, e infine al rilievo officioso nell'ambito di alcuni procedimenti speciali e rispetto al giudizio sul lodo arbitrale passato in giudicato¹⁷.

¹⁷ Sul tema si veda, per un approfondimento, anche comparatistico: F. Cafaggi, P. Iamiceli *et al* *Re-jus Casebook. Effective Justice in Consumer Protection*, in corso di pubblicazione, pp. 29 ss. ; per un'ulteriore analisi si veda anche F. Cafaggi *et al.*, *ACTIONES Handbook sulla protezione dei consumatori*, reperibile all'indirizzo: <https://www.eui.eu/Projects/CentreForJudicialCooperation/Documents/D-3.2.e-Handbook-on-Consumer-protection-Italian-version.pdf> (ultimo accesso: 8 maggio 2018) pp. 13 ss.

1.2.4.1 Dalla facoltà all'obbligo del rilievo officioso

Un primo filone giurisprudenziale, da cui non si può prescindere per comprendere gli orientamenti della giurisprudenza europea in materia di clausole vessatorie, attiene al potere e al dovere del giudice nazionale rispetto al rilievo officioso – e alla declaratoria – della nullità di tali clausole. Tentando di tracciare il percorso giurisprudenziale, si può partire dalla sentenza **Oceano, del 27 giugno 2000, C-240-244/98** in cui, di fronte ad una questione pregiudiziale posta in termini di possibilità di rilievo officioso della clausola, **la Corte afferma la facoltà per il giudice del rilievo d'ufficio**. L'argomento utilizzato è quello della tutela effettiva del consumatore che *“può essere ottenuta solo se il giudice nazionale ha facoltà di valutare d'ufficio”* la clausola vessatoria, anche in ragione del fatto che *“il consumatore si trov[a] in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative sia il grado di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista, senza poter incidere sul contenuto delle stesse”*. Di interesse pare anche l'affermazione della Corte di Giustizia secondo cui *“l'obbligo di interpretazione conforme impone al giudice nazionale di preferire l'interpretazione che gli consenta di declinare d'ufficio la competenza attribuitagli da una clausola abusiva”*¹⁸. La sentenza è citata in alcune pronunce della Corte di Cassazione, che operano un'interpretazione conforme del diritto nazionale; si può ad esempio ricordare Cass. Civ. 4208, 23 luglio 2007 in cui si afferma, rispetto alla possibilità del giudice di *“valutare d'ufficio l'illiceità della clausola”* vessatoria perché lesiva della regola del cd. *“foro del consumatore”* e di conseguenza di *“declinare la competenza attribuitagli da una clausola abusiva interpretando, a tal fine, le norme del diritto nazionale in conformità con la lettera e la finalità della direttiva comunitaria”*.

Nella successiva sentenza **Pannon, del 4 giugno 2009, C-243/08**, **la Corte di Giustizia** muta in parte orientamento, pur richiamando la sua giurisprudenza precedente e **afferma che il diritto europeo attribuisce al giudice il dovere di rilevare d'ufficio la clausola vessatoria**, *“a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, incluso il caso in cui deve pronunciarsi sulla propria competenza territoriale”*. **L'obbligo del rilievo officioso della clausola, e della sua disapplicazione grava dunque sul giudice salvo il caso in cui “il consumatore, dopo essere stato avvisato da detto giudice, non intenda invocarne la natura abusiva e non vincolante”**. Gli argomenti utilizzati dalla Corte di Giustizia in questa pronuncia si basano, oltre ai richiami alle *rationes* contenute nelle precedenti sentenze già richiamate, sulla necessaria garanzia dell'effetto utile della Direttiva 1993/13/CE.

La Corte di Giustizia ha seguito, per l'aspetto qui considerato, l'indirizzo appena esaminato anche nella pronuncia **Banco Español, del 14 giugno 2012, C-618/10**, in cui la Corte ha ribadito che *“la disuguaglianza che esiste tra il consumatore e il professionista può essere riequilibrata solo grazie a un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale”*¹⁹. È chiara l'influenza di tale giurisprudenza sugli arresti delle Sezioni Unite del 2012 e del 2014 già citati.

Rispetto al rapporto fra rilievo officioso del giudice e ruolo del consumatore, è di particolare interesse la pronuncia **Banif, del 21 febbraio 2013, C-473/11**, in cui si afferma che, **in virtù del principio del contraddittorio**, e del diritto a un processo equo, **le parti hanno diritto a conoscere e discutere “i motivi di diritto rilevati d'ufficio dal giudice, sui quali quest'ultimo intenda fondare la propria decisione”**, e dunque anche quelli che attengono alla nullità delle clausole vessatorie. Ai fini della dichiarazione della nullità della clausola però, il giudice *“non è tenuto (...) ad attendere che il consumatore, informato dei suoi diritti, presenti una dichiarazione diretta ad ottenere l'annullamento di detta clausola”*. Rispetto al contesto italiano, tale pronuncia è in linea con quanto previsto dall'art. 101 c.p.c., cui con l. 69/2009 è stato introdotto un nuovo

¹⁸ In tal senso, più di recente, anche *Jõõs*, del 30 maggio 2013, C-397/11.

¹⁹ In tal senso anche *Banif*, 21 febbraio 2013, C-473/11.

comma, a garanzia del contraddittorio fra le parti e secondo cui *“se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione”*.

1.2.4.2 Il rilievo officioso nel giudizio di appello

Di particolare interesse rispetto al caso esaminato è la pronuncia **Jóros, del 30 maggio 2013, C-397/11**, in cui la Corte di Giustizia affronta il tema del rilievo officioso della nullità della clausola abusiva nel giudizio di appello. **Di fronte ad una normativa nazionale che può essere interpretata in modo da permettere il rilievo officioso in appello delle cause di nullità o la riqualificazione della domanda, allora deve essere preferita tale interpretazione, in quanto capace di garantire il principio di effettività.**

Viene a tal proposito in rilievo anche la più recente sentenza **Banco Primus, del 16 gennaio 2017, C-421/14**, in cui la Corte di Giustizia parte dalla considerazione per cui *“la tutela del consumatore non è assoluta”* e che quindi *“il diritto dell’Unione non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione di una disposizione, di qualsiasi natura essa sia, contenuta nella direttiva 93/13”*. Il giudice europeo arriva però ad affermare che *“la direttiva 93/13 deve essere interpretata nel senso che non osta a una norma nazionale, come quella risultante dall’articolo 207 della LEC, che vieta al giudice nazionale di riesaminare d’ufficio il carattere abusivo delle clausole di un contratto, qualora sia stato già statuito sulla legittimità di tutte le clausole di tale contratto alla luce di detta direttiva con una decisione munita di autorità di cosa giudicata. Per contro, in presenza di una o di più clausole contrattuali la cui eventuale abusività non sia ancora stata esaminata nell’ambito di un precedente controllo giurisdizionale del contratto controverso terminato con una decisione munita di autorità di cosa giudicata, la direttiva 93/13 deve essere interpretata nel senso che il giudice nazionale, regolarmente adito dal consumatore mediante un’opposizione incidentale, è tenuto a valutare, su istanza delle parti o d’ufficio qualora disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, l’eventuale abusività di tali clausole”*.

1.2.4.3 Rilevazione d’ufficio e poteri istruttori officiosi

Particolarmente rilevante è anche la pronuncia **Pénzügyi, del 9 novembre 2010, C-137/08**, in cui la Corte di Giustizia ha affrontato il tema del dovere del giudice di svolgere d’ufficio un’istruttoria volta a decidere sull’abusività di una clausola che attribuisca una competenza territoriale esclusiva. La Corte dà una risposta affermativa a tale interrogativo. Se la soluzione è senz’altro innovativa, gli argomenti utilizzati non divergono da quelli delle precedenti pronunce, e si fondano principalmente sulla *ratio* della direttiva; un particolare rilievo è dato alla necessità di garantire l’uguaglianza, e dunque ad esigenze di riequilibrio del potere contrattuale, anche rispetto alle informazioni di cui dispongono i contraenti.

1.2.4.4 Rilevazione d’ufficio e procedimenti speciali

La questione della rilevazione della nullità è stata affrontata anche in relazione ad alcuni specifici procedimenti, per lo più legati a procedure esecutive. Tale filone giurisprudenziale è di particolare interesse anche perché fa emergere chiaramente l’intersezione fra diritto sostanziale e processo. Nella pronuncia **Banco Español, del 14 giugno 2012, C-618/10**, la Corte di Giustizia ha affermato che una disciplina che non permetta al giudice di rilevare d’ufficio una clausola vessatoria disponendo degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, quando è stato investito di una domanda di ingiunzione di pagamento, e in assenza di un’opposizione da parte

del consumatore, “*può compromettere l'effettività della tutela voluta dalla direttiva 93/13*”, ed è dunque incompatibile con il diritto europeo. L'effettività della tutela sarebbe qui minacciata in ragione dei rischi legati a un termine breve per i consumatori per proporre opposizione, “*ovvero poiché possono essere dissuasi dal difendersi, tenuto conto delle spese che un'azione giudiziaria implicherebbe rispetto all'importo del debito contestato, oppure poiché ignorano o non intendono la portata dei loro diritti, od ancora in ragione del contenuto succinto della domanda d'ingiunzione introdotta dai professionisti e, pertanto, dell'incompletezza delle informazioni delle quali dispongono*”.

Nella pronuncia **Aziz, del 14 marzo 2013, C-415/11**, la Corte di Giustizia affronta il caso della tutela effettiva del consumatore rispetto alla impossibilità, in un processo di esecuzione ipotecaria, per il giudice di rilevare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola, e per il consumatore di opporsi facendo valere la vessatorietà di una clausola, nonché quello che attiene al mancato effetto sospensivo di un parallelo giudizio di merito avente ad oggetto l'accertamento dell'abusività della clausola. La Corte, vagliando la compatibilità di tale normativa rispetto al principio di effettività, ricorda che “*ciascun caso in cui si pone la questione se una disposizione processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto dell'Unione dev'essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta disposizione nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali*”²⁰, e afferma che la mancanza di motivi di opposizione che permettano di far valere la vessatorietà di una clausola, uniti all'assenza di meccanismi sospensivi del processo di esecuzione di fronte ad un giudizio di merito avente ad oggetto la vessatorietà della clausola, rendono la normativa contraria al principio di effettività.

Anche la pronuncia **Sanchez Morcillo, del 17 luglio 2014, C-169/2014**, affronta la questione della compatibilità di alcune norme processuali in materia di esecuzione rispetto al principio di effettività e all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. In particolare, di fronte a una procedura di esecuzione ipotecaria in cui il consumatore che ha proposto opposizione all'esecuzione facendo valere l'esistenza di clausole vessatorie non può proporre appello di fronte al rigetto di detta opposizione, la mancata previsione della sospensione della procedura esecutiva da parte del giudice di merito non è compatibile con il principio di effettività, declinato rispetto ai diritti previsti dalla Direttiva 93/13/CE.

Coerentemente con gli orientamenti fin qui ripercorsi, la Corte di Giustizia, nella sentenza **Finanmadrid, del 18 febbraio 2016, C-49/14**, ha affermato che non è compatibile con il principio di effettività, declinato rispetto alla tutela del consumatore in materia di clausole abusive di cui alla Direttiva 93/13/CE, una normativa che non permette al giudice investito dell'esecuzione di un'ingiunzione di pagamento “*di valutare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola inserita in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, ove l'autorità investita della domanda d'ingiunzione di pagamento non sia competente a procedere a una simile valutazione*”.

Nella pronuncia **Banco Santander, del 7 dicembre 2017, C-598/15** la Corte di Giustizia ha escluso che vi sia spazio per la rilevazione officiosa della nullità delle clausole vessatorie, e più in generale per l'applicazione degli artt. 6, comma 1 e 7 comma 1, della Direttiva 93/13/CE, in una procedura di sfratto promossa dall'aggiudicatario di un immobile “*a seguito di un'esecuzione stragiudiziale della garanzia ipotecaria consentita su tale bene da un consumatore a vantaggio di un creditore professionale e avente ad oggetto la protezione dei diritti reali legittimamente acquistati da tale aggiudicatario, nei limiti in cui, da un lato, tale procedura è indipendente dal rapporto giuridico esistente tra il creditore professionale e il consumatore e, dall'altro, la garanzia ipotecaria è stata eseguita, l'immobile è stato venduto e i diritti reali ad*

²⁰ In tal senso, più di recente, anche *Asturcom Telecomunicaciones*, del 6 ottobre 2009, C-40/08; *Jõrõs*, del 30 maggio 2013, C-397/11 e *Sanchez Morcillo*, del 17 luglio 2014, C-169/2014; *Kušionova*, del 10 settembre 2014, C-34/13; *Finanmadrid*, del 18 febbraio 2016, C-49/14.

esso relativi sono stati trasferiti senza che il consumatore abbia fatto uso degli strumenti giuridici previsti in tale contesto".

1.2.4.5 Rilevabilità d'ufficio, giudicato e annullamento del lodo arbitrale

Una questione parzialmente diversa, e di particolare interesse anche rispetto al caso italiano da cui si è partiti, è affrontata dalla Corte di Giustizia nella sentenza **Mostaza Claro, del 26 ottobre 2006, C-168/05**. La Corte di Giustizia si trova a decidere se sia necessario rispetto al diritto europeo che il giudice, di fronte ad una convenzione di arbitrato che *"contenga una clausola abusiva pregiudizievole per il consumatore, quando tale questione è fatta valere nel ricorso di annullamento ma non è stata addotta dal consumatore nell'ambito del procedimento arbitrale"*. La Corte in motivazione guarda all'autonomia procedurale alla luce dei principi di equivalenza e di effettività. Rispetto al primo, è necessario che le modalità procedurali che garantiscano i diritti dell'Unione *"non siano meno favorevoli di quelle relative a situazioni analoghe di natura interna"*, mentre rispetto al secondo le regole del processo non devono rendere *"eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario"*. La Corte qualifica l'art. 6 della Direttiva 93/13/CE come *"norma imperativa"* e che è volta *"a sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza delle parti stesse"*, nonché al perseguimento degli scopi della Comunità Europea. La Corte afferma chiaramente che siamo di fronte ad un *"interesse pubblico"*, e giunge ad affermare *"la direttiva dev'essere interpretata nel senso che essa implica che un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale rilevi la nullità dell'accordo arbitrale ed annulli il lodo, nel caso ritenga che tale accordo contenga una clausola abusiva, anche qualora il consumatore non abbia fatto valere tale nullità nell'ambito del procedimento arbitrale, ma solo in quello per l'impugnazione del lodo"*.

Di particolare interesse è anche la sentenza **Asturcom Telecomunicaciones, del 6 ottobre 2009, C-40/08**, in cui è sottoposta alla Corte di Giustizia la questione della necessità, in un procedimento di esecuzione forzata di un lodo arbitrale, passato in giudicato ed emesso in assenza del consumatore, del rilievo d'ufficio della nullità di una convenzione di arbitrato, e dunque dell'annullamento del lodo, nel caso in cui la convenzione contenga una clausola abusiva. La Corte affronta qui il tema se la normativa europea *"imponga al giudice dell'esecuzione di garantire una tutela assoluta del consumatore, anche in assenza di qualsiasi azione giudiziaria proposta da quest'ultimo per far valere i propri diritti e nonostante le norme procedurali nazionali che attuano il principio dell'autorità della cosa giudicata"*. Con riguardo agli argomenti utilizzati, anche in questa pronuncia si fa riferimento alla *ratio* dell'obbligo del rilievo d'ufficio in materia di clausole abusive che la Corte, coerentemente con la sua giurisprudenza, rinviene nell'opportunità di riequilibrare, attraverso l'operato di soggetti esterni al rapporto contrattuale, lo squilibrio di potere contrattuale e informativo nel rapporto fra il consumatore e il professionista. **L'obiettivo perseguito dalla disciplina in materia di clausole vessatorie deve però essere perseguito tenendo conto anche del "principio dell'autorità di cosa giudicata", funzionale alla stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, nonché ad una "buona amministrazione della giustizia"**. Anche in questo caso la Corte guarda alle norme processuali degli Stati membri alla luce dei principi di equivalenza e di effettività.

Rispetto al principio di effettività, la Corte afferma che *"in ogni caso, il rispetto del principio di effettività non può (...) giungere al punto di esigere che un giudice nazionale debba non solo compensare un'omissione procedurale di un consumatore ignaro dei propri diritti (...) ma anche supplire integralmente alla completa passività del consumatore"*.

interessato che, come la convenuta nella causa principale, non ha partecipato al procedimento arbitrale e neppure proposto un'azione d'annullamento contro il lodo arbitrale divenuto per tale fatto definitivo."

Nell'analisi che attiene al principio di equivalenza, è di particolare interesse il passaggio argomentativo in cui la Corte, in applicazione del principio di equivalenza, afferma che la tutela dei consumatori posta dalla Direttiva 93/13/CE è fondata su un interesse pubblico, in quanto *"costituisce un provvedimento indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità europea e, in particolare per l'innalzamento del livello e della qualità della vita al suo interno"*. In tale prospettiva, l'art. 6 della direttiva *"deve essere considerato come una norma equivalente alle disposizioni nazionali che occupano, nell'ambito dell'ordinamento giuridico interno, il rango di norme di ordine pubblico"*.

Ed è proprio in virtù del principio di equivalenza che la Corte giunge ad affermare che la Direttiva 93/13/CE impone che il giudice nazionale dell'esecuzione forzata di un lodo arbitrale, emesso in assenza del consumatore, e che ha acquisito autorità di giudicato, è tenuto, se dispone degli elementi di fatto e di diritto necessari, a valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto fra professionista e consumatore, ***"qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna"***.

L'impostazione assunta in *"Asturcom"* è seguita, per l'aspetto qui considerato, dalla pronuncia ***Pohotovosť, del 16 novembre 2010, C-76/10***; in tale ordinanza si fa riferimento anche all'effetto dissuasivo del rilievo officioso del giudice, rispetto al fatto che questo può *"contribuire a far cessare l'inserimento di clausole abusive nei contratti conclusi tra un professionista e i consumatori"*.

1.2.5 Rilievi conclusivi e questioni aperte

Da quanto appena visto emerge l'influenza delle pronunce della Corte di Giustizia sugli indirizzi ermeneutici seguiti dalla giurisprudenza italiana. Il significativo portato degli orientamenti europei in ambito nazionale appare chiaro anche dal riferimento esplicito agli orientamenti della Corte di Giustizia che si rinvencono nelle sentenze 14828/2012 e 26242/2014, così come dall'interpretazione estensiva rispetto alla rilevazione della nullità nel giudizio di appello data dalla Corte di Cassazione. A tal proposito sembra essersi consolidato l'orientamento per cui, di fronte ad una mancata rilevazione officiosa della nullità in primo grado, è possibile il rilievo officioso in appello²¹, anche coerentemente con quanto previsto dall'art. 345 c.p.c., e sempre tenendo conto dell'oggetto dell'appello, che va individuato rispetto ai motivi di impugnazione, e che deve avere ad oggetto delle pretese che permettano il rilievo officioso della nullità. Proprio in relazione al rapporto fra rilevazione della nullità e oggetto del giudizio di appello si può formulare il seguente interrogativo:

Vi sono dei casi in cui la definizione dell'ambito della cognizione del giudice di appello attraverso l'individuazione dei motivi *ex art. 342 c.p.c.*²² non rende possibile il rilievo officioso della nullità, in quanto per esempio non permette di esaminare il negozio nella sua interezza? Ad esempio, qualora si articolino dei motivi che ineriscono unicamente gli ordini di acquisto, può essere

²¹ E questo anche in considerazione di quanto recentemente ribadito dalle **Sezioni Unite della Corte di Cassazione**, che con **sent. n. 27199, del 10 ottobre 2017** hanno affermato che *"l'appello è rimasto una revisio prioris instantiae; e i giudici di secondo grado sono chiamati in tale sede ad esercitare tutti i poteri tipici di un giudizio di merito, se del caso svolgendo la necessaria attività istruttoria, senza trasformare l'appello in una sorta di anticipato ricorso per cassazione"*.

²² Sul punto, di recente le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con **sent. n. 27199, del 10 ottobre 2017**, hanno ribadito che *"l'appello è una revisio prioris instantiae e non un novum iudicium, e che la necessità dell'indicazione, da parte dell'appellante, delle argomentazioni da contrapporre a quelle contenute nella sentenza di primo grado serve proprio ad incanalare entro precisi confini il compito del giudice dell'impugnazione, consentendo di comprendere con certezza il contenuto delle censure"*.

possibile per il giudice rilevare la nullità del contratto quadro, non oggetto di motivi di impugnazione, ma oggetto del giudizio di primo grado?

Ben oltre lo specifico contesto del giudizio di appello, la questione è quella del rapporto fra oggetto del giudizio e rilevazione della nullità; ci si potrebbe domandare se la forza espansiva della rilevazione officiosa della nullità possa arrivare fino al punto di estendere l'ambito dell'indagine giudiziale, o se invece debba trovare in questa un limite. Si pone qui la questione del coordinamento fra il potere di rilievo officioso *ex art. 1421 c.c.*, e gli art. 99 e 112 c.p.c. che com'è noto pongono come principio cardine del sistema processual-civilistico quello della domanda. Il diritto processuale civile italiano si fonda tradizionalmente sul principio per cui è la parte che ha il potere di dar inizio e porre termine al processo, in quanto titolare della situazione sostanziale sottoposta allo scrutinio del giudice, ed espressione di tale impostazione di fondo è anche l'art. 112 c.p.c., secondo cui *“il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa”*. D'altro canto, la possibilità – e il dovere – di un rilievo officioso *ex art. 1421 c.c.* si giustificano sia in ragione di un interesse pubblico sotteso alla norma in materia di nullità, sia in ragione della funzione equilibratrice del giudice rispetto a uno squilibrio di potere fra le parti, funzionale anche al rispetto del principio di effettività. Occorre dunque mettere in relazione il principio della domanda con la possibilità del rilievo officioso *ex art. 1421 c.c.*; si giunge così a interrogarsi sui limiti che gli artt. 99 e 112 c.p.c. possono porre rispetto alla forza espansiva del rilievo officioso. La questione riecheggia anche nella giurisprudenza in materia di rilevazione officiosa della nullità del contratto collegato a quello sottoposto allo scrutinio del giudice. Tale questione si può declinare anche rispetto all'ambito della cognizione di alcuni *enforcers* non giudiziali, come dimostra una recente decisione dell'**ACF, la n. 416 del 2018**, in cui si legge che la competenza dell'Arbitro va valutata in relazione alla prospettazione delle parti, e in relazione alla *causa petendi*, e non al *petitum*, e che poi ha dichiarato d'ufficio la nullità di un derivato. Il cliente aveva qui stipulato con la banca un contratto di finanziamento, e contestualmente, su consiglio della banca, un contratto di *interest rate swap* a copertura del rischio connesso alla parte variabile del tasso di interesse del finanziamento. Il cliente fa valere l'inadempimento della banca circa gli obblighi informazione, in quanto questa avrebbe di proposito rappresentato l'esistenza di un rischio pressoché inesistente e prospettato come certa una funzione di copertura soltanto eventuale. Il cliente chiede dunque la dichiarazione della responsabilità della banca e *“se del caso, la risoluzione del contratto”* e le conseguenti restituzioni. L'Arbitro ha rilevato d'ufficio la questione dell'eventuale nullità del IRS; a seguito del contraddittorio fra le parti, l'ACF dichiara la nullità del contratto di *interest rate swap*, per mancanza di una causa meritevole di tutela. Le argomentazioni sono di particolare interesse in quanto l'ACF ritiene che *“il cliente ben può devolvere avanti all'ACF le controversie che riguardino il suo collocamento, appunto in quanto avvenuto in violazione delle regole che presiedono alla prestazione di tali servizi, e sempre ferma restando – perché si tratta, oltretutto, di questione rilevabile di ufficio e dunque sottratta al principio dispositivo – anche la possibilità di denunciare, accanto ai vizi del collocamento conseguenti ai prospettati inadempimenti, eventuali vizi genetici del derivato, conseguenti oltretutto proprio alla violazione del principio imperativo dell'art. 21 TUF”*.

Alla luce di quanto detto si potrebbe formulare in termini generali il seguente interrogativo:

La rilevazione officiosa della nullità può incidere sulla definizione dell'oggetto del processo o trova in questo un limite? Che ruolo possono svolgere a tal riguardo i principi di effettività e proporzionalità?

Un ulteriore ordine di considerazioni si può sviluppare a partire dallo stretto legame fra sviluppo dei poteri officiosi del giudice e principio di effettività; poiché ha cominciato ad assumere rilevanza anche l'art. 47 CDFUE, che si applica alla tutela giurisdizionale, ci si potrebbe chiedere come si articoli un eventuale rilievo officioso, e il relativo contraddittorio fra le parti, nei casi in cui si sia di fronte a un organismo che non si possa qualificare come “*organo giurisdizionale*”, secondo la nozione elaborata dalla Corte di Giustizia, come per esempio l'ACF o l'ABF. Sul punto si può rammentare che la Corte ha elaborato una serie di criteri per valutare la sua qualificazione, “*quali l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente*” (**Dorsch Consult**, 17 settembre 1997, C-54/96); la Corte si è poi pronunciata in numerosi casi²³.

1.3 Rilevabilità d'ufficio dello status di consumatore rispetto alla violazione di obblighi di informazione nei contratti di credito al consumo

1.3.1 La questione

Nel caso in cui la parte interessata non dimostri esplicitamente la veste di consumatore, è possibile o doveroso per il giudice accertarla d'ufficio o operare autonomamente tale qualificazione?

Una questione che si pone nell'ambito dell'applicazione delle norme in materia di credito al consumo (artt. 121-126 TUB), ma che più in generale si può estendere a tutti quei casi in cui presupposto di applicazione di una disciplina sia lo *status* di consumatore, è relativa al suo accertamento.

1.3.2 Il caso: ABF Napoli, 27 luglio 2017, n. 9252

1.3.2.1 Il fatto e le argomentazioni delle parti

Il ricorrente stipula con un intermediario un contratto di “prestito personale”, da restituire in 5 anni mediante il pagamento di n. 60 rate, con interessi e ulteriori costi. Il ricorrente sostiene che il calcolo del TAEG indicato nel contratto sia scorretto rispetto a quanto previsto dall'art. 121 TUB. La tutela richiesta è quella prevista dall'art. 125 *bis* del Testo Unico Bancario (TUB) posta nell'ambito della disciplina del credito ai consumatori e che, com'è noto, comporta la nullità della clausola e l'applicazione di un tasso sostitutivo²⁴.

Ai fini della questione che si sta esaminando pare rilevante sottolineare che l'intermediario, oltre ad altre difese, sostenga che “**la riconduzione del rapporto nell'alveo del credito al consumo presuppone che sia accertata, e de relato provata dall'interessato, la causa di consumo**”.

1.3.2.2 Interesse leso

L'Arbitro Bancario e Finanziario (ABF), decidendo rispetto agli elementi acquisiti nel procedimento, valuta l'applicabilità dell'art. 125 *bis*, qualificando il ricorrente come consumatore.

L'interesse leso del consumatore è quello alla corretta individuazione del TAEG nel contratto, connesso ad esigenze di trasparenza. Si può rammentare che il TAEG, secondo quanto disposto

²³ Rispetto alle autorità amministrative, si può segnalare la sentenza **Gabalfrisa SL**, 21 marzo 2000, C-110/98 e C-147/98, in cui la Corte ha valutato, alla luce dei criteri citati, che il *Tribunales Económicos-Administrativos* spagnolo può essere considerato un organo giurisdizionale.

²⁴ Su tale disciplina, si veda il § 3.2.1.

dall'art. 121 TUB, *“indica il costo totale del credito per il consumatore espresso in percentuale annua dell'importo totale del credito”*.

1.3.2.3 Rimedio

Il Collegio, in ragione della mancata inclusione nel TAEG di tutte le voci di costo, dichiara la nullità della clausola del TAEG indicata in contratto, e la sua sostituzione, ai sensi dell'art. 125 bis, comma 7, TUB, *“con quello equivalente al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro o di altri titoli simili eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto”*.

1.3.2.4 La motivazione

L'ABF ritiene di rigettare l'eccezione dell'intermediario in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 125 bis, comma 7°, lett. a, TUB, sostenendo che, nonostante *“il ricorrente non abbia effettivamente dimostrato il proprio status di consumatore al momento della conclusione del contratto oggetto di controversia, dalla documentazione agli atti si rinviene però il dato significativo che l'istante non ha speso un nome commerciale, né ha osteso l'identificativo fiscale dell'impresa. In tale contesto fattuale (...) al Collegio non sembra dunque possibile negare al ricorrente la qualifica di consumatore. (...)”*.

1.3.3 La giurisprudenza italiana

Inserire il caso appena esaminato nel contesto italiano impone di riferirsi al potere-dovere del giudice di qualificazione della domanda e dei fatti di causa, che com'è noto trova un limite nel principio di corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c. – connesso al principio della domanda di cui all'art. 99 c.p.c. – e che impone al giudice di *“circoscrivere la decisione in relazione agli effetti giuridici che la parte vuole conseguire deducendo un certo fatto”* (Cass., n. 408, 10 gennaio 2018). Il potere-dovere del giudice è quello di *“assegnare una diversa qualificazione giuridica ai fatti ed ai rapporti dedotti in lite, nonché all'azione esercitata in causa; ricercando, a tal fine, le norme giuridiche applicabili alla concreta fattispecie sottoposta al suo esame, e ponendo a fondamento della sua decisione disposizioni e principi di diritto eventualmente anche diversi da quelli erroneamente richiamati dalle parti”* (Cass. Civ., n. 11629, 11 maggio 2017). Anche soltanto dall'analisi non esaustiva della giurisprudenza più recente, pare evidente che il giudice, di fronte ad una domanda di parte che si fonda sull'applicazione di una disciplina che ha come presupposto della sua operatività quello dello *status* di consumatore, possa ritenere esistente tale *status*, se questo è deducibile dagli elementi di fatto dedotti in lite, e nei limiti del rispetto del principio del chiesto-pronunciato. In presenza di una domanda volta all'applicazione di una disciplina consumeristica, rispetto al rilievo dello *status* di consumatore, non viene quindi in gioco un potere officioso del giudice, quanto più un potere di qualificazione che pare connaturato allo svolgimento dell'attività giudicante per come costruita nell'ordinamento italiano. Questo risulta evidente se si ragiona *a contrario*, e dunque se si guarda al potere del giudice di rilevare l'inesistenza dello *status* di consumatore dell'attore che fa valere in giudizio una pretesa connessa a tale *status*; appare qui chiaro che il giudice possa rigettare la pretesa sulla base dell'assenza della qualità di consumatore della parte (per un esempio: Tribunale di Milano, 6 luglio 2017).

1.3.4 La giurisprudenza europea

Nell'ambito della giurisprudenza europea, è senz'altro rilevante la sentenza della Corte di Giustizia **Faber, del 4 giugno 2015, C-497/13**, in cui la Corte, in un giudizio avente ad oggetto la Direttiva 1999/44/CE in materia di vendita e garanzie dei beni di consumo, affronta la questione se un *“giudice nazionale adito nel contesto di una controversia vertente su un contratto che può*

rientrare nell'ambito di applicazione della citata direttiva è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine o possa disporre su semplice domanda di chiarimenti, a verificare se l'acquirente possa essere qualificato come consumatore nell'accezione di tale direttiva, anche se quest'ultimo non ha espressamente rivendicato questa qualità."

La Corte di Giustizia distingue qui due ipotesi.

La prima attiene al caso in cui sia sufficiente per il giudice esercitare il potere di qualificazione autonoma dei fatti e degli atti dedotti in causa. La Corte di Giustizia parte dalla considerazione per cui *"in linea di principio, è compito del giudice nazionale, onde individuare le norme giuridiche applicabili ad una controversia sottopostagli, qualificare giuridicamente i fatti e gli atti dedotti in giudizio dalle parti per corroborare le loro pretese"*, e applica il principio di equivalenza, affermando dunque che come il giudice è tenuto ad una qualificazione autonoma rispetto all'applicazione del diritto interno, lo sarà anche nell'ambito del diritto dell'Unione.

La seconda ipotesi presa in esame dalla Corte – e in cui viene in rilievo il principio di effettività – è quella in cui il diritto processuale dell'ordinamento interno non permetta al giudice di attribuire *"ai fatti e agli atti controversi la loro esatta qualificazione, qualora questa non sia stata espressamente richiamata dalle stesse parti per avvalorare le loro pretese"*. In tale ipotesi la Corte afferma che qualora si controverta di un contratto che possa entrare nell'ambito di applicazione della Direttiva 1999/44/CE, il principio di effettività impone che il giudice nazionale adito *"a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine o possa disporre su semplice domanda di chiarimenti, sia tenuto a verificare se l'acquirente possa essere qualificato come consumatore, anche se quest'ultimo non ha espressamente rivendicato questa qualità"*. Le ragioni per cui la Corte sostiene la necessità di tale soluzione in ragione dell'applicazione del principio di effettività si rinvergono nella necessità di non assoggettare il consumatore all'*"obbligo di procedere da sé, pena di perdere i diritti che il legislatore dell'Unione ha inteso conferirgli con la direttiva 1999/44/CE, a qualificare giuridicamente in modo completo la sua situazione"*. Un ulteriore argomento considerato dalla Corte di Giustizia è che nell'ambito delle cause che investono l'applicazione della direttiva considerata, numerosi Stati membri non prevedono un obbligo di difesa tecnica, circostanza che accentua il rischio che il consumatore non sia in grado di adempiere all'obbligo di qualificazione "completa" della situazione giuridica che fa valere in giudizio. Aggiunge la Corte, al § 47 della sentenza, che non incide sulle conclusioni cui è giunta la circostanza per cui, nel caso concreto, il consumatore si sia avvalso della difesa tecnica, in quanto *"l'interpretazione del diritto dell'Unione e la portata dei principi di effettività e di equivalenza sono indipendenti dalle circostanze proprie di ciascun caso di specie"*.

1.3.5 Rilievi conclusivi e questioni aperte

Rispetto al caso italiano che è stato preso in esame, e più in generale al quadro ordinamentale italiano, non sembrano esserci particolari problemi di compatibilità e coerenza con quanto affermato dalla Corte di Giustizia, e quanto emerge dall'interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale. È dunque questa un'ipotesi in cui la giurisprudenza della Corte di Giustizia, così come il principio di effettività della tutela possono essere richiamati e tenuti presenti nell'interpretazione del diritto nazionale, senza necessariamente portare con sé l'opportunità di mutamenti interpretativi. Così almeno nel caso, oggetto della controversia sopra esaminata, in cui il consumatore invochi una disciplina consumeristica pur senza dar conto della finalità consumeristica del contratto.

Si può però porre il caso ipotetico in cui sia chiesta una tutela che si fondi sul diritto generale dei contratti, benché al caso possa applicarsi la disciplina a tutela del consumatore. Sarebbe ammesso in tale ipotesi il rilievo <i>ex officio</i> della qualità di consumatore? Come si equilibrerebbe la tutela
--

consumeristica con il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.) e della domanda (art. 99 c.p.c.)? In che misura la giurisprudenza europea in *Faber* può sostenere un'interpretazione conforme incentrata sui poteri officiosi?

2 ONERE DELLA PROVA NELL'ACCESSO DEL CONSUMATORE ALLA GIUSTIZIA²⁵

2.1. Il contesto europeo e quello italiano – 2.2. Onere della prova nei giudizi di responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per violazione degli obblighi di informazione – 2.3. Onere della prova dell'acquirente di un bene di consumo difettoso e pratiche commerciali scorrette – 2.4. Onere della prova e tutela del consumatore nell'illecito anticoncorrenziale

QUESTIONI

2.2.

- Come possono incidere i principi europei di proporzionalità, effettività e dissuasività sulla distribuzione dell'onere della prova dell'inadempimento degli obblighi informativi, per come disegnata dal legislatore e dalla giurisprudenza italiani?

2.3

- Come si coniuga il principio di effettività con la distribuzione dell'onere della prova rispetto all'operatività della garanzia di conformità nel caso di vendita di beni di consumo?

2.4

- Dal punto di vista probatorio, come si riflette sul giudizio civile di risarcimento danni da illecito anticoncorrenziale l'accertamento contenuto nel provvedimento dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato?
 - Quale significato assume il concetto di "effettività" nell'ambito del giudizio risarcitorio promosso dal consumatore danneggiato da illecito anticoncorrenziale?
-

2.1 Il contesto europeo e quello italiano

Questa sezione indagherà il tema dell'onere della prova in relazione al sistema delle tutele consumeristiche di derivazione europea, e dunque anche al rispetto dei relativi principi, con particolare riguardo a quelli di effettività e proporzionalità. Si è dunque guardato all'influenza della disciplina e della giurisprudenza europee rispetto alla distribuzione dell'onere della prova che, com'è noto, nel nostro ordinamento è regolato in linea generale dagli artt. 2697 c.c. e 115 c.p.c.

Il tema è di particolare interesse in quanto, al pari della rilevazione officiosa della nullità, mette in luce l'incidenza delle regole processuali rispetto alla soddisfazione dell'interesse tutelato dal diritto sostanziale. Gli specifici settori oggetto di analisi sono i giudizi di responsabilità della banca, o dell'intermediario finanziario per violazione di obblighi di informazione, la garanzia di conformità prevista dalla Direttiva 99/44/CE, nonché l'ambito dell'illecito anticoncorrenziale.

La distribuzione dell'onere della prova in senso favorevole per il consumatore risponde a necessità di riequilibrio, di fronte a una asimmetria di potere fra consumatore e professionista, come è anche per i poteri di rilevazione officiosa da parte del giudice. A differenza di quanto visto nel capitolo 1 però muta la tecnica: qui non si introduce un soggetto terzo – il giudice, e per suo tramite, in definitiva, lo Stato – che interviene "a sostegno" del consumatore, ma si riequilibrano i poteri delle parti, ponendo in una posizione di svantaggio la parte che gode di una posizione di forza.

²⁵ Questo capitolo è stato scritto dalla dottoressa C. Angiolini, ad eccezione del § 2.4, scritto dal dottor G. Sabatino.

2.2 Onere della prova nei giudizi di responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per violazione degli obblighi di informazione

2.2.1 La questione e i riferimenti normativi

Come possono incidere i principi europei di proporzionalità, effettività e dissuasività sulla distribuzione dell'onere della prova dell'inadempimento degli obblighi informativi, per come disegnata dal legislatore e dalla giurisprudenza italiani?

La questione che si affronta in questa sezione è quella della distribuzione dell'onere della prova rispetto alla violazione di obblighi informativi da parte di un intermediario finanziario o di un creditore nell'ambito del credito al consumo. Il tema è da declinarsi sia rispetto alla **prova dell'inadempimento degli obblighi informativi**, sia rispetto all'esistenza del **nesso causale** fra tale inadempimento e il danno prodotto.

Si è scelto di trattare congiuntamente della giurisprudenza in materia di credito al consumo e in materia di investimenti, anche in presenza di diversi riferimenti normativi, in ragione dell'unitarietà della questione da un punto di vista teorico, nonché del possibile accostamento delle funzioni di tali obblighi. Si rende però necessario un breve richiamo della disciplina normativa, che permetta di leggere la giurisprudenza avendo sempre presente il quadro di diritto positivo in cui si sviluppa.

Per quanto attiene al **credito al consumo**, la disciplina di riferimento è, a livello europeo, l'art. 5 della Direttiva 2008/48/CE, che prevede degli obblighi di informazione nella fase precontrattuale, volti a permettere al consumatore di *“raffrontare le varie offerte al fine di prendere una decisione con cognizione di causa in merito alla conclusione di un contratto di credito”*; le informazioni sono fornite al consumatore su un supporto durevole e attraverso un modulo allegato alla direttiva. Nell'ambito del diritto nazionale, la norma di recepimento è l'art. 124 TUB, che prevede che detti obblighi di informazione debbano permettere al consumatore *“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”*.

Nell'ambito dell'**intermediazione finanziaria**, è la Direttiva 2014/65, all'art. 24, a prevedere gli obblighi informativi, che hanno ad oggetto le *“imprese di investimento, ai relativi servizi, gli strumenti finanziari e le strategie di investimento proposte, le sedi di esecuzione e tutti i costi e oneri relativi”*. Occorre poi citare il Regolamento delegato 2017/565/UE (artt. 44 e ss.), che dettaglia gli obblighi di cui all'art. 24. In ambito nazionale, l'art. 21 TUF prevede un obbligo di diligenza correttezza e trasparenza, nonché di *“acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati”* e di *“utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti”*, mentre è l'art. 23 TUF a prevedere che *“nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta”*. La normativa di dettaglio è ora il *“Regolamento intermediari”*, adottato con delibera n. 20307 del 15 febbraio 2018 dalla Consob²⁶, che richiama anche il Regolamento 2017/565/UE.

²⁶ Tale Regolamento ha sostituito il Regolamento 16190/2007, che a sua volta ha sostituito il Regolamento n. 11522/1998.

2.2.2 Cass. Civ., 28 febbraio 2018, n. 4727

2.2.2.1 Il fatto, gli argomenti delle parti, e i precedenti gradi di giudizio

V.L. e C.E. agiscono in giudizio ai fini del risarcimento del danno per la perdita di capitale investito in obbligazioni, contro la Banca Popolare di Milano, in ragione della violazione di obblighi informativi da parte della banca. Il Tribunale di Lecco aveva affermato la responsabilità della banca, ritenendo che il comportamento tenuto fosse contrario a quanto previsto dall'art. 21 TUF, in materia di obblighi informativi, e valutando la sussistenza *“di un nesso di regolarità causale con l'illecito contrattuale accertato”*. La Corte di Appello adita ha al contrario escluso la sussistenza del nesso causale fra l'inadempimento della banca e il danno patito dagli appellati, in ragione del fatto che la violazione degli obblighi informativi non aveva inciso sulla decisione dell'investitore, *“orientato da un intento speculativo”*. La Corte di Appello, a quanto risulta dalla sentenza dei Giudici di legittimità, pone a fondamento della decisione principalmente due elementi di fatto. Il primo è la circostanza per cui *“già nella fase antecedente la conclusione del contratto di compravendita di strumenti finanziari la sig.ra C. era stata avvisata dei rischi connessi all'investimento in titoli obbligazionari ma aveva comunque preferito le obbligazioni XX in considerazione della maggior rendita garantita”*; il secondo il fatto che dopo un anno dalla sottoscrizione dei titoli obbligazionari, *“la funzionaria della banca aveva avvertito l'investitrice che la situazione del mercato finanziario era mutata e che i titoli XX erano privi di rating”*. Quest'ultima circostanza, secondo il giudice dell'appello, è da considerarsi interruttiva del nesso di causalità e il danno deve *“essere ascritto a fatto proprio dei danneggiati che, pur informati sull'aggravamento delle condizioni del mercato, avevano deciso di mantenere l'investimento”*.

I clienti propongono ricorso in Cassazione, facendo valere la violazione degli artt. 21 e 23 del TUF, nonché gli art. 26, 28, e 29 del Regolamento Consob n. 11522 del 1998, applicabile *ratione temporis*, deducendo come primo motivo che la Corte d'Appello avesse applicato in modo non corretto i “principi che disciplinano il nesso causale e non averne ritenuto la sussistenza sull'erroneo presupposto che l'eventuale violazione degli obblighi informativi non avrebbe inciso sulla decisione del cliente”. I clienti osservano che è irrilevante e generica l'informazione data successivamente all'investimento, in quanto *“relativa soltanto al rischio di una flessione della quotazione del titolo, non al default dovuto al fallimento dal quale è conseguita la perdita del capitale investito”*. Con il secondo motivo di ricorso si deduce la violazione degli artt. 28 e 30 del Reg. Consob 11522/1998, in quanto *“l'intermediario non ha assolto agli obblighi informativi indicati nelle norme citate, anche sotto il profilo delle informazioni da richiedere ai fini della definizione del profilo di rischio dell'investitore. Viene sottolineato che i ricorrenti hanno prima sottoscritto l'ordine di acquisto e successivamente il contratto quadro, elemento che indica il deficit di acquisizione di informazioni richiesto dalle disposizioni regolamentari”*.

Con il terzo motivo è dedotto vizio di motivazione rispetto all'accertamento sulla mancanza del nesso di causalità.

2.2.2.2 Interesse lesso

Rispetto all'individuazione dell'interesse lesso, è senz'altro almeno quello ad un investimento consapevole, anche considerando che la disciplina è volta a colmare l'asimmetria informativa esistente fra l'investitore e l'intermediario. Ed infatti si legge nella pronuncia della Corte di Cassazione che *“l'intermediario finanziario ha l'obbligo di fornire all'investitore un'informazione adeguata in concreto, tale cioè da soddisfare le specifiche esigenze del singolo rapporto, in relazione alle caratteristiche personali e alla situazione finanziaria del cliente e che, quindi, l'assolvimento di tale obbligo implica la formulazione, da parte dell'intermediario medesimo, di indicazioni idonee a descrivere la natura, la quantità e la qualità dei prodotti finanziari ed a rappresentarne la specifica rischiosità”*. In un altro passo dell'arresto si legge che *“all'investitore è rimesso il potere decisionale di stabilire il grado di aleatorietà*

dell'investimento che intende sostenere, ma soltanto a condizione che l'investimento corrisponda al suo profilo personale, desumibile dalle informazioni assunte sulla tipologia di propensione all'investimento finanziario e soprattutto sia frutto di una scelta informata e consapevole in concreto del rapporto rischio rendimento, in relazione alla peculiarità del prodotto e alla sua effettiva rischiosità, con particolare riferimento al pericolo della perdita del capitale investito. Tale ultima informazione deriva da un complesso di fattori specifici e non soltanto in generale dalla categoria di prodotti finanziari negoziati o che compongono una gestione patrimoniale”.

Si può affermare che sia in gioco anche la tutela di un **interesse generale**, l'integrità dei mercati finanziari. Tale interesse, che si rinviene anche nella stessa lettera dell'art. 21 TUF, e la cui rilevanza è stata sottolineata anche dalle **Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella pronuncia n. 26724, del 19 dicembre 2007**²⁷. Nella pronuncia in esame la tutela di tale interesse emerge anche dal riferimento all'importanza della valutazione del profilo dell'investitore rispetto agli investimenti da proporgli, nonché dall'argomentazione della Corte di Cassazione, secondo cui *“le fattispecie contrattuali descritte nel D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 1 sono governate da una rete di norme imperative relative a requisiti di validità e ad obblighi cogenti riguardanti le prestazioni dovute, in particolare dall'intermediario, che conformano il regolamento d'interessi tipizzato dal legislatore, limitando la flessibilità endocontrattuale sia nel momento genetico che in quello attuativo del contratto”*.

2.2.2.3 Rimedio

Il rimedio è quello risarcitorio, con alcune regole peculiari in materia di onere probatorio.

Con riguardo all'**onere della prova dell'assolvimento dell'onere informativo**, questo è a **carico dell'intermediario**, e, afferma la Corte, *“non corrisponde alla mera assenza di negligenza, ma deve concretizzarsi nella prova positiva della diligenza, mentre l'investitore è tenuto ad allegare specificamente il deficit informativo ed a fornire la prova dell'esistenza di un pregiudizio patrimoniale dovuto all'investimento od agli investimenti eseguiti”*.

Di particolare interesse sono le osservazioni della Corte rispetto al **nesso causale**. Secondo i Giudici di legittimità *“l'investitore deve allegare e provare che la perdita patrimoniale è eziologicamente riconducibile, anche in via non esclusiva, (la concorrenza di altri fattori o della condotta del creditore determinerà effetti sulla attribuzione della responsabilità per intero o parzialmente) alle caratteristiche di rischiosità del prodotto non conosciute”*. Se l'onere della prova in ordine alla sussistenza del nesso causale è in capo all'investitore, questo può essere **assolto** anche **in via presuntiva**, in ragione della violazione degli stessi obblighi informativi. Si legge a tal proposito nella pronuncia che *“al riscontro dell'inadempimento degli obblighi di corretta informazione consegue, secondo l'orientamento prevalente di questa Corte, l'accertamento in via presuntiva del nesso di causalità tra il detto inadempimento e il danno patito dall'investitore; presunzione che spetta all'intermediario vincere attraverso la prova di aver correttamente adempiuto. Occorre, peraltro ribadire, quanto al rapporto fra violazione degli obblighi informativi e produzione del danno, che nella prestazione del servizio di negoziazione di titoli, qualora l'intermediario abbia dato corso all'acquisto di titoli ad alto rischio senza adempiere ai propri obblighi informativi, ed il cliente non rientri in alcuna delle categorie di investitore qualificato o professionale previste dalla normativa di settore, non è configurabile alcun concorso di colpa di quest'ultimo nella produzione del danno, nè, a fortiori, può ascriversi efficacia interruttiva del nesso di causalità alle sue scelte”*. Aggiunge la Corte che *“la prova del nesso causale non può dirsi eliminata dal mero rilievo del profilo “speculativo” dell'investitore, ovvero dalla sua elevata propensione al rischio, dovendo escludersi che quest'ultimo possa accettare anche i profili di rischiosità del prodotto finanziario che gli sono ignoti e dei quali alleggi la conoscenza o la prevedibilità in capo all'intermediario,*

²⁷ Su cui, più diffusamente, si veda il capitolo 3.

contrattualmente obbligato ad essere preventivamente informato". In altri termini, in presenza degli indici individuati dalla Corte (inadempimento degli obblighi informativi, come già presunto, inquadramento dell'investitore come non qualificato), il giudice presume l'inconfigurabilità del concorso di colpa dell'investitore quale possibile interruzione del nesso causale tra inadempimento e danno, nesso di cui dunque si presume l'esistenza.

2.2.2.4 Gli argomenti

Oltre a quanto già visto, è opportuno sottolineare come la Corte, qualificando come *"imperativo"* il regime previsto in ordine all'onere della prova, afferma che l'*"obbligo positivo specifico"* dell'intermediario in ordine alla prova del puntuale adempimento degli obblighi informativi, *"sarebbe sostanzialmente vanificato se si ritenesse che verso l'investitore c.d. "speculativo" (...) l'intermediario non sia tenuto a fornire le informazioni relative al grado di rischio di perdita del capitale derivante dalla tipologia specifica del prodotto proposto ed acquistato. Al contrario si deve ritenere che il grado di rischio sia direttamente proporzionale al livello di puntualità delle informazioni."*

In ordine al **nesso causale** rileva la Corte che *"l'esclusione del nesso causale desunta dalla Corte territoriale dalla c.d. prova controfattuale - ovvero dal convincimento relativo all'ininfluenza del comportamento giuridicamente imposto rispetto alla scelta dell'investimento - integra la violazione del richiamato sistema integrato di protezione dell'investitore che permea la disciplina normativa dalla fase precontrattuale fino alle conseguenze dannose dell'esecuzione degli ordini d'investimento, prescrivendo una rigida conformazione delle prestazioni di carattere informativo a carico dell'intermediario, in ordine alle quali deve indefettibilmente essere fornita la prova positiva per evitare le conseguenze risarcitorie (o solutorie) dell'inadempimento"*.

2.2.3 La giurisprudenza italiana

La pronuncia appena esaminata deve essere inserita all'interno del contesto ordinamentale italiano, in particolare per quanto attiene alle presunzioni. Occorre qui distinguere fra la presunzione, legale, circa la prova dell'adempimento degli obblighi informativi da parte dell'intermediario, e la prova della sussistenza del nesso causale che, nell'interpretazione della Corte di Cassazione, può essere data per presunzioni fondate sullo stesso inadempimento di obblighi informativi.

A tal proposito, e citando la pronuncia della **Corte di Cassazione n. 19417 del 3 agosto 2017**, è opportuno sottolineare che *"l'accertamento positivo dell'adempimento degli obblighi informativi esclude alla radice la domanda risarcitoria per difetto della condotta illecita esclusa dalla prova liberatoria della condotta diligente della banca"*, mentre l'interruzione del nesso causale *"presuppone l'inadempimento, quanto meno in astratto, della banca"* e porta con sé *"l'inidoneità eziologica di tale comportamento a realizzare l'evento pregiudizievole lamentato"*.

2.2.3.1 L'art. 23 TUF e l'onere della prova circa l'adempimento degli obblighi informativi

Rispetto alla prova dell'adempimento degli obblighi informativi, una volta che il cliente abbia allegato in modo specifico l'inadempimento²⁸, sta all'intermediario provare *"l'avvenuto adempimento delle specifiche obbligazioni poste a suo carico e di aver agito (...) con la specifica diligenza richiesta"* (**Cass. Civ. 19 gennaio 2016, n. 810**²⁹). Rispetto alla prova della diligenza non si ritiene sufficiente che l'intermediario abbia consegnato un prospetto informativo al cliente, in quanto si tratta *"di documento predisposto (...) nei riguardi della generalità degli investitori potenzialmente interessati"*, e considerando che *"gli obblighi di informazione imposti all'intermediario che presta un servizio di investimento a favore della clientela al dettaglio si pongono su un piano diverso in quanto funzionali a servire"*

²⁸ Sul punto Cass. Civ., 15 settembre 2017, n. 21462.

²⁹ Fra le molte, anche Cass. Civ., 19 ottobre 2012, n. 18039.

al meglio l'interesse del singolo cliente, anche in considerazione delle sue caratteristiche soggettive, il che richiede un grado di diligenza ben superiore e che non può esaurirsi, sic et simpliciter, nella messa a disposizione del prospetto informativo relativo all'emissione" (ACF, 18 settembre 2017, n. 50).

A proposito della modulazione in concreto dell'obbligo informativo, la Corte di Cassazione afferma che *"le informazioni da trasmettere al cliente debbono essere concrete e specifiche, come propriamente ritagliate sul singolo prodotto di investimento; e che le stesse vanno date comunque, in via indipendente dalle peculiari caratteristiche di esperienza dell'investitore e di peso dell'investimento rispetto al patrimonio complessivamente investito"* (Cass. Civ., 16 febbraio 2018, n. 3914). Le informazioni devono inoltre *"essere modellate alla luce della particolarità del rapporto con l'investitore, in modo da soddisfare le specifiche esigenze proprie di quel singolo rapporto"* (Cass. Civ., 25 giugno 2008, n. 17340³⁰). A tal proposito la pronuncia della **Corte di Cassazione del 12 aprile 2016, n. 8089** dà un'impostazione di fondo distinguendo fra un **"contenuto oggettivo ed uno soggettivo"** degli obblighi di informazione. Rispetto al profilo **soggettivo** osserva la Corte che questo *"condiziona la valutazione dell'assolvimento dell'obbligo informativo, costituendo uno degli indicatori dell'adeguatezza, ma non lo esaurisce"*, e non *"non può determinare l'eliminazione dell'obbligo legale d'informazione a carico dell'intermediario o la sua riconduzione entro clausole di stile, dovendosene valutare l'assolvimento in primo luogo in considerazione della natura ed entità (...) degli investimenti nonché della tipologia e della rischiosità dei medesimi"*. Per quanto riguarda il contenuto **oggettivo**, questo *"non può essere determinato esclusivamente alla stregua del profilo soggettivo dell'investitore, quando quest'ultimo non sia operatore professionale, ma deve essere anche caratterizzato da un nucleo di dati oggettivamente riferibili agli investimenti che si intendono proporre contrattualmente ed eseguire"*.

Ai fini del corretto adempimento degli obblighi di informazione, sta all'intermediario il compito di *"attivarsi per ottenere una conoscenza preventiva adeguata del prodotto finanziario alla luce di tutti i dati disponibili che ne possano influenzare la valutazione effettiva della rischiosità (quali la solvibilità dell'emittente, il contenuto del prospetto informativo specifico destinato agli investitori istituzionali, le caratteristiche del mercato ove il prodotto è collocato), senza che si possa giustificare il deficit delle informazioni da lui assunte sulla base della dimensione locale di esso e della non partecipazione diretta alla vendita dei titoli, sia di fornire un'informazione sulle caratteristiche del prodotto concreta e specifica"* (Cass. Civ., 2 novembre 2017, n. 26064). In tale prospettiva la Corte sottolinea come la *"dimensione locale"* o la non partecipazione diretta alla vendita dei titoli dell'intermediario non possa giustificare la mancata conoscenza, nello specifico, del prodotto che si offre all'investitore non professionale; in questo senso *"non è rilevante (...) che l'intermediario [sia] in possesso di ulteriori informazioni rispetto a quelle fornite, ma che altri dati non [siano] disponibili"* (Cass. Civ., 3 aprile 2017, n. 8619).

Salvo i casi in cui la prova dell'avvenuto adempimento degli obblighi di informazione deve essere per legge fornita per iscritto, in generale la Corte di Cassazione ha affermato che la prova può essere data anche per testimoni³¹.

2.2.3.2 La valutazione circa l'appropriatezza dell'operazione e la prova dell'adempimento degli obblighi informativi

Un profilo di interesse è quello che attiene all'onere della prova nel caso in cui il cliente abbia sottoscritto un documento che contiene un avvertimento circa l'inappropriatezza dell'operazione. Occorre qui però brevemente ripercorrere i mutamenti che incidono sulla disciplina di riferimento.

³⁰ Fra le altre, si vedano anche Cass. Civ., 7 luglio 2017, n. 16861; Cass. Civ., 31 marzo 2017, n. 8314.

³¹ Sul punto, Cass. Civ., 9 agosto 2017, n. 19750.

La giurisprudenza che si citerà si è sviluppata in relazione all'art. 29 del Reg. Consob 11522/98 (cd. "Regolamento intermediari"), che prevedeva che *"gli intermediari autorizzati si astengono dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione"* e che detti intermediari, *"quando ricevono da un investitore disposizioni relative ad una operazione non adeguata, lo informano di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione. Qualora l'investitore intenda comunque dare corso all'operazione, gli intermediari autorizzati possono eseguire l'operazione stessa solo sulla base di un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute"*. Il Reg. 11522/98 è stato abrogato e sostituito dal nuovo Regolamento n. 20307 del 15 febbraio 2018, che prevede una disciplina parzialmente diversa.

La disciplina distingue ora fra valutazione di **adeguatezza** e di **appropriatezza**. Per quanto riguarda l'**adeguatezza**, occorre riferirsi all'art. 54 Regolamento europeo 2017/565/UE³², richiamato anche dall'art. 40 del nuovo Regolamento Consob 20307/2018. Il comma 10 dell'art. 54 del Regolamento 2017/565/UE prevede che ***"quando presta un servizio di consulenza in materia di investimenti o gestione del portafoglio, un'impresa di investimento non raccomanda né decide di negoziare se nessuno dei servizi o degli strumenti è idoneo per il cliente"***.

Nel caso di servizi diversi dalla consulenza e di gestione del portafoglio, trova applicazione l'art. 42 del Regolamento Consob n. 20307/2018, in materia di **appropriatezza** secondo cui *"gli intermediari, quando prestano servizi di investimento diversi dalla consulenza in materia di investimenti e dalla gestione di portafogli, richiedono al cliente o potenziale cliente di fornire informazioni in merito alla sua conoscenza ed esperienza riguardo al tipo specifico di strumento o di servizio proposto o chiesto, al fine di determinare se il servizio o strumento in questione è appropriato per il cliente o potenziale cliente"*. Nel caso in cui gli intermediari ritengano che *"lo strumento o il servizio non sia appropriato per il cliente o potenziale cliente, lo avvertono di tale situazione"*, e l'avvertenza *"può essere fornita utilizzando un formato standardizzato"*. Anche nell'ipotesi in cui il cliente scelga di non fornire le informazioni utili per valutare l'appropriatezza, allora *"gli intermediari avvertono il cliente o potenziale cliente che tali circostanze impediranno loro di determinare se il servizio o lo strumento sia per lui appropriato"*, e tale avvertenza può avvenire anche qui in un formato standardizzato.

Secondo la disciplina vigente quindi, nel caso di consulenza in materia di investimenti e di gestione di portafogli, qualora l'investimento sia inadeguato vi è un **obbligo di astensione** dell'intermediario, mentre per quanto attiene gli altri servizi di investimento l'intermediario dovrà **avvertire** il consumatore dell'inappropriatezza dell'operazione e tale avvertimento potrà avvenire in forma standardizzata³³.

È ora opportuno guardare alla **giurisprudenza che si è formata durante la vigenza del Reg. Consob 11522/98**, relativa all'ipotesi in cui il cliente avesse sottoscritto un documento che contiene un avvertimento circa l'inadeguatezza dell'operazione, valutata anche e soprattutto alla luce delle informazioni date dal cliente.

Sul punto, e nella vigenza della precedente normativa, la Corte di Cassazione ha affermato che la sottoscrizione dell'avvertimento circa la non adeguatezza dell'operazione, se l'investitore contesta nello specifico l'adempimento dei relativi obblighi informativi, *"non fornisce la prova del rispetto dell'intera sequenza procedimentale degli obblighi contrattuali della banca"* (Cass. Civ., 3 agosto 2017, n. 19417). In tal senso nella **pronuncia n. 11578, del 6 giugno 2016**, si legge che *"la sottoscrizione, da*

³² L'art. 54 Reg. UE 565/2017 è norma di dettaglio rispetto all'art. 25 della Direttiva 2014/65/UE

³³ Per un quadro sul punto si veda anche A. Barenghi, *Note sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in "Banca Borsa e Titoli di Credito", n. 2, 2018.

parte del cliente, della clausola contenente la segnalazione d'inadeguatezza dell'operazione sulla quale egli è stato avvisato, è idonea a far presumere assolto l'obbligo" di informazione posto in capo all'intermediario circa l'inadeguatezza dell'operazione; precisa tuttavia la Corte che "a fronte della contestazione del cliente, il quale alleggi quali specifiche informazioni furono omesse, grava sulla banca l'onere di provare, con qualsiasi mezzo, che invece quelle informazioni essa aveva specificamente reso".

La giurisprudenza ha anche precisato che "la dichiarazione resa dal cliente, su modulo predisposto dalla banca e da lui sottoscritto, in ordine alla propria consapevolezza, conseguente alle informazioni ricevute, della rischiosità dell'investimento suggerito e sollecitato dalla banca e della inadeguatezza dello stesso rispetto al suo profilo d'investitore, **non costituisce dichiarazione confessoria**, in quanto è rivolta alla formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo". Inoltre, quando tale dichiarazione è generica "non consente ai fini probatori alcun riscontro sul contenuto delle informazioni fornite agli investitori" (Cass. Civ., 2 novembre 2017, n. 26064; fra le altre anche Cass. Civ., 25 settembre 2014, n. 20178).

La ragione di tale orientamento è fondata, secondo l'indirizzo della stessa giurisprudenza di legittimità sulla *ratio* delle norme che prevedono obblighi informativi che tendono "al risultato di consentire all'investitore di addivenire ad una scelta effettivamente consapevole" (Cass. Civ., 18 maggio 2017, n. 12544)³⁴. È anche in forza di tali considerazioni che la Corte afferma che "le specifiche ragioni, che rendono nel concreto inadeguata una data operazione, devono (...) venire trasmesse all'investitore con contenuti e termini tali da risultare destinate a porsi come reali co-fattori della decisione di questi: di non investimento, come anche, nel caso, di investimento" (Cass. Civ., 18 maggio 2017, n. 12544). Nello stesso senso si pone anche il collegio di Bari dell'ABF nella decisione n. 16309 del 6 dicembre 2017 che richiama la sentenza **Consumer Finance**³⁵ della Corte di Giustizia nell'affermare che dall'attestazione di avvenuta consegna della documentazione precontrattuale da parte del consumatore "non può attribuirsi di per sé piena idoneità a dimostrare l'esecuzione di detti obblighi, se non a fronte del riscontro – in concreto – di una effettiva attuazione dei diritti e delle tutele riconosciuti dalla direttiva 2008/48".

L'indirizzo giurisprudenziale che si è appena ripercorso sembra essere rilevante, nel quadro del diritto vigente, rispetto alla valutazione di inappropriatezza compiuta dall'intermediario, cui non discende un obbligo normativo di astensione da parte dell'intermediario, come invece avviene rispetto alla valutazione di inadeguatezza.

2.2.3.3 [La prova del nesso di causalità](#)

Rispetto alla prova del **nesso causale fra la violazione degli obblighi di informazione e il pregiudizio subito dagli investitori**, questa, essendo qualificabile come fatto costitutivo del diritto fatto valere in giudizio, è in linea generale da considerarsi in capo all'investitore. La giurisprudenza in astratto conferma tale ripartizione dell'onere della prova, affermando che, in relazione agli obblighi di informazione, "il riparto dell'onere della prova si atteggia nel senso che (...) l'investitore ha l'onere di allegare l'inadempimento delle citate obbligazioni da parte dell'intermediario, nonché fornire la prova del danno e del nesso di causalità fra questo e l'inadempimento, anche sulla base di presunzioni" (Cass. Civ. n. 810, 19 gennaio 2016³⁶).

³⁴ Fra le pronunce conformi agli orientamenti sin qui richiamati si veda, fra le altre: Cass. Civ., 26 gennaio 2016, n. 1376.

³⁵ Su cui si veda il paragrafo seguente.

³⁶ Nello stesso senso anche Cass. Civ., 17 febbraio 2009, n. 3773.

Occorre però esaminare più approfonditamente la giurisprudenza sul punto, in quanto numerose pronunce³⁷ ritengono assolto l'onere probatorio attraverso il ricorso alle presunzioni, attribuendo un ruolo importante e significativo al mancato assolvimento degli obblighi informativi.

A tal proposito, la **Corte di Cassazione**, nella sentenza **del 31 gennaio 2014, n. 2123**, afferma che *“la mancata prudenza e diligenza della banca nella sua condotta di intermediario professionale” è rilevante rispetto alla valutazione della sussistenza del nesso di causalità fra “quel medesimo inadempimento e la perdita del capitale investito, ove questa, in presenza dell'agire dell'intermediario nel pieno rispetto delle norme che la regolano, non si sarebbe verosimilmente verificata, secondo un criterio di regolarità causale”*.

In tal senso si legge in una recente pronuncia della Corte di Cassazione che *“la mancata fornitura di informazioni esaurienti ed appropriate in ordine alla tipologia ed alle caratteristiche dell'impiego suggerito costituisce un indice tutt'altro che trascurabile dell'avvenuta effettuazione di una scelta non consapevole da parte dell'investitore, i cui effetti pregiudizievoli non sono pertanto ascrivibili alla sua volontà” (Cass. Civ., 17 novembre 2016, n. 23417)*, e questo soprattutto in ragione della funzione degli obblighi informativi, tesi a porre l'investitore *“nelle condizioni migliori per effettuare una scelta consapevole”*.

Rispetto alla funzione degli obblighi informativi, si può richiamare anche la sentenza **n. 11466 del 3 giugno 2016 della Corte di Cassazione** che interpreta la relativa disciplina considerando che, poiché *“ogni investitore razionale è avverso al rischio”* allora questi, *“a parità di rendimento, sceglierà l'investimento meno aleatorio e, a parità di alea, quello più redditizio, se non si asterrà perfino dal compiere l'operazione, ove l'alea dovesse superare la sua propensione al rischio”*. Secondo questa prospettiva *“la scelta tra differenti opportunità di investimento quindi, essenzialmente un problema di raccolta e di valutazione di informazioni, ovvero di ogni dato sulla natura dello strumento finanziario, sul suo emittente, sul suo rendimento e sull'economia nel suo complesso”*³⁸. In quest'ottica, e rispetto al caso di specie, afferma la Corte che *“anche soltanto la sottolineatura della mancanza di rating”* può essere *“un elemento che se adeguatamente comunicato e valorizzato”* può *“già da solo, almeno secondo parametri di normalità”*, porre l'investitore *“sull'avviso e, se non altro, suscitare in lui un fondato dubbio in ordine alla sicura percorribilità dell'affare”*. E, si legge nella pronuncia, **“tanto basta alla sussistenza del nesso di causalità, da scrutinarsi secondo la regola del “più probabile che non”**³⁹.

Nella stessa prospettiva si pone anche una pronuncia della Corte di Cassazione (**Cass. Civ., 20 marzo 2018, n. 6920**), in cui si ribadisce che la mancata informazione circa un forte rischio dell'investimento *“ben può rivelarsi (...) decisiva per la formazione di una decisione di investimento”*.

Si può infine richiamare un recentissimo arresto della Corte di Cassazione, (**Cass. Civ., 16 febbraio 2018, n. 3914**), nel quale si legge che **“in realtà la mancata prestazione dell'informazione, che risulta dovuta dall'intermediario ingenera una presunzione di riconducibilità ad essa dell'operazione. Ad indicarlo sta, propriamente, l'insieme normativo costituito dagli artt. 21 e 23 TUF, come pure arricchito dalla disciplina dettata dal Regolamento intermediari predisposto dalla Consob”**. La Corte per giustificare tale opzione ermeneutica osserva che il comportamento dell'intermediario che *“trascura di onorare scrupolosamente i propri compiti di informazione del cliente (...) si manifesta, in sé stesso, come fattore di disorientamento del risparmiatore; di uno scorretto orientamento di questi verso le scelte di investimento”*. Aggiungono i Giudici di legittimità che, *“nel disegno normativo del TUF e del Regolamento intermediari, il comportamento in concreto tenuto dall'intermediario in punto di informazione del prodotto viene di per sé assunto come uno dei momenti costitutivi – sul piano strutturale – delle singole decisioni di investimento che vengono assunte dal risparmiatore”*. Secondo la prospettiva accolta dalla Corte in tale pronuncia, non è esclusa **“la possibilità di una prova contraria che provenga**

³⁷ Non segue tale orientamento, pur senza contrapporvisi apertamente, Cass. Civ., 6 marzo 2015, n. 4620.

³⁸ Pressoché identiche considerazioni si rinvencono in Cass. Civ., 26 gennaio 2016, n. 1376.

³⁹ Nello stesso senso anche, seppur con una motivazione meno estesa, Cass. Civ., 9 febbraio 2016, 2535.

dall'intermediario"; prova che *"viene propriamente ad atteggiarsi, più nello specifico, come prova positiva di sopravvenienze che risultino in sé atte a deviare il corso della catena causale emergente dal vigente sistema normativo delineato dalla disciplina di settore; in ogni caso non potendosi trascurare, nel complessivo esame della fattispecie, la presenza e il peso di una disciplina normativa specifica, come appunto relativa al settore dei servizi di investimento, di impronta conformativa (anche) delle obbligazioni risarcitorie degli intermediari"*⁴⁰.

È dunque la stessa violazione degli obblighi informativi, che l'investitore deve soltanto allegare e non provare in ragione dell'art. 23 TUF, a costituire un elemento che può essere sufficiente rispetto alla prova per presunzioni dell'esistenza del nesso causale fra l'inadempimento e il danno. L'effetto pratico, quantomeno nelle pronunce più nette sul punto, sembra essere quello di invertire l'onere della prova sul nesso di causalità.

2.2.4 La giurisprudenza europea

Rispetto alla questione affrontata in questo paragrafo, è senz'altro rilevante la **sentenza della Corte di Giustizia Consumer Finance** del 18 dicembre 2014, C-449/13; si può però richiamare anche il caso **Genil48**, del 30 maggio 2013, C-604/11⁴¹.

Per quanto attiene al caso **Consumer Finance**, questo verte sull'interpretazione degli articoli 5 e 8 della Direttiva 2008/48/CE, in materia di **contratti di credito ai consumatori**. Il tema che la Corte si trova ad affrontare attiene **all'onere della prova** che grava sul creditore. Le questioni affrontate sono molteplici.

In primo luogo, ci si chiede se il creditore debba *"fornire la prova dell'esecuzione corretta e completa degli obblighi ad esso incombenti all'atto della formazione e dell'esecuzione di un contratto di credito, obblighi derivanti dalla normativa nazionale che recepisce [detta] direttiva"*.

A tal proposito la Corte afferma la necessità che l'onere della prova circa l'assolvimento degli obblighi precontrattuali sia assolto dal creditore. Per quanto attiene agli argomenti utilizzati, la Corte muove dalla ratio di tali obblighi, affermando che questi contribuiscono a *"garantire a tutti i consumatori dell'Unione europea un livello elevato ed equivalente di tutela dei loro interessi e per facilitare il sorgere di un efficiente mercato interno del credito al consumo"*.

Rispetto poi al rapporto fra diritto europeo e processo, con un'argomentazione che è frequente nelle pronunce europee⁴², la Corte afferma il principio di autonomia procedurale degli Stati membri, che però deve essere declinato rispettando i principi di effettività e di equivalenza.

Con riguardo al **principio di effettività** in particolare, la Corte afferma che questo sarebbe compromesso se *"l'onere della prova dell'inadempimento degli obblighi di cui agli articoli 5 e 8 della direttiva 2008/48 gravasse sul consumatore. Infatti, quest'ultimo non dispone di mezzi che gli consentono di provare che il creditore, da un lato, non gli ha fornito talune informazioni prescritte dall'articolo 5 di detta direttiva e, dall'altro, non ha verificato la sua solvibilità"*. La Corte afferma la coerenza con il principio di effettività di una normativa che attribuisca al creditore l'onere della prova per assolvimento degli obblighi precontrattuali. Si legge nella pronuncia che tale norma *"mira a garantire (...) la tutela del consumatore, senza pregiudicare in maniera sproporzionata il diritto del creditore ad un equo processo. Infatti (...) un creditore*

⁴⁰ Nello stesso senso si legge nella pronuncia Cass. Civ., 18 maggio 2017, n. 12544 che *"al riscontro dell'inadempimento degli obblighi di corretta informazione dell'adeguatezza dell'operazione, che gravano sull'intermediario, consegue altresì (...) l'accertamento in via presuntiva del nesso di causalità tra il detto inadempimento e il danno patito dall'investitore"*.

⁴¹ Su cui si veda anche, più diffusamente, il cap. 3, § 3.3.1.4.

⁴² Si veda, in materia di rilievo officioso della nullità delle clausole vessatorie, il § 1.2 del capitolo 1.

diligente deve essere consapevole della necessità di raccogliere e conservare prove dell'esecuzione degli obblighi di informazione e di spiegazione ad esso incombenti?".

Rispetto alle **modalità di assolvimento dell'onere probatorio**, l'interrogativo attiene alla **sufficienza**, ai fini della prova dell'assolvimento degli obblighi precontrattuali da parte del creditore, **della presenza nel contratto di credito di "una clausola tipo, contenuta nel contratto di credito, con la quale il consumatore dà atto dell'esecuzione degli obblighi del creditore, non suffragata dai documenti prodotti dal creditore e consegnati al debitore"**.

A tal proposito la Corte rileva che **detta clausola tipo costituisce "un indizio che spetta al creditore avvalorare attraverso uno o più elementi di prova pertinenti. Pertanto, il consumatore dev'essere sempre in grado di far valere di non aver ricevuto tale scheda o che quest'ultima non consentiva al creditore di adempiere agli obblighi di informazione precontrattuali ad esso incombenti". La clausola in esame non può però valere da sola a provare una piena e corretta esecuzione degli obblighi precontrattuali del creditore**, in quanto in tal caso *"essa determinerebbe di conseguenza un'inversione dell'onere della prova dell'esecuzione di detti obblighi tale da compromettere l'effettività dei diritti riconosciuti dalla direttiva 2008/48"*.

Tale pronuncia, sebbene sia resa rispetto a quanto disposto dalla Direttiva 2008/48/CE è nondimeno rilevante, in quanto esplicita degli orientamenti che ben possono essere estesi alla disciplina degli investimenti, considerando che le *ratio* delle due discipline normative, per come ricostruite nella giurisprudenza, paiono assimilabili, in quanto legate alla garanzia di una tutela effettiva del consumatore nonché alla costruzione di un efficiente mercato interno.

Venendo alla pronuncia **Genil48**, tale pronuncia è di interesse in quanto sottolinea la necessità, anche in materia di investimenti, del rispetto dei principi di equivalenza e di effettività nella predisposizione, da parte dell'ordinamento nazionale, dell'apparato rimediale a sostegno delle norme previste sul piano europeo.

2.2.5 Rilievi conclusivi e questioni aperte

In conclusione, il riferimento al principio di effettività della tutela ha dato nuovo alimento a un indirizzo, legislativo e giurisprudenziale, volto a semplificare, anche attraverso l'uso di presunzioni, l'onere della prova del consumatore/investitore in caso di violazione di obblighi informativi. Al fianco dell'effettività importante è a tale fine l'obiettivo perseguito dalla tutela efficace in quanto tesa a permettere una scelta consapevole del consumatore e dell'investitore, nonché il buon funzionamento del mercato.

Per quanto riguarda le questioni aperte, ci si potrebbe interrogare sulla possibile incidenza dell'applicazione del principio di proporzionalità rispetto alle soluzioni ermeneutiche considerate. Si può formulare a tal proposito il seguente interrogativo:

Quali potrebbero essere le conseguenze, in chiave interpretativa, di un'applicazione del principio di proporzionalità rispetto agli indirizzi giurisprudenziali presi in esame?

Si possono individuare delle ipotesi in cui la presunzione dell'esistenza del nesso di causalità fondata sull'inadempimento degli obblighi informativi possa essere considerata non proporzionata, anche tenendo conto dell'aggravio della prova liberatoria posta in capo al creditore o all'intermediario in relazione ai benefici ottenuti dal consumatore in ragione di tale scelta ermeneutica?

2.3 Onere della prova dell'acquirente di un bene di consumo difettoso e pratiche commerciali scorrette

2.3.1 La questione

Come si coniuga il principio di effettività con la distribuzione dell'onere della prova rispetto all'operatività della garanzia di conformità nel caso di vendita di beni di consumo?

La garanzia di conformità nel caso di vendita di beni di consumo è com'è noto disciplinata a livello europeo dalla Direttiva 99/44/CE, e sul piano del diritto italiano dagli artt. 128 ss. cod. cons. Il combinato disposto degli articoli 130 e 132 cod. cons. in particolare prevede che il venditore sia responsabile nei confronti del consumatore *“per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene”*, che la garanzia ha una durata pari a due anni dalla consegna del bene, e che *“salvo prova contraria, si presume che i difetti di conformità che si manifestano entro sei mesi dalla consegna del bene esistessero già a tale data, a meno che tale ipotesi sia incompatibile con la natura del bene o con la natura del difetto di conformità”*.

2.3.2 Cons. Stato, 17 novembre 2015, n. 5250

2.3.2.1 Il fatto e gli argomenti delle parti

L'AGCM, su segnalazione dell'Associazione *Altroconsumo*, accerta che la società *Apple Sales International (ASI)* ha *“posto in essere, nell'esercizio della vendita al dettaglio di propri beni di consumo nella veste di “professionista”, due distinte pratiche commerciali scorrette ai sensi degli artt. 20, 21, 22 e 23, comma 1, lettera l, 24 e 25 lettera d) del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante il Codice del Consumo”*. Tali pratiche consistono nel non informare adeguatamente i consumatori *“circa i loro diritti di assistenza gratuita biennale loro spettanti per legge”* e nel *“non riconoscere loro i detti diritti limitandosi invece a riconoscere la garanzia convenzionale offerta gratuitamente dal produttore per il solo primo anno a fronte della durata biennale della garanzia legale”*. A questo si aggiunge che *“le informazioni fornite in merito alla natura, al contenuto e alla durata di tale garanzia convenzionale e dei servizi di assistenza aggiuntivi ivi previsti, offerti ai consumatori in occasione dell'acquisto di un bene di consumo, non chiarivano adeguatamente il diritto del consumatore alla garanzia biennale di conformità da parte del venditore, così da indurli ad attivare un nuovo rapporto contrattuale, a titolo oneroso, il cui contenuto risultava in parte sovrapporsi ai diritti già spettanti in forza della garanzia legale, che non prevede addebito di costi o limitazioni”*. L'AGCM inibisce la società rispetto alla continuazione di tali pratiche, e irroga la sanzione amministrativa pecuniaria nella misura di 240.000 € per la prima pratica, e di 300.000 € per la seconda. Rispetto alla seconda pratica l'Autorità prevede anche, ex art. 27, comma 10, cod. cons., l'adeguamento della confezione di vendita del prodotto tramite l'indicazione chiara della durata e dei diritti dovuti dal venditore in ragione della garanzia legale e la comparazione attraverso indicazioni numeriche fra la durata del periodo della garanzia convenzionale e quello della garanzia legale.

L'ASI propone ricorso al **Tar** per l'annullamento del provvedimento dell'AGCM; il Tribunale amministrativo accoglie solamente un motivo, relativo alla necessaria indicazione della comparazione fra la garanzia convenzionale e la garanzia legale.

In appello, ASI afferma l'erroneità dell'interpretazione della garanzia legale da parte dei giudici del primo grado, in particolare per quanto riguarda l'art. 132 cod. cons., relativo, come già visto, alla distribuzione dell'onere della prova. **Secondo la prospettazione di ASI, trascorsi i sei mesi dalla consegna del bene “spetterebbe al consumatore l'onere di provare che il difetto del bene sia imputabile alla mancanza di conformità dello stesso al momento della consegna, posto che l'inversione dell'onere della prova in favore del consumatore opera solo per i**

primi sei mesi dall'acquisto". Secondo la ricostruzione operata dalla società l'interpretazione da questa proposta costituisce un'applicazione del principio di vicinanza dell'onere della prova, ed è espressione di quanto previsto dall'art. 2697 c.c.

ASI fa anche valere la violazione delle garanzie procedurali e del principio del legittimo affidamento, nonché la fondatezza delle censure dedotte avverso il rigetto della proposta di impegni.

L'appellante chiede dunque l'annullamento integrale del provvedimento dell'AGCM.

2.3.2.2 Interesse lesso

Il Consiglio di Stato afferma che l'interesse in considerazione è quello sottostante agli obblighi informativi del venditore, volto a impedire un condizionamento del consumatore. Il Consiglio di Stato mira dunque a verificare se Apple *"abbia diligentemente ottemperato agli obblighi legali di informazione in favore del consumatore prima della stipula dei contratti di vendita o, al contrario, celando i contenuti specifici della garanzia legale tipica, abbia veicolato un messaggio informativo in parte fuorviante"*, e conferma il carattere decettivo e fuorviante delle informazioni trasmesse al consumatore in funzione della conclusione dei contratti di vendita. Il rimedio è funzionale a garantire **l'effettività della tutela del consumatore**; il Consiglio di Stato a tal proposito richiama alcuni arresti della Corte di Giustizia (**Wittmer**, del 16 giugno 2011, C-65/09 e 87/09; **Quelle AG**, del 17 aprile 2008, C-404/06⁴³).

2.3.2.3 Rimedio

Il professionista, anche decorsi sei mesi dalla vendita, deve prendere in consegna il bene al fine di verificare l'eventuale sussistenza del vizio di conformità. Sul consumatore grava *"il solo onere di denunciare il difetto di conformità, che è da considerarsi assolto nel momento in cui egli comunichi tempestivamente al venditore l'esistenza del difetto di conformità, non occorrendo che venga altresì fornita la prova di tale difetto, né che venga indicata la causa precisa di tale difetto"*.

2.3.2.4 Gli argomenti

Il Consiglio di Stato aderisce all'interpretazione secondo cui l'art. 2697 c.c. è *"un principio informatore del sistema delle garanzie giurisdizionali (...) destinato ad operare sul piano processuale e non sostanziale, di tal che quel principio non può essere sic et simpliciter invocato per dar contenuto o fornire utile interpretazione circa il corretto comportamento delle parti nella fase (pre)contrattuale"*. E a maggior ragione tali considerazioni risultano condivisibili, continua il Consiglio di Stato, nella materia oggetto di esame, in considerazione del *favor* legislativo che la disciplina accorda al consumatore, considerato *"meritevole di maggior protezione giuridica"* in quanto *"in condizioni di asimmetria informativa rispetto alla controparte"*. L'inversione dell'onere della prova prevista a livello processuale non influisce quindi sulla conformazione dei "contenuti specifici degli obblighi informativi gravanti sul professionista prima della stipula del contratto nonché delle stesse prestazioni di garanzia dovute, secondo il canone interpretativo della buona fede, una volta che sia stato denunciato dal consumatore un difetto di conformità del bene". Questo anche perché se il rifiuto del professionista di prendere in consegna il bene decorsi sei mesi dalla consegna, fosse ritenuto lecito, si produrrebbe uno **"svuotamento sostanziale dei diritti del consumatore"** connessi alla garanzia legale di durata biennale, facendo ricadere fin da subito sul consumatore gravosi oneri, anche economici, connessi all'accertamento della causa del malfunzionamento del prodotto al fine di poter fruire della garanzia".

Il Consiglio di Stato si riferisce poi al dettato dell'art. 1375 c.c., e dunque alla rilevanza della buona fede nella fase di esecuzione del contratto. In ragione del principio di buona fede, non si può

⁴³ Si veda su tali arresti della Corte di Giustizia il § 2.3.4.

chiedere al consumatore di procedere a verifiche tecniche, per lui onerose, che permettano di svolgere un'indagine circa il momento in cui il difetto di conformità si è manifestato. Una diversa soluzione osterebbe anche al **principio di gratuità della garanzia per il consumatore**, funzionale a non dissuadere quest'ultimo dall'esercizio dei diritti legati alla garanzia legale; è qui richiamata esplicitamente dal Consiglio di Stato la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea già citata (**Wittmer**, del 16 giugno 2011, C-65/09 e 87/09; **Quelle AG**, del 17 aprile 2008, C-404/06⁴⁴).

L'interpretazione dell'ASI non è considerata meritevole di accoglimento anche in quanto *“il venditore, a differenza del consumatore, può avvalersi più facilmente di mezzi organizzativi e delle competenze tecniche che consentono di effettuare la necessaria diagnosi del problema al fine di appurare l'esistenza del vizio”*. Il Consiglio di Stato richiama qui il caso **Faber**⁴⁵, secondo cui, in ragione dell'**inferiorità informativa** in cui versa il consumatore, questi non può nemmeno essere obbligato a *“indicare la causa precisa”* del difetto di conformità. Il Consiglio di Stato cita diffusamente il testo della pronuncia europea; di particolare interesse la parte in cui la Corte di Giustizia afferma che *“affinché l'informazione possa essere utile per il venditore, essa dovrebbe contenere una serie di indicazioni, il cui grado di precisione varierà inevitabilmente in funzione delle circostanze specifiche di ciascun caso di specie, vertenti sulla natura del bene in oggetto, sul tenore del corrispondente contratto di vendita e sulle concrete manifestazioni del difetto di conformità lamentato”*. Di qui il Consiglio di Stato deduce che, decorsi sei mesi dalla consegna del bene, non si può affermare *“la sicura conformità del contratto al bene”*.

Un'argomentazione ulteriore svolta dal collegio giudicante si fonda sull'art. 1218 c.c.; si osserva a tal proposito che *“ove dovesse risultare un difetto di non conformità del prodotto, è il venditore che, avendo fornito un bene avente qualità diverse da quelle promesse, risulta inadempiente rispetto alla corretta esecuzione dell'obbligazione che si è assunto con il contratto di vendita, gravando sullo stesso (quale soggetto debitore dell'obbligazione, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ.) l'onere di sopportare le conseguenze di tale inesatta esecuzione”*.

2.3.3 La giurisprudenza italiana

Occorre collocare la pronuncia del Consiglio di Stato esaminata nel contesto giurisprudenziale italiano.

Si può innanzitutto ricordare la decisione della **Corte di Cassazione n. 20811 del 15 ottobre 2015**, che tratta in generale il tema della garanzia per i vizi nella compravendita. In tale pronuncia la Corte perviene ad una soluzione analoga a quella raggiunta dal Consiglio di Stato, svolgendo però, almeno parzialmente, un diverso percorso ermeneutico. La Corte parte dal presupposto per cui l'obbligazione del venditore è quella di consegnare un bene *“in grado di realizzare le utilità alle quali, secondo quanto pattuito, la prestazione sia preordinata”*. Di qui, e dunque dall'applicazione dell'art. 1218 c.c., i Giudici di legittimità deducono che *“all'acquirente (creditore) sarà sufficiente allegare l'inesatto adempimento, ovvero, denunciare la presenza di vizi o di difetti che rendano la cosa inidonea all'uso alla quale è destinata o che ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, essendo a carico del venditore (debitore) (...) l'onere di dimostrare, anche attraverso presunzioni, di avere consegnato una cosa che sia conforme alle caratteristiche del tipo ordinariamente prodotto ovvero la regolarità del processo di fabbricazione o di realizzazione del bene; ove sia stata fornita tale prova, sarà allora onere del compratore dimostrare l'esistenza di un vizio o di un difetto intrinseco della cosa, ascrivibile al venditore”*. E questo anche in ragione del principio della vicinanza dell'onere della prova.

⁴⁴ Si veda su tali arresti della Corte di Giustizia il § 2.3.4.

⁴⁵ Su cui si veda il § 1.3.2 del capitolo 1.

Sul punto è importante richiamare un **orientamento opposto** a quello appena esaminato, seguito da una parte della giurisprudenza (**Cass. Civ. 12 marzo 2018, n. 5925; Trib. Padova, 9 gennaio 2015**), che pone alla base della decisione l'assunto per cui, decorsi i sei mesi di cui all'art. 132 cod. cons., spetta al consumatore provare che il difetto di conformità fosse presente al momento della consegna del bene. È di interesse segnalare come la giurisprudenza appena citata non svolga argomentazioni in materia di onere della prova, ma presuppone l'obbligo dell'assolvimento di tale onere in capo al consumatore, una volta decorsi sei mesi dalla consegna del bene.

2.3.4 La giurisprudenza europea

Muovendo dal contesto italiano a quello europeo, si possono richiamare i casi **Faber, 4 giugno 2015, C-497/13, Wittmer, del 16 giugno 2011, C-65/09 e 87/09, Quelle AG, del 17 aprile 2008, C-404/06**.

Per quanto attiene al caso **Faber**, la Corte di Giustizia afferma che, decorsi i sei mesi dalla consegna del bene, l'onere della prova circa l'esistenza del difetto di conformità è in capo al consumatore. Si legge infatti nella sentenza che, *“dall'applicazione del combinato disposto di tali disposizioni si evince che, in linea di principio, è compito del consumatore produrre la prova che esiste un difetto di conformità e che quest'ultimo esisteva alla data di consegna del bene”*.

Tuttavia, rispetto alla denuncia dell'esistenza del difetto di conformità, che secondo l'ordinamento italiano deve avvenire nel termine di due mesi dal giorno della scoperta del difetto, la Corte rileva come in tale sede *“non si può esigere che il consumatore produca la prova che effettivamente un difetto di conformità colpisce il bene che ha acquistato”*, né che il consumatore sia obbligato *“ad indicare la causa precisa di detto difetto di conformità”*, anche in ragione dell' *“l'inferiorità in cui egli versa rispetto al venditore per quanto riguarda le informazioni sulle qualità di tale bene e sullo stato in cui esso è stato venduto”*.

Di interesse anche la parte di motivazione in cui la Corte afferma che la *ratio* dell'attribuzione dell'onere della prova al professionista nei primi sei mesi si fonda sulla considerazione per cui *“qualora il difetto di conformità emerga solo successivamente alla data di consegna del bene, fornire la prova che tale difetto esisteva già a tale data può rivelarsi «un ostacolo insormontabile per il consumatore»*, mentre di solito è molto più facile per il professionista dimostrare che il difetto di conformità non era presente al momento della consegna e che esso risulta, per esempio, da un cattivo uso del bene fatto dal consumatore”. In questione è dunque proprio l'effettività della tutela del consumatore, rispetto alla quale un radicale aggravamento dell'onere della prova nel periodo successivo ai primi sei dalla consegna del bene potrebbe sostanzialmente privare il consumatore del diritto a un ricorso effettivo davanti al giudice.

In merito al collegamento, sopra illustrato, tra prova dell'esistenza del difetto di conformità al tempo della consegna, regime della garanzia legale e gratuità della stessa, si può ricordare la sentenza **Wittmer, del 16 giugno 2011, C-65/09 e 87/09**, citata anche dal Consiglio di Stato, in cui la Corte di Giustizia afferma che *“il legislatore dell'Unione ha inteso fare della gratuità del ripristino della conformità del bene da parte del venditore un elemento essenziale della tutela garantita al consumatore da tale direttiva”*. Tale obbligo è funzionale, nell'interpretazione del Giudice di Lussemburgo, *“a tutelare il consumatore dal rischio di oneri finanziari che potrebbero dissuadere il consumatore stesso dal far valere i propri diritti in caso di assenza di una tutela di questo tipo”*. Di qui la Corte deduce che se un bene è stato installato, il venditore dovrà sostenere le spese di rimozione e le spese di re-installazione del bene riparato o sostituito, in quanto altrimenti sarebbero posti in capo al consumatore *“oneri finanziari supplementari che non avrebbe dovuto sostenere qualora il venditore avesse correttamente eseguito il contratto di vendita”*. Si può infine ricordare il caso, anch'esso citato dal Consiglio di Stato, **Quelle AG, del 17 aprile 2008, C-404/06**, in cui la Corte sottolinea che *“risulta pertanto sia dal tenore letterale sia dai pertinenti lavori preparatori della direttiva che il legislatore comunitario ha inteso fare della gratuità*

del ripristino della conformità del bene da parte del venditore un elemento essenziale della tutela garantita al consumatore da tale direttiva”.

2.3.5 Rilievi conclusivi e questioni aperte

Il Consiglio di Stato, come si è visto, afferma che, qualora il consumatore deduca in giudizio la mancanza di conformità del bene, il professionista dovrà verificare detta conformità, e se del caso garantire i rimedi previsti, e dunque la sostituzione o la riparazione della cosa. Le argomentazioni del Consiglio di Stato si fondano sulla giurisprudenza europea, così come sull’interpretazione sistematica del diritto italiano, nel riferirsi in particolare alla buona fede *ex art. 1375 c.c.*, nonché alla ripartizione dell’onere della prova stabilita dall’*art. 1218 c.c.*

Rispetto alla ricostruzione operata dal Consiglio di Stato pare di interesse guardare al tipo di uso dei principi e alla giurisprudenza europei che i giudici nazionali hanno operato nel caso di specie: sulla base di un’argomentazione di derivazione tipicamente europea, quella fondata sull’effettività in relazione alla tutela consumeristica, il Consiglio di Stato interpreta la normativa di attuazione della Direttiva 99/44/CE oltre le tutele attribuite da tale direttiva, anche per come interpretate dalla Corte di Giustizia (cfr. caso *Faber*). Tale operazione interpretativa è comunque compatibile con la direttiva, considerando che questa è di armonizzazione minima. Dispone infatti l’*art. 8* della Direttiva 99/44/CE che “*gli Stati membri possono adottare o mantenere in vigore, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più rigorose, compatibili con il trattato, per garantire un livello più elevato di tutela del consumatore*”.

A tal proposito si possono formulare le seguenti questioni:

Che ruolo svolge nella sentenza del Consiglio di Stato il riferimento ai principi europei, considerata la possibilità di raggiungere il medesimo esito interpretativo sulla base di un’interpretazione fondata sulle norme di diritto interno (*art. 1218 c.c.*; principio di vicinanza della prova⁴⁶)?

Come si declina rispetto a scelte normative che competono al diritto nazionale la tutela effettiva dei consumatori? Come principio generale? Come fine cui l’interpretazione teleologica deve tendere? Con che limiti?

2.4 Onere della prova e tutela del consumatore nell’illecito anticoncorrenziale

2.4.1 Questioni:

- a) Con riferimento all’apparato rimediabile e sanzionatorio di contrasto agli illeciti anticoncorrenziali, quale relazione è possibile tracciare tra la tutela “pubblicistica” consistente nel procedimento avanti all’Autorità Garante e la tutela “privatistica”, avanti all’Autorità giurisdizionale civile, a protezione del consumatore danneggiato dall’illecito anticoncorrenziale?
- b) Dal punto di vista probatorio, come si riflette sul giudizio civile di risarcimento danni da illecito anticoncorrenziale l’accertamento contenuto nel provvedimento dell’Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato?
- c) In presenza di un accertamento contenuto nel provvedimento dell’Autorità Garante, come va correttamente ripartito l’onere della prova tra attore-consumatore e convenuto-professionista/impresa?

⁴⁶ Si veda Corte di Cassazione n. 20811 del 15 ottobre 2015, richiamata anche nei contenuti nel § 2.3.3.

- d) In che limiti è consentito al giudice ricorrere a presunzioni semplici ai fini della ricostruzione del nesso causale tra illecito anticoncorrenziale e danno subito dall'attore-consumatore?
- e) Quale significato assume il concetto di "effettività" nell'ambito del giudizio risarcitorio promosso dal consumatore danneggiato da illecito anticoncorrenziale?

2.4.2 Caso italiano di riferimento: Cassazione 23 aprile 2014, n. 9116

2.4.2.1 Il fatto e le argomentazioni delle parti

La controversia che ha condotto alla decisione in esame sorge, come moltissime altre coeve o quasi coeve, a seguito del provvedimento di data 28.07.2000 n. 8654 con il quale l'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato ha sanzionato una serie di compagnie assicurative a motivo della loro partecipazione ad una intesa anticoncorrenziale vietata e volta, tra le altre cose, a concertare l'innalzamento dei premi assicurativi nei confronti dei clienti. La vicenda giudiziale nasce dalla citazione promossa da R.L., al fine di chiedere il risarcimento dei danni cagionati dal suddetto aumento dei premi in relazione ad un'autovettura, da lui posseduta, e corrisposti alla convenuta, compagnia assicuratrice tra quelle sanzionate dall'Autorità Garante, tra il 1995 ed il 2000. La Corte d'Appello di Napoli, con sentenza n. 713/2011 del 25.02.2011 rigettava le domande attoree. I tre ricorrenti, in qualità di eredi di R.L., ricorrono avverso la sentenza della Corte d'Appello di Napoli sviluppando due motivi fondamentali:

- i) erronea applicazione del principio di distribuzione dell'onere della prova: i ricorrenti lamentano che la Corte d'Appello – in *“violazione e falsa applicazione della L. 10 ottobre 1990, n. 287, artt. 2 e 33, art. 41 Cost., 81 CE, artt. 2043, 2697 e 2729 cod. civ., art. 115 cod. proc. civ. e dell'intera legge 273 del 12 dicembre 2002”* – abbia ommesso di considerare *“elementi presuntivi”* a favore del consumatore, a sostegno del nesso causale tra partecipazione all'intesa vietata e danno lamentato, in ciò altresì discostandosi dalla giurisprudenza della Suprema Corte;
- ii) omessa considerazione di elementi accertati nel provvedimento dell'Autorità Garante: i ricorrenti lamentano che la Corte d'Appello abbia ommesso di considerare i *“numerosi elementi accertati nello stesso procedimento dell'AGCM, concluso con il richiamato provvedimento n. 8654/2000, a dimostrazione della connessione causale fra l'illecito scambio di informazioni fra le compagnie assicuratrici e l'aumento dei premi”*.

Resiste, a mezzo di controricorso, l'intimata Allianz S.p.A, in quanto l'originaria convenuta – Lloyd Adriatico S.p.A – ha cessato la propria attività assicurativa conferendo l'intera azienda ad Allianz S.p.A. L'intimata, nel proprio controricorso, contesta in particolare che la sussistenza del danno possa essere giudicata *in re ipsa* allorché vi sia un provvedimento dell'Autorità Garante che accerti l'intesa anticoncorrenziale ed il conseguente aumento dei premi assicurativi.

2.4.2.2 Interesse/diritto lesa:

La Corte di Cassazione, nel dover vagliare la legittimità della sentenza della Corte d'Appello, analizza la controversia dedotta in giudizio sia in prospettiva “sostanziale” che “processuale”, evidenziando cioè tanto gli interessi rilevanti come emergono dal rapporto tra le parti, quanto la tutela processuale che ne deve coerentemente derivare, considerando non solo le norme di riferimento dell'ordinamento nazionale ma altresì le coordinate normative Europee. Sulla base di queste premesse, si possono distinguere tre livelli di tutela, tutti e tre presenti nel ragionamento della Corte:

- i) un primo livello di carattere “processuale” ed attinente, essenzialmente, alla tutela del diritto di difesa ai sensi dell’art. 24 della Costituzione Italiana. Tuttavia, la Corte, nel suo ragionamento, declina il diritto di difesa in base al concetto di effettività della tutela. Sul piano pratico, la lesione del diritto di difesa si sostanzia nell’erronea distribuzione dell’onere della prova e nella omessa considerazione, da parte della sentenza di appello, degli elementi accertati dal provvedimento dell’Autorità Garante;
- ii) un secondo livello di tutela di carattere generale e relativo al corretto funzionamento del sistema concorrenziale e, di conseguenza, del mercato nella sua interezza. Si tratta di un interesse generale riflesso nei riferimenti, operati dai ricorrenti nelle proprie conclusioni, agli articoli 41 della Costituzione Italiana e 81 del Trattato sulla Comunità Europea, oggi corrispondente all’articolo 101 del Trattato sull’Unione Europea;
- iii) un terzo livello di tutela, strettamente connesso al secondo, relativo all’interesse patrimoniale del consumatore-danneggiato il quale chiede il ristoro del danno subito a motivo di una condotta anticoncorrenziale.

La stessa Corte pone in evidenza come **l’effettività del rimedio** debba essere letta e declinata alla luce di *“in un sistema articolato su diversi livelli di tutela dell’interesse all’intrinseca correttezza del funzionamento del sistema concorrenziale, il primo dei quali è attuato ad impulso di un’Autorità Garante nell’evidente perseguimento di un interesse generale”*. Dall’interconnessione dei livelli di tutela, ossia dal nesso, anche funzionale, che intercorre tra procedimento davanti all’Autorità Garante e procedimento davanti all’Autorità Giurisdizionale, la Corte deduce che ***“l’attività processuale svolta in quella sede (ndr, avanti all’Autorità Garante) (...) deve potere essere fruita, in senso a sé favorevole, anche da ciascuno dei beneficiari ultimi della tutela, cioè dei singoli utenti e consumatori”***. Ne deriva, logicamente, che in primo luogo l’interesse pubblico al funzionamento del mercato si correla all’interesse privato del consumatore danneggiato e, in secondo luogo, che a motivo della connessione tra questi due livelli di tutela la definizione delle regole processuali – e in particolare probatorie – al fine di garantire un rimedio effettivo debba tenere conto anche di quanto accade nel corso del procedimento di fronte all’Autorità Garante⁴⁷.

2.4.2.3 Rimedio:

Il momento centrale della decisione concerne il valore che, sul piano probatorio, assume una decisione dell’Autorità Garante e l’accertamento ivi contenuto in un procedimento per danni da illecito anticoncorrenziale instaurato avanti ad un tribunale civile. La Suprema Corte afferma chiaramente che il procedimento avanti all’Autorità Garante – e che quindi non coinvolge direttamente il consumatore – costituisce un primo livello di tutela a protezione dell’interesse al funzionamento di un mercato concorrenziale. Dal momento però che, come già evidenziato in precedenza, l’apparato di tutele nel suo insieme è costruito su più livelli, uno dei quali è il procedimento avanti all’Autorità Garante mentre un altro è il procedimento civile instaurato dal consumatore-danneggiato dalla condotta anticoncorrenziale, il consumatore deve potere utilizzare la decisione dell’Autorità Garante a proprio favore nel contesto di un procedimento civile per danni. Lo scopo di questo meccanismo, nelle parole della Corte, risiede nella **garanzia di una tutela “effettiva” dei diritti, in conformità all’articolo 24 della Costituzione italiana**. Su un piano più concreto, la Suprema Corte, nell’analizzare il valore probatorio della decisione

⁴⁷ Sul rapporto fra accertamento in sede amministrativa e prova nell’ambito del giudizio civile si veda il capitolo 4, e in particolare il § 4.3.1, nonché il § 3.6 del capitolo 3.

dell'Autorità Garante nel contesto di un procedimento civile, evidenzia tre differenti aspetti che vanno a costituire altrettanti blocchi concettuali sulla base di cui strutturare l'apparato rimediale a "disposizione" del consumatore-danneggiato:

i) **La prova della sussistenza di un accordo anticoncorrenziale** → una decisione dell'Autorità Garante la quale sanzioni un accordo anticoncorrenziale tra imprese esenta l'attore – i.e. il consumatore-danneggiato – dal dover provare l'esistenza dell'accordo stesso. In altre parole, la prova acquisita nel procedimento di fronte all'Autorità Garante può fondare **una presunzione circa la sussistenza dell'accordo**, presunzione di cui il giudice civile può avvalersi. Tale presunzione è tuttavia relativa, dal momento che il convenuto – in questo caso, la compagnia assicurativa – è ammesso a fornire prova contraria. Nondimeno, il convenuto non può contestare i fatti posti alla base della decisione dell'Autorità Garante sulla base degli stessi argomenti e delle stesse prove già esaminati in quella sede e rigettati dall'Autorità Garante;

ii) **La prova del nesso causale tra l'accordo ed il danno subito** → una decisione dell'Autorità Garante può altresì fondare la presunzione che il danno subito dal consumatore dipenda direttamente dalla condotta anticoncorrenziale tenuta dal convenuto. Anche questa presunzione è tuttavia *juris tantum*, benché solo sulla base di elementi ed argomenti differenti da quelli già considerati e rigettati dall'Autorità;

iii) **La prova del danno** → la Corte afferma che la prova del danno non possa discendere dalla mera prova della sussistenza dell'accordo anticoncorrenziale. In altri termini, il danno non può essere *in re ipsa*. Ciononostante, il giudice, nelle parole della Corte, può sostenere la sussistenza del danno a partire dalle conclusioni raggiunte nel procedimento di fronte all'Autorità Garante e successivamente applicare il principio di causalità, con la conseguenza che una "ordinaria" o "normale" catena consequenziale può risultare sufficiente al fine di stabilire l'esistenza o meno del danno.

Nello schema rimediale predisposto dalla Corte, quindi, *"gli atti del procedimento, in esito al quale l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato ha accertato la sussistenza di un'intesa orizzontale tra compagnie assicuratrici ed irrogato al professionista una sanzione, costituiscono una prova privilegiata, nel senso che al professionista è consentito fornire la prova contraria dei fatti accertati, senza che sia possibile nel giudizio civile rimettere in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede"*. All'assicurato – i.e. al consumatore danneggiato – spetta di conseguenza la possibilità di *"avvalersi della presunzione che il premio corrisposto sia stato superiore al dovuto per effetto del comportamento collusivo della compagnia assicuratrice convenuta"*.

La compagnia assicuratrice convenuta può, di converso, fornire prova contraria relativamente alla sussistenza od interruzione del nesso causale tra l'illecito concorrenziale ed il danno, così come prova contraria relativa all'entità del danno stesso. Questa statuizione è tuttavia correlata da un distinguo importante: qualora la compagnia convenuta *"abbia partecipato al giudizio svolto davanti all'Autorità, riportando condanna, non può limitarsi a considerazioni generali attinenti ai dati influenti sulla formazione dei premi nel mercato delle polizze assicurative, già tenute presenti dall'Autorità, ma deve fornire precise indicazioni di situazioni e comportamenti specifici dell'impresa interessata e del singolo assicurato, idonei a dimostrare che il livello del premio non è stato determinato dalla partecipazione all'intesa illecita ma da altri fattori"*.

Come già specificato l'impresa assicuratrice può fornire prova contraria relativamente all'interruzione del nesso causale tra illecito anticoncorrenziale e danno, ma tale prova va articolata su aspetti che il provvedimento dell'Autorità Garante non ha definito nel proprio accertamento. La Corte di Cassazione ribadisce che la prova dell'insussistenza del nesso causale non può essere desunta da considerazioni di carattere generale, ma deve invece riguardare e dipendere da circostanze specifiche del caso controverso, ossia deve interessare quella specifica impresa assicuratrice e quello specifico assicurato-consumatore, in modo da giustificare l'aumento del premio sulla base di ragioni del tutto indipendenti dall'intesa anticoncorrenziale. La Corte formula anche, richiamandosi alla propria precedente giurisprudenza, una esemplificazione, attinente ovviamente alla fattispecie – i.e. al rapporto tra assicuratore ed assicurato – sottolineando che *“occorrerebbe cioè dimostrare (in ipotesi) che la compagnia assicuratrice convenuta in giudizio ebbe a discostarsi dal trend degli aumenti accertato dall'AGCM e comune alle altre; o che la compagnia versava in peculiari difficoltà economiche, che le hanno imposto determinate scelte di prezzo; o che il contratto copriva particolari rischi, normalmente non inclusi nella polizza; o che si riferiva ad assicurati il cui comportamento era caratterizzato da abnorme sinistrosità”*.

2.4.2.4 Gli argomenti

Nella sentenza analizzata la Corte di Cassazione fissa con estrema chiarezza i due “poli” del problema, atti a fungere altresì da criteri interpretativi a disposizione del giudice, che possono essere così riassunti: i) da una parte vi è una concezione multilivello dell'apparato di tutele contro gli illeciti antitrust, un sistema nel quale, come già evidenziato, la tutela “pubblicistica” di fronte all'Autorità Garante non esclude, anzi, è complementare alla tutela “privatistica” da declinarsi in termini di risarcimento al consumatore danneggiato dall'illecito anticoncorrenziale; ii) da un altro canto va considerato il ruolo di criterio guida svolto dal **principio dell'effettività della tutela**, che la Suprema Corte ricollega all'Art. 24 della Carta Costituzionale italiana. In particolare, se l'Art. 24 della Costituzione afferma (primo comma) che *“tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi”* e che (secondo comma) *“la **difesa** è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento”*, ne deriva che, secondo il criterio dell'effettività, chiunque deve essere posto nelle condizioni non solo di promuovere un'azione giudiziale ma anche di esercitare “effettivamente” il proprio diritto alla difesa. I due “poli” critici così come definiti si implicano reciprocamente dal punto di vista logico. La Corte, nella decisione analizzata, pare considerare il primo punto – i.e. un sistema di tutela multilivello – come il presupposto strutturale da cui partire per applicare il criterio dell'effettività della tutela. Lo si desume chiaramente dalle stesse parole del Supremo Collegio: ***“Ai fini di assicurare l'effettività della tutela del diritto, in congruenza con l'art. 24 della Carta fondamentale, in un sistema articolato su diversi livelli di tutela dell'interesse all'intrinseca correttezza del funzionamento del sistema concorrenziale...”***. Poco dopo, la Corte, nel declinare con maggiore precisione l'applicazione pratica del concetto di effettività, introduce un ulteriore, rilevantissimo passaggio: *“Indubitabile è che, per garantire - in rapporto al carattere diffuso delle violazioni ed alle conseguenti difficoltà di accertamento e prova da parte del singolo, in un settore di massa come quello in esame - la tutela dei diritti degli effettivi destinatari del complesso sistema suddetto e cioè di coloro che le conseguenze negative ultime delle sue violazioni patiscono, ciascuno di costoro debba potersi avvalere, nel singolo processo da lui intentato, come dato acquisito e cioè non più bisognoso di accertamento, dell'attività in sede pubblicistica nel suo indiretto o finale interesse svolta e quindi di quanto accertato in danno di chi sia definitivamente accertato come autore di quelle violazioni.”*. Il riferimento alle “difficoltà di accertamento e prova da parte del singolo, in un settore di massa come quello in esame” costituisce la chiave con cui la Corte introduce nel proprio ragionamento l'importantissimo

elemento della c.d. “asimmetria informativa”, che caratterizza, sin dal suo momento genetico, il rapporto giuridico tra consumatore e produttore/distributore. Considerando in premessa la complessità delle dinamiche di mercato nel cui contesto prende vita il rapporto controverso, la Corte deduce che sarebbe di fatto impossibile per il consumatore assolvere i propri oneri probatori. Ne consegue che *“La finalizzazione dell'attività di istruzione ed accertamento di fatti compiuta, con mezzi di gran lunga maggiori di quelli normalmente a disposizione del singolo utente o consumatore, dall'Autorità Garante integra quindi - in piena applicazione delle elaborazioni di teoria generale del processo in punto di rilevanza delle prove cosiddette atipiche o raccolte in processo separato ma anche solo in parte connesso - una sorta di stadio avanzato o preliminare di quelle devolute istituzionalmente al singolo giudice civile, investito delle ordinarie azioni risarcitorie fondate sui medesimi fatti.”*. Si tratta di conclusioni che, come evidenziato dalla decisione, sono consolidate nella giurisprudenza della Suprema Corte e, infatti, non a caso la decisione è correlata da abbondanti citazioni di precedenti arresti di Cassazione. L'elaborazione giurisprudenziale, nel corso degli anni, ha costruito un modello dinamico di ripartizione dell'onere della prova, tenendo conto degli equilibri peculiari presenti nelle relazioni tra consumatore ed impresa. Secondo la Corte, infatti, *“Si tratta, in definitiva, di modulare e calibrare, in difesa degli effettivi titolari dei diritti tutelati dal sistema, le reciproche facoltà istruttorie delle parti dei singoli processi di danno e di applicare principi generali in tema di ricostruzione della prova dei fatti: con la qual cosa si rimette al giudice del merito una più attenta e comunque espressa considerazione - impregiudicata, ripetersi, l'esito - di quegli elementi già acquisiti da Autorità e Giudice Amministrativo, affinché sia motivato con maggiore aderenza alla realtà sia sui soli elementi nuovi e diversi addotti dall'assicuratrice, sia sull'esistenza - o meno - di uno sviluppo di sequenza causale idoneo - secondo valutazioni di normalità - a configurare un nesso eziologico tra partecipazione ad un'intesa anticoncorrenziale e ad un incremento dei premi assicurativi in un determinato contesto.”*.

Come già evidenziato, la decisione in esame non opera un riferimento diretto alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea né a fonti europee. Ciononostante, è di assoluto rilievo il riferimento alla propria precedente decisione n. 27527 del 2013, la quale si richiama invece direttamente a *Manfredi*. Dalla trama delle relazioni ricostruite sulla base delle parole della Corte, si può quindi evincere una chiara e dettagliata tendenza nei confronti della disciplina degli oneri probatori del consumatore che chieda avanti al tribunale civile il risarcimento del danno patito per illecito anticoncorrenziale.

2.4.3 La giurisprudenza italiana

La giurisprudenza italiana ha registrato, per quel che riguarda il tema oggetto di analisi, un'evoluzione decisamente uniforme, nell'ambito della quale le soluzioni elaborate ed i rimedi approntati risultano del tutto analoghi a quelli concretamente attuati dalla decisione in esame. La sentenza analizzata (n. 9116/2014) rappresenta, lo si ribadisce, una sorta di sintesi concettuale di un percorso – allora – circa novennale e che ha condotto la Corte di Cassazione a declinare, dal piano teorico a quello pratico, sia, in primo luogo, il ruolo giocato dalla tutela risarcitoria nel contesto del sistema di tutela della concorrenza delineato dalla Legge n. 287/1990, sia, in secondo luogo, la definizione di rimedi adeguati e concretamente fruibili dai consumatori-danneggiati.

2.4.3.1 Dalla legittimazione del consumatore all'azione risarcitoria alla definizione del regime probatorio

Con sentenza n. 2207 del 2005 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione riconobbero al consumatore la legittimazione ad agire *ex art.* 33 l. 287/1990, in tal modo inquadrando, di fatto, la tutela risarcitoria per danno da illecito anticoncorrenziale nel “sistema” della Legge n. 287/1990, e, quindi, del diritto antitrust, laddove, in precedenza, il diritto al risarcimento del consumatore era stato riconosciuto in forza del solo art. 2043 del codice civile italiano e quindi con connotati di responsabilità extracontrattuale. L'importante arresto delle Sezioni Unite nel

2005, ridisegnando la collocazione della tutela risarcitoria per il consumatore, apriva al contempo una serie di interrogativi riguardanti le modalità con le quali codesta tutela avrebbe dovuto atteggiarsi in concreto, in particolare, sebbene non solo, con riferimento agli oneri probatori a carico del consumatore ed alla possibilità di utilizzare elementi oggetto di accertamento avanti all'Autorità Garante a fondamento di presunzioni. La questione, ovviamente, imponeva una riflessione sul rapporto logico intercorrente fra procedimento avanti all'Autorità e procedimento avanti al Tribunale civile per risarcimento danni; riflessione a cui la Corte di Cassazione pervenne con sentenza del 2 febbraio 2007 n. 2305. Tale sentenza costituisce tutt'oggi un riferimento imprescindibile in quanto detta i criteri generali da osservare in tema di riparto dell'onere della prova, seguiti in maniera uniforme dalla giurisprudenza successiva. La fattispecie di partenza oggetto della statuizione è analoga a quella oggetto della sentenza n. 9116/2014 analizzata in precedenza e si origina, anch'essa, dal provvedimento dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato n. 8546 del 2000 di sanzione all'illecita intesa intercorsa tra compagnie assicuratrici in Italia. La sentenza n. 2305 del 2007 assume, quale presupposto, che il consumatore sia pienamente legittimato a chiedere il risarcimento ai sensi dell'art. 33 della Legge n. 287/1990; ciò che è tuttavia rilevante è come, a partire da tale presupposto ed a partire dall'intreccio tra il piano pubblicistico e quello privatistico della tutela, la sentenza desuma una serie di conseguenze pratiche rilevanti sul piano probatorio. In particolare, volendo sintetizzare i momenti principali del ragionamento della Corte, si potrebbero evidenziare le seguenti premesse:

- i) oggetto immediato della tutela della Legge n. 287/1990, *“non è il pregiudizio del concorrente, ancorché questo possa essere riparato dalla repressione dell'intesa, bensì un più generale bene giuridico; che l'ampia tutela accordata dalla legge nazionale antitrust, in armonia con il Trattato (ndr l'allora Trattato TCE, oggi TUE), non ignora la plurioffensività possibile del comportamento vietato, in quanto un'intesa vietata può ledere anche il patrimonio del singolo, concorrente o meno dell'autore o degli autori della intesa; che la legge in questione non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato”*. Richiamandosi poi alla precedente sentenza n. 827 del 1999, la Suprema Corte sottolinea che la Legge n. 287/1990 abbia voluto sanzionare non solo l'originario negozio costituente di fatto l'intesa anticoncorrenziale ma altresì *“tutta la più complessiva situazione (anche successiva al negozio originario) che, in quanto tale, realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza”*;
- ii) l'Art. 2043 del Codice Civile, quale norma cardine in tema di responsabilità civile extracontrattuale, è stata oggetto di un'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale la quale ha visto spostare il fuoco della disposizione normativa dal concetto di “fatto illecito” – quindi implicante una valutazione sull'elemento soggettivo in termini di dolo o colpa – a quello di “danno ingiusto”. Ne consegue che *“è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia”* e *“Se, dunque, la tutela aquiliana è attuabile ogni qual volta si verifichi la lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento, è agevole, nella fattispecie in esame, rilevare che l'interesse in concreto vantato è quello ultraindividuale alla libertà contrattuale, concretantesi nel diritto a godere dei benefici della competizione commerciale, costituenti la colonna portante del meccanismo negoziale e della legge della domanda e dell'offerta”*;
- iii) il suddetto interesse risulta tutela in via espressa e diretta tanto a livello di ordinamento Europeo, quanto dall'art. 41 della Costituzione Italiana, del quale *“la L. n. 287 del 1990 costituisce specifica applicazione (l'art. 1 così recita: “Le disposizioni della presente legge in attuazione dell'art. 41 Cost. a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese”).”*;

- iv) come già osservato dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 2207 del 2005, sotto il profilo del rapporto tra l'intesa anticoncorrenziale ed i singoli contratti conclusi dai consumatori con l'impresa (in questo caso assicuratrice) va considerato che vi è *“inscindibilità di questi ultimi rispetto alla volontà anticoncorrenziale residente a monte, la quale trova, appunto, il suo momento di realizzazione massima nella necessitata ed inconsapevole adesione del consumatore finale”*. In un'altra prospettiva, osserva la Corte, va notato che il contratto concluso dal consumatore costituisce il momento espressivo, la *“parte visibile (...) dell'iceberg”* di quell'accordo che incide, alterandoli, sugli equilibri del libero mercato.

Date queste premesse, la logica del sistema impone che la prova dell'accordo “a monte” – i.e. l'intesa anticoncorrenziale – si rifletta giocoforza sulla prova dell'accordo “a valle” – i.e. il contratto concluso dal consumatore – con l'ulteriore conseguenza che, sulla base di un *“rapporto costante tra antecedente e dato consequenziale”* il giudice possa *“desumere il legame eziologico tra comportamento anticoncorrenziale e danno lamentato attraverso presunzioni probabilistiche”*. La Corte fa esplicito riferimento all'applicazione di un principio di probabilità logica ai fini dell'accertamento del nesso causale, riportandosi alla celeberrima sentenza n. 30328/2008 delle Sez. Un. Penali, c.d. *Franzese*. Sotto il profilo dell'onere probatorio, l'intero sistema delineato dalla Suprema Corte conduce alle seguenti conclusioni:

- i) *“all'assicurato sarà sufficiente allegare l'accertamento dell'intesa concorrenziale da parte dell'Autorità garante (come condotta preparatoria) e la polizza contratta (come condotta finale)”*;
- ii) *“quanto al nesso causale, il giudice potrà accertarne l'esistenza (...) in termini probabilistici o presuntivi”*;
- iii) il giudice *“dovrà consentire all'assicuratore di provare contro le presunzioni o contro la sequenza probabilistica posta a base del ragionamento che fa derivare il danno dall'intesa illecita.”*

2.4.3.2 L'evoluzione giurisprudenziale successiva alla sentenza n. 2305 del 2007

Le conclusioni a cui giunge la Corte nel 2007 sono le stesse che verranno riconfermate a più riprese dalla giurisprudenza successiva. È questo il quadro sistematico di riferimento a cui si appoggiano le decisioni nn. 10211/2011, 17702/2011, 17891/2011, 27570/2011, 7039/2012, 9116/2014, 22031/2016, nelle quali è però assente il richiamo all'art. 2043 del codice civile. Se quindi in prospettiva rimediabile le conclusioni della giurisprudenza appaiono in linea con quanto stabilito dalla decisione n. 2305/2007, lo sviluppo dei ragionamenti a giustificazione di tali rimedi appare spostarsi progressivamente verso una centralità del sistema di diritto antitrust e dei rapporti tra procedimento avanti all'Autorità Garante e procedimento avanti all'autorità giurisdizionale civile. **La connessione tra i due piani di tutela giustifica e garantisce l'utilizzo delle presunzioni nonché il valore di “prova privilegiata” assegnato al provvedimento sanzionatorio dell'Autorità Garante.** Di particolare chiarezza risultano a tale proposito le parole della decisione n. 27527/2013, la quale afferma *“Se è vero che l'AGCM ha inflitto condanna solo ai sensi della L. n. 281 del 1990, art. 2, comma 2 ravvisando un'intesa idonea a falsare il gioco della concorrenza e non anche un accordo di cartello sul livello dei premi, è indubbio che la rilevazione dell'abnorme incremento dei premi relativi alle polizze di RCA, nel periodo interessato dall'intesa, ha costituito da un lato un presupposto del giudizio di illiceità del comportamento: dall'altro lato un indubbio accertamento del suo effetto, in danno degli utenti dei servizi assicurativi(...) Ne consegue che il provvedimento sanzionatorio non ha accertato solo il carattere potenzialmente lesivo dei benefici della concorrenza e degli interessi economici dei consumatori - come prospettato dalla ricorrente - ma anche il fatto che tale comportamento ha prodotto un'ingente e ingiustificata lievitazione dei premi sul mercato italiano delle polizze RCA.”* La decisione appena richiamata si sofferma, più nel dettaglio, sul contenuto dell'accertamento da parte dell'Autorità Garante, evidenziando come questo interessi non soltanto l'illiceità dell'accordo ma altresì il suo effetto

sul mercato, nel senso che diviene possibile, di conseguenza, tracciare un nesso logico-causale tra intesa e danno patito dal consumatore a partire proprio dall'accertamento condotto dall'Autorità Garante. Una volta che l'assicurato alleggi la polizza assicurativa contratta ed il provvedimento dell'Autorità Garante, il giudice *“potrà desumere l'esistenza del nesso causale tra quest'ultima ed il danno lamentato anche attraverso criteri di alta probabilità logica o per il tramite di presunzioni”* – in questo senso, la decisione si richiama, letteralmente, alla sentenza n. 11610/2011 e 7039/2012 – *Con ciò la Corte non ha ovviamente sovvertito, nè intendeva, nè avrebbe potuto sovvertire, le norme in tema di onere della prova del nesso causale; e neppure ha voluto estendere gli effetti del provvedimento sanzionatorio dell'Autorità garante a materie da esso non previste. Ha solo preso atto di tutti i rilievi svolti dall'Autorità nel Provvedimento n. 8546/3000, tali da offrire gravi, precisi e concordanti indici presuntivi circa l'effettiva sussistenza di un collegamento causale fra i comportamenti sanzionati e l'incremento dei premi, ed ha enunciato il principio per cui - a fronte di tale Provvedimento - l'assicurato può avvalersi della presunzione della sussistenza del nesso causale, fermo restando ovviamente il più ampio diritto della controparte di fornire la prova contraria.”*. L'utilizzo da parte del giudice, anche attraverso presunzioni, dell'accertamento contenuto nel provvedimento dell'Autorità Garante assume quindi rilevanza pratica in due prospettive:

- a) anzitutto consente la ricostruzione logica del nesso causale, evidenziando la connessione tra intesa anticoncorrenziale e – nel caso di specie – aumento dei premi assicurativi;
- b) consente di *“attribuire effettività alla tutela dei primi (ndr i consumatori) ed un senso alla stessa istituzione dell'Autorità Garante, la piena utilizzabilità da parte loro, una volta accertate condotte di violazione della normativa di settore posta anche a loro tutela, degli accertamenti conseguiti nel procedimento di cui pure non sono stati formalmente parte”*, come sottolineato dalla decisione n. 13486 del 2011 della Corte di Cassazione.

2.4.3.3 L'accertamento nel provvedimento dell'Autorità Garante ed i confini della prova contraria

A questo punto dell'analisi, dallo studio della giurisprudenza in materia, emergono due interrogativi importanti, strettamente connessi fra di loro:

- i) Quali elementi dell'accertamento operato nel provvedimento dell'Autorità Garante possono concretamente fungere da “prova privilegiata” avanti al giudice civile?
- ii) Quale estensione e limiti ha la facoltà di prova contraria consentita al convenuto – i.e. al soggetto non consumatore – avanti al giudice civile?

La menzionata intima connessione tra i due profili evidenziati giustifica una loro trattazione congiunta che può facilmente prendere le mosse dallo schema rimediale predisposto dalla sentenza n. 9116/2014 e che si declina quindi, sostanzialmente, nell'avvalersi di presunzioni relative. Da un punto di vista meramente cronologico, la **Corte di Cassazione con sentenza n. 2305 del 2007**, dopo aver riconosciuto il carattere di prova privilegiata al provvedimento sanzionatorio dell'Autorità Garante, concentrando l'attenzione sul profilo della prova del nesso causale tra intesa e danno – i.e. aumento dei premi assicurativi – ricorda che *“il giudice non può omettere di valutare tutti gli elementi di prova offerti dall'assicuratore per contrastare le presunzioni, o per dimostrare che la sequenza causale percorsa risulta spezzata da uno o più fatti diversi che da soli sono stati idonei a procurare il danno, oppure, ancora, per accertare che quei fatti, insieme con l'intesa illecita, abbiano assunto il carattere di equivalenti (e, dunque, concorrenti) causali nella produzione del danno.”*. La Suprema Corte nel 2007 ha quindi enunciato, quale regola generale, il principio per cui le presunzioni di cui può avvalersi il giudice devono, sempre e comunque, ammettere prova contraria.

Come si osserverà in seguito, dopo l'attuazione della Direttiva n. 104 del 2014, trasposta con Decreto legislativo n. 3/2017, il profilo della prova dell'accordo, in presenza di un provvedimento

sanzionatorio dell'Autorità Garante, viene risolto attraverso l'affermazione, di fatto, di una presunzione assoluta, residuando, quale unico profilo "problematico", quello della prova del nesso. Ora, nel ragionamento della Suprema Corte del 2007, tuttavia, l'effettiva portata tanto dell'accertamento condotto dall'Autorità Garante quanto della prova contraria a cui è ammesso l'assicuratore rimangono non esplicitati, lasciando il compito di elaborare con maggiore chiarezza i dettagli del principio stabilito alla giurisprudenza successiva. In questo senso, un primo, importante sviluppo proviene dalla **sentenza n. 10211 del 2011**, nella quale si afferma: *"Occorre in primo luogo esplicitare ciò che era rimasto in parte implicito nella precedente giurisprudenza di questa Corte, cioè che - qualora l'assicuratore convenuto sia stato partecipe del giudizio svoltosi davanti all'Autorità garante, riportando condanna - la prova dell'interruzione del nesso causale fra l'illecito e l'indebito aumento delle tariffe non può consistere nel rimettere in discussione le medesime circostanze di fatto il cui accertamento è già contenuto nel Provvedimento sanzionatorio."* Il principio – ripreso dalla sentenza "gemella" n. 10212 del 2011 oltretutto dalla successiva sentenza n. 11610 del 2011 – limita la portata della prova contraria dell'assicuratore escludendo dal suo potenziale oggetto quelle stesse circostanze di fatto già prese in considerazione dall'Autorità Garante. Una tale presa di posizione – oltre a stimolare una riflessione sul rapporto tra giudizio amministrativo e giudizio civile – si innesta su di un'analisi ad ampio spettro sul contenuto del provvedimento sanzionatorio assunto a "prova privilegiata". La succitata sentenza n. 10211/2011 nota infatti, con riferimento al Provvedimento n. 8546 del 2000, che *"Se è vero che l'AGCM ha inflitto condanna solo ai sensi della L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2, ravvisando un'intesa idonea a falsare il gioco della concorrenza, non invece un accordo di cartello sul livello dei premi, è indubbio che la rilevazione dell'abnorme incremento dei premi relativi alle polizze di RCA, nel periodo interessato dall'intesa, ha costituito da un lato un presupposto del giudizio di illiceità del comportamento: dall'altro lato un indubbio accertamento del suo effetto, in danno degli utenti dei servizi assicurativi."* Ancora maggiore precisione e chiarezza traspare dalle parole della sentenza n. 11610/2011, secondo cui *"L'AGCM pertanto - pur avendo emesso condanna solo per la violazione della L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2 - ha accertato che l'illecita intesa si è tradotta in un danno economico di rilevante importo per la massa generalizzata degli utenti dei servizi assicurativi RCA, ed il suddetto accertamento ha costituito parte integrante della valutazione di illegittimità dello scambio di informazioni fra le imprese, che avrebbe potuto essere altrimenti ritenuto legittimo, in considerazione delle esigenze di reciproca informazione al fine della valutazione dei rischi."*

Ciò che emerge è che le diverse sentenze richiamate tendono a sottolineare come, al di là dell'interesse tutelato dal provvedimento sanzionatorio ex art. 2 della l. 287/1990 – che, ovviamente, risponde prioritariamente alla necessità di garantire il funzionamento del mercato, secondo una prospettiva pubblicistica – l'Autorità Garante, nel proprio percorso logico di ricostruzione della fattispecie anticoncorrenziale, ponga sempre in evidenza la connessione tra tale fattispecie ed un conseguente danno per gli utenti/consumatori. Di conseguenza, secondo le parole della sentenza n. 13486 del 2011, *"i fatti accertati e le prove acquisite nel corso del procedimento concluso con il provvedimento dell'Autorità Garante, cui abbia preso parte l'odierna ricorrente, non sono né più revocabili in dubbio, né utilizzabili a fini e con senso diverso da quello attribuito nel provvedimento stesso; benché l'accertamento stesso abbia avuto luogo in un procedimento svoltosi tra le imprese e l'Autorità Garante, deve ritenersi che la circostanza che il singolo utente o consumatore sia beneficiario della normativa in tema di concorrenza (...) comporta pure, al fine di attribuire effettività alla tutela dei primi ed un senso alla stessa istituzione dell'Autorità Garante, la piena utilizzabilità da parte loro, una volta accertate condotte di violazione della normativa di settore posta anche a loro tutela, degli accertamenti conseguiti nel procedimento di cui pure non sono stati formalmente parte; 4.2. il ruolo di prova privilegiata degli atti del procedimento pubblicistico condotto dalla stessa Autorità Garante e poi in sede di giustizia amministrativa (...), pur non precludendo la facoltà, per la assicuratrice, di fornire la prova contraria (per tutte, v. Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305), impedisce che possano rimettersi in discussione proprio i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa*

in tema di concorrenza, se non altro in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede”. Ritornano e sono evidenziati, nel ragionamento riportato, due elementi già al centro delle precedenti analisi, vale a dire in primo luogo il carattere multilivello e dinamico della tutela antitrust, imperniato sul reciproco “dialogo” fra il polo pubblicistico e quello privatistico della tutela stessa e, in secondo luogo, il significato assolutamente fondamentale del **principio di effettività della tutela**, che giustifica il dialogo stesso fra i due piani di tutela e ne fa derivare conseguenze pratiche rilevanti sul piano probatorio. La decisione n. 13486/2011 sviluppa un ragionamento ulteriore, laddove va a specificare, esemplificando, su quali elementi *non* può fondarsi la prova contraria offerta dall’assicuratore ed in particolare afferma che essa – i.e. la prova contraria – *“non può avere ad oggetto circostanze attinenti alla situazione generale del mercato assicurativo - quanto ai costi gravanti su tutte le imprese a causa delle truffe, degli adeguamenti imposti dalle Direttive comunitarie, ecc. - ed in particolare le medesime circostanze e prove (o elementi di prova) che l’AGCM ha già tenuto presenti nel formulare il suo giudizio e che ha ritenuto irrilevanti al fine di escludere il collegamento fra i comportamenti collusivi e la lievitazione dei premi”*. Il medesimo concetto è ribadito altresì dalla successiva decisione n. 17891 del 2011. Si tratta, a ben vedere, di una riconferma del principio generale, con l’aggiunta di un elemento di dettaglio allorché la Corte si preoccupa di esplicitare come elementi attinenti alla *“situazione generale del mercato”* non possano costituire validi supporti a fondamento della prova contraria. Nella fattispecie delle decisioni considerate, tali elementi “generali” consistevano essenzialmente in tre argomenti addotti a fondamento della prova contraria: i) un parere dell’ISVAP redatto su richiesta della stessa Autorità Garante e avente ad oggetto lo studio dei fattori di mercato che potessero influenzare l’aumento dei prezzi dei premi assicurativi; ii) la relazione parlamentare alla Legge n. 273/2002 nella quale si dava conto del fatto che *“fra i fattori di costo delle polizze assicurative le truffe ai danni delle assicurazioni; la difficoltà di garantire un’adeguata informazione dei consumatori, anche tramite la pubblicità via internet, ed altre circostanze diverse dal comportamento illecito contestato dall’AGCM”* (Cassazione n. 17891/2011); iii) il Provvedimento n. 11891 del 2003 dell’Autorità Garante – a chiusura di un’indagine conoscitiva – nel quale si accertava che il mercato italiano delle assicurazioni fosse soggetto a fattori di rischio atti ad influenzare la fluttuazione dei prezzi dei premi anche indipendentemente dagli accordi fra le compagnie assicurative. Ciascuno di questi tre elementi viene considerato inidoneo a fondare un’adeguata prova contraria, in quanto tutti e tre rappresentano unicamente il potenziale influsso, a livello generale di sistema del mercato, che fattori diversi rispetto all’accordo illecito possano avere sulla fluttuazione dei prezzi, senza però ricondurre, nel concreto, l’aumento dei premi occorso a tali fattori e senza quindi elidere la presunzione circa il nesso causale tra l’intesa illecita ed il danno.

2.4.3.4 Il problema dell’asimmetria informativa nell’evoluzione giurisprudenziale

A questo punto dell’analisi è lecito porsi una domanda: quale esigenza concreta giustifica il massiccio affidamento che la Corte di Cassazione fa sul provvedimento dell’Autorità Garante? Sin dalla sentenza n. 2305 del 2007 la Corte, pur non esplicitandolo sempre chiaramente, ha avuto ben presente questo profilo critico che, successivamente e come già notato, la decisione n. 9116 del 2014 ha bene declinato facendo riferimento alle difficoltà di accertamento e prova da parte del singolo. **L’asimmetria informativa tra consumatore ed impresa è la condizione di partenza che rischia di rendere non effettiva la tutela giurisdizionale del consumatore.** Tenendo presenti queste esigenze di base, si intuisce senza sforzo perché sia tanto importante, ai fini dell’effettività, il “dialogo” tra il piano pubblicistico e quello privatistico della tutela antitrust: il riferimento all’accertamento contenuto nel provvedimento dell’Autorità Garante e formatosi

all'esito del procedimento avanti ad essa favorisce il contenimento degli effetti dell'asimmetria informativa. La prova contraria non dovrà quindi fondarsi su elementi sistemici, ma dovrà, come ampiamente ricordato, avere ad oggetto elementi e/o circostanze peculiari della singola fattispecie concreta che, in quel singolo contesto di riferimento, possano escludere il nesso causale tra illecito anticoncorrenziale e danno.

La giurisprudenza, come ricordato dalla decisione n. 27527 del 2013, denota una “*tendenza delle giurisdizioni nazionali ad adottare approcci pragmatici*”, ovvero sia a ricorrere a presunzioni ed all'inversione dell'onere della prova. L'asimmetria informativa, quale condizione di partenza che rende necessaria la riaffermazione del principio dell'effettività della tutela, è stata ulteriormente sviluppata dalla giurisprudenza di Cassazione, anche con riferimento a fattispecie non strettamente riguardanti la tutela risarcitoria per illecito anticoncorrenziale, fino a farla divenire un vero e proprio cardine logico da considerare, preliminarmente, all'atto di qualsiasi analisi avente ad oggetto l'applicazione del diritto antitrust. A titolo esemplificativo, può considerarsi come la **sentenza n. 11564/2015** faccia ampio riferimento al concetto di asimmetria informativa nel contesto di una fattispecie di abuso di posizione dominante per la quale è necessario definire il “mercato rilevante” quale campo di analisi. Ebbene, la Corte – in un procedimento, si noti, c.d. *stand alone*, quindi non preceduto da un provvedimento sanzionatorio dell'Autorità Garante – evidenzia come la definizione di un mercato rilevante richiede la possibilità di elaborare informazioni molto spesso non a disposizione dell'attore ma solo del convenuto. Ne consegue che, in assenza di un provvedimento dell'Autorità Garante a cui riferirsi, il giudice debba poter disporre di adeguati strumenti procedurali in grado di reperire ed elaborare tutte quelle informazioni necessarie per la definizione del concetto controverso. Questo importante arresto della Corte di Cassazione applica, in un contesto di asimmetria informativa, il concetto di effettività della tutela ad un procedimento *stand alone* facendone derivare conseguenze pratiche sul piano probatorio. Nell'eventualità di un procedimento *stand alone* iniziato dal consumatore per risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale bisognerà dunque tenere conto di quanto appena esposto e considerare l'insorgenza di un problema di effettività della tutela, la quale non può essere inficiata, specialmente allorché il fattore inficiante risieda nelle caratteristiche genetiche del rapporto tra impresa e consumatore nel mercato di massa. Per cui, in conclusione, dall'elaborazione giurisprudenziale sviluppata dalle corti italiane è possibile trarre le seguenti conclusioni pratiche:

- i) in caso di **procedimento c.d. follow up** iniziato dal consumatore per il risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale al consumatore sarà sufficiente allegare il titolo del proprio diritto – e.g. la polizza assicurativa nel caso di contratto di assicurazione – ed il provvedimento dell'Autorità Garante di sanzione alla condotta illecita dell'impresa. Sulla base dell'accertamento condotto nel provvedimento al giudice sarà possibile ricorrere a presunzioni relative per accertare il nesso causale tra intesa e danno. La prova contraria a cui è ammessa l'impresa non potrà fondarsi su elementi già considerati dall'Autorità Garante ed in particolare non potrà avere ad oggetto considerazioni attinenti al funzionamento generale del mercato di riferimento ma solo elementi che, relativamente alla specifica fattispecie di riferimento, possano essere idonei ad escludere il nesso causale tra intesa e danno;
- ii) in caso di **procedimento c.d. stand alone** iniziato dal consumatore non sarà ovviamente possibile fare riferimento ad un accertamento operato dall'Autorità Garante. Tuttavia, considerando la particolare situazione di “asimmetria informativa” in cui il consumatore si trova nel suo rapporto con la controparte impresa, il giudice dovrà garantire l'effettività della tutela del consumatore stesso e, di conseguenza,

avvalersi degli strumenti adeguati, anche e soprattutto sul piano probatorio, che possano consentire di neutralizzare tale asimmetria. Secondo le indicazioni offerte dalla sentenza n. 11564/2015, pur attinente a fattispecie diversa da quelle qui d'interesse, è possibile pensare ad una facoltà, per il giudice, di disporre accertamenti tecnici idonei a verificare l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale e l'eventuale incidenza della stessa sul pregiudizio economico patito dal consumatore-attore⁴⁸.

2.4.3.5 L'Articolo 9 della Direttiva n. 104 del 2014 e le sue implicazioni in tema di riparto dell'onere probatorio e rapporti tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione civile

Con il Decreto legislativo n. 3/2017 la Repubblica Italiana ha trasposto la Direttiva n. 104/2014 relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione Europea. In particolare, l'articolo 7 del decreto riproduce quasi *in toto* il contenuto dell'articolo 9 della direttiva, che regola gli effetti che una decisione di un'Autorità nazionale per la concorrenza esplica nell'ambito di un procedimento – civile – per risarcimento danni da illecito anticoncorrenziale. I due aspetti essenziali della disciplina sono sintetizzati nei primi due commi del suddetto articolo 7:

- i) ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di cui all'articolo 10 della Legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato. Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima. Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno. L'accertamento, contenuto in un provvedimento finale di un'Autorità Nazionale per la Concorrenza, che riguardi l'esistenza di un illecito anticoncorrenziale;
- ii) la decisione definitiva con cui una autorità nazionale garante della concorrenza o il giudice del ricorso di altro Stato membro accerta una violazione del diritto della concorrenza costituisce prova, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, valutabile insieme ad altre prove.

L'innovazione legislativa, nel trasporre la Direttiva, recepisce in qualche modo anche le conclusioni a cui era giunta la giurisprudenza italiana nel corso del precedente decennio. Sotto il profilo rimediabile l'intervento del legislatore ha significato l'introduzione di una presunzione assoluta relativamente all'esistenza di una condotta anticoncorrenziale – più precisamente, relativamente alla natura della violazione ed alla sua portata materiale, personale, temporale e territoriale – laddove quest'ultima sia stata accertata in un provvedimento definitivo dell'Autorità Garante, non più soggetto ad impugnazione, o da una sentenza del giudice del ricorso, oltretutto del giudice amministrativo di riferimento. L'articolo 7 è tuttavia molto preciso nell'escludere che tale presunzione assoluta non riguarda né il nesso di causalità né l'esistenza del danno, per i quali

⁴⁸ Sui poteri istruttori officiosi si veda il § 1.2.4.3, e più in generale sui poteri officiosi del giudice si veda il capitolo 1.

continuano a valere dunque i criteri giurisprudenziali elaborati dalla Corte di Cassazione, vale a dire l'utilizzo di presunzioni relative e delle regole della concatenazione causale secondo criteri di probabilità logica, con ammissione di prova contraria che si fondi su elementi non già considerati nel contesto del procedimento avanti all'Autorità Garante. Il secondo comma dell'articolo 7, invece, regola gli effetti spiegati da una decisione di una Autorità per la Concorrenza di altro Stato membro, o del giudice del ricorso di tale altro stato. In questo caso l'accertamento della natura della violazione e della sua portata viene ad essere considerato alla stregua di una "prova valutabile insieme ad altre prove", senza che sorga alcuna presunzione né vi sia inversione dell'onere della prova.

Ai fini della presente analisi, il testo del Decreto legislativo risulta di particolare rilievo perché, in primo luogo, sintetizza almeno in parte le conclusioni raggiunte dalle giurisprudenza e prima esposte nel dettaglio e, in secondo luogo, solleva le attenzioni degli interpreti su un problema sistematico di grande rilievo quale quello del rapporto tra il piano della giurisdizione amministrativa – i.e. il procedimento avanti all'Autorità Garante ed eventualmente e successivamente avanti al giudice del ricorso – e quello della giurisdizione civile – i.e. il *private antitrust enforcement* di carattere risarcitorio – che va a riprodurre la dialettica tra il piano dell'interesse pubblicistico sotteso alla tutela antitrust e quello dell'interesse privatistico. Ciò premesso, l'introduzione di una presunzione assoluta circa l'esistenza e la portata della violazione antitrust costituisce una dichiarazione molto forte che, calata nel contesto italiano, trova un ostacolo teorico e pratico nelle differenze concettuali e di sistema tra la decisione a valle di un procedimento "giurisdizionale" amministrativo ed una a valle di un procedimento giurisdizionale civile. Una decisione dell'Autorità Garante viene adottata infatti al termine di una procedura che, nonostante tutte le sue garanzie, rimane di natura amministrativa. Conferire un valore di prova inconfutabile a tale decisione potrebbe entrare in collisione con il diritto di tutela giurisdizionale di cui all'articolo 24 della Costituzione italiana. Mentre a livello europeo si registrano casi di decisioni amministrative o para-amministrative (ad esempio decisioni della Commissione) che sono equivalenti alle decisioni della Corte di Giustizia, una diversa prospettiva è tradizionalmente adottata in Italia. La relazione al Decreto legislativo n. 3/2017 affronta la questione e cerca di risolverla evidenziando che le decisioni dell'Autorità Garante possono essere impugnate dinanzi ad un tribunale amministrativo. Pertanto, la tutela giurisdizionale è garantita, seppure non dinanzi ad un tribunale civile. La Corte di Cassazione italiana, per quanto riguarda il controllo giurisdizionale su una decisione dell'Autorità Garante, ha proposto due interpretazioni diverse: mentre alcune sentenze – in particolare le sentenze n. 8882 del 2005 e 7063 del 2008 delle Sezioni Unite – affermavano che il giudice amministrativo dovesse limitare la sua revisione alla legittimità della decisione, altre sentenze – Sentenza n. 3640 del 2009 – sostenevano che il convenuto potesse contestare anche la sostanza della decisione dell'Autorità Garante producendo prova contraria. L'articolo 9 della Direttiva n. 104 adotta una disciplina che conferma chiaramente il valore inconfutabile della decisione dell'Autorità Garante e impedisce alle parti di fornire prove contrarie all'esistenza della violazione accertata da quest'ultima. Ciononostante, il legislatore italiano, al momento del recepimento della direttiva, tenendo conto della questione relativa ai limiti del controllo amministrativo giudiziario, ha dichiarato, all'art. 7 del decreto, che la revisione del giudizio in ricorso (ossia avanti al giudice amministrativo che decide in merito all'impugnazione su una decisione dell'Autorità Garante) implica una valutazione ed una verifica dirette dei fatti che hanno determinato la decisione impugnata e riguarda anche gli aspetti tecnici che non sono oggettivamente discutibili ("che non presentano un oggettivo margine di opinabilità"). Questa norma trasforma il controllo del giudice amministrativo in un **esame di ragionevolezza e coerenza** della decisione dell'Autorità Garante, espandendo così la sua portata ma senza violare

il "dominio" della discrezionalità amministrativa. L'esistenza di una violazione delle norme antitrust accertata nell'ambito di un procedimento amministrativo non può essere confutata dinanzi a un giudice civile. La decisione amministrativa sembra prevalere, da un punto di vista logico, sul procedimento civile. Pertanto, se un procedimento civile e uno amministrativo sono avviati nello stesso momento, si potrebbe sostenere che il giudice civile dovrebbe sospendere il procedimento e attendere che l'autorità amministrativa (e poi il giudice amministrativo) pronunci la sua decisione finale. Questo meccanismo dovrebbe garantire il diritto alla tutela giudiziaria a causa della possibilità di impugnare la decisione dell'Autorità Garante avanti al giudice amministrativo. Il giudice civile, tuttavia, conserva alcuni poteri di accertamento come previsto dallo stesso Articolo 7 del Decreto legislativo. In particolare, mentre si presume che l'esistenza e la natura dell'infrazione siano accertate in modo irrefutabile dalla decisione in sede amministrativa, l'esistenza di un danno subito e il rapporto causale tra la violazione e il danno devono essere provati dinanzi al giudice civile e non possono essere automaticamente dedotti dalla decisione dell'Autorità Garante. Secondo la giurisprudenza italiana, come si è visto, una decisione dell'Autorità Garante può al massimo fondare una presunzione relativa sull'esistenza del danno e del nesso causale tra intesa e danno, nei confronti della quale è ammessa prova contraria. Riassumendo, il nuovo quadro giuridico di cui all'articolo 7 del Decreto legislativo (che recepisce l'Articolo 9 della Direttiva) è piuttosto complesso e mira a trovare un equilibrio tra il procedimento amministrativo ed il procedimento civile, senza perturbare i fondamenti teorici posti alla base delle relazioni fra questi due "poli" del sistema giurisdizionale.

Residuano tuttavia profili critici ancora irrisolti. Uno di essi, in particolare riguarda il valore da assegnare a una decisione dell'Autorità Garante che non è contestata e, quindi, diviene definitiva ma senza essere stata valutata da un giudice. Si potrebbe sostenere che, in questo caso, sia inficiata la portata dell'articolo 24 della Costituzione? Il pericolo appena paventato sembra poter essere superato grazie a due argomenti specifici: a) i procedimenti dinanzi all'Autorità Garante italiana sono stati giudicati rispettosi dell'articolo 6 della CEDU dalla Corte europea dei diritti dell'uomo; b) la legge italiana sul procedimento amministrativo – Legge n. 241/1990 – si sposta da una visione della pubblica amministrazione come prevalente rispetto ai cittadini ad una prospettiva più egualitaria. Pertanto, i cittadini (o le persone giuridiche) coinvolti in un procedimento amministrativo possono esercitare poteri di *disclosure* e intervento volti a garantire una corretta valutazione dei loro interessi. Il diritto costituzionalmente fondato alla tutela giurisdizionale sembra quindi essere preservato.

2.4.4 La giurisprudenza europea

Casi Europei di riferimento: C-295/04 (*Manfredi*), C-369/09 (*Pfleiderer AG*), C-557/12 (*Kone AG*)

A differenza che nel contesto italiano, il quadro giurisprudenziale europeo presenta, per quel che ovviamente concerne l'oggetto di questa analisi, un solo grande punto di riferimento tutt'ora insuperato ed utilizzato, esplicitamente od implicitamente, dalle corti nazionali al fine di tradurre in disciplina concreta dell'onere della prova il significato sistematico del principio di effettività. Ci si sta riferendo, come è facile intuire, alla sentenza *Manfredi* (C-295/04). A dispetto dell'immediata riconoscibilità di *Manfredi* quale pietra angolare del sistema europeo – ed anche italiano, considerando l'evoluzione della giurisprudenza – del *private antitrust enforcement*, la sua utilizzabilità ai fini della definizione di un regime probatorio nei giudizi di risarcimento del danno comporta più di un aspetto problematico. La sentenza *Manfredi*, la cui vicenda – è bene ricordarlo – prende le mosse da un giudizio intentato da un consumatore nei confronti di un assicuratore

per risarcimento danni e quindi dalla natura del tutto analoga alle fattispecie analizzate nel paragrafo precedente, deve la sua straordinaria fortuna nel contesto del sistema del *private antitrust enforcement* all'applicazione, in questo specifico contesto, del principio dell'effettività, vale a dire del principio per cui la disciplina nazionale, allorché si applichi ad una fattispecie di azione risarcitoria ove il diritto al risarcimento del consumatore tragga fonte dall'ordinamento europeo, codesta disciplina non deve rendere *“praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE.”*. In quattro delle cinque questioni pregiudiziali risolte dalla Corte di Giustizia, il paradigma dell'effettività viene applicato, toccando tutti i profili critici rilevanti per quel che concerne i giudizi di risarcimenti danni da illeciti anticoncorrenziali:

- i) la definizione delle *“modalità di esercizio di tale diritto, comprese quelle relative all'applicazione della nozione di «nesso di causalità»”* (Questione Pregiudiziale n. 2);
- ii) la designazione dei *“giudici competenti a conoscere dei ricorsi per risarcimento danni fondati su una violazione delle regole di concorrenza comunitarie e stabilire le modalità procedurali di tali ricorsi?”* (Questione Pregiudiziale n. 3);
- iii) la definizione del *“termine di prescrizione per chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE”* (Questione Pregiudiziale n. 4);
- iv) la definizione dei *“criteri che consentono la determinazione dell'entità del risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE”* (Questione Pregiudiziale n. 5).

Il profilo che in queste sede interessa maggiormente è senza dubbio quello relativo al punto i), ossia quello relativo alle modalità di accertamento del nesso di causalità. Prima però di affrontare nel dettaglio il rapporto tra la statuizione del giudice europeo e lo sviluppo della giurisprudenza italiana, vale la pena sottolineare come la decisione *Manfredi* si collochi anch'essa in un percorso evolutivo preciso, costituendo il conseguente logico-giuridico della precedente sentenza *Courage* (C-453/99). Se in *Courage* la Corte di Giustizia aveva provveduto ad affermare la risarcibilità del danno patito dal consumatore a seguito di una violazione del diritto europeo della concorrenza – facendola peraltro derivare dal sistema del diritto antitrust europeo – con il passaggio successivo di *Manfredi* la Corte di Giustizia viene posta di fronte al dilemma di riempire di contenuti il diritto al risarcimento, nel senso, ovviamente, di fornire gli strumenti interpretativi necessari al giudice nazionale che debba tutelare il diritto al risarcimento del consumatore senza renderne impossibile od eccessivamente difficile l'esercizio in sede processuale.

2.4.4.1 La recezione della sentenza *Manfredi* nella giurisprudenza italiana

La Corte di Giustizia offre al giudice nazionale un criterio interpretativo estremamente dinamico che, come si è già avuto modo di notare, la giurisprudenza – in questo caso italiana – ha saputo coordinare in primo luogo con i principi generali della tutela della concorrenza ed in secondo luogo con la peculiare condizione dei giudizi coinvolgenti consumatori ed imprese. Nondimeno, deve osservarsi che, a dispetto di una generale uniformità nei contenuti, sia sotto il profilo delle premesse sistemiche sia sotto quello dei rimedi concreti, la giurisprudenza italiana appare più discontinua nei suoi riferimenti alla giurisprudenza Europea, i quali solo in poche circostanze sono diretti, mentre nella maggior parte dei casi vanno desunti dai riferimenti ai concetti declinati – anche – dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Ai fini della presente analisi, è possibile distinguere tre prospettive di osservazione e studio, compresenti nel percorso evolutivo della giurisprudenza italiana e che riguardano i) la concezione di una tutela antitrust “multilivello”; ii) i riferimenti diretti e/o indiretti alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea; iii) il ruolo “trasversale” e pervasivo giocato dal principio di effettività.

2.4.4.2 I plurimi livelli di tutela antitrust e l'aggancio al diritto dell'Unione Europea:

Come si è già avuto modo di osservare, la giurisprudenza italiana ha progressivamente costruito una visione del sistema delle tutele antitrust basato su un doppio livello, sia pubblicistico che privatistico. Ciò che è importante osservare ora è che in più di un caso l'aggancio normativo per tale costruzione è stato reperito non solo nelle fonti nazionali, a partire dall'art. 41 della Costituzione per giungere alla Legge n. 287/1990, ma altresì a livello Europeo, in quelli che oggi sono gli Articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. In particolare, nella sentenza n. 9116 del 2014, laddove si fa riferimento al sistema di tutela multilivello, è implicita, nel ragionamento della Corte, l'eredità della decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea C-295/04 (*Manfredi et al.*), la quale infatti è direttamente richiamata da giurisprudenza di Cassazione – i.e. sentenza n. 27527 del 2013 – a sua volta citata dalla decisione in esame. Del resto, anche laddove né la Giurisprudenza Europea né i Trattati siano espressamente richiamati, la Corte di Cassazione – si faccia ad esempio riferimento alla decisione n. 10211 del 2011 – si è sempre preoccupata di precisare che l'interesse del consumatore a godere dei benefici di un mercato funzionante vanta protezione non solo a livello nazionale ma anche comunitario. Del resto, tali conclusioni sono ampiamente riflesse nelle parole che la Corte di Giustizia spende in *Manfredi* laddove ricorda che *“il diritto comunitario e il diritto nazionale in materia di concorrenza si applicano parallelamente, dato che essi considerano le pratiche restrittive sotto aspetti diversi. Mentre gli artt. 81 CE e 82 CE le contemplano sotto il profilo degli ostacoli che ne possono risultare per il commercio tra gli Stati membri, le leggi nazionali, ispirandosi a considerazioni proprie di ciascuno Stato, considerano le pratiche restrittive in questo solo ambito (v., in particolare, sentenze 13 febbraio 1969, causa 14/68, Wilhelmea., Racc. pag. 1, punto 3; 10 luglio 1980, cause riunite 253/78, 1/793/79, Giry e Guerlain e a., Racc. pag. 2327, punto 15, e 9 settembre 2003, causa C-137/00, Milk Marque e National Farmers' Union, Racc. pag. I-7975, punto 61). Occorre anche ricordare che gli artt. 81, n. 1, CE e 82 CE producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuiscono direttamente a questi ultimi diritti che i giudici nazionali devono tutelare (v. sentenze 30 gennaio 1974, causa 127/73, BRT e SABAM, detta «BRT/I», Racc. pag. 51, punto 16; 18 marzo 1997, causa C-285/95 P, Guérin automobiles/Commissione, Racc. pag. I-1503, punto 39, e 20 settembre 2001, causa C-453/99, Courage e Crehan, Racc. pag. I-6297, punto 23)”*. È ovvio che, in *Manfredi*, l'analisi appena riportata sia funzionale ad individuare il campo di applicazione del diritto comunitario rispetto a quello nazionale, ma, nondimeno, le parole utilizzate hanno comunque un peso importante allorché, di fatto, replicano l'idea di una struttura multilivello, laddove tanto il diritto europeo quanto il diritto nazionale sintetizzano un interesse comune, un valore condiviso, identificato nella tutela del buon funzionamento del mercato, da cui logicamente discende la tutela dell'interesse patrimoniale del singolo consumatore danneggiato.

2.4.4.3 I riferimenti alla giurisprudenza Manfredi nella giurisprudenza italiana e la sentenza n. 27527 della Corte di Cassazione

Dalla rilevanza europea del diritto al risarcimento del consumatore e dalla porosità della struttura multilivello, che consente quindi degli scambi reciproci, ne deriva che la considerazione dei principi affermati dalla Corte di Giustizia si riflette automaticamente anche sulla disciplina nazionale e sulla casistica nazionale. Ciò sulla base di due profili fondamentali:

- i) in primo luogo, stando alle parole della Corte di Giustizia in *Manfredi*, è compito del giudice nazionale *“esaminare se l'esistenza stessa dell'intesa o della pratica concordata potesse avere un effetto dissuasivo sulle compagnie di assicurazioni di altri Stati membri non esercenti attività in Italia”*. Difatti, *“un'intesa o una pratica concordata come quella di cui alle cause principali, tra compagnie di assicurazioni, consistente in uno scambio reciproco di informazioni (...) che costituisce*

una violazione delle norme nazionali sulla tutela della concorrenza, può altresì costituire una violazione dell'art. 81 CE se, in considerazione delle caratteristiche del mercato nazionale di cui trattasi, appaia sufficientemente probabile che l'intesa o la pratica concordata in esame possa avere un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulla vendita delle polizze di detta assicurazione nello Stato membro interessato da parte di operatori stabiliti in altri Stati membri e che tale influenza non sia insignificante". Anche questa seconda valutazione spetta al giudice nazionale, ma è evidente che, laddove l'intesa sia ritenuta idonea a produrre effetti a livello di mercato unico, la rilevanza del principio di effettività possa essere fatta discendere direttamente dalla fonte europea senza la necessità di costruire una mediazione con la legislazione nazionale. È infatti questa l'operazione logica condotta dal Giudice di Pace di Bitonto con decisione del 21 maggio 2007 nel *follow up case* della decisione *Manfredi*;

- ii) in secondo luogo, dai principi definiti in sede Europea scaturisce l'avvio, ad opera delle corti nazionali, di percorsi ermeneutici tendenti all'armonizzazione della disciplina tra livello europeo e livello nazionale. La sentenza n. 27527 del 2013 della Corte di Cassazione mette bene in evidenza questo profilo, attraverso un richiamo diretto alla giurisprudenza *Manfredi*. La sentenza così si esprime: *"la disciplina delle azioni risarcitorie presenta gravi difficoltà, poiché qualsiasi valutazione ipotetica di come sarebbero evolute le condizioni di mercato e le interazioni fra gli operatori, in assenza delle violazioni, pone problemi economici e giuridici estremamente complessi; che d'altra parte non si può accettare che la disciplina giuridica della materia renda eccessivamente difficile, o praticamente impossibile, l'esercizio dei diritti risarcitori, che l'ordinamento giuridico dell'UE intende garantire (cfr. Libro Bianco della Commissione Europea sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme comunitarie antitrust, Bruxelles 2 agosto 2008. COM (2008) 165. Cfr. altresì la giurisprudenza europea: da ultimo cause riunite 295-298/04, Manfredi, Racc. 2006, p. 1, 6619)"*. Lo stesso modello logico è altresì applicato dalla sentenza n. 9116 del 2014, ove si richiama alla precedente sentenza n. 27527 del 2013.

2.4.4.4 [La rilevanza trasversale del principio di effettività](#)

Quale terzo ed ultimo punto da rilevare, si ribadisce, adducendo quali esempi i riferimenti operati nel corso della precedente analisi, che la giurisprudenza italiana, anche laddove non abbia citato direttamente *Manfredi*, ha però costruito la disciplina dell'onere della prova nei giudizi di risarcimento promossi dal consumatore sulla base del criterio dell'effettività. In secondo luogo, tale criterio è stato utilizzato secondo una doppia accezione: da un lato effettività dell'esercizio del diritto derivante da fonte europea; dall'altro effettività della tutela, ricollegabile a sua volta, sul piano europeo, ad esempio all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e sul piano internazionale all'articolo 13 della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo. Una fra le sentenze citate, la n. 11564 del 2015, fa esplicito riferimento all'applicazione congiunta dell'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentale dell'Unione e degli articoli 101 e 102 del Trattato sull'Unione Europea. L'effettività, per riferirsi sempre alla decisione n. 27527 del 2013, costituisce la base giuridica per l'elaborazione di approcci pragmatici al problema della ripartizione dell'onere probatorio, in un contesto di asimmetria informativa.

La decisione della Corte di Giustizia in *Manfredi* risulta tutt'oggi un punto di riferimento insuperato per quel che riguarda i criteri alla luce dei quali ripartire l'onere probatorio in tema di nesso di causalità e di danno, ma l'evoluzione giurisprudenziale successiva – ed oggi anche quella legislativa, con l'emanazione della Direttiva e del Decreto legislativo sopra richiamati, perlomeno in tema di presunzione attinente all'esistenza di un illecito anticoncorrenziale (v. § 2.5.) – ha stabilito una disciplina che, sintetizzando l'eredità di *Manfredi*, ha tradotto in soluzioni pratiche i

fondamenti teorici richiamati dalla Corte di Giustizia. È quindi a partire da questa disciplina concreta che si sviluppa il dibattito odierno, salvo restando che il criterio generale dell'effettività riemerge ogniqualvolta codesta disciplina appaia di applicazione incerta o lacunosa con riferimento a particolari fattispecie.

2.4.5 *Rilievi conclusivi e questioni aperte*

Il tracciato solcato dalla giurisprudenza italiana così come i recenti interventi del legislatore – italiano ed europeo – hanno schiarito innumerevoli punti di un quadro che all'indomani della decisione *Manfredi* appariva certamente nebuloso sul piano concreto. Nondimeno, vi sono alcune questioni ancora aperte su cui appare utile interrogarsi. Ferma restando la disciplina legislativa in tema di rapporto tra decisione dell'Autorità Garante e presunzione di esistenza dell'illecito anticoncorrenziale – che è ormai assoluta e costituisce quindi un punto fermo – due sono in particolare i profili che possono lasciare adito ad ulteriori dibattiti:

- i) un primo profilo è relativo alla prova del nesso causale, che la giurisprudenza italiana, come si è analizzato, ha declinato secondo uno schema di presunzione relativa fondata sul provvedimento dell'Autorità Garante, con ammissibilità della prova contraria. Ciò posto, va tuttavia osservato, ad un livello anche solo meramente fattuale, che l'elaborazione giurisprudenziale richiamata si è fondata su una casistica del tutto omogenea, concernente il mercato assicurativo. In particolare, i limiti della prova contraria ammessa – che non possono riguardare, ad esempio, condizioni generali del mercato di riferimento ma solo eventi o circostanze legate allo specifico caso concreto – sono stati tarati, anche attraverso esemplificazioni, sul contesto rilevante in *quelle* fattispecie. Ovviamente, è lecito e ragionevole supporre che, sulla base dei principi affermati dalla Corte di Cassazione a più riprese, anche in circostanze attinenti a mercati diversi, il punto di partenza per stabilire quali elementi siano ammissibili come prova contraria e quali no sarà comunque il provvedimento dell'Autorità Garante. Attraverso la ricostruzione operata in esso sarà possibile, per il giudice, individuare l'accertamento concernente il funzionamento generale del mercato di riferimento e la sua alterazione ad opera dell'illecito anticoncorrenziale, mentre tutto ciò che esulterà da una tale ricostruzione costituirà possibile oggetto della prova contraria;

Come può atteggiarsi, ai fini della prova del nesso causale tra illecito anticoncorrenziale e danno, la distinzione tra circostanze attinenti al funzionamento generale del mercato di riferimento e circostanze relative alla fattispecie concreta nell'ambito di settori economici diversi da quello assicurativo e quindi diversi dalla casistica fino ad oggi analizzata dalla giurisprudenza?

- ii) un secondo e forse più rilevante profilo critico attiene invece al regime probatorio nei giudizi *stand alone*, ovverosia in quei giudizi che non trovano a monte una decisione dell'Autorità Garante che sanzioni un illecito anticoncorrenziale. La Corte di Cassazione con sentenza n. 11564 del 2015 – in una fattispecie che non riguardava un rapporto di consumo – ha definito il criterio generale per cui, date le circostanze di asimmetria informativa, il giudice deve potere, in un giudizio *stand alone*, disporre di adeguati strumenti istruttori per acquisire ed elaborare quelle informazioni che normalmente non sono accessibili da entrambe le parti ma solo da una. Il problema si pone allorché si ipotizzi un giudizio *stand alone* promosso dal consumatore per

risarcimento danni. Si tratta di un'ipotesi certamente residuale ma da non escludere *a priori*. Come potrà il giudice, non potendo fondare alcuna presunzione su un provvedimento che, nei giudizi *stand alone*, non c'è, ricostruire tanto l'esistenza di una violazione della Legge n. 287/1990 quanto la sussistenza del nesso di causalità tra violazione e danno? Seguendo le conclusioni della richiamata sentenza n. 11564/2015 bisognerebbe affermare che il giudice dovrà poter disporre di adeguati strumenti istruttori, tali da rendere effettiva la tutela di un consumatore che, di per sé, non può avere a disposizione informazioni precise riguardo i connotati dell'ipotizzato illecito anticoncorrenziali, ma solo un *fumus*, quello che, è ragionevole supporre, lo abbia indotto a promuovere l'azione. In cosa si concretano tali "adeguati mezzi istruttori"? E ancora, quale concreto onere della prova graverà sul consumatore e quale sul convenuto-imprenditore? Una volta che il giudice abbia, attraverso i suoi "adeguati mezzi istruttori" raccolto delle informazioni che egli ritiene sufficienti a stabilire se sia occorsa o meno una violazione della normativa antitrust, tali informazioni fonderanno una presunzione relativa sul nesso di causalità oppure no? E in quest'ultima eventualità quali saranno i confini della prova contraria del convenuto?

Nell'ipotesi di un giudizio risarcitorio promosso dal consumatore, c.d. *stand alone*, ossia non preceduto da un provvedimento dell'Autorità Garante, di quali mezzi istruttori può disporre il giudice al fine di garantire la tutela effettiva dei diritti del consumatore? Come può essere correttamente ripartito l'onere della prova e quali circostanze possono costituire oggetto di contestazione, considerando la necessità di rispettare tanto un principio di effettività della tutela quanto un principio di contraddittorio sulla prova?

3 RIMEDI EFFETTIVI, PROPORZIONALI E DISSUASIVI A TUTELA DEL CONSUMATORE⁴⁹

3.1. Il contesto europeo e il contesto italiano – 3.2. Nullità delle clausole e integrazione del contratto – 3.2.1. Obblighi di trasparenza nei contratti di credito al consumo - 3.2.2. Interessi moratori e clausole vessatorie nei contratti di credito al consumo - 3.3. Forma e nullità di protezione nei contratti di investimento – 3.4. Proporzionalità dei rimedi e gravità dell'inadempimento ai fini della risoluzione nei contratti di investimento – 3.5. Pratiche commerciali scorrette fra regole di validità e regole di responsabilità – 3.6. Danno da illecito anticoncorrenziale e proporzionalità del rimedio – 3.7. I criteri di quantificazione della sanzione pecuniaria alla luce dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività

QUESTIONI

3.2.1

- Come possono incidere sull'interpretazione degli artt. 121 e 125 *bis* TUB gli indirizzi europei in materia di proporzionalità e la dissuasività dei rimedi?

3.2.2

- In che modo la disciplina in materia di clausole vessatorie, letta alla luce dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività dei rimedi, può incidere sulle regole nazionali attinenti alla misura degli interessi moratori nei contratti di credito al consumo?

3.3

- In che modo i principi di effettività, proporzionalità e dissuasività influenzano l'uso delle nullità a tutela del consumatore?
- Alla luce dei principi di effettività e di proporzionalità dei rimedi, si può escludere la nullità nel caso in cui il contratto difetti della sola sottoscrizione della banca, stante la funzione di protezione dell'investitore sottesa alla norma, funzione per ipotesi assolta con la sottoscrizione del (solo) cliente?

3.4

- Come possono incidere i principi di proporzionalità e effettività rispetto alla valutazione circa la gravità dell'inadempimento, e rispetto alla modulazione del rimedio, con particolare riguardo alla possibilità di una risoluzione totale o parziale?

3.5

- Può, alla luce dei principi europei sulla tutela dei diritti del consumatore, l'invalidità del contratto rappresentare il rimedio effettivo, proporzionato e dissuasivo contro l'adozione di pratiche commerciali scorrette? In che misura l'ordinamento interno ostacola l'adozione di regole di validità (nullità e annullabilità) in questo ambito? Tra tutti i rimedi, può l'annullamento del contratto per dolo essere un rimedio che consegue ad una pratica commerciale scorretta, praticata nei confronti del consumatore che promuove l'azione? Con quali limiti e su quali presupposti?

3.6

- È possibile concepire il risarcimento al consumatore del danno da illecito anticoncorrenziale in funzione non solo compensativa ma altresì sanzionatoria, accedendo così alla condanna al risarcimento dei danni c.d. "punitivi"? È possibile giustificare una tale concezione sulle basi di un principio di dissuasività della sanzione?

3.7

- Come si declinano i principi di proporzionalità e dissuasività rispetto alla valutazione dell'adequatezza delle sanzioni amministrative in materia di pratiche commerciali scorrette?
 - La gravità della violazione si estende anche alla gravità delle conseguenze? Il danno è parametro di quantificazione della sanzione amministrativa? È possibile su queste basi tenere in debito conto il numero di consumatori potenzialmente interessati o il numero di quelli effettivamente lesi?
-

⁴⁹ Questo capitolo è stato scritto dalla dottoressa C. Angiolini, ad eccezione del § 3.6, scritto dal dottor G. Sabatino, e del § 3.7.2 scritto dalla dottoressa C. Patera.

3.1 Il contesto europeo e il contesto italiano

In questo capitolo si affronterà il tema dell'influenza dei principi europei – di effettività, proporzionalità, dissuasività – rispetto alla modulazione e all'evoluzione dell'assetto rimediale in materia consumeristica. Questa prospettiva è parsa di particolare attualità, anche rispetto alle indicazioni che provengono dalla proposta di modifica alle più importanti direttive in materia di tutela dei consumatori, parte del “*New Deal for Consumers*”⁵⁰, promosso dalle istituzioni europee, in cui è stato svolto un controllo di “*adequatenza e di efficacia*” della disciplina in vigore, anche sul piano rimediale.

L'ambito di studio potrebbe essere vastissimo; per questo si sono selezionati diversi settori e diverse discipline, che permettessero di riflettere su differenti tipi di rimedi, dando un quadro della profondità delle influenze europee all'interno del contesto nazionale, e della ormai evidente fluidità dei confini fra diritto privato e diritto amministrativo in questa materia.

Si è quindi partiti dal tema dell'**integrazione del contratto a seguito della declaratoria di nullità di una clausola**, cogliendone due diverse declinazioni nell'ambito dei contratti di credito; da una parte si è guardato alla disciplina in materia di calcolo del TAEG, in cui l'integrazione del contratto è prevista *ex lege*; d'altra parte si è affrontato il tema in relazione alla nullità delle clausole vessatorie, e in particolare nell'ipotesi in cui questa investe la pattuizione convenzionale degli interessi moratori perché manifestamente eccessivi.

Si è poi guardato **al rapporto fra la forma e la nullità nei contratti di investimento**, interrogandosi, a partire dal recente arresto della Corte di Cassazione, n. 898/2018, in materia del cd. contratto monofirma, quale potesse essere il ruolo svolto dai principi europei, e quali ulteriori risultati ermeneutici potrebbero essere raggiunti.

Muovendo a un altro rimedio, ci si è interrogati sull'influenza delle pronunce europee che applicano il principio di proporzionalità e il principio di dissuasività ai rimedi (fra cui *Home Credit Slovakia a.s.*, 9 novembre 2016 C-42/15; C42/15; *LCL Le Crédit Lyonnais*, 27 marzo 2014) rispetto al dibattito circa **l'operatività della risoluzione del contratto nel caso di violazione di obblighi informativi posti dal diritto europeo a tutela dell'investitore**.

Si è poi affrontato il tema della **relazione fra l'annullamento del contratto in caso di dolo**, previsto dall'art. 1439 c.c., e **l'accertamento in via amministrativa dell'esistenza di una pratica commerciale scorretta**.

Ci si è infine soffermati sull'**influenza dei principi europei di dissuasività e proporzionalità sull'interpretazione dell'art. 11 della l. 689/81**, punto di riferimento in materia di quantificazione della sanzione amministrativa pecuniaria, richiamato anche dall'art. 27 cod. cons. rispetto alle sanzioni che seguono all'accertamento di una pratica commerciale scorretta.

3.2 Nullità delle clausole e integrazione del contratto

In questa sezione si affronterà il tema del rapporto fra nullità delle singole clausole contrattuali e integrazione del contratto, prestando particolare attenzione alle tecniche giuridiche che sono utilizzate, e all'influenza del diritto europeo rispetto alla loro interpretazione e applicazione.

Si prenderà ad esempio un primo caso, che attiene alla corretta indicazione del TAEG nell'ambito di un contratto di credito al consumo. In tali ipotesi, alla nullità testuale della clausola consegue, per norma di legge, la sua sostituzione; si guarda qui all'incidenza della disciplina europea sul piano rimediale. Occorre sin d'ora sottolineare che sul punto la norma di diritto europeo prevede soltanto la norma di diritto sostanziale, non individuando uno specifico rimedio che debba

⁵⁰ Si veda il testo qui:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0185&from=EN> .

conseguire alla sua violazione, salvo prevedere che le sanzioni debbano essere proporzionate efficaci e dissuasive.

Si guarderà poi ad un secondo caso, in materia di clausole vessatorie, in cui la questione dell'integrazione del contratto si pone in via interpretativa, a seguito della dichiarazione di nullità della clausola che stabilisce in via convenzionale interessi moratori eccessivi.

L'analisi consequenziale delle due ipotesi, così come la loro lettura attraverso le maglie dei principi di derivazione europea – e in particolare di dissuasività e di proporzionalità – permettono di cogliere la complessità e le potenzialità della costruzione di un'attività ermeneutica, prima fra tutte quella del giudice, che riesca a integrare nel tessuto argomentativo che si fonda sulle regole di diritto nazionale il riferimento ai principi europei, trovando soluzioni interpretative che non stridano né con le une né con gli altri.

3.2.1 Obblighi di trasparenza nei contratti di credito al consumo

3.2.1.1 Le questioni

L'interpretazione degli artt. 121 e 125 *bis* TUB è coerente rispetto alla disciplina europea di armonizzazione massima?

Come possono incidere sull'interpretazione di tale norma gli indirizzi europei in materia di proporzionalità e dissuasività dei rimedi?

La questione che è analizzata in questa sezione attiene all'integrazione del contratto di credito al consumo, che deriva dalla nullità della clausola che definisce il TAEG, in ragione della scorrettezza della sua indicazione. Richiamando brevemente la normativa, si può ricordare che l'art. 10 della Direttiva 2008/48/CE prevede che il valore del TAEG debba essere contenuto nel contratto, e lo definisce come *“costo totale del credito al consumatore espresso in percentuale annua dell'importo totale del credito”*. L'art. 23 della Direttiva prevede che *“gli Stati membri stabiliscono le norme relative alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate a norma della presente direttiva e prendono tutti i provvedimenti necessari per garantirne l'attuazione. Le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive”*. Nell'ambito del diritto nazionale, la normativa di recepimento si rinviene negli artt. 121 e ss. del TUB. La definizione del TAEG è data dall'art. 121 TUB, secondo cui il contratto *“indica il costo totale del credito per il consumatore espresso in percentuale annua dell'importo totale del credito”*, che include *“anche i costi relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito, compresi i premi assicurativi, se la conclusione di un contratto avente ad oggetto tali servizi è un requisito per ottenere il credito, o per ottenerlo alle condizioni offerte”*. La norma non è soltanto norma sul contenuto del contratto, quanto più norma sulla trasparenza dello stesso in relazione alla determinazione dei costi effettivamente imposti al consumatore; questi devono essere chiaramente esplicitati e suscettibili di comparazione con i costi praticati da altri operatori.

Sul piano della tutela, l'art. 23 della Direttiva 2008/48/CE non prevede uno specifico rimedio, ma stabilisce che gli Stati membri debbano stabilire delle sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive di fronte alla violazione della normativa di recepimento. Nell'ordinamento italiano il rimedio rispetto alla violazione dell'art. 121 TUB è previsto dall'art. 125 *bis* TUB, che sancisce la nullità delle clausole che prevedono un TAEG calcolato in violazione dell'art. 121 TUB, nonché la loro sostituzione con la previsione di un TAEG che *“equivale al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto. Nessuna altra somma è dovuta dal consumatore a titolo di tassi di interesse, commissioni o altre spese”*.

Di fronte alla violazione, il rimedio è dunque quello della nullità della clausola, con conseguente integrazione del contratto mediante la sostituzione della clausola (o delle clausole) nulle con il criterio legislativo di determinazione del costo.

[3.2.1.2 ABF – Collegio di Coordinamento – dec. n. 10621, 12 settembre 2017](#)

[3.2.1.2.1 Il fatto e le argomentazioni delle parti](#)

L'ABF si trova a decidere di un caso che attiene ad un prestito personale, in cui **la ricorrente sostiene che nel TAEG indicato nel contratto non siano stati inclusi alcuni costi assicurativi legati a due polizze (“Lifestyle” e “Medical Protection”), entrambe formalmente qualificate come facoltative, chiedendo dunque l'applicazione dell'art. 125 bis TUB**. Il cliente fa valere l'obbligatorietà della polizza, e dunque la sua inclusione nel TAEG, in ragione di alcuni elementi, quali *“la mancanza, nella documentazione contrattuale e in quella informativa, di indicazioni in chiave comparativa del diverso TAEG dovuto in caso di adesione o meno alla copertura assicurativa; la circostanza che le polizze collettive cui ha aderito sono state stipulate dall'intermediario; la contestualità della stipulazione dei due contratti, di finanziamento e di assicurazione; la coincidenza della durata della copertura assicurativa con la durata del finanziamento”*. La ricorrente, per quanto qui interessa, chiede l'applicazione dell'art. 125 bis, commi 6 e 7, del TUB, e dunque la sostituzione del TAEG per come prevista in tale norma.

L'**intermediario** sostiene che le polizze fossero facoltative, e che dunque non dovessero essere incluse all'interno del TAEG, e **chiede dunque di accertare la correttezza del suo operato quanto alle modalità di calcolo del TAEG**.

[3.2.1.2.2 Interesse/diritto leso](#)

L'interesse leso è qui quello ad una corretta determinazione del TAEG, che è funzionale a colmare l'asimmetria informativa fra banca e cliente, nonché a rendere il cliente consapevole e capace di decidere, come è esplicitato anche dal considerando 19 della Direttiva 2008/48/CE.

La pronuncia dell'ABF può essere letta tenendo conto dell'interesse tutelato dalle norme in gioco. Rispetto alla questione posta dal caso, relativa alla possibilità di includere nel TAEG polizze qualificate formalmente come facoltative, ma di fatto obbligatorie, l'ABF osserva che dare *“esclusivo rilievo al mero dato formale riconoscendo, pertanto, la natura facoltativa della polizza assicurativa in ragione della sua sola qualificazione negoziale, comporta, all'evidenza, la possibilità di ridurre sensibilmente, fino ad escluderla, la portata precettiva della normativa di riferimento (...) pregiudicando, di fatto, quel “livello elevato (...) di tutela” degli interessi dei “consumatori della Comunità” cui il legislatore nazionale è chiamato dalla normativa comunitaria”* e dunque incidendo sull'effettività della disciplina europea.

Il Collegio di Coordinamento afferma **“la inadeguatezza del solo dato formale per una valutazione (e una conseguente qualificazione) in termini di facoltatività della polizza assicurativa ai fini di cui all'art. 121 TUB”**, e questo anche in base alle risultanze di alcuni accertamenti ispettivi condotti dalla Banca d'Italia e dall'IVASS, nonché sulla base della considerazione per cui *“il ricorso al solo criterio formale determinerebbe (...) un elevato rischio di falsi negativi, connesso alla qualificazione come facoltative di polizze assicurative, in realtà, obbligatorie, con conseguente esclusione del relativo costo dal computo del TAEG”*.

Se dunque il dato formale non può essere l'unico riferimento, l'ABF ricostruisce degli indici da cui dedurre in via presuntiva la prova della obbligatorietà della polizza. **È dunque enunciato il principio di diritto secondo cui il mero dato formale della qualificazione testuale della polizza come “facoltativa” rispetto ad un contratto di finanziamento non impedisce al**

debitore di *“dimostrare che essa rivesta invece carattere obbligatorio, quantomeno nel senso che la conclusione del contratto di assicurazione abbia costituito un requisito necessario per ottenere il credito alle condizioni concretamente offerte”*. L'onere della prova può essere assolto *“attraverso presunzioni gravi precise e concordanti desumibili dal concorso delle seguenti circostanze:*

- *che la polizza abbia funzione di copertura del credito;*
- *che vi sia connessione genetica e funzionale tra finanziamento e assicurazione, nel senso che i due contratti siano stati stipulati contestualmente e abbiano pari durata;*
- *che l'indennizzo sia stato parametrato al debito residuo.”*

Occorrerà anche tener conto del fatto che contraente e beneficiario sia lo stesso intermediario.

D'altra parte, l'intermediario potrà superare tali presunzioni documentando, in via alternativa:

- “- di aver proposto al ricorrente una comparazione dei costi (e del TAEG) da cui risulti l'offerta delle stesse condizioni di finanziamento con o senza polizza;*
- *ovvero di avere offerto condizioni simili, senza la stipula della polizza, ad altri soggetti con il medesimo merito creditizio;*
- *ovvero che sia stato concesso al ricorrente il diritto di recesso dalla polizza, senza costi e senza riflessi sul costo del credito, per tutto il corso del finanziamento”*.

3.2.1.2.3 Gli argomenti

Per giungere alle conclusioni che si sono viste, l'ABF parte dalla considerazione per cui una polizza può essere considerata connessa al contratto di credito *“ogni qual volta sia idonea ad incidere ex ante – eliminandolo o riducendolo – sul rischio di solvibilità del cliente sopportato dal finanziatore; rischio che, come noto, costituisce uno dei principali fattori in base ai quali lo stesso finanziatore compie normalmente la valutazione sul merito creditizio del cliente (art. 124 bis TUB) e definisce al contempo le condizioni del credito.”*

Continua l'ABF affermando che tale rapporto di connessione non è però sufficiente a determinare la necessaria inclusione nel TAEG del costo della polizza, in quanto l'art. 121 TUB si riferisce alle polizze obbligatorie; la considerazione della sola connessione arriverebbe a vanificare il filtro dell'obbligatorietà posto dall'art. 121 TUB. È dunque necessario, ai fini della qualificazione della polizza come obbligatoria che si accerti la *“presenza di un rapporto di connessione particolarmente elevato, che consenta di ritenere pienamente soddisfatto l'interesse del finanziatore alla conservazione delle originarie condizioni patrimoniali e finanziarie del debitore e, conseguentemente, al contenimento del rischio di una sua insolvenza”*. Tale rapporto è individuato negli indici che si sono visti.

La decisione inerisce alla valutazione del presupposto di applicazione del rimedio (nullità e sostituzione automatica della clausola), determinando indici idonei ad espandere l'ambito di applicazione del rimedio in ipotesi di costi asseritamente facoltativi e dunque in astratto escludibili dal costo del TAEG. Come si vedrà oltre, il provvedimento si presta a un esame di proporzionalità del rimedio alla luce della giurisprudenza europea.

3.2.1.2.4 Il rimedio

Il rimedio in tali ipotesi è dato dall'art. 125 bis TUB, che prevede, come già accennato, la nullità della clausola e la sua sostituzione.

3.2.1.3 [La giurisprudenza italiana](#)

La giurisprudenza italiana è costante nell'applicazione dell'art. 125 *bis* TUB rispetto alle ipotesi in cui sia violato l'art. 121 TUB (fra le altre: Trib. Messina, n. 858, 9 aprile 2015). Rispetto alla questione dell'obbligatorietà delle polizze, la decisione dell'ABF si inserisce in un filone di pronunce dell'Arbitro che avevano in parte anticipato i criteri individuati dal Collegio di Coordinamento nel caso esaminato (fra le più recenti: ABF Roma, n. 3020, 20 marzo 2017; ABF Palermo, n. 4649, 3 maggio 2017).

3.2.1.4 [La giurisprudenza europea](#)

La giurisprudenza europea affronta il tema delle conseguenze della violazione delle norme poste dalla Direttiva 2008/48, quale quella che attiene al TAEG, attraverso la lente del **principio di proporzionalità** e di quello di **“dissuasività”**; sono di particolare interesse i casi *Le Crédit Lyonnais*, *Pobtovost*, e *Home Credit*.

Nel caso *Le Crédit Lyonnais*, del 27 marzo 2014, C-565/12, la Corte affronta la questione della proporzionalità delle sanzioni rispetto alla violazione dell'obbligo di valutare la solvibilità del debitore, previsto dalla direttiva. La questione pregiudiziale è formulata in modo da permettere alla Corte un'analisi ampia del tema. Si chiede infatti ai Giudici di Lussemburgo “*se l'esigenza di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive, prevista dall'articolo 23 della [direttiva 2008/48], in caso di inadempimento, da parte dei creditori, degli obblighi sanciti dalla direttiva, osti all'esistenza di norme che permettono al creditore, sanzionato con la decadenza dal suo diritto agli interessi come previsto dalla legislazione francese, di beneficiare, dopo la pronuncia della sanzione, di interessi esigibili di pieno diritto a un tasso legale maggiorato di cinque punti due mesi dopo una decisione giudiziaria esecutiva, sulle somme ancora dovute dal consumatore*”. La Corte affronta il tema a partire dalla considerazione per cui **gli Stati membri**, in base al principio di leale collaborazione, **“pur conservando la scelta delle sanzioni (...) devono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto dell'Unione siano sanzionate, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in forme analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto nazionale simili per natura e importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo”**. Più in particolare, **“la severità delle sanzioni deve essere adeguata alla gravità delle violazioni che esse reprimono e comportare, in particolare, un effetto realmente dissuasivo, fermo restando il rispetto del principio generale di proporzionalità”**. Nella valutazione del caso concreto, la Corte dà alcune indicazioni al giudice nazionale sulla valutazione del rispetto dei principi di proporzionalità e di dissuasività. In primo luogo, ai fini della valutazione della dissuasività, occorrerà raffrontare gli importi che il creditore avrebbe riscosso in assenza della sanzione, e quelli che riscuote in presenza della sanzione. Operato tale raffronto, **“se (...) il giudice del rinvio dovesse accertare che, nella controversia di cui è investito, l'applicazione della sanzione della decadenza dagli interessi convenzionali può conferire un beneficio al creditore, in quanto gli importi di cui viene privato sono inferiori a quelli derivanti dall'applicazione degli interessi al tasso legale maggiorato, ne discenderebbe che, manifestamente, il regime di sanzioni in esame nel procedimento principale non garantisce un effetto realmente dissuasivo alla sanzione in cui si incorre”**. Il giudice nazionale dovrà anche considerare, in ragione dell'importanza dell'obbligo di verifica della solvibilità dei debitori, che se **“gli importi che possono essere riscossi dal creditore in seguito all'applicazione di tale sanzione non sono notevolmente inferiori a quelli di cui avrebbe potuto beneficiare se avesse ottemperato a un siffatto obbligo”**, la sanzione risulterà mitigata, e non presenterà un carattere dissuasivo.

Assume dunque rilevanza anche l'importanza che la singola norma violata ricopre nel sistema. A tal proposito, rispetto alla disciplina del TAEG, si può qui ricordare che nella sentenza **“Pohtovost” del 16 novembre 2010, C-76/10**, rispetto alla Direttiva 87/102/CE, poi abrogata dalla dir. 2008/48/CE, la Corte afferma che il TAEG è *“indicazione che riveste un'importanza fondamentale”*, e che la norma circa l'indicazione del TAEG nel contratto di credito può essere trasposta nel diritto interno con una previsione secondo cui, di fronte ad una violazione di tale norma, *“il credito concesso sia considerato esente da interessi e spese”*.

Occorre infine richiamare anche la più recente sentenza **Home Credit, del 9 novembre 2016, C-42/15**, in cui, con la settima questione pregiudiziale si chiede alla Corte se la piena armonizzazione che la Direttiva 2008/48/CE persegue, o l'art. 23, secondo cui le sanzioni devono essere proporzionate, *“devono essere interpretate nel senso che detta direttiva osta a una disposizione del diritto nazionale secondo cui l'assenza della maggior parte degli elementi del contratto di credito richiesti all'articolo 10, paragrafo 2, della direttiva 2008/48 comporta che il credito concesso è considerato esente da interessi e spese, cosicché il debitore è obbligato a rimborsare al creditore soltanto il capitale ricevuto in base al contratto”*. Considerando che fra gli elementi del contratto di cui all'art. 10, comma 2 della Direttiva 2008/48/CE vi è anche il tasso annuo effettivo globale, appare chiara la rilevanza della pronuncia rispetto alla questione che si sta esaminando. Rispetto alle sanzioni previste dagli Stati membri, cui è lasciata autonomia, la Corte afferma che queste *“devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive”*, e che *“la severità delle sanzioni deve essere adeguata alla gravità delle violazioni che esse reprimono, garantendo, in particolare, un effetto realmente dissuasivo, fermo restando il rispetto del principio generale della proporzionalità”*.

Venendo all'applicazione in concreto che la Corte fa del principio di proporzionalità, nella pronuncia *Home Credit* si legge che, anche sulla base delle sentenze *Le Crédit Lyonnais*, e *Pohtovost*, la violazione da parte del creditore di un obbligo **“di importanza essenziale nel contesto della direttiva 2008/48, può essere sanzionata, conformemente alla normativa nazionale, con la decadenza di tale creditore dal diritto agli interessi e alle spese”**; occorre anche sottolineare che **“l'obbligo di menzionare nel contratto di credito, in particolare, elementi quali il tasso annuo effettivo globale” è considerato essenziale**.

Quanto detto finora non basta però, nell'argomentazione della Corte, a garantire l'applicazione del principio di proporzionalità. Si legge infatti nella pronuncia che **“nei limiti in cui la mancata menzione, nel contratto di credito, di tali elementi può rimettere in discussione la possibilità per il consumatore di valutare la portata del suo impegno, la sanzione della decadenza del creditore dal suo diritto agli interessi e alle spese, prevista dalla normativa nazionale, deve essere considerata proporzionata ai sensi dell'articolo 23 della direttiva 2008/48”**.

3.2.1.5 Rilievi conclusivi e questioni aperte

Rispetto a quanto visto in questa sezione, due paiono gli ordini di considerazione da svolgere. In primo luogo, si osserva che l'interpretazione data dall'ABF in materia di polizze obbligatorie ben si iscrive nel quadro tracciato dal diritto europeo, anche in ragione di quanto previsto dall'art. 3, comma 1, lett. g) della Direttiva 2008/48/CE, che definisce il costo totale del credito come *“tutti i costi, compresi gli interessi, le commissioni, le imposte e tutte le altre spese che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il creditore è a conoscenza, escluse le spese notarili; sono inclusi anche i costi relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito, in particolare i premi assicurativi, se, in aggiunta, la conclusione di un contratto avente ad oggetto un servizio è obbligatoria per ottenere il credito oppure*

per ottenerlo alle condizioni contrattuali offerte”. Un implicito riferimento al principio di effettività del diritto europeo consente dunque all’interprete di leggere l’obbligatorietà in chiave sostanziale e non formale.

Con riguardo al rimedio, occorre interrogarsi sulla sua proporzionalità e dissuasività, per come interpretati dalla giurisprudenza europea. A tal proposito occorrerà in concreto vagliare se il tasso sostitutivo previsto dall’art. 125 *bis* TUB sia di fatto notevolmente inferiore rispetto al tasso praticato.

3.2.2 *Interessi moratori e clausole vessatorie nei contratti di credito al consumo*

3.2.2.1 *La questione*

In che modo la disciplina in materia di clausole vessatorie, letta alla luce dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività dei rimedi può incidere sulle regole nazionali attinenti alla misura degli interessi moratori nei contratti di credito al consumo?

Il tema affrontato in questa sezione è relativo all’**applicazione del combinato disposto degli artt. 36 cod. cons. e 33, comma 2, lett. f) alle clausole che prevedono interessi moratori manifestamente eccessivi nei contratti stipulati da un consumatore**. Secondo la disciplina consumeristica citata, com’è noto, è da considerarsi vessatoria fino a prova contraria la clausola che prevede *“in caso di inadempimento o di ritardo nell’adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d’importo manifestamente eccessivo”*. La giurisprudenza, nel decidere sull’applicazione di tale norma alle clausole che stabiliscono in via convenzionale interessi moratori, si è interrogata *in primis* **sull’assimilabilità delle clausole che determinano in via convenzionale la misura degli interessi moratori ad una clausola penale**, e in secondo luogo sulle **conseguenze rimediali della dichiarazione di nullità** di tale clausola ai sensi degli artt. 33, 2 comma, lett. f) e 36 cod. cons.

3.2.2.2 *Il primo caso: ABF Coll. Cord. 3955, 24 giugno 2014*

3.2.2.2.1 *Il fatto e gli argomenti delle parti*

Il caso sottoposto al collegio di Roma, che ha rimesso la questione al Collegio di Coordinamento, attiene alla misura degli interessi moratori relativi a due contratti di finanziamento. La ricorrente, affermando l’usurarietà degli interessi pattuiti, calcolata in relazione alla somma del TAEG e del tasso convenuto degli interessi moratori, chiede che accertata la nullità delle clausole riguardanti la misura degli interessi moratori nei contratti stipulati tra le parti, la banca sia condannata alla restituzione degli interessi usurari già percepiti, oltre agli interessi legali.

La banca resistente chiede la dichiarazione di inammissibilità del ricorso, ovvero che questo sia respinto perché infondato.

3.2.2.2.2 *L’ordinanza di rimessione*

Il collegio di Roma, parte dalla considerazione per cui l’usurarietà non può essere valutata, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, in base alla sommatoria del tasso degli interessi corrispettivi e di quelli moratori. Senza approfondire questo profilo, di cui in questa sede non si tratterà, è qui di interesse la parte dell’ordinanza di rimessione in cui, nel richiamare la **decisione n. 3412 del 2014 del Collegio di Coordinamento dell’ABF**, si pone la questione della valutazione della vessatorietà della clausola che prevede la pattuizione degli interessi moratori, in ragione dell’*“assimilazione della convenzione relativa al tasso degli interessi moratori alla clausola penale”*, e dunque della rilevanza dell’art. 33, 2 comma, lett. f) del Codice del consumo, in combinato disposto con l’art. 36, 1 comma, cod. cons. **Il collegio di Roma**, ancora riferendosi

alla pronuncia n. 3412 del 2014, **applica la disciplina della clausola penale alla clausola contrattuale di determinazione del tasso di interessi moratori**, affermando che, al fine di valutare se il suo importo sia manifestatamente eccessivo “*occorre effettuare una valutazione complessiva degli interessi delle parti in chiave di correttezza e buona fede*”. Rispetto a tale valutazione, e ferma la necessità di un’indagine volta al caso concreto, il collegio remittente individua alcuni parametri facendo riferimento anche alla giurisprudenza europea. È in proposito richiamata la pronuncia della Corte di Giustizia **Aziz, del 14 marzo 2013, C-415/11**⁵¹, nella parte in cui afferma che “*per quanto riguarda la clausola relativa alla fissazione degli interessi di mora, occorre ricordare che [...] il giudice del rinvio dovrà verificare, in particolare, [...] da un lato, le norme nazionali applicabili tra le parti, nelle ipotesi in cui non sia stato concluso alcun accordo nel contratto in oggetto o nei vari contratti di questo tipo stipulati con i consumatori e, dall’altro, il livello del tasso di interesse di mora stabilito, rispetto al tasso di interesse legale, onde appurare che esso sia idoneo a garantire il perseguimento delle finalità che esso persegue nello Stato membro interessato e che non ecceda quanto necessario per realizzarle*”. Declinando tale pronuncia rispetto al diritto italiano, il collegio remittente fa riferimento all’art. 1224 c.c., secondo cui “*se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura*”. A partire da tale norma l’ordinanza di rimessione al collegio rileva che ai fini della valutazione della manifesta eccessività degli interessi moratori, occorre metterlo a raffronto con il tasso degli interessi corrispettivi, in ragione del fatto che “*in mancanza di una diversa pattuizione tra le parti, infatti, gli interessi moratori sarebbero dovuti nella stessa misura di quelli corrispettivi, secondo quanto statuisce appunto l’art. 1224, 1° comma, c.c.*”. Rispetto al caso concreto, il collegio remittente valuta la sussistenza della manifesta eccessività, in quanto gli interessi corrispettivi sono dovuti al tasso del 6,5%, e quelli moratori al tasso del 11%, e tenuto conto anche dell’esiguità dell’importo finanziato. Il collegio remittente osserva inoltre che, ai sensi dell’art. 34, comma 5 cod. cons., e considerato che il contratto è stato concluso mediante l’adesione della ricorrente a un modulo o formulario unilateralmente predisposto dalla banca, “*incombe sul professionista l’onere di provare che le clausole, o gli elementi di clausola, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti, siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore*” e che tale prova non è stata fornita dalla banca. **In ragione di tali elementi, e in virtù della presunzione di vessatorietà che investe la clausola oggetto della decisione fino a prova contraria, ai sensi dell’art. 33, 2 comma, lett. f) cod. cons., la clausola sulla pattuizione convenzionale degli interessi moratori è ritenuta nulla ai sensi dell’art. 36 cod. cons.**

Ora, la questione che il collegio remittente pone è se gli interessi moratori, in caso di nullità della clausola di pattuizione degli interessi moratori in quanto vessatoria, siano “*pur sempre dovuti ai sensi dell’art. 1224, 1 comma, c.c.*” secondo cui, com’è noto, “*se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti in egual misura*”. Il collegio remittente pone in discussione la compatibilità della soluzione basata sull’art. 1224 c.c. con gli artt. 6. § 1 e 7, § 1, della Direttiva 93/13/CEE, in materia di **clausole abusive**. L’ABF di Roma muove dal testo dell’art. 7 della richiamata Direttiva prevede che gli Stati membri “*provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l’inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori*”, e rileva che la Corte di Giustizia in diverse pronunce (**Banco Español**, del 14 giugno 2012, C-618/10; **Asbeek Brusse**, del 30 maggio 2013, C-488/11) ha affermato che, di fronte ad una clausola contrattuale abusiva, è

⁵¹ Su cui si veda anche il § 1.2.4.5, capitolo 1.

incompatibile con il diritto europeo l'integrazione del contratto, e dunque la revisione della clausola. Il collegio remittente osserva dunque che *“le suddette sentenze della Corte di giustizia sembrano ritenere che, nei contratti con i consumatori, sia vietato al legislatore di uno Stato membro dell'Unione europea non solo di attribuire al giudice nazionale il potere di ridurre a equità gli interessi moratori manifestamente eccessivi (secondo il modello dell'art. 1384 c.c.), ma anche di prevedere che, laddove sia nulla la relativa clausola contrattuale, essi siano dovuti nella stessa misura di quelli corrispettivi”*. In particolare, **il collegio di Roma ritiene che l'art. 1224, 1 comma, c.c., non pare fornire “mezzi adeguati ed efficaci”, volti a far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti fra professionisti e consumatori**, in quanto in applicazione della norma codicistica *“il finanziatore si troverebbe, per quanto qui rileva, nella stessa situazione giuridica in cui si sarebbe trovato laddove la clausola abusiva non fosse stata apposta al contratto, senza tuttavia subire alcuna conseguenza giuridica ulteriore che sia economicamente svantaggiosa”*. L'applicazione degli interessi corrispettivi determinati in via convenzionale inoltre farebbe venir meno *“la differenziazione tra i consumatori e i non consumatori, i quali sarebbero tutelati in modo sostanzialmente omogeneo: sarebbero così inevitabilmente frustrate le finalità di tutela dei consumatori che caratterizzano la già menzionata direttiva 93/13/CEE”*. Si richiama a tal proposito la sentenza **Banco Español**, secondo la quale la riconduzione ad equità della penale manifestatamente eccessiva *“contribuirebbe a eliminare l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive [...], dal momento che essi rimarrebbero tentati di utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand'anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale in modo tale quindi, da garantire l'interesse di detti professionisti”*. Sul punto, si fa riferimento anche al caso **Le Crédit Lyonnais**, 27 marzo 2014, C-565/12, in cui la Corte di Giustizia ha affermato che *“se la sanzione della decadenza degli interessi venisse mitigata, ovvero puramente e semplicemente eliminata, a causa del fatto che l'applicazione degli interessi al tasso legale maggiorato può compensare gli effetti di una siffatta sanzione [di nullità della clausola contrattuale che determina il tasso degli interessi corrispettivi, nel caso di specie] ne discenderebbe necessariamente che essa non presenta un carattere realmente dissuasivo”*. **Conclude il collegio remittente** esprimendo l'orientamento secondo cui è opportuno che *“accertata la nullità della clausola che determina in modo manifestamente eccessivo gli interessi moratori, perché abusiva ai sensi dell'art. 33, 3° comma, lett. f), cod. cons., essi non siano dovuti affatto. Nella parte che qui rileva, la norma dettata dall'art. 1224, 1° comma, c.c. deve essere infatti disapplicata, poiché incompatibile con gli artt. 6, paragrafo 1, e 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE”*. Il collegio di Roma sottolinea però come tali conclusioni non siano inconfutabili, considerato da una parte che la giurisprudenza europea (**Kasler**, 30 aprile 2014, C-26/13), ha affermato che l'art. 6 della Direttiva 93/13, nei casi in cui *“un contratto concluso tra un professionista e un consumatore non può sussistere dopo l'eliminazione di una clausola abusiva”*, allora il giudice nazionale può *“ovviare alla nullità della clausola sostituendo a quest'ultima una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva”*. Secondo il collegio remittente tale pronuncia non dovrebbe essere considerata pertinente nel caso esaminato, in quanto il contratto è *“perfettamente suscettibile di sussistere senza tale clausola, restando vincolante per il resto”*. Rileva inoltre il collegio di Roma che *“l'eliminazione degli interessi moratori, laddove essi siano stati determinati in misura manifestatamente eccessiva, non compromette l'esistenza del contratto di finanziamento né può dirsi pregiudizievole per il consumatore. E, per altro verso, assumendo una finalità marcatamente preventiva e deterrente, risulta sistematicamente coerente con la disciplina speciale della nullità contrattuale derivante dalla violazione di norme poste a tutela del cliente (artt. 117, 6° e 7° comma, e 125-bis, 7° e 9° comma, t.u.b)”*.

Tuttavia, svolte tali considerazioni, il collegio di Roma rimette la questione al Collegio di Coordinamento, in ragione dell'importanza e della delicatezza della questione, e *“anche al fine di prevenire eventuali decisioni contrastanti da parte dei singoli collegi territoriali”*.

3.2.2.2.3 Interessi lesi

Con riguardo all'interesse leso, il Collegio di Coordinamento valuta che, se da una parte viene in gioco la tutela del consumatore, e dunque la disciplina in materia di clausole vessatorie, di cui deve essere garantita l'effettività, d'altro canto occorre anche considerare il ruolo svolto dalla disciplina sugli interessi moratori, che svolge *“l'essenziale funzione di scoraggiare l'inadempimento nelle obbligazioni pecuniarie”*, ed è funzionale alla stabilità del sistema del credito, in quanto la previsione degli interessi moratori costituisce un incentivo all'adempimento.

3.2.2.2.4 Rimedio

Il Collegio di Coordinamento conferma l'indirizzo precedente secondo cui la clausola con cui sono pattuiti convenzionalmente interessi moratori è da considerarsi assimilabile ad una clausola penale con conseguente applicazione del Codice del consumo. Per cui ***“nell'ipotesi di contratti con i consumatori, le clausole non negoziate che comportano la previsione di interessi moratori manifestamente eccessivi sono nulle”***. In tali casi non è consentito al giudice di evitare o attenuare le invalidità applicando l'art. 1384 c.c., e dunque diminuendo equamente l'ammontare di detti interessi. Al contempo ***“non vi sono ostacoli all'applicazione al caso in esame delle regole di cui all'art. 1224 c.c.”***; gli interessi moratori risulteranno dunque dovuti nella stessa misura degli interessi corrispettivi eventualmente pattuiti. Rispetto alla valutazione della manifesta eccessività, questa, nell'interpretazione del Collegio di Coordinamento, *“non può che dedursi principalmente dalla sproporzione tra essi e gli interessi corrispettivi che rappresentano il corrispettivo fisiologico su cui si realizzato l'accordo tra le parti”*.

3.2.2.2.5 Gli argomenti

Il Collegio di Coordinamento ribadisce che *“la previsione pattizia della misura degli interessi moratori, così universalmente praticata nei contratti bancari, [è] perfettamente assimilabile ad una clausola penale e (...) pertanto a tali clausole sono direttamente applicabili le normative relative alla clausola penale, o altra nomenclatura equivalente”*. Vengono dunque in gioco anche gli art. 36 e 33, 2 comma, lett. f) cod. cons., in forza dei quali l'Arbitro ritiene che nel caso concreto nulla la clausola che determina in misura convenzionale gli interessi moratori.

Si pone dunque la questione delle conseguenze di tale nullità, rispetto agli interessi dovuti dal debitore. A tal proposito, e richiamata la giurisprudenza europea citata dal collegio remittente, il Collegio di Coordinamento muove dall'analisi delle *“alternative all'applicazione della norma suppletiva di cui all'art. 1224 c.c.”* che rinviene nel *“modello sanzionatorio”* di cui all'art. 1815, 2 comma, c.c., o in una *“applicazione adattata del disposto dell'art. 1224 c.c. pervenendo a considerare (...) come non dovuti gli interessi moratori, con loro sostituzione non mediante il riferimento agli interessi corrispettivi pattuiti nel contratto, ma con la misura degli interessi legali, secondo il modello previsto, ad altri fini, dall'art. 125-bis, comma 7°, TUB”*.

Il collegio rileva però che rispetto all'applicazione dell'art. 1815 c.c., è di ostacolo l'impossibilità di operare una interpretazione analogica di una norma speciale, *“e più ancora, di norma speciale il cui presupposto è la commissione di un illecito penale”*.

Rispetto alla seconda soluzione, rileva il Collegio di Coordinamento che l'applicazione unicamente di una parte dell'art. 1224 c.c. sarebbe il frutto di un errore ermeneutico, in quanto *“è elementare che le norme di applicano nella loro interezza e non già selettivamente”*.

Il Collegio di Coordinamento svolge dunque un'analisi approfondita della questione, partendo dalla considerazione per cui è compito del giudice nazionale ***“valutare il carattere effettivamente dissuasivo della sanzione della nullità della clausola abusiva”***, ponendo a

confronto “gli importi che il creditore avrebbe riscosso come remunerazione del prestito secondo il programma contrattuale originario con quelli che egli percepirebbe in applicazione della regola di diritto che sostituisce la clausola annullata”. E solo nel caso in cui il giudice valutasse che l'applicazione della norma suppletiva in sostituzione della clausola pattizia, nulla perché vessatoria, privi la sanzione stessa di un carattere realmente dissuasivo, “dovrebbe ritenere che l'art. l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13, osti alla sostituzione della clausola pattizia con la regola di diritto dispositivo come regola del rapporto in questione”, anche in ragione della sentenza della Corte di Giustizia *Le Crédit Lyonnais*, già citata.

Il collegio distingue le ipotesi di intervento giudiziale di riduzione degli interessi moratori ex art. 1384 c.c., dall'applicazione dell'art. 1224 c.c. Nel primo caso gli “interessi moratori in quanto tali continuano ad essere dovuti sebbene in misura inferiore a quella pattuita”, e tale ipotesi, afferma il collegio, è corrispondente a quella presa in esame dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Banco Español*. **È considerata diversa l'ipotesi di applicazione dell'art. 1224 c.c. primo comma, da ritenersi compatibile con quanto previsto dalla Direttiva 93/13 in materia di clausole vessatorie.** Il collegio svolge questa valutazione sulla base di due ordini di considerazioni. **In primo luogo**, l'ABF osserva che **l'effetto deterrente rispetto alla inserzione da parte del professionista della clausola, è dato dalla nullità della clausola sulla pattuizione convenzionale degli interessi**, “perché il professionista che inserisca nei contratti con i consumatori previsioni di interessi moratori eccessivi è esposto al rischio di perdere il diritto di percepirli nella loro totalità e non già nella misura ridotta che potrà essere stabilita dal giudice”. **Tale effetto deterrente**, si legge nella decisione, **“non è svuotato dall'applicazione delle regole di cui all'art. 1224 c.c.”**, in quanto “il professionista che inserisca nel contratto tassi di interessi moratori sproporzionati è sempre esposto al rischio di perdere per tutta la durata dell'inadempimento del debitore il diritto a percepire l'intera differenza tra il tasso degli interessi corrispettivi ed il tasso degli interessi moratori che è di regola superiore al primo”. Considera anche il collegio che, poiché tale differenza non può essere esigua, “non può accadere che il professionista, nei confronti del quale la clausola relativa alla misura degli interessi moratori sia stata dichiarata nulla, si trovi in una posizione non significativamente diversa da quella in cui si sarebbe trovato se nessuna nullità fosse stata rilevata”. E questo perché la manifesta eccessività degli interessi moratori, che è presupposto della nullità prevista dal combinato disposto degli artt. 33, 2 comma, lett. f), cod. cons., e 36 cod. cons., “non può che dedursi principalmente dalla sproporzione tra [gli interessi moratori] e gli interessi corrispettivi che rappresentano il corrispettivo fisiologico su cui si è realizzato l'accordo tra le parti”. Ne consegue, scrive il collegio che **“l'applicazione del disposto dell'art. 1224 c.c. non priva la regola di cui all'art. 33, 2° comma, lett. f) del codice del consumo dal costituire un deterrente significativo rispetto alla pratica delle clausole abusive nei contratti con i consumatori”**.

In secondo luogo, il collegio osserva che l'applicazione dell'art. 1224 c.c., a seguito della dichiarazione di nullità della clausola vessatoria ex artt. 33 e 36 cod. cons. non è da considerarsi in contrasto con il diritto europeo in quanto secondo tale interpretazione **la clausola nulla non ha qui nessun effetto obbligatorio nei confronti del consumatore, e “in ciò la sequenza predescritta collima perfettamente con la direttiva 93/13, che non prevede alcuna «sostituzione» di clausole abusive, ma si limita, all'art. 6, a prescrivere la conseguenza giuridica della «non vincolatività» di tali clausole per il consumatore”**. E questo perché la possibilità di esigere gli interessi moratori ex art. 1224 c.c., non ha fondamento nel contratto, ma costituisce un'obbligazione ex lege e “non ha la propria causa nella volontà delle parti di predeterminare la misura del risarcimento che deve compensare il sacrificio imposto al creditore dall'inadempimento del debitore - essendo l'effetto giuridico di tale manifestazione di volontà completamente eliminato - ma ha la propria causa sostanziale nella considerazione che il sacrificio imposto al creditore deluso non può essere riparato in misura inferiore a quella che lo stesso ha accettato per il periodo di fisiologica esecuzione del negozio creditorio”. **Rispetto alla valutazione circa l'effetto deterrente che si raggiunge seguendo tale opzione**

interpretativa, il collegio ritiene che questo sia adeguato **“al fine di indurre i professionisti che redigono i contratti per adesione a rinunciare all’inserimento in tali testi di clausole abusive”**, compito che **“l’interpretazione che la Corte di Giustizia ha dato all’art. 6, §1, direttiva 93/13”**, demandandolo ai giudici nazionali. Secondo il Collegio di Coordinamento tale valutazione deve essere fatta **“in termini di razionalità giuridica (...) considerando (...) tutti gli scopi e di valori tutelati nella totalità del sistema”** giuridico. In tale prospettiva il collegio afferma che è opportuno considerare che gli interessi moratori **“svolgono l’essenziale funzione di scoraggiare l’inadempimento nelle obbligazioni pecuniarie”**, e che **“la loro cancellazione può quindi essere considerata la massima sanzione pensabile in funzione dello scopo di scoraggiare la imposizione di interessi moratori eccessivi e sproporzionati; ma simile rimedio non può spingersi sino alla cancellazione di ogni obbligo di pagamento degli interessi sulle somme ricevute a mutuo, perché in tal caso si creerebbe un incentivo assai elevato all’inadempimento nelle obbligazioni pecuniarie con conseguente sconvolgimento del sistema del credito, portando non ad una modifica conformativa del rapporto di credito, ma ad un capovolgimento del sistema degli incentivi e disincentivi che regolano un sistema creditizio”**. Il Collegio di Coordinamento rileva inoltre come tale conclusione non è da considerarsi in contrasto con la sentenza **Kasler, 30 aprile 2014, C-26/13**, in quanto questa **“non sembra affatto orientata a contraddire né il principio fondamentale di conservazione del contratto, né la superiore esigenza che i rapporti economici nascenti dal contratto rimangano equilibrati”**. Seguendo tale prospettiva, **l’Arbitro rileva che non è corretto dare “letture unidimensionali degli arresti della Corte di Giustizia, le quali pervenissero a mettere in dubbio la compatibilità con l’ordinamento dell’Unione delle norme nazionali che prevedono la sostituzione di clausole standardizzate con norme di legge, indicherebbero la presenza di errori di lettura e non altro”**.

3.2.2.3 [La giurisprudenza italiana](#)

Occorre inquadrare la decisione analizzata all’interno del quadro giurisprudenziale italiano. Un **primo profilo** da considerare è quello **dell’assimilazione della pattuizione degli interessi moratori ad una clausola penale**. Un **secondo aspetto**, di grande rilevanza pratica, attiene ai **criteri** in base a cui operare la valutazione di **manifesta eccessività**.

In primo luogo, per quanto riguarda **l’assimilazione della pattuizione convenzionale degli interessi moratori ad una clausola penale**, questa è affermata dal Collegio di Coordinamento dell’ABF **a più riprese, con le decisioni n. 3412, del 23 maggio 2014, e n. 1875 del 28 marzo 2014, n. 2666 del 30 aprile 2014⁵²**, nonché da una parte della giurisprudenza (Cass. Civ. 23273, del 18 novembre 2010; Trib. Roma, 1° febbraio 2001). Considerando la funzione di liquidazione preventiva e forfettaria del danno degli interessi moratori, si afferma l’assimilabilità degli interessi moratori alla clausola penale, con la conseguente applicabilità dell’art. 1384 c.c., che prevede la possibilità di una equa diminuzione della penale se il suo ammontare è **“manifestatamente eccessivo”**, anche d’ufficio dal giudice, secondo l’interpretazione della Corte di Cassazione (Cass. Civ. Sez. Un., n. 18128 del 13 settembre 2005; fra le altre, Cass. Civ., n. 888 del 17 gennaio 2014).

Nel caso di contratti conclusi da un consumatore però, la considerazione della clausola che determina in via convenzionale gli interessi moratori, in quanto assimilabile ad una clausola penale comporta l’applicabilità degli artt. 33, 2 comma, lett. f) e 36 cod. cons., come si evince anche dalle

⁵² In applicazione delle decisioni del Collegio di Coordinamento, alcune decisioni hanno accertato la manifesta eccessività: fra queste ABF – Bologna, n. 6116, del 1° giugno 2017; ABF – Roma, n. 8564, del 29 settembre 2016; ABF – Roma n. 742, del 27 gennaio 2016; ABF – Roma, n. 8797, del 27 novembre 2015; ABF – Roma, 8794, 27 novembre 2015. Numerose pronunce hanno invece seguito l’orientamento del Collegio di Coordinamento, senza però rilevare la manifesta eccessività della misura degli interessi moratori: ABF – Milano, dec. N. 6210 del 24 settembre 2014; ABF – Roma, n. 8392, del 9 novembre 2015; ABF – Roma n. 4524, del 2 maggio 2017.

decisioni dell'ABF n. 3412 del 2014 e 2666 del 2014⁵³; in tali casi dunque la clausola che prevede interessi moratori manifestatamente eccessivi potrà essere considerata come vessatoria, e dunque nulla.

Rispetto alla valutazione della **sussistenza della manifesta eccessività**, di grande interesse anche pratico ai fini dell'esito dei giudizi, l'indirizzo seguito nel caso analizzato trova una conferma nella decisione del **Collegio di Coordinamento dell'ABF n. 1875, del 28 marzo 2014**, in cui si legge che non si può *“prescindere dal rapporto quantitativo, intercorrente tra i tassi corrispettivi e quelli moratori convenzionalmente predefiniti”*. In tale prospettiva *“benché i due tipi di tassi siano assai diversi tra loro per natura e funzioni, tuttavia entrambi incorporano la stima del sacrificio che il prestatore accetta di subire per trasferire una somma di denaro dalla propria sfera patrimoniale nella sfera di disponibilità altrui”*. Da tali considerazioni l'ABF deduce che *“la elisione di ogni rapporto di proporzionalità comporta conseguenze inaccettabili”* in quanto rompe una proporzione fra *“danno, costo e utilità”*. In punto di identificazione dei criteri per determinare la manifesta eccessività, è di particolare interesse la pronuncia **n. 3412, del 23 maggio 2014**, in cui, oltre a confermare l'orientamento che affida un ruolo importante al *“rapporto quantitativo intercorrente tra i tassi corrispettivi e quelli moratori convenzionalmente predefiniti”*⁵⁴, si affronta il tema della possibilità di riferirsi al *“tasso soglia”* previsto in materia di usura che, secondo quanto si legge nella decisione 3412/2014, *“non risulta, almeno di per se stesso utilizzabile”*, in ragione della *“reciproca completa estraneità degli interessi moratori e del tasso soglia”*⁵⁵. Il riferimento al tasso medio⁵⁶ e al tasso soglia previsti ai fini dell'applicazione della disciplina sull'usura può dunque eventualmente *“fornire elementi di giudizio, da valutare in un quadro circostanziale più complesso”*⁵⁷, in cui occorrerà tenere in conto anche l'*“interesse che il creditore aveva all'adempimento”*, che è considerato un parametro *“evidentemente relativo all'operazione economica concretamente posta in essere”*, e che in quanto tale *“si presenta adeguatamente idoneo a governare la diversità tipologica dei rapporti creditizi, con riferimento ai quali può venire evocata la questione della eccessività del tasso degli interessi moratori”*. Un ulteriore elemento che il giudice potrà tener presente è quello della *“rischiosità aggiuntiva dell'inadempimento per il creditore, in considerazione, ovviamente, dell'assetto complessivo dell'operazione economica, quale risultante anche alla luce delle garanzie che assistono il credito”*. Si legge infine nella pronuncia n. 3412 del 2014 dell'ABF che la prospettiva è quella di *“una valutazione complessiva degli interessi delle parti in chiave di correttezza e buona fede”*. Si può aggiungere che in alcune decisioni⁵⁸ l'Arbitro afferma che nella valutazione circa l'assetto complessivo dell'operazione economica occorrerà tenere in conto anche le *“garanzie che assistono il credito”*.

3.2.2.4 [La giurisprudenza europea](#)

Rispetto al quadro giurisprudenziale ora delineato, è opportuno prendere in esame direttamente le pronunce della Corte di Giustizia che possono essere considerate rilevanti e dunque i casi ***Banco Español*** del 14 giugno 2012, C-618/10, ***Kasler***, del 30 aprile 2014, C-26/13, ***Le Crédit***

⁵³ Si vedano anche, fra le altre, ABF – Milano, decisione n. 11877, del 29 settembre 2017.

⁵⁴ In questo senso si vedano anche, fra le altre, ABF – Roma, n. 480, 20 gennaio 2016; ABF – Roma, n. 7724, del 30 settembre 2015; ABF – Roma, n. 5914, del 3 agosto 2015, ABF – Roma, 1757, del 6 marzo 2015.

⁵⁵ Sul punto com'è noto è viva una *querelle* giurisprudenziale, che non si può qui ripercorrere per ragioni di estraneità della materia allo studio che si sta conducendo. Si può però richiamare, per un quadro sul punto, il recente contributo di L. Pascucci, *Interessi moratori e usura: quid sub sole novi?*, in “La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata”, n. 2, 2018.

⁵⁶ Vi fa riferimento, ad esempio, ABF – Milano, n. 7507, 23 settembre 2015.

⁵⁷ In tal senso si possono richiamare alcune decisioni (ABF – Napoli n. 7731, del 30 settembre 2015; ABF – Roma, n. 3430, del 30 aprile 2015; ABF – Roma, n. 3039, 17 aprile 2015; ABF – Roma, n. 3417 del 30 aprile 2015), in cui, al fine di determinare la manifesta eccessività del tasso degli interessi moratori, si opera un raffronto sia con il tasso soglia che con gli interessi corrispettivi. Si riferisce invece sia alla sproporzione fra la misura degli interessi corrispettivi e quella degli interessi moratori, e di questi ultimi *“rispetto al fine perseguito”* la decisione ABF – Milano, n. 7638, del 29 settembre 2015.

⁵⁸ Fra le altre: ABF – Milano n. 11877, del 29 settembre 2017.

Lyonnais, 27 marzo 2014, C-565/12. Occorre tener presente anche la pronuncia *Aziz*, del 14 marzo 2013, C-415/11, su cui però non ci si soffermerà in quanto già citata nei passi qui di interesse⁵⁹.

Nella pronuncia *Banco Español* del 14 giugno 2012, C-618/10, i Giudici di Lussemburgo si trovano a decidere della compatibilità delle previsioni della Direttiva 93/13/CE rispetto alla possibilità che il giudice, di fronte alla nullità di una clausola che prevede la determinazione convenzionale degli interessi, proceda a una loro determinazione d'ufficio. La Corte svolge due ordini di argomentazioni, l'uno basato sulla lettera dell'art. 6, § 1 della direttiva, l'altro sugli obiettivi e la *ratio* complessiva della normativa in esame. Rispetto al primo argomento, si muove dalla considerazione per cui l'art. 6 prevede che le clausole abusive “*non vincolano il consumatore*”, e si qualifica la norma come imperativa, e “*tesa a sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra queste ultime*”. Da qui il Giudice di Lussemburgo deduce che “***i giudici nazionali sono tenuti unicamente ad escludere l'applicazione di una clausola contrattuale abusiva affinché non produca effetti vincolanti nei confronti del consumatore, senza essere autorizzati a rivedere il contenuto della medesima***”. A rafforzare tale orientamento la Corte osserva che questo è “*corroborat[o] (...) dagli obiettivi e dall'economia generale della direttiva 93/13*”. Rispetto alla loro individuazione, nella pronuncia si parte dalla considerazione per cui la Direttiva 93/13/CE è “*provvedimento indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati all'Unione e, in particolare, per l'innalzamento del livello e della qualità della vita all'interno di quest'ultima*”, e si considera “*la natura e l'importanza dell'interesse pubblico sul quale si basa la tutela assicurata ai consumatori*”. Osserva la Corte che “*in tale contesto (...) se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive inserite in simili contratti, una tale facoltà potrebbe compromettere la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine di cui all'art. 7 della direttiva 93/13*”, in quanto “*tale facoltà contribuirebbe ad eliminare l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive (...) dal momento che essi rimarrebbero tentati di utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand'anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale, per garantire l'interesse dei professionisti*”.

In materia di riduzione della clausola penale, considerata come clausola vessatoria, è opportuno richiamare anche la pronuncia *Asbeek Brusse*, del 30 maggio 2013, C-488/11, che, relativa ad un contratto di locazione, affronta il tema della riducibilità da parte del giudice di una clausola penale qualificata come clausola vessatoria, ponendosi in continuità rispetto al caso *Banco Español*. La Corte ribadisce qui l'incompatibilità con l'art. 6 della Direttiva 93/13/CE di un siffatto intervento giudiziale, sia in ragione della lettera del citato art. 6, nonché in ragione del possibile venir meno dell'effetto dissuasivo che consegue alla disapplicazione della clausola considerata vessatoria.

Tale indirizzo della Corte di Giustizia è parzialmente mitigato nella sentenza *Kasler*, del 30 aprile 2014, C-26/13, in cui si afferma la possibilità di applicare una disciplina di natura suppletiva a seguito della declaratoria di nullità della clausola abusiva, nel caso in cui altrimenti verrebbe meno la vincolatività del contratto nel suo insieme. In tali ipotesi infatti, il venir meno del contratto nel suo insieme porterebbe con sé la produzione di “*conseguenze particolarmente dannose per il consumatore*”, come nel caso in cui si tratti di un contratto di mutuo, in cui diventerebbe “*immediatamente esigibile l'importo residuo dovuto a titolo del prestito in proporzioni che*

⁵⁹ Si veda il § 3.2.2.2.2.

potrebbero eccedere le capacità finanziarie del consumatore”, con l’effetto di penalizzare proprio il soggetto che la disciplina è tesa a tutelare, senza che si produca un effetto dissuasivo nei confronti del professionista.

Si può ricordare anche la sentenza ***Le Crédit Lyonnais***, 27 marzo 2014, C-565/12, resa rispetto all’applicazione della Direttiva 2008/48/CE; è qui sottoposta alla Corte la questione **se “l’esigenza di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive” di cui all’art. 23 della dir. 2008/48/CE impedisca che in caso di inadempimento degli obblighi previsti in detta direttiva, sanzionati dal diritto nazionale con la decadenza dal diritto agli interessi, siano poi esigibili interessi di pieno diritto, dovuti nel diritto nazionale quando si decada dal diritto agli interessi convenzionali. In tale pronuncia la Corte afferma che spetta al giudice nazionale valutare, attraverso una comparazione della misura degli interessi in presenza e in assenza della sanzione, al fine di decidere circa il carattere dissuasivo della sanzione.** Precisa a tal proposito la Corte che se *“il giudice del rinvio dovesse accertare che (...) l’applicazione della sanzione della decadenza dagli interessi convenzionali può conferire un beneficio al creditore, in quanto gli importi di cui viene privato sono inferiori a quelli derivanti dall’applicazione degli interessi al tasso legale maggiorato, ne discenderebbe che, manifestamente, il regime di sanzioni in esame nel procedimento principale non garantisce un effetto realmente dissuasivo alla sanzione in cui si incorre”*. È opportuno ricordare come la Corte sottolinei che la differenza fra gli interessi dovuti prima e dopo l’applicazione della sanzione deve essere tanto più notevole quanto più è rilevante la violazione, avuto riguardo all’obiettivo della tutela dei consumatori; l’applicazione della norma suppletiva non deve quindi mitigare la sanzione della decadenza.

3.2.2.5 Rilievi conclusivi e questioni aperte

Alla luce dell’analisi svolta si possono svolgere due ordini di considerazioni.

Il primo attiene all’applicazione del principio di dissuasività, in relazione ai criteri in base a cui valutare la manifesta eccessività della clausola che stabilisce in via convenzionale gli interessi moratori. A tal proposito, ci si potrebbe domandare se individuare come parametro di raffronto la pattuizione convenzionale degli interessi corrispettivi non possa costituire un incentivo per delle prassi contrattuali che prevedano una misura di tali interessi più elevata rispetto al contesto attuale, in modo che questi risultino proporzionati rispetto alla misura degli interessi moratori pattuiti in via convenzionale. Con il possibile effetto di rendere più difficile e costoso l’accesso al credito da parte dei consumatori. Si può formulare la questione in questi termini:

L’individuazione del parametro degli interessi corrispettivi pattuiti in via convenzionale come parametro per valutare la manifesta eccessività degli interessi moratori stabiliti in via convenzionale può in alcuni casi essere considerato rilevante, in quanto incide sulla dissuasività rispetto all’applicazione dell’art. 33, comma 2, lett. f), cod. cons., producendo l’effetto di prassi contrattuali che prevedano interessi corrispettivi convenzionali più elevati?

Rispetto all’applicazione del principio di proporzionalità ci si può interrogare sul ruolo svolto dalle altre norme previste nel sistema privatistico in materia di violazione di prescrizioni che attengono agli interessi, come accennato anche dall’ABF nel caso esaminato. In particolare, rispetto alla necessaria gradazione dei rimedi in ragione dell’interesse leso, si può considerare, anche come sanzione di una violazione particolarmente grave, l’art. 1815 c.c., che com’è noto prevede che *“se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi”*. Ci si può porre così l’interrogativo:

In che modo e in che misura, nella valutazione circa l'applicazione del principio di proporzionalità, si deve tener conto della gradazione dei rimedi in ragione della gravità della violazione, prevista dall'ordinamento interno? Con quali modalità e con quali fini la previsione di cui all'art. 1815 c.c. può essere raffrontata al rimedio che deriva dalla presenza di una clausola vessatoria concernente la misura degli interessi moratori?

3.3 Forma e nullità di protezione nei contratti di investimento

3.3.1 La questione

In che modo i principi di effettività, proporzionalità e dissuasività influenzano l'uso della nullità a tutela del consumatore?

Alla luce dei principi di effettività e di proporzionalità dei rimedi, si può escludere la nullità nel caso in cui il contratto difetti della sola sottoscrizione della banca, stante la funzione di protezione dell'investitore sottesa alla norma, funzione per ipotesi assoluta con la sottoscrizione del (solo) cliente?

Il tema affrontato in questa sezione attiene al requisito di forma *ad substantiam* previsto dall'art. 23 TUF. Tale norma com'è noto prevede che i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento siano redatti per iscritto e che un esemplare sia consegnato al cliente; dal punto di vista dei rimedi, è lo stesso art. 23 TUF a stabilire che “*nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo*”, e il comma 3 di tale norma prevede che la nullità possa essere fatta valere solo dal cliente.

3.3.2 Il caso: Cass. Civ., Sez. Un. 16 gennaio 2018, n. 898⁶⁰

3.3.2.1 Il fatto, i precedenti gradi di giudizio e le argomentazioni delle parti

Rispetto ad un contratto di investimento, un cliente fa valere in giudizio la nullità del contratto quadro, e la non vincolatività delle operazioni di investimento effettuate, in ragione della mancanza della forma scritta del contratto quadro, prevista *ad substantiam* dall'art. 23 TUF. Nella copia del contratto prodotta in giudizio manca la firma del funzionario della banca. In primo grado il **Tribunale** ha sostenuto, si legge nella pronuncia di legittimità, che, poiché la forma scritta è volta a tutelare l'investitore, “*analoghe ragioni di tutela non potrebbero ravvisarsi nella Banca, per cui l'investitore, che ha firmato, non avrebbe interesse a sollevare l'eccezione*”. La **Corte di Appello** disattende la decisione del Tribunale, e dichiara la nullità, per mancanza di un valido contratto quadro, di alcune operazioni di investimento per l'acquisto di obbligazioni, condannando le parti alle restituzioni. Secondo i giudici di appello, il modulo contrattuale prodotto in giudizio costituiva una proposta, “*a valere quale dichiarazione unilaterale ricognitiva dei soli clienti, inidonea a dar vita al contratto a forma scritta obbligatoria o anche solo a provarne la stipulazione*”, non era possibile una sanatoria, e le manifestazioni di volontà desumibili da comportamenti attuativi erano irrilevanti.

La **banca** propone dunque **ricorso in Cassazione**, sostenendo che la *ratio* della norma che prevede la forma scritta a pena di nullità nelle ipotesi esaminate è quella “*di assicurare la trasmissione al contraente debole (il cliente) delle condizioni contrattuali, così colmando le asimmetrie informative tra le parti; la forma scritta funge da veicolo del contenuto del contratto, e pertanto l'unica sottoscrizione rilevante è quella del*

⁶⁰ Si vedano anche le sentenze “gemelle”, Cass. Civ., SSUU, 18 gennaio 2018, n. 1200; Cass. Civ., SSUU, 18 gennaio 2018, n. 1201; Cass. Civ., SSUU, 23 gennaio 2018, n. 1653.

cliente, come confermato dall'obbligo di consegnare a questi la copia del contratto, dal tenore letterale della norma, dal fatto che solo il cliente può far valere la nullità”.

La questione è rimessa alle Sezioni Unite con ordinanza del 27 aprile 2017, n. 10447. La Corte parte dalla considerazione per cui *“nell'ambito della più generale teorica della forma, (...) non tutte le prescrizioni di forma sono uguali”*. E se la forma *ad substantiam*, nei rapporti *“paritari”* serve come *“criterio d'imputazione della dichiarazione”*, nonché a garantire la chiarezza e la serietà del contratto, *“laddove le parti non si trovino su di un piano di parità perché si ravvisa una “parte debole” del rapporto, a scongiurare il rischio della insufficiente riflessione o dell'approfittamento ad opera dell'altro contraente interviene, allora, la forma, o formalità “di protezione” il cui fine precipuo è proprio quello di proteggere lo specifico interesse del contraente “debole” a comprendere ed essere puntualmente e compiutamente informato su tutti gli aspetti della vicenda contrattuale*. Di qui la definizione di *“forma informativa”*, che pone *“l'accento sui caratteri che valgono piuttosto a differenziarla dalle regole tradizionali delle patologie civilistiche del negozio”*, e il riferimento della Corte al fenomeno del *“neoformalismo negoziale”*, utilizzato di sovente a tutela di uno dei due contraenti, reputato in posizione di inferiorità all'interno del rapporto. La nullità di protezione è qui considerata come *“nel contempo, strumento di governo degli scambi e mezzo di tutela degli interessi di una delle parti del contratto rispetto a situazioni di “irrazionalità” – la quale, nei contratti di investimento o in generale del mercato finanziario, viene identificata con la disinformazione – che ne compromettono la libertà di scelta”*. E da tali considerazioni la Corte di Cassazione, in sede di ordinanza di remissione, afferma che se la nullità è qui *“funzionale in primis alla tutela della più ampia informazione dell'investitore (sebbene permanga il ricordato interesse generale all'efficienza del mercato del credito), tanto da presentare rilevanti differenze di disciplina rispetto alla nullità del codice civile, tutte le prescrizioni da essa presidiate vanno intese in tale logica: la quale deve guidare, dunque, anche la valutazione sul punto se il cliente sarebbe pregiudicato, nella sua completa e consapevole autodeterminazione, dalla mancanza di firma della banca sul contratto quadro”*. Nell'argomentare, la Corte di Cassazione si riferisce anche alla giurisprudenza europea, e in particolare al caso **Pannon, e Banco Español**⁶¹, per affermare che la peculiarità della nullità di protezione rispetto al regime generale della nullità⁶² può essere colta anche in relazione alla cd. *“forma di protezione”*, volta ad *“assicurare la piena e corretta trasmissione delle informazioni al cliente, nell'obiettivo della raccolta di un consenso consapevole alla stipula del contratto (il consenso informato)”*.

La questione posta dunque, secondo quanto si legge nella sentenza della Suprema Corte, è *“se il requisito della forma scritta del contratto di investimento esiga, oltre alla sottoscrizione dell'investitore, anche la sottoscrizione ad substantiam dell'intermediario”*.

3.3.2.2 [Interesse/diritto leso](#)

La Corte di Cassazione, a partire da un'analisi della lettera dell'art. 23 TUF, afferma che la nullità prevista in tale norma è volta *“volta ad assicurare la piena indicazione al cliente degli specifici servizi forniti, della durata e delle modalità di rinnovo del contratto e di modifica dello stesso, delle modalità proprie con cui si svolgeranno le singole operazioni, della periodicità, contenuti e documentazione da fornire in sede di rendicontazione, ed altro come specificamente indicato, considerandosi che è l'investitore che abbisogna di conoscere e di potere all'occorrenza verificare nel corso del rapporto il rispetto delle modalità di esecuzione e le regole che riguardano la vigenza del contratto, che è proprio dello specifico settore del mercato finanziario”*. Ed è proprio a partire da tali considerazioni che la Corte di Cassazione afferma che *“il vincolo di forma imposto dal*

⁶¹ Su cui si veda il § 1.2.4 del capitolo 1.

⁶² Così almeno apparentemente discostandosi dalle pronunce a sez. unite del 2014, su cui si veda il § 1.2.3. del capitolo 1.

legislatore (tra l'altro composito, in quanto vi rientra, per specifico disposto normativo, anche la consegna del documento contrattuale), nell'ambito di quel che è stato definito come neoformalismo o formalismo negoziale, va inteso infatti secondo quella che è la funzione propria della norma e non automaticamente richiamando la disciplina generale sulla nullità”.

3.3.2.3 Rimedio

Sulla base dell'individuazione dell'interesse tutelato dalla specifica nullità prevista dall'art. 23 TUF porta la Corte ad affermare che *“a fronte della specificità della normativa che qui interessa, correlata alla ragione giustificatrice della stessa, è difficilmente sostenibile che la sottoscrizione da parte del delegato della banca, volta che risulti provato l'accordo (avuto riguardo alla sottoscrizione dell'investitore, e, da parte della banca, alla consegna del documento negoziale, alla raccolta della firma del cliente ed all'esecuzione del contratto) e che vi sia stata la consegna della scrittura all'investitore, necessiti ai fini della validità del contratto quadro”*. La Corte afferma così la necessità, nel caso di specie, di **un'interpretazione del requisito della forma ex art. 1325, n. 4 c.c., “non in senso strutturale, ma funzionale, avuto riguardo alla finalità propria della normativa”**, da cui la Corte deduce che *“il contratto quadro deve essere redatto per iscritto, che per il suo perfezionamento deve essere sottoscritto dall'investitore, e che a questi deve essere consegnato un esemplare del contratto, potendo risultare il consenso della banca a mezzo dei comportamenti concludenti sopra esemplificativamente indicati”*. Nella pronuncia a sezioni unite si enuncia dunque il seguente principio di diritto:

“Il requisito della forma scritta del contratto quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dal D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti”.

3.3.2.4 Gli argomenti

La Corte di Cassazione muove, come si è accennato, dalla funzione che la nullità ex art. 23 TUF ricopre rispetto alla tutela dell'investitore, per arrivare ad affermare che il requisito della forma ex art. 1325 c.c., n. 4, va in questo caso inteso *“non in senso strutturale, ma funzionale, avuto riguardo alla finalità della normativa”*. La Corte parte dalla considerazione per cui *“tradizionalmente, alla sottoscrizione del contratto si attribuiscono due funzioni, l'una rilevante sul piano della formazione del consenso delle parti, l'altra su quello dell'attribuibilità della scrittura”*, e che *“tale duplice funzione è nell'impianto codicistico raccordata alla normativa di cui agli artt. 1350 e 1418 c.c., che pone la forma scritta sul piano della struttura, quale elemento costitutivo del contratto, e non prettamente sul piano della funzione”*. La Corte afferma che *“la specificità della disciplina che qui interessa, intesa nel suo complesso e nella sua finalità, consente proprio di scindere i due profili del documento, come formalizzazione e certezza della regola contrattuale, e dell'accordo, rimanendo assorbito l'elemento strutturale della sottoscrizione di quella parte, l'intermediario, che, reso certo il raggiungimento dello scopo normativo con la sottoscrizione del cliente sul modulo contrattuale predisposto dall'intermediario e la consegna dell'esemplare della scrittura in oggetto, non verrebbe a svolgere alcuna specifica funzione”*. È da sottolineare il riferimento al **principio di proporzionalità**; la Corte a tal proposito parte dalla considerazione per cui la previsione della nullità di cui all'art. 23 TUF è inserita in un contesto normativo, quello del TUF appunto, che *“è nel complesso inteso a dettare regole di comportamento per l'intermediario”*, e che **l'interpretazione offerta dalla Corte “rispetta il principio di proporzionalità, della cui tenuta si potrebbe dubitare ove si accedesse alla diversa interpretazione”**. I Giudici di

legittimità arrivano anche a svolgere osservazioni di carattere generale, secondo le quali ***“nella ricerca dell’interpretazione preferibile, siccome rispondente al complesso equilibrio tra interessi contrapposti, ove venga istituita dal legislatore una nullità relativa, come tale intesa a proteggere in via diretta ed immediata non un interesse generale, ma anzitutto l’interesse particolare, l’interprete deve essere attento a circoscrivere l’ambito della tutela privilegiata nei limiti in cui viene davvero coinvolto l’interesse protetto dalla nullità, determinandosi altrimenti conseguenze distorte o anche opportunistiche”***.

Come fatto nella giurisprudenza europea in *Credit Lyonnaise* e in *Home Credit*, sebbene in altro contesto e con riguardo ad altra violazione, la Corte applica dunque il principio di proporzionalità al rimedio della nullità, rimedio che essa stessa considera come avente funzione sanzionatoria rivolta a contrastare la violazione (non tanto di vincoli di forma quanto) di regole di comportamento dell’intermediario, regole adeguatamente assolute dall’intermediario che consegna al cliente l’esemplare del contratto firmato da quest’ultimo.

3.3.3 La giurisprudenza italiana

È opportuno contestualizzare la pronuncia che si è vista nell’ambito della giurisprudenza precedente.

Rispetto **alla nullità derivante dalla mancata sottoscrizione del contratto da parte della banca**, è di interesse la pronuncia della **Corte di Cassazione n. 4564, del 22 marzo 2012**, in cui era dedotta la nullità di un rapporto di conto corrente in assenza della forma *ad substantiam* prevista dall’art. 117, commi 1 e 3, TUB, dovuta alla mancata sottoscrizione della banca. La Corte ritiene il motivo infondato, affermando di inserirsi in un filone giurisprudenziale secondo il quale ***“sia la produzione in giudizio della scrittura da parte di chi non l’ha sottoscritta, sia qualsiasi manifestazione di volontà del contraente che non abbia firmato, risultante da uno scritto diretto alla controparte e dalla quale emerga l’intento di avvalersi del contratto, realizzano un valido equivalente della sottoscrizione mancante, purché la parte che ha sottoscritto non abbia in precedenza revocato il proprio consenso ovvero non sia deceduta”***.

Un diverso orientamento si rinviene in quella giurisprudenza, che rispetto alla nullità *ex art. 23 TUF*, sostiene che *“sussistendo controversia, la prova dell’esistenza del contratto richiede necessariamente la produzione in giudizio della relativa, o delle relative scritture. Al contrario, la stipulazione non può essere desunta, in via indiretta, da dichiarazioni di contenuto differente (ad es. di scienza, di ricognizione, ecc.). Ne potrebbero all’evidenza, sopperire prove testimoniali, per presunzioni, il giuramento o la confessione”* (**Corte di Cassazione dell’11 aprile 2016, n. 7068⁶³**). La produzione in giudizio del contratto da parte del non firmatario può invece sopperire alla sottoscrizione, con efficacia *ex nunc*, non idonea dunque a rendere validi gli ordini di acquisto che sono seguiti al contratto quadro, anche in ragione dell’art. 1423 c.c. Sulla base di tali considerazioni, conclude la Corte *“la produzione in giudizio del contratto di negoziazione da parte della banca, non rende validi retroattivamente gli ordini di acquisto e le operazioni di compravendita”* (**Corte di Cassazione dell’11 aprile 2016, n. 7068⁶⁴**).

È anche utile richiamare **Cass. Civ. n. 5919 del 24 marzo 2016**, secondo cui, rispetto alla previsione della forma *ad substantiam* di cui all’art. 23 TUF, questa è posta *“a fini protettivi dell’investitore”*, ma la conclusione del contratto, in ragione delle norme in materia di prova, non può essere desunta da *“comportamenti concludenti posti in essere dalla banca documentati per iscritto”*, in

⁶³ Nello stesso senso si pongono anche Cass. Civ. del 27 aprile 2016, n. 8395; Corte di Cassazione del 27 aprile 2016, n. 8396; Cass. Civ., 19 maggio 2016, n. 10331.

⁶⁴ Rispetto al valore della produzione in giudizio del contratto da parte della banca che non ha sottoscritto il documento, in relazione all’art. 117 TUB, si veda anche Cass. Civ. 3 gennaio 2017, n. 36.

quanto “*nei contratti soggetti alla forma scritta ad substantiam, il criterio ermeneutico della valutazione del comportamento complessivo delle parti, anche posteriore alla stipulazione del contratto stesso, non può evidenziare una formazione del consenso al di fuori dello scritto medesimo*”.

Rispetto al caso in cui vi sia la mancanza della firma dell'investitore, è di particolare interesse anche la sentenza della **Corte di Cassazione del 22 marzo 2013, n. 7283**, che **esclude la ratifica tacita di un contratto nullo per mancanza di forma ex art. 23 TUF**. Si legge nella pronuncia che “*quando il legislatore richiede la forma scritta per meglio tutelare una delle parti del contratto, sarebbe manifestamente contraddittorio ammettere che quel difetto di forma sia rimediabile mediante atti privi anch'essi di forma scritta*” (nello stesso senso anche **Cass. Civ., 24 febbraio 2016, n. 3623**).

Si può infine dar conto del fatto che parte della giurisprudenza successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che si è esaminata, ha applicato il principio di diritto enunciato dai Giudici di legittimità anche alle previsioni di cui all'art. 117 TUB, in ragione della “*sostanziale identità di disciplina e, soprattutto, [del]l'identità di ratio delle norme in questione*” (**Trib. Roma, 21 febbraio 2018, n. 3927**).

3.3.4 La giurisprudenza europea

Per inquadrare la soluzione offerta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione all'interno del contesto interpretativo europeo, si può fare riferimento a tre pronunce: **Genil48, del 30 maggio 2013, C-604/11**; **Home Credit, del 9 novembre 2016, C-42/15**, e **Pannon, del 4 giugno 2009, C-243/08**. Nessuna di tali pronunce affronta *ex professo* il tema della forma *ad substantiam* posta a fini informativi, ma offrono indicazioni ermeneutiche che possono essere considerate nell'inquadrare la soluzione data dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione all'interno del contesto ordinamentale europeo.

Il caso **Genil, del 30 maggio 2013, C-604/11**, viene in rilievo rispetto ai rapporti fra forma scritta, obblighi di informazione e nullità del contratto. Con una delle questioni pregiudiziali poste alla Corte di Giustizia si pone l'interrogativo se “qualora non venga effettuata la valutazione di adeguatezza, prevista dall'articolo 19, paragrafo 4, [della direttiva 2004/39] nel caso di un investitore al dettaglio, (...) tale omissione comporti la nullità assoluta del contratto sottoscritto dall'investitore con l'impresa di investimento”. Dalla narrativa dei fatti di causa emerge inoltre che il contratto risulta firmato dal solo cliente e non dalla banca; a tale ipotesi specifica tuttavia non si riferiscono le questioni pregiudiziali poste, che pure rilevano nei loro profili generali inerenti all'ammissibilità della nullità quale rimedio applicabile alla violazione di obblighi di comportamento dell'intermediario. Più specificamente la **Corte di Giustizia**, rispetto ai commi 4 e 5 dell'art. 19 della Direttiva 2004/39, riguardanti gli obblighi da parte di un'impresa di investimento che propone un servizio di investimento (ora previsti dall'art. 25 della Direttiva 2014/65/UE) **ha affrontato la questione delle “conseguenze contrattuali” del mancato rispetto di detti obblighi**. A tal riguardo, i Giudici di Lussemburgo hanno sottolineato che “*in assenza di normativa dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro disciplinare le conseguenze contrattuali della violazione di tali obblighi, fermo restando il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività*”. Tali riferimenti potrebbero rappresentare ulteriori criteri di orientamento nella decisione dei giudici nazionali in casi analoghi a quello affrontato dalle Sezioni Unite.

Pare opportuno richiamare anche la sentenza **Home Credit, del 9 novembre 2016, C-42/15**⁶⁵, sia rispetto all'incidenza del diritto europeo sulle regole di formazione del contratto, sia con riguardo all'applicazione del principio di proporzionalità in ambito rimediabile.

In tale pronuncia si afferma che l'art. 10 della Direttiva 2008/48/CE, che prevede le informazioni da fornire nei contratti di credito al consumo ***“non osta a che lo Stato membro preveda nella sua normativa nazionale, da un lato, che il contratto di credito rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva 2008/48 e redatto su supporto cartaceo debba essere firmato dalle parti e, dall'altro, che tale requisito della firma si applichi riguardo a tutti gli elementi di siffatto contratto previsti dall'articolo 10, paragrafo 2, della direttiva in parola”***. La previsione delle norme sulla sottoscrizione del contratto è lasciata all'autonomia degli Stati membri, purché il contratto menzioni tutti gli elementi di cui all'art. 10 della direttiva, in quanto l'art. 10 si applica *“fatte salve le norme nazionali riguardanti la valida conclusione dei contratti di credito conformi al diritto dell'Unione”*. Si può però sottolineare che da un punto di vista funzionale, e con riguardo alla Direttiva 2008/48/CE, – ma tali considerazioni sembrano poter essere estesa anche agli obblighi informativi previsti dalla Direttiva 2014/65/UE –, quello che viene posto in evidenza è che la *ratio* delle norme in materia di obblighi informativi è quella di rendere possibile per il consumatore la conoscenza dei propri diritti e obblighi; si legge nella pronuncia che *“il requisito di menzionare, in un contratto di credito redatto su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, in modo chiaro e conciso, gli elementi previsti dalla disposizione in parola, è necessario affinché il consumatore sia in condizione di conoscere i propri diritti e obblighi”*, ed è funzionale alla garanzia di una tutela elevata dei consumatori dell'Unione, nonché a *“facilitare il sorgere di un efficiente mercato interno del credito al consumo”*.

Il caso *Home credit* è di interesse anche in una prospettiva rimediabile. La Corte infatti, a partire dalla considerazione per cui i rimedi previsti di fronte alla violazione delle norme poste dalla direttiva devono essere efficaci, proporzionati e dissuasivi, e citando la pronuncia *Crédit Lyonnais*⁶⁶, afferma che *“la severità delle sanzioni deve essere adeguata alla gravità delle violazioni che esse reprimono, garantendo, in particolare, un effetto realmente dissuasivo, fermo restando il rispetto del principio generale della proporzionalità”*. Rispetto alla conseguenza della decadenza dal diritto agli interessi del creditore, la Corte afferma che *“non può essere considerata proporzionata l'applicazione (...) di una siffatta sanzione, che produce gravi conseguenze nei confronti del creditore, in caso di mancata menzione di elementi, tra cui quelli previsti dall'articolo 10, paragrafo 2, della direttiva 2008/48 che, per loro natura, non possono incidere sulla capacità del consumatore di valutare la portata del proprio impegno”*.

È anche opportuno citare la sentenza **Pannon, del 4 giugno 2009, C-243/08**, che come già visto⁶⁷ pone in capo al consumatore la possibilità di paralizzare la rilevazione della nullità della clausola vessatoria operata *ex officio* dal giudice. Tale pronuncia è di particolare interesse in quanto costituisce il punto di riferimento, nell'ordinanza di rinvio alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, per marcare il segno della peculiarità della nullità di protezione, cui viene affiancata dai Giudici di legittimità la “forma di protezione”, perno dell'argomentazione che fonda la soluzione che esclude la nullità del contratto di investimento non firmato dalla banca.

3.3.5 *Rilievi conclusivi e questioni aperte*

La Corte di Cassazione dunque, con la sentenza 898/2018 interpreta la norma che statuisce la forma scritta *ad substantiam* di cui all'art. 23 del TUF, secondo un'argomentazione definita dagli

⁶⁵ Sulla rilevanza di tale pronuncia nel diritto nazionale si veda anche il § 3.2.1.4.

⁶⁶ Su cui si veda il § 3.2.1.4. di questo capitolo.

⁶⁷ Si veda il § 1.2.4 del capitolo 1.

stessi giudici come funzionale e volta a privilegiare la *ratio* della disciplina, tesa a garantire un'informazione che renda consapevole il consumatore dei suoi diritti e dei suoi obblighi. Per questa via ermeneutica i Giudici di legittimità arrivano dunque ad affermare che qualora un contratto predisposto dalla banca sia stato firmato unicamente dal cliente, tale contratto non può per questo essere dichiarato nullo ai sensi dell'art. 23 TUF.

La pronuncia può essere contestualizzata all'interno del quadro ordinamentale europeo, con riferimento a pronunce che, seppur non affrontino direttamente la medesima questione, paiono cionondimeno rilevanti sia nella prospettiva della definizione dell'incidenza della disciplina europea nel contesto nazionale, sia in quella rimediale. Rispetto al primo profilo, la Corte di Giustizia nel caso *Genil48* è chiara nell'affermare che, posta la necessità di garantire il rispetto degli obblighi volti a facilitare una scelta consapevole del consumatore, le norme sulla conclusione del contratto rientrano nella competenza degli Stati membri. Ribadita l'autonomia degli Stati membri nella costruzione dei rimedi contrattuali che reagiscono ad una violazione del diritto europeo, la Corte richiama i principi di equivalenza ed effettività (*Genil48*), nonché quello di proporzionalità (*Home Credit*) quale limite all'esercizio di tale autonomia.

Contestualizzato l'arresto delle Sezioni Unite del 2018, si possono individuare alcune questioni aperte.

Una prima riflessione da svolgere attiene al rapporto fra interpretazione funzionale e limiti interpretativi dati dalla lettera di una norma, nel caso di specie l'art. 23 TUF; occorrerà dunque tenere in conto il rapporto fra detta disposizione e gli artt. 1325 e 1418 c.c., chiedendosi quale ruolo possa giocare il principio di proporzionalità, rispetto ad un insieme di norme che, almeno nell'interpretazione tradizionale, concepiscono la forma scritta *ad substantiam* come forma che richiede un contratto scritto, in cui entrambe le parti manifestano il consenso all'accordo attraverso la sottoscrizione.

Potrebbe essere utile in tale prospettiva riflettere, anche qui in chiave funzionale, sulla possibilità che la previsione della *forma ad substantiam* di cui all'art. 23 TUF persegua anche, rispetto alla conclusione del contratto, finalità di certezza dei rapporti giuridici, funzionali anche alla tutela del mercato, e come tale combinazione influenzi l'uso della nullità.

In secondo luogo, a partire dal caso *Genil48*, ci si potrebbe chiedere se e quando l'applicazione o la non applicazione del rimedio della nullità per difetto di forma siano compatibili con il principio di effettività e quello di equivalenza, a partire dall'analisi delle norme di diritto interno che stabiliscono la nullità del contratto in violazione della forma *ad substantiam*, perseguendo o comunque rafforzando le finalità "informative" sottese alla disciplina e quelle di protezione del consumatore/investitore.

Si possono dunque formulare a tal proposito i seguenti interrogativi.

Ferma, nelle ipotesi di nullità testuale, la scelta del rimedio invalidatorio da parte del legislatore, in che misura il principio di effettività e il principio di equivalenza potrebbero imporre al giudice di rendere effettivo l'uso della nullità a condizioni non deteriori rispetto a quelle che sarebbero applicate ove la nullità fosse invocata in applicazione di norme puramente interne e non di derivazione europea?

In che misura può l'approccio funzionale utilizzato dalle Sezioni Unite in tema di nullità per difetto di forma portare a rivedere la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità e a configurare uno spazio per regole di validità che contrastino la violazione di obblighi informativi e di norme di comportamento a condizione che la "nullità-sanzione" sia proporzionata rispetto alla violazione?

3.4 Proporzionalità dei rimedi e gravità dell'inadempimento ai fini della risoluzione nei contratti di investimento

3.4.1 La questione

Come possono incidere i principi di proporzionalità ed effettività rispetto alla valutazione circa la gravità dell'inadempimento, e rispetto alla modulazione del rimedio, con particolare riguardo alla possibilità di una risoluzione totale o parziale?

In questa sezione si sottoporrà ad analisi l'uso del rimedio della risoluzione come conseguenza della violazione degli obblighi informativi posti in capo all'intermediario finanziario. Il tema può essere scomposto in due ambiti: da una parte, si guarderà, per quanto attiene all'*an* dell'applicazione del rimedio, alla definizione dei casi in cui la violazione degli obblighi informativi può costituire inadempimento e dunque giustificare l'applicazione degli artt. 1453 e 1455 c.c. D'altra parte si sottoporrà ad esame la modulazione e l'applicazione del rimedio della risoluzione ad una fattispecie contrattuale complessa qual è quella che regola le operazioni di investimento, che prevede l'esistenza di un contratto quadro e di negozi collegati relativi ai singoli ordini di investimento.

La questione sottesa all'analisi attiene alla possibilità che il rispetto dei principi di effettività e proporzionalità incida sull'interpretazione delle norme in materia di risoluzione del contratto, e in particolare quelle che attengono alla valutazione della gravità dell'inadempimento degli obblighi informativi, nonché quelli che modulano il meccanismo attraverso la figura della risoluzione parziale, o dell'ammissibilità del singolo ordine di investimento.

3.4.2 Cass. Civ. 7 luglio 2017, n. 16861

3.4.2.1 Il fatto e gli argomenti delle parti

Due clienti di una banca agiscono in giudizio chiedendo l'accertamento della nullità o l'annullamento oppure la risoluzione sia dei contratti di intermediazione mobiliare, sia dei relativi ordini di acquisto aventi ad oggetto titoli argentini e obbligazioni Cirio; chiedono anche la condanna della banca alle restituzioni e al risarcimento del danno commisurato alla somma complessivamente impiegata in tali investimenti (Euro 392.106,99), oltre interessi e rivalutazione monetaria.

A seguito del rigetto delle domande in primo grado, i clienti impugnano la decisione. La **Corte di Appello** accerta l'inadempimento degli obblighi di informazione, e dichiara risolti per grave inadempimento della banca i tre ordini di acquisto, condannando l'appellata a restituire la somma di 392.106,99 Euro, oltre agli interessi legali dovuti.

La banca **ricorre in Cassazione**, svolgendo vari motivi di ricorso. Per quel che qui interessa, la ricorrente afferma la violazione e la falsa applicazione degli artt. 1453 e 1455 c.c. da parte della Corte di Appello, in quanto “non era possibile applicare il rimedio risolutorio al singolo ordine di investimento di strumenti finanziari”.

3.4.2.2 Interesse/diritto leso

L'interesse protetto è qui quello ad una scelta consapevole e informata dell'investitore rispetto alla scelta di investimento, sotteso alle norme che prevedono degli obblighi informativi⁶⁸.

⁶⁸ Per un'analisi di tali interessi si rimanda al § 2.2.2.2. del capitolo 2.

3.4.2.3 Rimedio

La Corte afferma che l'inadempimento di alcuni obblighi informativi relativi al singolo ordine di investimento *“può determinare la risoluzione del singolo contratto di investimento”*, cui conseguono le restituzioni.

3.4.2.4 Gli argomenti

La Corte di Cassazione mostra di aderire all'indirizzo espresso dalle Sezioni Unite con le note sentenze n. 26724 e 26725 del 2007, secondo le quali le operazioni che seguono al contratto quadro, pur potendo essere qualificate come atti di natura negoziale, costituiscono comunque il momento attuativo del precedente contratto di intermediazione. Nondimeno, argomenta la Corte, *“non è il contratto quadro a determinare il singolo investimento o disinvestimento: il contratto quadro definisce il contenuto delle operazioni che potranno essere poste in atto in futuro e determina l'insorgenza di taluni obblighi: ma è con il singolo "ordine" che l'investitore decide quale atto porre concretamente in essere avvalendosi dell'operato dell'intermediario”*. A partire da tali considerazioni la Corte rileva come ***“appare, pertanto, lontana dalla realtà l'opinione secondo cui il momento negoziale delle singole operazioni di investimento sia da rinvenire nel contratto quadro”***. Coerentemente con il percorso argomentativo svolto, la Corte rileva come *“nelle operazioni di investimento o disinvestimento vengono in discussione, per l'intermediario, obblighi particolari, che vanno tenuti distinti da quello consistente nel porre in essere l'atto dispositivo indicato dall'interessato: obblighi che, per così dire, si collocano a monte del singolo incarico che viene di volta in volta conferito dal cliente”*. E questo vale, secondo la prospettiva adottata dai Giudici di legittimità, in particolare per alcuni obblighi di informazione, da adempiere dopo la conclusione del contratto quadro; più in particolare, la Corte fa riferimento all'obbligo di *“informazione attiva, circa la natura i rischi e le implicazioni della singola operazione”*, e quello che *“impone all'intermediario di astenersi dal porre in esecuzione operazioni inadeguate”*, così come quelli in materia di conflitti di interessi.

Secondo tale ricostruzione, gli obblighi di informazione attiva valgono *“a definire l'oggetto dell'impegno contrattuale dell'intermediario ogni qual volta si tratti di porre in atto specifiche operazione di investimento”*. Se il contratto quadro programma futuri negozi di investimento, questi ultimi, *“non consistono nel semplice conferimento all'intermediario dell'incarico di porre in essere una data operazione, ma vincolano, altresì, l'intermediario stesso alla spendita di una specifica attività informativa, che è funzionale al corretto apprezzamento, da parte dell'interessato, della natura, del contenuto e dei rischi di quella stessa operazione finanziaria che si vorrebbe compiere”*. In quest'ottica il deficit informativo relativo alla singola operazione di investimento *“rileverà (...) proprio in termini di inadempimento dell'intermediario a un obbligo cui lo stesso è tenuto in vista del compimento dell'atto dispositivo”*. La Corte esclude che la responsabilità dell'intermediario sia qui di carattere precontrattuale in quanto è *“rispondente alle prescrizioni della normativa, primaria e regolamentare, l'idea che nella fase attuativa del contratto quadro si configurino negozi di contenuto complesso, in cui l'intermediario debba prima rappresentare all'investitore le caratteristiche e le implicazioni della singola operazione e poi, se del caso, porre in essere quest'ultima”*. Ed è a partire da tali argomenti che la Corte afferma che è *“conforme non solo ai dettami della (...) normativa, ma anche alle finalità che la ispirano, ritenere che, nell'economia della singola operazione, l'obbligo informativo assuma rilievo determinante, essendo diretto ad assicurare scelte di investimento realmente consapevoli”*, e che dunque *“in assenza di un consenso informato dell'interessato il sinallagma del singolo negozio di investimento manchi di trovare piena attuazione, giustificandosi, per tale via, la risoluzione per inadempimento del medesimo”*.

3.4.3 Cass. Civ. 4 aprile 2018, n. 8333

3.4.3.1 Il fatto e gli argomenti delle parti

Un cliente propone domanda di risoluzione di un contratto con cui la banca convenuta *“gli aveva erogato un finanziamento finalizzato all'acquisto di quote di fondi d'investimento gestiti da una società controllata dalla stessa banca, che le tratteneva in pegno a garanzia del rimborso del finanziamento”*. L'operazione si era tradotta in una perdita per il cliente a causa del cattivo andamento dei fondi acquistati; il cliente chiede dunque il rimborso della perdita subita. La ragione posta a fondamento della risoluzione consiste nell'inadempimento degli obblighi di informazione e trasparenza della banca.

Svoltosi il giudizio di primo grado, la **Corte di Appello**, pur confermando l'esistenza dell'inadempimento della banca rispetto agli obblighi informativi stabiliti dagli artt. 27 e 28 del Reg. Consob n. 11522 del 1998, ha escluso l'esistenza della gravità dell'inadempimento necessaria alla risoluzione del contratto in ragione di quanto dispone l'art. 1455 c.c. La Corte esclude la non scarsa importanza dell'inadempimento in quanto *“i prodotti finanziari negoziati”* erano da considerarsi *“adeguati al profilo del cliente, del quale era appurata la elevata propensione al rischio e la buona conoscenza del mercato finanziario”*. Da tali considerazioni la Corte di Appello deduce anche, rispetto alla possibilità del risarcimento del danno e sotto il profilo della causalità, che *“secondo un principio di normalità, (...) nonostante l'assenza di precise informazioni sui prodotti acquistati, il sig. O. avrebbe comunque ordinato l'esecuzione dell'investimento di cui trattasi, con conseguente non configurabilità di un danno risarcibile causalmente collegato all'inadempimento della banca”*.

Il cliente propone **ricorso in Cassazione** facendo valere anche il vizio di motivazione in cui sarebbe incorsa la Corte di Appello, che si sarebbe concentrata unicamente sotto il profilo del danno risarcibile, senza nulla argomentare in ordine alla gravità dell'inadempimento, e dunque alla possibile operatività dell'istituto della risoluzione del contratto, di cui le restituzioni – e dunque il rimborso delle somme investite – sono una conseguenza. Rispetto alla sussistenza della gravità dell'inadempimento, il ricorrente critica l'argomentazione della Corte d'Appello che attribuisce rilevanza al fatto che *“il cliente si sarebbe comunque regolato alla stessa maniera quand'anche avesse ricevuto le informazioni cui aveva diritto”*, sostenendo che tale impostazione sarebbe *“illogica e illegittima”* in quanto *“le informazioni sulle caratteristiche dell'operazione specifica che ci si accinge a compiere servono appunto a consentire al cliente di determinarsi consapevolmente nella scelta”*.

3.4.3.2 Interesse/diritto leso

La Corte di Cassazione critica l'argomentazione della Corte di Appello, contestandone i presupposti di fondo. In particolare i Giudici di legittimità ritengono erronea l'impostazione secondo la quale *“l'inadempimento della banca ai propri obblighi informativi non è grave perché non ha inciso sull'interesse della controparte (rilevante ai sensi dell'art. 1455 c.c.), com'è dimostrato dal fatto che il cliente si sarebbe comunque determinato a compiere l'operazione anche se la banca avesse adempiuto a quegli obblighi, dato che si trattava di un'operazione adeguata al suo profilo di rischio ed egli aveva una buona conoscenza del mercato finanziario”*. La Corte di Cassazione afferma al contrario che sia l'adeguatezza al profilo di rischio del cliente, sia la buona conoscenza del mercato finanziario da parte sua *“sono totalmente privi di valore inferenziale quanto alla circostanza che il cliente stesso, se informato, avrebbe comunque proceduto all'acquisto”*. E dunque la motivazione della Corte di Appello è solamente apparente.

Per quel che qui interessa, la Corte di Cassazione pone l'accento sul **“rilievo essenziale” dell'interesse dell'investitore ad una corretta informazione**, e dunque anche *“del dovere di informazione che l'intermediario ha nei confronti di tutti gli investitori, senza alcuna distinzione - non prevista da alcuna norma, né del resto giustificabile secondo i principi - in base alla loro propensione al rischio”*.

3.4.3.3 Rimedio

La Corte di Cassazione, nell'analizzare un motivo del ricorso incidentale, in cui si faceva valere l'inammissibilità della domanda di risoluzione della singola operazione di investimento, non estesa al contratto quadro, **afferma che è legittima la domanda di risoluzione della sola operazione di investimento, in ragione della sua autonomia rispetto alla domanda di risoluzione del contratto quadro, e che non si può escludere che l'inadempimento di obblighi informativi costituisca un inadempimento grave ai sensi dell'art. 1455 c.c. soltanto in ragione dell'adeguatezza dell'investimento e della buona conoscenza dell'investitore del mercato finanziario.**

3.4.3.4 Gli argomenti

La Corte di Cassazione fa notare come nell'argomentazione della Corte di Appello vi sia *“una certa confusione tra i piani, da tenere invece distinti (...) della gravità dell'inadempimento (rilevante ai fini della risoluzione contrattuale) e del danno risarcibile (che è indipendente dalla risoluzione)”*. Concentrandosi poi sulla prospettiva della risoluzione del contratto i Giudici di legittimità criticano la soluzione adottata dalla Corte di Appello, affermando che *“sia l'adeguatezza al profilo di rischio del cliente, sia la buona conoscenza del mercato finanziario da parte sua sono totalmente privi di valore inferenziale quanto alla circostanza che il cliente stesso, se informato, avrebbe comunque proceduto all'acquisto”*, in quanto *“che un investitore propenda per investimenti rischiosi non toglie, infatti, che egli selezioni tra gli investimenti rischiosi quelli a suo giudizio aventi maggiori probabilità di successo, grazie appunto alle informazioni che l'intermediario è tenuto a fornirgli o altrimenti reperite”*. Allo stesso modo *“la buona conoscenza del mercato finanziario è considerato indizio, semmai, della capacità di distinguere tra investimenti consigliabili e sconsigliabili, sempre che, però, si disponga delle necessarie informazioni sullo specifico prodotto oggetto dell'operazione, che dunque si ha tutto l'interesse a ricevere”*. Sulla base di tali argomentazioni la Corte di Cassazione afferma che *“la valutazione di scarsa gravità dell'inadempimento della banca, effettuata dalla Corte d'appello, è insostenibile in diritto, atteso il rilievo essenziale del dovere di informazione che l'intermediario ha nei confronti di tutti gli investitori, senza alcuna distinzione - non prevista da alcuna norma, né del resto giustificabile secondo i principi - in base alla loro propensione al rischio”*. La Corte sottolinea come la prova della conoscenza da parte dell'investitore dello specifico investimento – avuta per altre vie che quella dell'adempimento degli obblighi informativi da parte dell'intermediario – avrebbe potuto condurre ad una diversa valutazione in ordine alla valutazione della gravità dell'inadempimento.

3.4.4 La giurisprudenza italiana

Occorre porre le due pronunce esaminate all'interno del contesto giurisprudenziale italiano. Bisogna innanzitutto richiamare le pronunce delle **Sezioni Unite della Corte di Cassazione, n. 26724 e 26725 del 19 dicembre 2007**. Per quel che qui interessa, i Giudici di legittimità confermano l'indirizzo per cui le regole di comportamento poste ai contraenti, se violate, possono essere fonte di responsabilità o portare alla risoluzione del contratto, ove si traducano *“in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente”*, e distinguono fra obblighi che attengono alla fase prenegoziale, e quelli che si collocano nella fase attuativa. La violazione dei primi *“è naturalmente destinata a produrre una responsabilità di tipo precontrattuale, da cui ovviamente discende l'obbligo per l'intermediario di risarcire gli eventuali danni”*, non ostandovi l'avvenuta stipulazione del contratto. La violazione degli obblighi che al contrario ineriscono la fase attuativa, che qui più interessa, *“può assumere i connotati di un vero e proprio inadempimento (o non esatto adempimento) contrattuale: giacché quei doveri, pur essendo di fonte legale, derivano da norme inderogabili e sono quindi destinati ad integrare a tutti gli effetti il regolamento negoziale vigente*

tra le parti”. Sulla base di tale ricostruzione la Corte afferma che *“l'eventuale loro violazione, oltre a generare eventuali obblighi risarcitori in forza dei principi generali sull'inadempimento contrattuale, può, ove ricorrano gli estremi di gravità postulati dall'art. 1455 c.c., condurre anche alla risoluzione del contratto d'intermediazione finanziaria in corso”*.

Rispetto alla **natura giuridica delle singole operazioni di investimento**, le Sezioni Unite rilevano che tali operazioni *“possono consistere in atti di natura negoziali”*, ma il loro compimento, *“si pone pur sempre come momento attuativo di obblighi che l'intermediario ha assunto all'atto della stipulazione col cliente del contratto quadro”*.

Occorre ora guardare alle pronunce successive a quelle della Corte, per comprendere gli sviluppi interpretativi elaborati dalla giurisprudenza, sia rispetto alle **fasi** in cui rileva la **violazione degli obblighi informativi**, sia per quanto attiene al **rapporto fra contratto quadro e singoli ordini di investimento**, nella prospettiva della modulazione della risoluzione.

3.4.4.1 Obbligo di informazione e fasi del rapporto di investimento

Con riguardo al primo aspetto, la giurisprudenza successiva a quella delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione conferma che l'osservanza dell'obbligo informa “l'intero svolgimento del rapporto, dalla fase anteriore alla stipulazione del contratto quadro a quella successiva del compimento delle singole operazioni d'investimento ed a quella ancora ulteriore dell'esecuzione di tali operazioni” (Cass. Civ., 9 agosto 2016 n. 16820; nello stesso senso anche, fra le altre, Cass. Civ., 6 novembre 2014, n. 23717).

Si potrebbe qui affermare che tale impostazione sembra garantire il principio di effettività, permettendo lo svolgersi della funzione riequilibratrice degli obblighi informativi durante tutta la durata del rapporto negoziale. Rispetto al tipo di tutela, la Corte distingue fra fase prenegoziale, in cui dalla violazione degli obblighi informativi discende responsabilità precontrattuale, e fase attuativa del rapporto, in cui la violazione degli obblighi informativi costituisce inadempimento e, se grave, può legittimare la risoluzione del contratto *ex artt. 1453 e 1455 cc.* (fra le altre: **Cass. Civ., 12 gennaio 2018, n. 6962**). Si può a tal proposito aggiungere che, secondo recente giurisprudenza, *“l'assolvimento degli obblighi di informazione attiva e di adeguatezza costituisce proprio il ponte - endocontrattuale, all'evidenza (...) - di passaggio tra la funzione di investimento, come resa dal contratto quadro, e i singoli investimenti” (Cass. Civ., 23 maggio 2017, n. 12937).*

3.4.4.2 Il rapporto fra contratto quadro e singole operazioni nella prospettiva della risoluzione

Rispetto al **rapporto fra contratto quadro e singole operazioni**, la Corte di Cassazione in una recente pronuncia qualifica il contratto quadro come contratto normativo, *“la cui funzione essenziale, costituita dalla determinazione del contenuto delle future operazioni d'acquisto e di vendita, comporta che le relative disposizioni vadano ad inserirsi nei singoli ordini d'investimento e disinvestimento, divenendo parte integrante del regolamento contrattuale, con la conseguenza che l'inadempimento degli obblighi dalle stesse derivanti può giustificare tanto la risoluzione del contratto quadro quanto quella dei singoli ordini, ovviamente nella misura in cui, per la sua importanza, si riveli idoneo a determinare un'alterazione dell'equilibrio contrattuale” (Cass. Civ., 9 agosto 2016 n. 16820).* In tale pronuncia la Corte di Cassazione si confronta con la sentenza delle Sezioni Unite del 2007, già richiamate, ribadendo la distinzione *“tra la fase precontrattuale preordinata alla stipulazione del contratto quadro e quella contrattuale conseguente alla conclusione dello stesso”*.

I Giudici di legittimità affermano però che all'interno della fase contrattuale si possono individuare *“due momenti diversi, anche se tra loro collegati, collocabili rispettivamente in epoca anteriore e successiva all'effettuazione delle singole operazioni, e nell'ambito dei quali l'inadempimento degli obblighi d'informazione posti a carico dell'intermediario può giocare un ruolo differente, giustificando, a seconda dei casi, la risoluzione dell'intero rapporto o di quelli derivanti dai singoli ordini d'investimento o disinvestimento”* (Cass. Civ., 9 agosto 2016 n. 16820). La Corte ha di recente argomentato

tale impostazione sulla base dell'argomentazione per cui *“nei rapporti contrattuali di carattere complesso, con prestazioni dotate di individualità funzionale e/o giuridica o comunque con prestazioni non intrinsecamente inscindibili, l'inadempimento di una delle prestazioni o di una parte delle prestazioni ben può non venire a incidere sull'interesse del contraente non inadempiente a conservare le utilità che il relativo contratto gli ha già procurato o che comunque è idoneo a procurargli”* (Cass. Civ., 23 maggio 2017, n. 12937). Aggiunge la Corte che condizionare la risoluzione dei singoli ordini alla risoluzione del contratto quadro *“implica far perdere al contraente non inadempiente, quale è qui l'investitore, le utilità che pur il rapporto gli ha arrecato, per transitarle a vantaggio del contraente inadempiente, quale qui rappresentato dall'intermediario”*, soluzione non percorribile in quanto attribuisce un vantaggio alla parte inadempiente. A sostegno di tale impostazione la Corte porta la *“norma generale dell'art. 1181 c.c., là dove rimette al creditore il potere di conservare o meno le utilità comunque derivantegli dalla pur inesatta prestazione del proprio debitore”*. Tale interpretazione può essere letta anche alla luce dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività. Se il principio di effettività della tutela ben si coniuga rispetto alla costruzione di un rimedio che non porti con sé uno svantaggio economico per il consumatore, soggetto nel cui interesse è prevista la tutela, la considerazione del principio di dissuasività potrebbe venire in gioco rispetto alle ipotesi in cui la risoluzione del contratto quadro porti con sé una soluzione non meno svantaggiosa per l'intermediario rispetto a quella derivante all'applicazione del rimedio che consegue alla violazione. Venendo al principio di proporzionalità, declinarlo nel caso di specie può portare a riflettere sull'esistenza di un interesse rilevante della parte inadempiente, e sulla sua protezione.

Sul punto, è opportuno richiamare anche la **pronuncia n. 8394 del 27 aprile 2016 della Corte di Cassazione**. Il ricorrente ricostruisce qui la risoluzione come *“risoluzione parziale del contratto-quadro, quale contratto di durata, all'interno del quale venivano ad inserirsi, quali atti esecutivi, gli specifici investimenti da lui effettuati”*. La Corte nega la correttezza di tale ricostruzione, affermando che, le operazioni di investimento sono da considerare *“atti di natura negoziale autonomi rispetto al contratto-quadro, a cui danno attuazione”*, e che dunque *“tali atti esecutivi possono, in quanto contratti, essere oggetto di risoluzione, laddove ne ricorrano i presupposti, indipendentemente dalla risoluzione del contratto quadro, con conseguente diritto alla restituzione dell'importo pagato ed eventuale risarcimento dei danni subiti”*. La Corte adotta l'opzione interpretativa per cui ***“è da escludersi, (...) che la risoluzione del singolo contratto di esecuzione sia una risoluzione parziale del contratto-quadro”***⁶⁹. Il Giudice di legittimità pare così favorire la tesi della risoluzione del negozio costituito dall'ordine di investimento, pur tenendo ferma la ricostruzione per cui l'inadempimento riguarda un obbligo contrattuale generato dal contratto-quadro. La soluzione giurisprudenziale che, pur in termini non del tutto chiari, ammette comunque la risoluzione del singolo ordine di acquisto in caso di violazione di obblighi informativi riconducibili al contratto-quadro, sembra rispondere all'esigenza di non negare la tutela quando il cliente non abbia chiesto la risoluzione del contratto quadro, né prodotto tale contratto in giudizio. Ci si potrebbe chiedere a tale proposito se e come il giudice possa qui esercitare poteri officiosi⁷⁰.

3.4.5 La giurisprudenza europea

Rispetto alla giurisprudenza europea qui rilevante, si può richiamare, anche per evitare inutili ripetizioni, quanto detto nel paragrafo 3.2.1.4, rispetto all'applicazione dei principi di proporzionalità e di dissuasività nella modulazione dei rimedi nel diritto interno. Basti qui

⁶⁹ Sembra dare attuazione a questo indirizzo Trib. Genova, 8 marzo 2018.

⁷⁰ Per un esame dell'esercizio dei poteri officiosi da parte del giudice si veda il cap. 1.

ricordare che in entrambe le pronunce la Corte di Giustizia, in particolare nelle pronunce *Home Credit* e *Le Crédit Lyonnais*, afferma la necessità, in ossequio al principio di proporzionalità, di calibrare il rimedio alla gravità della violazione, nonché di garantirne un effetto realmente dissuasivo, e a tal fine di valutare la situazione in cui si trova il soggetto che ha violato gli obblighi di informazione, prima e dopo la commissione della violazione, essendo richiesto che nel secondo caso la situazione sia più svantaggiosa rispetto al primo.

Tali pronunce attengono all'interpretazione della Direttiva 2008/48/CE mentre, come già detto anche nel capitolo 2 (§2.2.1), gli obblighi informativi dell'intermediario finanziario sono disciplinati a livello europeo dalla Direttiva 2014/65/UE. L'influenza delle pronunce europee citate in materia di credito al consumo può essere significativa anche rispetto agli obblighi di informazione in materia di intermediazione finanziaria, considerando che la *ratio* di tutela rispetto a tali obblighi è analoga, in quanto sono volti a colmare la significativa asimmetria informativa che intercorre fra il cliente e l'istituto di credito o l'intermediario finanziario. Declinando in concreto la rilevanza degli indirizzi europei, questa può evidenziarsi sia rispetto alla modulazione del rimedio della risoluzione come risoluzione parziale e non totale del contratto, sia rispetto all'indirizzo che ammette la risoluzione dei singoli ordini di investimento. Rispetto al primo tema, la proporzionalità può giocare un ruolo rispetto alla scelta di non arrivare alla caducazione dell'intero contratto quando per raggiungere lo scopo cui sono preposti gli obblighi informativi – la scelta consapevole del consumatore e la trasparenza nel mercato – è sufficiente un rimedio che incide in maniera meno forte sul contratto e faccia salva la cornice contrattuale entro la quale evolve il rapporto di consumo (magari, per altri aspetti, con piena soddisfazione per il consumatore). Rispetto al principio di dissuasività, come già si è detto, questo può impedire che, arrivando “fino” alla risoluzione del contratto quadro, si produca una situazione di vantaggio o di mancato svantaggio per il professionista, in quanto ben può essere che questi, a livello economico “compensi” la perdita relativa all'ordine di cui il consumatore chiede la risoluzione con dei “guadagni” relativi ad altri ordini che risulterebbero investiti dalla risoluzione e dunque oggetto di restituzioni.

3.4.6 *Rilievi conclusivi e questioni aperte*

La Corte di Cassazione, seguendo in questo l'indirizzo dato dalle Sezioni Unite nel 2007, danno seguito all'orientamento secondo il quale ad una violazione degli obblighi di informazione nella fase attuativa del contratto, può seguire la risoluzione del contratto *ex art.* 1453 c.c., qualora l'inadempimento sia grave ai sensi dell'art. 1455 c.c.

Rispetto alla qualificazione della responsabilità come contrattuale, l'indirizzo più recente è, come si è visto, quello che prevede la possibilità di risolvere unicamente la singola operazione di investimento, qualora l'inadempimento degli obblighi informativi si sia prodotto nell'ambito della fase attuativa del negozio che consiste nella singola operazione. Qualora invece gli obblighi informativi violati attengano al contratto quadro, e siano relativi alle informazioni sulla singola operazione di investimento, ma prima della sua conclusione, il rimedio sembrerebbe essere quello della risoluzione parziale del contratto quadro.

Rispetto a tale indirizzo, questo sembra essere coerente con l'applicazione del principio di proporzionalità rispetto ai rimedi, posto che la risoluzione del contratto può essere utilmente domandata solo quando vi sia un inadempimento “*di non scarsa importanza*”. Anche dal punto di vista della dissuasività il rimedio sembra essere coerente con gli indirizzi europei, in quanto in virtù dell'operatività delle restituzioni a seguito della risoluzione, addossa di fatto in capo all'intermediario gli eventuali rischi di cattivo andamento dell'operazione.

Venendo alla proporzionalità, come già si è accennato nel paragrafo precedente, questa rileva anche rispetto alla scelta della risoluzione parziale, quando questa è sufficiente a neutralizzare gli effetti negativi dovuti all'inadempimento degli obblighi informativi, garantendo dunque anche l'applicazione del principio di effettività, e ad assicurare un effetto dissuasivo nei confronti del consumatore.

Con riguardo al principio di effettività, si può invece riflettere sulla possibile influenza della impossibilità del rilievo officioso rispetto ai contratti collegati, di cui già si è detto⁷¹. Ci si può qui interrogare sulla forza argomentativa dell'effettività rispetto all'indirizzo giurisprudenziale, non del tutto chiaro in termini sistematici, che sembra affermare la possibilità di far valere la risoluzione del singolo ordine di investimento anche nel caso in cui l'inadempimento degli obblighi informativi riguardi un preciso ordine di investimento, e sia precedente alla sua stipula. Alla luce del principio dell'effettività della tutela si può formulare il seguente interrogativo:

Alla luce del principio di effettività, quale può essere il ruolo del potere di qualificazione della pretesa e della questione giuridica da parte del giudice, nel caso in cui sia prodotto in giudizio il contratto quadro, ma sia chiesta unicamente la risoluzione dell'ordine di acquisto? Tale potere può giungere sino alla ri-qualificazione della domanda come domanda di risoluzione parziale del contratto quadro o all'esercizio di un potere officioso?

Nel caso in cui si ammettesse il rilievo officioso, alla luce del principio di proporzionalità e del diritto ad un ricorso effettivo tutelato dall'art. 47 CDFUE, si potrebbe imporre la necessità di un contraddittorio tra le parti quando il professionista ad esempio preferisca la risoluzione totale?

3.5 Pratiche commerciali scorrette fra regole di validità e regole di responsabilità

3.5.1 La questione

Può, alla luce dei principi europei sulla tutela dei diritti del consumatore, l'invalidità del contratto rappresentare il rimedio effettivo, proporzionato e dissuasivo contro l'adozione di pratiche commerciali scorrette? In che misura l'ordinamento interno ostacola l'adozione di regole di validità (nullità e annullabilità) in questo ambito? Tra tutti i rimedi, può l'annullamento del contratto per dolo essere un rimedio che consegue ad una pratica commerciale scorretta, praticata nei confronti del consumatore che promuove l'azione? Con quali limiti e su quali presupposti?

Il tema che si affronta in questa sezione attiene alla possibilità per il consumatore di agire per l'annullamento del contratto per dolo *ex art. 1439 c.c.*, nel caso in cui sia stato destinatario di tale pratica, e abbia concluso un contratto con il professionista che l'ha posta in essere. Sul piano del diritto positivo la questione ruota intorno al tipo di valore da attribuire alla decisione dell'AGCM che attesti la pratica commerciale scorretta. Sul punto, si può ricordare che secondo quanto dispone l'art. 3, § 2 della Direttiva 2005/29/CE, questa “*non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto*”, e che l'art. 13 della stessa, secondo cui “*gli Stati membri determinano le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in applicazione della presente direttiva e adottano tutti i provvedimenti necessari per garantirne l'applicazione. Le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive*”. Pare interessante citare a tal proposito anche la proposta di modifica della Direttiva della Commissione Europea

⁷¹ Si veda il § 1.2.3.3, nel capitolo 1.

dell'11 aprile 2018⁷², secondo la quale i consumatori dovrebbero avere “*diritto a rimedi individuali quando vengono danneggiati da pratiche commerciali scorrette, come un marketing aggressivo*”. Continua la Commissione: “*in particolare, gli Stati membri dovrebbero rendere disponibili rimedi contrattuali ed extracontrattuali. I rimedi contrattuali dovrebbero includere, come minimo, il diritto di porre fine al contratto. (...) Questi diritti saranno aggiunti nella direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali*”.

3.5.2 Tribunale di Bologna, 2 febbraio 2018, n. 358

3.5.2.1 Il fatto e gli argomenti delle parti

Un privato acquista alcune opere da una parte, e agisce in giudizio “*al fine di sentire in via principale dichiarare la risoluzione, per aliud pro alio, dei contratti di compravendita stipulati tra le parti*”; in via subordinata è chiesto di dichiarare “*i predetti contratti invalidi e/o annullabili e/o nulli e/o comunque privi di effetti giuridici, in ogni caso con condanna della convenuta alla restituzione di tutte le somme versate dall'attore (...) nonché al risarcimento di tutti i danni subiti*”. La convenuta chiede il rigetto di tutte le pretese di parte attrice.

L'attrice sostiene che la convenuta “*tramite i propri collaboratori, presentava come opere d'arte i volumi oggetto della presente controversia, a tiratura limitata, facenti parte di una collezione esclusiva, il cui valore garantito e certificato era destinato ad aumentare molto e costantemente nel tempo, costituenti, in realtà al più opere di alto artigianato o beni di lusso, di valore inferiore al prezzo, a cui egli li acquistava*”, mentre i già menzionati collaboratori presentavano i volumi come “*opera integrale, opera d'arte a forma di libro*”. Le pretese dell'attrice si fondano anche sull'art. 21 cod. cons.: si fa infatti valere l'avvenuto accertamento da parte dell'Antitrust dell'esistenza di pratiche commerciali ingannevoli e aggressive.

3.5.2.2 Interesse/diritto leso

Riflettere sull'interesse leso è in questo caso di particolare interesse in quanto, insieme agli interessi tutelati specificatamente dalla disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette prevista dal Codice del consumo – e dunque la tutela dei consumatori e il perseguimento della costruzione di un mercato efficiente –, concorre anche più in generale l'interesse tutelato dall'art. 1439 c.c., volto a rendere annullabile il contratto affetto da vizi del consenso, e dunque della formazione della volontà del contraente, pilastro della disciplina codicistica sul contratto.

3.5.2.3 Rimedio

Il tribunale dichiara l'annullamento per dolo del contratto, e condanna alla restituzione dell'importo speso dall'attore nell'acquisto.

3.5.2.4 Gli argomenti

Il tribunale ritiene, richiamato l'accertamento dell'AGCM circa l'esistenza di pratiche commerciali sleali, che tali pratiche “*abbiano tutti i caratteri del dolo determinante e conducano di regola all'annullamento del contratto concluso a loro seguito e per loro influsso*”. Il Tribunale, affermando di aderire ad una parte della dottrina, adotta la ricostruzione secondo la quale “*una volta che l'Autorità garante abbia accertato una pratica commerciale scorretta perpetrata dal professionista a danno del consumatore, il contratto a valle di una tale pratica è annullabile per vizio del consenso, o per dolo, a seconda dei casi, o per violenza (morale). Non si tratterà, ben inteso, di rendere l'accertamento amministrativo vincolante per l'autorità giudiziaria, bensì di ritenere, sul piano della prova, che l'accertamento della pratica ingannevole o aggressiva integra, di per sé stessa, l'estremo del dolo o della violenza, quale presupposto dell'annullamento del contratto*”. Precisa la Corte che “*una volta che il consumatore abbia allegato l'accertamento dell'Autorità garante, incomberà sul professionista l'onere di*

⁷² Reperibile all'indirizzo:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0185&from=EN>.

provare, in contrasto con la suddetta presunzione, che nella specie non ricorrono i requisiti che il codice civile richiede per l'annullamento del contratto, come l'incidenza causale della pratica ingannevole o aggressiva sul consenso di quel determinato consumatore?".

3.5.3 La giurisprudenza italiana

La sentenza appena esaminata trova eco in alcune pronunce precedenti. Fra queste, si può citare la decisione **Pretura Bologna, dell'8 aprile 1997** in cui si afferma che *"la decisione con cui l'autorità garante della concorrenza abbia giudicato ingannevole la campagna pubblicitaria di un professionista costituisce elemento indiziario idoneo a far presumere l'induzione in errore del consumatore ai fini dell'annullamento del contratto stipulato a seguito di tale campagna pubblicitaria"*. Anche nella sentenza del **Tribunale di Terni del 6 luglio 2004**, si legge che *"il contratto che sia stato concluso a seguito di pubblicità di cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato abbia accertato la natura ingannevole è annullabile per dolo"*. Fra la giurisprudenza rilevante si deve citare anche **Cass., Sez. Un., n. 26724/2007**, in cui la Corte ha affermato la possibilità che la violazione di una regola di comportamento relativa alla buona fede possa portare all'annullamento del contratto, ricorrendone le condizioni. Occorre rammentare anche che le Sezioni Unite nella medesima sentenza hanno escluso che da una regola di condotta, quale quella che attiene al divieto di pratiche commerciali scorrette, possa derivare la nullità del contratto, ribadendo la distinzione fra regole di comportamento e regole di validità. Si legge nella pronuncia che *"la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità"*.

Venendo all'analisi specifica del rapporto fra pratiche commerciali scorrette e annullamento del contratto per dolo si deve ricordare l'art. 19, comma 1, lett. a), cod. cons., secondo cui *"il presente titolo non pregiudica: a) l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto"*. Occorre poi anche sottolineare la diversità di presupposti di operatività della normativa. Se l'art. 1439 c.c. è teso ad indagare, in concreto, il carattere determinante del dolo sul procedimento di formazione della volontà di un contraente, il giudizio in materia di pratiche commerciali scorrette opera in astratto una valutazione basata sul consumatore medio, e sull'idoneità della pratica a falsarne il comportamento⁷³.

A ciò si aggiunga che in materia di annullamento del contratto per dolo tradizionalmente la giurisprudenza ha valutato con severità la prova del dolo e del rapporto fra questo e la conclusione del contratto⁷⁴. Si legge in una recente pronuncia che ai fini dell'operatività della tutela di cui all'art. 1439 c.c., è necessario che *"i raggiri usati siano stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe prestato il proprio consenso per la conclusione del contratto, ossia quando, determinando la volontà del contraente, abbiano ingenerato nel deceptus una rappresentazione alterata della realtà, provocando nel suo meccanismo volitivo un errore da considerarsi essenziale ai sensi dell'art. 1429 cod. civ."*. Precisa ancora la Corte che *"peraltro il dolus malus ricorre solo se, tenuto conto delle circostanze di fatto e delle qualità e condizioni dell'altra parte, il mendacio sia accompagnato da malizie e astuzie volte a realizzare l'inganno voluto e idonee in concreto a sorprendere una persona di normale diligenza"* (**Cass. Civ. 23 giugno 2009, n. 14628**). Rispetto alla prova dell'errore, di particolare interesse rispetto al caso appena esaminato è la pronuncia della

⁷³ Tesi di dottorato di I. Cuffaro, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, Università degli Studi di Palermo, 2017, p. 98.

⁷⁴ Sul punto, per un primo inquadramento: C. Dalia, *La tutela individuale del consumatore al di fuori del codice del consumo in caso di pratiche commerciali scorrette*, in www.comparazionedirittocivile.it, 2010, pp. 98 ss.

Corte di Cassazione n. 21600, del 20 settembre 2013, in cui si chiedeva, a seguito della violazione di obblighi informativi, l'annullamento del contratto per errore. In tale pronuncia i Giudici di legittimità hanno confermato l'orientamento secondo cui la prova dell'errore rilevante ai fini dell'annullamento del contratto è *“posta a carico della parte che deduce il vizio del consenso, che il contraente si è determinato a prestarlo in virtù di una falsa o distorta rappresentazione della realtà”*. Non opera dunque qui nessuna presunzione.

3.5.3.1 Pratiche commerciali scorrette, delibere delle autorità amministrative, nullità e provvedimenti inibitori

Pare di particolare interesse anche il provvedimento del Tribunale di Ivrea del 29 marzo 2018, che ha adottato provvedimenti inibitori *ex art. 140 cod. cons.*, in presenza di pratiche commerciali scorrette che consistevano nella introduzione della cd. fatturazione a 28 giorni nell'ambito della telefonia mobile, in contrasto con una delibera dell'AGCOM e attraverso una modifica unilaterale delle clausole contrattuali. Occorre aggiungere che nel caso di specie era applicabile una delibera dell'AGCOM, che atteneva alla modifica delle clausole contrattuali, e cui, secondo parte della giurisprudenza e sulla base della l. 481/1995 occorre riconoscere *“portata precettiva, inderogabile da parte dell'autonomia privata, (...) dal cui mancato rispetto non può che conseguire la nullità delle clausole contrattuali difformi predisposte dalla resistente”* (Trib. Ivrea, 29 marzo 2018; nello stesso senso, seppur con argomentazioni parzialmente diverse Trib. Milano 12 marzo 2018; Tribunale di Milano, 4 giugno 2018).

In questo caso specifico, in cui la scorrettezza della pratica si accompagna a una delibera dell'AGCOM, interpretata nella chiave dell'art. 1339 c.c., il Tribunale di Ivrea afferma che *“non coglie nel segno il rilievo della resistente per cui la violazione di una regola di comportamento, quale quella del codice del consumo che impedisce pratiche commerciali scorrette, non può produrre la nullità delle clausole contrattuali”*. A ben vedere però, ciò che rende nulla la clausola pare essere la delibera dell'AGCOM, più che il giudizio sulla scorrettezza della pratica.

3.5.4 La giurisprudenza europea

Proprio al tema dell'incidenza dell'accertamento di una pratica commerciale scorretta a livello contrattuale è dedicata la sentenza **Perenicova, del 15 marzo 2012, C-453/10**, in cui è sottoposta alla Corte la questione di quali siano le conseguenze da trarre dall'accertamento di una pratica commerciale sleale inerente una specifica clausola del contratto *“ai fini della valutazione del carattere abusivo delle clausole di detto contratto, ai sensi dell'art. 4, § 1, della direttiva 93/13, nonché della validità di tale contratto nel suo complesso, alla luce dell'art. 6, § 1, di quest'ultima direttiva”*. La Corte afferma a tal proposito che *“l'accertamento del carattere sleale di una pratica commerciale rappresenta un elemento tra gli altri sul quale il giudice competente può basare la sua valutazione del carattere abusivo delle clausole di un contratto ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 93/13”*. Rispetto alla validità del contratto nel suo complesso, la Corte afferma che *“è sufficiente rilevare che la direttiva 2005/29 non pregiudica l'applicazione, ai sensi del suo articolo 3, paragrafo 2, del diritto contrattuale, né, in particolare, delle norme sulla formazione, validità o efficacia dei contratti”* e dunque *“l'accertamento del carattere sleale di una pratica commerciale non ha diretta incidenza sulla validità del contratto ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13”*.

3.5.5 Rilievi conclusivi e questioni aperte

La giurisprudenza europea sembra essere di particolare aiuto per leggere il rapporto fra l'accertamento di una pratica commerciale scorretta e la possibilità di accedere alla tutela dell'annullamento del contratto *ex art. 1439 c.c.* Due le questioni, fra loro connesse. La prima

attiene alla possibilità di rileggere le interpretazioni restrittive date dalla giurisprudenza in materia di annullamento per dolo e per errore del contratto, alla luce del principio di effettività della tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette. A questo proposito si può formulare il seguente interrogativo:

Su quali aspetti della ricostruzione giurisprudenziale sui presupposti dell'annullamento per dolo o per errore potrebbe incidere il principio di effettività, portando eventualmente a un parziale mutamento dell'interpretazione attuale?

Il principio di effettività potrebbe giocare un ruolo anche sul piano della prova, in particolare nei casi in cui vi sia stato un accertamento in sede amministrativa della scorrettezza della pratica commerciale. A tal proposito si può ricordare che la Corte di Giustizia afferma la possibilità di considerare come elemento della valutazione l'avvenuto accertamento della scorrettezza della pratica.

A tal proposito potrebbe venire in rilievo anche il principio di proporzionalità, che potrebbe guidare la modulazione dell'influenza della decisione AGCM, evitando soluzioni eccessive.

Alla luce del principio di proporzionalità e di effettività, in che modo il meccanismo delle presunzioni di cui all'art. 2729 c.c. potrebbe operare, ad esempio rispetto all'accertamento della scorrettezza della pratica in sede amministrativa?

3.6 Danno da illecito anticoncorrenziale e proporzionalità del rimedio

3.6.1 La questione:

È possibile concepire il risarcimento al consumatore del danno da illecito anticoncorrenziale in funzione non solo compensativa ma altresì sanzionatoria, accedendo così alla condanna al risarcimento dei danni c.d. "punitivi"? È possibile giustificare una tale concezione sulle base di un principio di dissuasività della sanzione?

3.6.2 Casi di riferimento: *Giudice di Pace di Bitonto, 21 maggio 2007; Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza n. 16601 del 5 luglio 2017*

3.6.2.1 1.1 Il fatto

La decisione del Giudice di Pace di Bitonto rappresenta, come noto, il *follow up case* della sentenza *Manfredi* pronunciata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (C-295/04). La fattispecie di riferimento attiene quindi ad una domanda, promossa dal consumatore, a seguito del provvedimento dell'Autorità Garante n. 8546/2000 con il quale veniva accertata e sanzionata l'intercorsa illecita intesa fra numerose compagnie assicurative operanti sul mercato italiano, con conseguente aumento dei premi dovuti dagli assicurati. L'attore chiedeva quindi la restituzione della maggiorazione di prezzo pagata in virtù dell'intesa sanzionata. Come noto, il Giudice di Pace di Bitonto decideva di sospendere il procedimento e formulare cinque questioni pregiudiziali da proporre alla Corte di Giustizia. Tra di esse, ai fini della presente analisi, è di particolare rilievo la quinta questione affrontata dalla Corte di Giustizia nella propria pronuncia, con la quale il Giudice di Pace di Bitonto chiedeva *"Se l'art. 81 (ndr oggi art. 101) del Trattato debba essere interpretato nel senso che il giudice nazionale, ove ravvisi che il danno liquidabile in base al proprio diritto nazionale sia comunque inferiore al vantaggio economico ricavato dall'impresa danneggiante parte dell'intesa o della pratica concordata vietata, debba altresì d'ufficio liquidare al terzo danneggiato il danno punitivo, necessario a rendere il danno risarcibile superiore al vantaggio ricavato dal danneggiante, al fine di scoraggiare la posizione in essere di*

intese o di pratiche concordate vietate dall'art. 81 del Trattato". Nella sentenza del 21 maggio 2007 il Giudice di Pace, sulla base delle statuizioni della Corte di Giustizia, applica le risposte date ai quesiti pregiudiziali proposti al caso concreto, altresì ragionando, sulla base di quanto deciso dalla Corte di Giustizia, circa la possibilità di liquidazione del danno punitivo.

Con riferimento alla decisione n. 16601 del 2017, le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione prendono le mosse da una fattispecie che non riguarda un rapporto di consumo né coinvolge un illecito antitrust, bensì attiene alla possibilità o meno di riconoscere sentenze straniere le quali comminino danni c.d. "punitivi", nel caso di specie tre sentenze pronunciate negli Stati Uniti. La società resistente aveva ottenuto dalla Corte d'Appello di Venezia che fossero dichiarate efficaci ed esecutive in Italia tre sentenze emanate dalla *Circuit Court of the 17th Judicial Circuit for Broward County (Florida)* le quali avevano condannato la ricorrente Axo Sport S.p.A al pagamento di una serie di somme.

Il risarcimento si originava dall'accoglimento di una domanda di garanzia promossa dalla resistente *"in relazione ad un indennizzo di un milione di Euro transattivamente corrisposto ad un motociclista che aveva subito danni alla persona in un incidente avvenuto in una gara di motocross, per un asserito vizio del casco prodotto da AXO, distribuito da Helmet House e rivenduto da NOSA. Nel giudizio promosso dal danneggiato anche nei confronti della società importatrice distributrice del casco (Helmet), NOSA aveva accettato la proposta transattiva del motociclista, e il giudice americano successivamente ha ritenuto che dovesse essere manlevata da AXO"*.

Con sentenza del 3 gennaio 2014 la Corte d'Appello di Venezia, ai sensi dell'art. 64 della Legge n. 218/1995 riconosceva le tre pronunce. La società Axo Sport S.p.A ricorreva alla Corte di Cassazione sulla base di tre motivi, fra i quali, ai fini della presente analisi e del tema oggetto del *Casebook*, quello di indubbia rilevanza è il terzo. Con questo motivo, la ricorrente denunciava violazione dell'art. 64 della Legge n. 218/1995 nonché vizio di motivazione della sentenza della Corte d'Appello laddove *"non avrebbe ravvisato che la sentenza della Corte USA riguardava, senza specifica motivazione in ordine alla tipologia di danni indennizzati, un indennizzo corrisposto al danneggiato anche a titolo di danni punitivi, perché la proposta transattiva NOSA, accettata dal motociclista, fissava l'importo "a titolo di composizione integrale di tutte le pretese risarcitorie del sig. D., comprese quelle per punitive damages"."*

3.6.2.2 Interesse o diritto leso

Nella fattispecie in esame al Giudice di Pace di Bitonto il piano degli interessi lesi rileva sotto un duplice profilo come, del resto, in tutta la giurisprudenza in tema di risarcimento da danno anticoncorrenziale. In particolare, su di un piano pubblicistico e più generale, ciò che è leso è l'interesse al buon funzionamento di un mercato concorrenziale; su di un piano privatistico rileva invece l'interesse patrimoniale del singolo consumatore leso dall'intesa illecita. I due piani di interessi sono intimamente connessi: sin dalla sentenza *Courage* ed ancora di più con la sentenza *Manfredi*, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha precisato che l'interesse generale al funzionamento del mercato si declina nell'interesse del singolo consumatore e nel suo diritto al risarcimento ove questo interesse sia leso.

Nella seconda decisione in analisi, la Corte di Cassazione prende in esame dei profili critici di carattere processuale attinenti al riconoscimento di una serie di sentenze straniere nell'ordinamento italiano. Gli interessi che vengono in gioco sono declinati, di volta in volta, dai singoli motivi elaborati dal ricorrente e su cui le Sezioni Unite si pronunciano. Per quel che rileva in questa sede, è da considerare il terzo motivo di ricorso, attinente all'ammissibilità della deliberazione di una sentenza straniera che commini danni punitivi.

La rilevanza del profilo citato consiste nella possibilità di costruire un collegamento concettuale tra le conclusioni elaborate dalle Sezioni Unite e, da un lato, la giurisprudenza Europea ed in particolare le statuizioni della sentenza *Manfredi* e, dall'altro lato, la giurisprudenza italiana in tema di risarcimento del danno da intesa anticoncorrenziale a partire dalla decisione del Giudice di Pace di Bitonto del 21 maggio 2007. Le Sezioni Unite, pronunciandosi *ex* articolo 363 c.p.c. comma 3, provvedono all'enunciazione del principio di diritto nonostante che il ricorso sia rigettato ed il terzo motivo di ricorso sia giudicato inammissibile. Ciò a cui evidentemente mira la Suprema Corte è sviluppare un'analisi di carattere sistemico che appunto prescinda dalla soluzione data al caso concreto.

3.6.2.3 Rimedio

La Corte di Giustizia, in risposta alla quinta ed ultima questione pregiudiziale sollevata dal Giudice di Pace di Bitonto, demandava al giudice nazionale la definizione dei criteri di determinazione del danno da illecito anticoncorrenziale, purché nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività. Ebbene, la decisione del Giudice di Pace conseguente alla pronuncia della Corte di Giustizia opta, considerando anche il contesto temporale di riferimento, per una scelta molto forte, affermando, di fatto, l'ammissibilità della comminazione di danni punitivi a carico dell'impresa responsabile dell'illecito antitrust. La decisione riconosce quindi all'attore un danno *“nella misura del doppio, rispetto all'ammontare dei premi esatti dalla convenuta in esecuzione dell'intesa anticoncorrenziale.”*.

Le Sezioni Unite nella decisione n. 16601/2017 dichiarano inammissibile il terzo motivo di ricorso, in quanto non è possibile individuare, a dispetto di quanto sostenuto dal ricorrente, nelle condanne subite da quest'ultimo in forza delle sentenze deliberate, una componente punitiva. Nondimeno, le Sezioni Unite si pronunciano sulla base dell'ordinanza 9978/16 della Prima Sezione la quale aveva rimesso gli atti al Primo Presidente della Corte di Cassazione proprio al fine di stimolare un ripensamento del ruolo dei danni punitivi nell'ordinamento italiano. Per cui le Sezioni Unite, dopo aver giudicato inammissibile il terzo motivo di ricorso, fanno leva sul disposto dell'articolo 363 comma 3 del c.p.c. per sostenere che, anche in presenza di una declaratoria di inammissibilità del motivo di ricorso, è comunque enunciabile il principio di diritto pertinente.

3.6.2.4 Argomenti

Si è già menzionato come il Giudice di Pace di Bitonto definisca un rimedio comprendente la comminazione di danni punitivi. Sotto il profilo argomentativo, il passaggio sviluppato dal Giudice di Pace è di particolare rilievo e vale quindi la pena riportarlo interamente: *“Da ultimo, questo Giudice rileva che alla parte attrice deve essere riconosciuta, a titolo di risarcimento danni, una somma di denaro tale da aver anche l'effetto deterrente nei confronti della parte convenuta e di terzi dal porre in essere altre intese o pratiche concordate come quella sanzionata dall'AGCM. Infatti, se il risarcimento dei danni fosse ancorato ai canoni generali sanciti negli artt. 1223 e 1224, co. 1, c.c., il principio di effettività del diritto comunitario ne risulterebbe gravemente compromesso, in quanto l'autore dell'illecito, con altissimo grado di probabilità, continuerebbe comunque a trarne profitto. Perciò, il danno da liquidarsi deve essere di entità tale da render certo l'annullamento di qualsiasi vantaggio economico tratto da un soggetto partecipe di un'intesa anticoncorrenziale o di una pratica concordata vietata dall'art.81 del Trattato; e lo stesso dicasi per le intese anticoncorrenziali e per le pratiche concordate sanzionate nell'art. 2 della legge 287/90.*

Alla luce di tali considerazioni, il Giudicante ritiene di riconoscere all'attore un danno nella misura del doppio, rispetto all'ammontare dei premi esatti dalla convenuta in esecuzione dell'intesa anticoncorrenziale.”. Il ragionamento appena riportato costituisce la prima effettiva affermazione di compatibilità dell'istituto dei danni punitivi con l'ordinamento giuridico italiano, e questo non sulla base di considerazioni attinenti al sistema della responsabilità civile, bensì al sistema delle tutele antitrust – e quindi, sul piano nazionale, della Legge n. 287/1990 – così come interpretato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. L'argomento del Giudice di Pace si fonda sulla necessità di garantire una applicazione effettiva del diritto europeo ed in particolare di evitare che l'autore dell'illecito anticoncorrenziale, già sanzionato, possa continuare a trarre profitto dal suo illecito. L'unico metodo efficace per garantire tutto questo è, nel ragionamento del Giudice di Pace, intervenire sulla quantificazione del danno per far sì che quest'ultimo annulli qualsiasi beneficio economico che l'autore della violazione possa aver conseguito. Il Giudice di Pace insiste sul collegamento tra l'effettività dell'applicazione del diritto antitrust e l'effetto deterrente della sanzione. Questi due profili, a ben vedere, possono essere letti certamente in sequenzialità logica l'uno con l'altro, come sembra fare il Giudice di Pace di Bitonto, ma altresì parallelamente come applicazione in contemporanea tanto del principio di dissuasività quanto del principio di effettività. Se dall'effettività discende il bisogno di garantire l'annullamento, per il tramite della sanzione, di qualsiasi beneficio economico conseguito dall'autore della violazione, la dissuasività si declina nell'effetto deterrente della sanzione, come riconosciuto esplicitamente anche dalla decisione del Giudice di Pace di Bitonto.

Le Sezioni Unite nel 2017, nell'enunciare il principio di diritto e nello sviluppare la loro analisi sul ruolo dei danni punitivi nell'ordinamento italiano, avviano con piena consapevolezza un dialogo con una consolidata giurisprudenza precedente che, ad esclusione della decisione del Giudice di Pace di Bitonto – peraltro non richiamata dalle Sezioni Unite – aveva sempre giudicato incompatibile l'istituto dei danni punitivi con le caratteristiche del sistema della responsabilità civile in Italia. D'altro canto, tuttavia, ad onta dei *trend* giurisprudenziali, le Sezioni Unite fanno riferimento all'*esteso dibattito dottrinale che da tempo sollecita un intervento giurisprudenziale sul tema*. Il percorso ricostruttivo della Suprema Corte parte dalla decisione n. 1183/07, la quale esclude in radice la compatibilità dei danni punitivi con i principi della responsabilità civile in virtù del “*carattere monofunzionale*” di essa, “*avente la sola funzione di "restaurare la sfera patrimoniale" del soggetto leso*”. Successivamente, nota la Corte, “*in Cass. 1781/2012 l'esclusione del carattere sanzionatorio della responsabilità civile è stata più esplicitamente riferito ai limiti della "verifica di compatibilità con l'ordinamento italiano della condanna estera al risarcimento dei danni da responsabilità contrattuale"*”. Dopo aver dato conto di questi antecedenti giurisprudenziali, la Suprema Corte prende molto chiaramente posizione sul tema, definendo “*superati*” gli arresti citati in precedenza e sollecitando dunque un più generale ripensamento del problema, al fine di costituire un filtro valido per la valutazione del profilo critico da discutere. Principale intento della Corte è smentire la prospettiva “monofunzionale” della responsabilità civile ed affermare invece che “*che accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza) è emersa una natura polifunzionale (...), che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva*”. Il riferimento alla deterrenza o dissuasività è particolarmente significativo perché consente non solo – come si vedrà in seguito – di costruire nessi logici importanti con la giurisprudenza in tema di risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale, ma permette anche di coniugare questa natura deterrente con quella sanzionatoria, riempiendo di significato l'affermazione di quest'ultimo profilo (i.e. quello appunto “sanzionatorio”). A supporto dell'affermazione di questa nuova concezione, le Sezioni Unite

recano un loro precedente – SSUU n. 9100/2015 in tema di responsabilità degli amministratori – che già aveva messo in luce come una funzione sanzionatoria del risarcimento del danno non dovesse più considerarsi incompatibile con i principi generali dell’ordinamento, ma solo – sottolineavano le Sezioni Unite nel 2015 – allorché il danno “sanzionatorio” trovasse legittimazione e fonte in una legge che lo disciplinasse. Diversamente, gli ostacoli rappresentati dall’Articolo 25 della Costituzione e dall’Articolo 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo avrebbero sbarrato la strada a qualunque riconoscimento generalizzato dei danni punitivi, in ossequio al principio *nulla poena sine lege*. Nella sentenza in esame, a distanza di due anni, le Sezioni Unite appaiono più decise nel riconoscere, in linea teorica e generale, una compatibilità di fondo tra il sistema della responsabilità civile e l’istituto dei *punitive damages*. Una lunga lista di riferimenti normativi esemplifica il concetto che, come dimostrato da codesta lista, in diversi settori appare già abbracciato senza remore dal legislatore e giustificato da un panorama normativo che “denota l’urgenza che avverte il legislatore di ricorrere all’armamentario della responsabilità civile per dare risposta a bisogni emergenti, dall’altro dimostra, con la sua vivacità, quanto sia inappagante un insegnamento che voglia espungere dal sistema, confinandole in uno spazio indeterminato e asfittico, figure non ridicibili alla “categoria”. Del resto, notano le Sezioni Unite, possono rinvenirsi, anche nella recente giurisprudenza costituzionale, agganci limpidi che consentono di rivalutare il ruolo generale della responsabilità civile connotandolo altresì in chiave sanzionatoria: riferimenti espliciti sono operati nei confronti delle sentenze nn. 303/2011 e 152/2016 le quali, l’una in riferimento alla l. 183/2010 – e quindi ai criteri di liquidazione del danno in materia laburistica – e l’altra in riferimento all’articolo 96 del c.p.c., hanno sostenuto espressamente la tesi per cui queste due disposizioni normative intendono il risarcimento ivi disciplinato anche in chiave sanzionatoria. L’aggancio alla giurisprudenza costituzionale consente alle Sezioni Unite di esplicitare il loro ragionamento giustificandolo sulla base di **un’esigenza di effettività della tutela**: come infatti ricorda la sentenza in esame, “Vi è dunque un riscontro a livello costituzionale della cittadinanza nell’ordinamento di una concezione polifunzionale della responsabilità civile, la quale risponde soprattutto a un’esigenza di effettività”. L’effettività qui menzionata va ovviamente coordinata altresì con il riferimento alla deterrenza o dissuasività alla quale pure la stessa sentenza fa ampio e diretto riferimento.

L’ultimo argomento a supporto della ricollocazione dei danni punitivi nell’ordinamento italiano consiste nell’analisi della **compatibilità tra i danni punitivi e l’ordine pubblico**, inteso “come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l’ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell’uomo comuni ai diversi ordinamenti e desumibili, innanzi tutto, dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria” (cfr. ord. 9978/16 pag. 21), può far pensare a una “riduzione della portata del principio di ordine pubblico”. Ciò che va registrato è senz’altro che la nozione di “ordine pubblico”, che costituisce un limite all’applicazione della legge straniera, ha subito profonda evoluzione. Da “complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico, e nei principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici” (così Cass. 1680/84) è divenuto il distillato del “sistema di tutele approntate a livello sovraordinato rispetto a quello della legislazione primaria, sicché occorre far riferimento alla Costituzione e, dopo il trattato di Lisbona, alle garanzie approntate ai diritti fondamentali dalla Carta di Nizza, elevata a livello dei trattati fondativi dell’Unione Europea dall’art. 6 TUE (Cass. 1302/13)”. La dottrina ha spiegato che l’effetto principale recato dal recepimento e dall’interiorizzazione del diritto sovranazionale non è la riduzione del controllo avverso l’ingresso di norme o sentenze straniere che possono “minare la coerenza interna” dell’ordinamento giuridico.”. Dal riferimento al contesto europeo le Sezioni Unite deducono – come indicato anche dal richiamo all’articolo 67 del TFUE – che l’idea stessa di ordine pubblico in funzione dello

spazio di libertà, sicurezza e giustizia concepito dall'ordinamento giuridico dell'Unione Europea, allarghi i confini della nozione di ordine pubblico processuale, garantendo quindi un più ampio riconoscimento delle sentenze straniere. D'altro canto, lo stesso non può valere con riferimento all'ordine pubblico sostanziale e, di conseguenza, meno aperture potranno essere ammesse in settori, quali quello laburistico, presidiati *“da un insieme di norme di sistema che attuano il fondamento della Repubblica.”* Del resto, il criterio guida affermato dalle Sezioni Unite rimane sempre il principio di effettività, che vale, come è ovvio che sia, tanto con riferimento alla pretesa risarcitoria del danneggiato attore quanto con riferimento al diritto di difesa del convenuto.

3.6.3 La giurisprudenza italiana

Le sentenze esaminate rappresentano, all'interno di un quadro sistematico, due importanti punti di svolta con riferimento al problema della compatibilità dell'istituto dei danni punitivi con l'ordinamento giuridico italiano. In particolare, la prima fattispecie risulta di immediata attinenza al tema della tutela del consumatore e del risarcimento per danno da intesa anticoncorrenziale e, alla luce di ciò, le parole del Giudice di Pace di Bitonto possono essere considerate una diretta – e, lo si è rilevato, molto forte – applicazione dei principi espressi dalla Corte di Giustizia in *Manfredi* al caso specifico di riferimento. Dieci anni più tardi, l'intervento delle Sezioni Unite riveste un significato rilevante specie sul piano sistemico, non potendo direttamente desumere dalla decisione n. 16601/2017 conseguenze pratiche circa il regime del danno da intesa anticoncorrenziale. Nondimeno, questa sentenza ricostruisce in maniera estremamente limpida e sintetica il percorso svolto dalla giurisprudenza di cassazione italiana con riferimento al profilo dei danni punitivi, evidenziando, all'interno di detto percorso, i momenti di chiusura nei confronti di questo istituto – con le relative giustificazioni giuridiche – ed i momenti di apertura parziale. Va subito chiarito che l'arresto del 21 maggio 2007 del Giudice di Pace di Bitonto rappresenta un precedente isolato nel contesto giurisprudenziale italiano, perlomeno prima dell'intervento delle Sezioni Unite. Le decisioni successive a quella del Giudice di Pace di Bitonto riaffermano la generale incompatibilità tra l'istituto dei danni punitivi e l'ordinamento giuridico italiano. La decisione n. 1183/2007, ove viene affermato il carattere monofunzionale del risarcimento, rappresenta il vero punto di riferimento per le Corti italiane che ne hanno, con più o meno aderenza, riaffermato il contenuto – si faccia riferimento, a titolo esemplificativo, a Trib. Varese 7 maggio 2010, Cass. 1781 del 2012, Corte d'Appello di Roma n. 869/2014, Cass. 12717/2015. Purtuttavia, taluni arresti – in particolare ci si riferisce a Cass. 1766/2014 – già prima delle Sezioni Unite nel 2017, avevano caldeggiato l'introduzione, da parte del legislatore, di fattispecie di danni punitivi, adottando quindi un approccio possibilista ma legato al principio *nulla poena sine lege* come desumibile dalla Sentenza delle Sezioni Unite n. 9100/2015 già citata in precedenza. È solo con l'intervento delle Sezioni Unite nel 2017 che il profilo dell'effettività, quello della dissuasività e quello del risarcimento con funzione sanzionatoria vengono coniugati sistematicamente, idealmente riprendendo – seppur con riferimento a fattispecie del tutto diverse – un discorso avviato dal Giudice di Pace di Bitonto dieci anni prima. La sentenza n. 16601 del 2017 rappresenta quindi un momento spartiacque, le cui conseguenze pratiche andranno ovviamente valutate nel corso del tempo ma che, tuttavia, ha già goduto di una recezione da parte di alcune pronunce di merito che hanno affermato, seguendo le indicazioni delle Sezioni Unite, che ***“Non è quindi logicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi”, così Cass. SS.UU. 16601/2017, ma senza che vi sia però luogo per un risarcimento vero e proprio di concreti pregiudizi di cui, nel loro storico accadere, non è avuta infine alcuna contezza*** (Trib. Catania, sent. N. 466/2018 del 31 gennaio 2018). Il percorso di progressiva integrazione dell'istituto dei danni punitivi nell'ordinamento giuridico

italiano e, in particolare, nel settore delle tutele antitrust, va valutato alla luce tanto di considerazioni di carattere generale desumibili dalla sentenza delle Sezioni Unite quando dal quadro legislativo di riferimento. In particolare, l'affermazione di non incompatibilità dei danni punitivi con l'ordinamento giuridico italiano non pare automaticamente tradursi in una generale ammissibilità dell'istituto che, nel caso di specie, trova comunque fondamento in una decisione straniera ma che in Italia ancora non è di applicazione generalizzata (v. § 1.1.5).

3.6.4 La giurisprudenza europea

Casi di riferimento: C-295/04 (*Manfredi et al.*); C-407/14 (*Arjona Camacho*); C-367/15 (*Stowarzyszenie*)

Rispetto alla giurisprudenza italiana, quella della Corte di Giustizia dell'Unione Europea denota una sostanziale continuità con riferimento al tema in esame, senza – perlomeno sino ad ora – punti di rottura o di svolta. Nell'evoluzione giurisprudenziale Europea ancora una volta la sentenza *Manfredi* costituisce un *prius* logico per l'elaborazione di una sistematica dell'istituto dei danni punitivi e ciò è ampiamente dimostrato dal fatto che le due sentenze più recenti selezionate per l'analisi fanno entrambe riferimento diretto alla decisione resa nel caso *Manfredi*.

Nello specifico, la sentenza C-407/14 (*Arjona Camacho*) attiene all'interpretazione dell'articolo 18 della Direttiva n. 2006/54 concernente il risarcimento del danno da licenziamento discriminatorio – nel caso di specie per discriminazione fondata sul sesso. In particolare, la questione pregiudiziale sottoposta alla Corte riguarda l'interrogativo “*Se l'articolo 18 della direttiva 2006/54, nella parte in cui prevede il carattere dissuasivo (oltre che effettivo e proporzionato al danno subito) dell'indennizzo alla vittima di una discriminazione fondata sul sesso, possa essere interpretato nel senso che autorizza il giudice nazionale a pronunciare una condanna veramente addizionale per danni punitivi ragionevoli (...), mantenendosi tuttavia entro i limiti della proporzionalità; e ciò anche qualora tale figura di danni punitivi sia estranea alla stessa tradizione giuridica del giudice nazionale*”.

- i) La sentenza *Stowarzyszenie* riguarda un caso di tenore diverso nei fatti – si verte in tema di violazione del diritto di proprietà intellettuale e di interpretazione della Direttiva n. 2004/48 – ma simile sotto il profilo giuridico, fondato sulla questione “*se l'articolo 13 di tale direttiva osti a che una norma di diritto nazionale consenta al titolare di un diritto proprietà intellettuale di chiedere il risarcimento dei danni al presunto autore della violazione per un importo prestabilito che potrebbe essere descritto, per usare la terminologia del giudice del rinvio, come «punitivo».*” Entrambe queste sentenze fanno riferimento – concettuale, non letterale – alla soluzione che in *Manfredi* fu data alla quinta ed ultima questione pregiudiziale, soluzione in ossequio alla quale “*In mancanza di disposizioni di diritto comunitario in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono la determinazione dell'entità del risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE, purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività.*”. A ben vedere, ciò che preoccupa la Corte di Giustizia in *Manfredi* non è tanto l'applicabilità o meno dei danni punitivi, ma il rispetto dei principi di equivalenza ed effettività – come altresì specificato al punto 92 della decisione – i quali tuttavia non devono eccedere il proprio scopo e condurre ad un arricchimento privo di causa. Nota infatti la Corte che “*Tuttavia, risulta da una giurisprudenza costante che il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto*”. Il ragionamento sviluppato in *Manfredi*, dunque, costituisce tanto un'apertura quanto una presa di posizione di prudenza. La stessa attenzione ad evitare sconfinamenti è ravvisabile in *Arjona Camacho*

allorché la Corte, dopo aver richiamato *Manfredi*, constata l'assenza della nozione di danni punitivi nel diritto spagnolo e, pur in un contesto di non incompatibilità a livello europeo, esclude che la Direttiva n. 2006/54 possa da sola fondare la comminazione di danni punitivi, senza il supporto di una legislazione nazionale che lo preveda (Punto 43). Una normativa nazionale inerente al problema è invece analizzata dalla Corte in *Stowarzyszenie*, ove, a partire dalle medesime premesse, si sancisce la compatibilità con l'ordinamento Europeo di una normativa nazionale che preveda il “*pagamento di una somma di denaro equivalente al doppio o, nel caso di violazione colposa, al triplo della remunerazione adeguata che sarebbe stata dovuta*” (Articolo 79 della Legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi della Repubblica di Polonia). Ad oggi, tanto da *Manfredi* quanto dalle decisioni *Arjonia Camacho* e *Stowarzyszenie*, è possibile dedurre il principio generale per cui l'istituto dei danni punitivi – quanto al risarcimento per illecito anticoncorrenziale come quanto ad altre fattispecie risarcitorie – non contrasta *a priori* con l'ordinamento giuridico comunitario e, laddove il diritto comunitario imponga agli Stati membri di disciplinare misure risarcitorie per determinate violazioni, nulla impedisce al legislatore nazionale di prevedere, quale ulteriore livello di tutela, fattispecie sanzionatorie punitive (v. punto 28 della sentenza *Stowarzyszenie*). Nondimeno, le stesse sentenze enunciano con molta chiarezza il principio per cui il risarcimento – anche nella sua componente “punitiva” – debba sempre essere “dissuasivo e proporzionato” al danno. Nelle decisioni *Arjonia Camacho* e *Stowarzyszenie* tuttavia, ancor più che in *Manfredi*, pare emergere come la Corte consideri la presenza o meno di una legislazione nazionale in tema di danni punitivi come il discrimine per la facoltà del giudice di comminare o meno tali danni. In altre parole, posta la generale compatibilità dell'istituto dei danni punitivi con l'ordinamento giuridico europeo e posto che l'applicazione di tale rimedio va sempre e comunque coordinata sulla base dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività, il giudice nazionale può legittimamente comminare danni punitivi solo in presenza di una fonte normativa nazionale che lo consenta.

Calandosi ora nella prospettiva del risarcimento per danno da intesa anticoncorrenziale, la scelta del Giudice di Pace di Bitonto del 21 maggio 2007 si pone apparentemente in contrasto con le più recenti statuizioni della Corte di Giustizia sul tema. Resta da considerare il problema, valutato dal Giudice di Pace di Bitonto, per il quale il significato più importante della deterrenza risiede nella necessità di evitare che il responsabile della violazione della normativa antitrust continui a trarre benefici economici dalla suddetta violazione e ciò è sufficiente a fondare la comminazione di danni punitivi: si tratta di un'affermazione che trova, nel ragionamento sviluppato da quella decisione, delle adeguate basi giuridiche, ma che sembra smentita dagli sviluppi più recenti.

3.6.5 *Rilievi conclusivi e questioni aperte*

Come si è potuto dedurre dall'analisi che precede, il dibattito nazionale sulla disciplina dei danni punitivi è estremamente giovane e ha visto solo nel 2017 lo sciogliersi di uno dei nodi fondamentali che lo riguardano. Il *trend* evolutivo della giurisprudenza pare orientato ad ammettere in misura crescente l'introduzione di fattispecie di danni punitivi nell'ordinamento italiano, con il contrappeso, tuttavia, per il quale il giudicante deve tenere presente il bisogno di non stravolgere i fondamenti del sistema – che vedono comunque il risarcimento come essenzialmente compensativo – e di evitare, conseguentemente, ingiustificati arricchimenti. Del resto, come si è avuto modo di osservare, le stesse Sezioni Unite, in relazione alla possibilità di delibare una decisione straniera, hanno affermato un generale criterio di “non incompatibilità” ma non di “ammissibilità”. Più decisa, da questo punto di vista – anche per la fattispecie oggetto

della decisione – potrebbe essere la decisione del giudice di Pace di Bitonto del 21 maggio 2007, dove la comminazione di danni punitivi è giustificata dalla necessità di rendere “effettiva” la tutela dei diritti garantiti dall’ordinamento comunitario e quindi annullare qualunque beneficio economico ottenuto dal responsabile della violazione antitrust. Tuttavia, come si è visto, la Corte di Giustizia, seppur in riferimento a fattispecie diverse, sembra aver tracciato una regola generale per cui, ove la legislazione nazionale non disciplini il regime dei danni punitivi, il giudice non possa fare affidamento sul solo ordinamento Europeo per comminarli.

Ad oggi, il quadro deve anche tenere conto dell’evoluzione legislativa intercorsa ed in particolare di due riferimenti normativi: l’articolo 3 della Direttiva n. 104/2014 secondo il quale (§ 3) **“Il pieno risarcimento ai sensi della presente direttiva non conduce a una sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura.”** e l’articolo 14 del d.lgs n. 3/2017 – di attuazione della Direttiva n. 104/2014 – che statuisce come (1° comma) **“Il risarcimento del danno causato da una violazione del diritto della concorrenza dovuto al soggetto danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile”**.

Un primo, relevantissimo profilo critico è quindi proprio quello che emerge dalla lettura congiunta dell’evoluzione giurisprudenziale e del contesto normativo e che pone quindi un serio dubbio circa l’ammissibilità stessa della comminazione di danni punitivi in fattispecie risarcitorie di *private antitrust enforcement*. Questo perché, pur in un quadro di “non incompatibilità” (Cass. 16601/2017) e pur non ostando né la Direttiva n. 104 né i principi dell’ordinamento comunitario all’introduzione, da parte del legislatore nazionale o alla comminazione da parte del giudice, di danni punitivi, la normativa nazionale (articolo 14 del d.lgs 3/2017) ancora la quantificazione del danno ai criteri dettati dagli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile, confermando gli stessi riferimenti codicistici che invece il Giudice di Pace di Bitonto nella decisione del 21 maggio 2007 aveva voluto sconfiggere in quanto non idonei a rendere effettiva la tutela.

Resta da valutare l’ipotesi in cui il giudice, ritenendo – alla stregua del Giudice di Pace di Bitonto – che il rispetto dei principi di effettività e di dissuasività nell’ambito di fattispecie derivanti dal diritto Europeo imponga la definizione di un rimedio risarcitorio ulteriore a quello desumibile dalla disciplina del codice civile italiano, decida, richiamandosi direttamente alla giurisprudenza *Manfredi* ed al criterio di non incompatibilità affermato dalle Sezioni Unite, di procedere alla comminazione di danni punitivi, quasi a voler considerare che, con la decisione n. 16601/2017, i danni punitivi siano entrati a pieno titolo nell’ordinamento giuridico italiano. D’altro canto, l’ipotesi prospettata potrebbe essere letta quale eccessiva forzatura delle “aperture” tanto della giurisprudenza Europea quanto di quella Italiana. Con riguardo alla giurisprudenza italiana, in particolare, si ribadisce che la novità della svolta impone cautela nel valutare le possibili ripercussioni di quanto statuito dalle Sezioni Unite. L’analisi del profilo critico in esame conduce quindi a porsi la seguente questione:

Alla luce dell’articolo 14 del d.lgs n. 3/2017 e dei principi affermati dalle Sezioni Unite con decisione n. 16601 del 2017, la posizione dei danni punitivi nel contesto del <i>private antitrust enforcement</i> va giudicata in regime di compatibilità o incompatibilità? Può il giudice derivare dall’affermazione di “non incompatibilità” di cui alla decisione n. 16601/2017 e dalla necessità di approntare un rimedio effettivo e dissuasivo alla lesione dell’interesse generale del mercato e particolare del consumatore – alla stregua di quanto elaborato nella decisione del 21 maggio 2007

del Giudice di Pace di Bitonto – la possibilità di comminare danni punitivi pure laddove il testo del d.lgs n. 3/2017 ciò escluda?

In secondo luogo, ferma restando la scarsità di riferimenti giurisprudenziali al riguardo – il riferimento di maggiore rilievo rimane sempre la decisione del 21 maggio 2007 – viene da chiedersi in che rapporto la comminazione di danni punitivi si ponga con la sanzione irrogata invece dall'Autorità Garante. Posto che le tutele antitrust rispondono ad un duplice ordine di interessi collegati – un primo ordine di carattere pubblicistico ed attinente al buon funzionamento del mercato; un secondo ordine di carattere privatistico corrispondente all'interesse patrimoniale del consumatore danneggiato – è certamente vero che una componente punitiva del risarcimento a favore del consumatore danneggiato può realizzare in concreto quella dissuasività di cui la sanzione necessita, ma è altresì ragionevole chiedersi se forse il principio di dissuasività non sia già soddisfatto dalla sanzione dell'Autorità Garante. La violazione della normativa antitrust si espone tanto ad un *public enforcement* che ad un *private enforcement* e che il primo piano di tutele, quello pubblicistico, porta già ad una sanzione il cui intento è proprio sanzionatorio-deterrente e mira ad eliminare il vantaggio economico ottenuto dal responsabile della violazione.

Come può risolversi, nel contesto di un giudizio per risarcimento danni da violazione della normativa antitrust, il rapporto tra la necessaria dissuasività della sanzione e la presenza, nella grande maggioranza dei casi, di un doppio piano di tutela, pubblicistico e privatistico, con la presenza quindi di un doppio livello di sanzioni?

Il secondo profilo critico attiene senza dubbio alla quantificazione del danno punitivo. Con riferimento a questo punto emerge in tutta la sua valenza il ruolo del principio di proporzionalità, come declinato a più riprese dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. La casistica offre degli spunti di riflessione ma non criteri definitivi: la sentenza *Stowarzyszenie*, ad esempio – in una fattispecie non attinente al diritto antitrust – giudica compatibile con l'ordinamento europeo una disciplina nazionale che consenta al giudice la comminazione di una sanzione punitiva corrispondente al doppio del danno effettivamente subito (v. punto 25). La Corte si spinge oltre, al punto 26, osservando come l'idea stessa di un risarcimento forfettario – in quel caso ammesso dalla direttiva di riferimento – non contrasta con il principio di proporzionalità. In terzo luogo, la Corte statuisce – al punto 32 – che non è possibile pretendere che l'attore danneggiato provi la sussistenza del nesso causale non solo tra la violazione di legge ed il danno – peraltro coperta, in tema di antitrust e a certe condizioni, da presunzioni relative – ma anche tra la violazione di legge ed il preciso ammontare del danno subito. Da ciò può trarsi la conseguenza che i danni punitivi possono assumere la forma di risarcimento forfettario senza violare il principio di proporzionalità? Del resto, già il Giudice di Pace di Bitonto nella sentenza del 21 maggio 2007 aveva stabilito un risarcimento pari al doppio del danno concretamente subito dall'attore. Il riconoscimento di **somme forfettarie** appare dunque essere lo strumento forse più immediato per disciplinare la comminazione di danni punitivi ed evitare risarcimenti stratosferici, palesemente sproporzionati rispetto al danno. Ci si deve però interrogare su come possa atteggiarsi il rapporto, sul piano concreto e della quantificazione del risarcimento, tra la modalità di liquidazione sulla base di una somma forfettaria, la dissuasività del rimedio in funzione di prevenire ulteriori violazioni e la proporzionalità dello stesso, attinente all'entità del beneficio economico concretamente ottenuto dal responsabile della violazione. Anche in questo frangente è necessario considerare poi la presenza di un doppio piano di tutela, ove alla sanzione privatistica si affianca la sanzione comminata dall'Autorità Garante.

Come si atteggia, sul piano concreto, il rapporto, tra la modalità di liquidazione sulla base di una somma forfettaria, la dissuasività del rimedio in funzione di prevenire ulteriori violazioni e la proporzionalità dello stesso, attinente all'entità del beneficio economico ottenuto dal responsabile della violazione? Un criterio che individui nel doppio del valore del danno subito un parametro forfettario per un risarcimento del danno che abbia tanto una componente riparatoria quanto una sanzionatoria può sempre definirsi rispettoso dei principi di dissuasività e proporzionalità? È possibile ammettere invece un criterio di calcolo del risarcimento non forfettario, ma ancorato all'illecito vantaggio economico ottenuto dall'impresa responsabile della violazione antitrust? Ai fini di questo calcolo, in che termini è possibile utilizzare, ove disponibile, l'accertamento contenuto nel provvedimento dell'Autorità Garante?

3.7 I criteri di quantificazione della sanzione pecuniaria alla luce dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività⁷⁵

3.7.1 La questione

Come si declinano i principi di proporzionalità e dissuasività rispetto alla valutazione dell'adequatezza delle sanzioni amministrative in materia di pratiche commerciali scorrette?

In questa sezione si analizzano i criteri di determinazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, alla luce dei principi europei di effettività, proporzionalità e dissuasività. Occorre brevemente accennare alla disciplina in materia, per poi identificare le principali questioni.

La disciplina di diritto positivo si rinviene in particolare nell'art. 11 della l. 689/1981 secondo cui *“nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche”*. Tale norma si applica in generale rispetto alla determinazione della misura delle sanzioni amministrative salvo norme speciali che lo escludano, in ragione di quanto previsto dall'art. 12 della legge citata. In materia di pratiche commerciali scorrette poi, è l'art. 27 cod. cons. a richiamare esplicitamente l'art. 11 l. 689/81.

L'applicazione dell'art. 11, cit., è esclusa dall'art. 195 *quinquies* TUF per le sanzioni ivi previste nella parte V, titolo II⁷⁶. Viene a tal proposito in rilievo l'art. 194 *bis* TUF, secondo cui rispetto alle sanzioni poste dal TUF, *“la Banca d'Italia o la Consob considerano ogni circostanza rilevante e, in particolare, tenuto conto del fatto che il destinatario della sanzione sia persona fisica o giuridica, le seguenti, ove pertinenti: a) gravità e durata della violazione; b) grado di responsabilità; c) capacità finanziaria del responsabile della violazione; d) entità del vantaggio ottenuto o delle perdite evitate attraverso la violazione, nella misura in cui essa sia determinabile; e) pregiudizi cagionati a terzi attraverso la violazione, nella misura in cui il loro ammontare sia determinabile; f) livello di cooperazione del responsabile della violazione con la Banca d'Italia o la Consob; g) precedenti violazioni in materia bancaria o finanziaria commesse da parte del medesimo soggetto; h) potenziali conseguenze sistemiche della violazione; h-bis) misure adottate dal responsabile della violazione, successivamente alla violazione stessa, al fine di evitare, in futuro, il suo ripetersi”*.

⁷⁵ Il paragrafo che segue può essere letto insieme al § 4.3.2 in materia di discrezionalità amministrativa dell'autorità di *enforcement*, in rapporto al sindacato giurisdizionale nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette e dell'illecito anticoncorrenziale.

⁷⁶ L'art. 11 della l. 689/1981 si applica però per esplicita previsione alle sanzioni previste dall'art. 196 TUF.

Per quanto riguarda le sanzioni previste dal titolo VII del TUB, analogamente l'art. 144 *quater* TUB prevede che “nella determinazione dell'ammontare delle sanzioni amministrative pecuniarie o della durata delle sanzioni accessorie previste nel presente titolo la Banca d'Italia considera ogni circostanza rilevante e, in particolare, tenuto conto del fatto che il destinatario della sanzione sia persona fisica o giuridica, le seguenti, ove pertinenti: a) gravità e durata della violazione; b) grado di responsabilità; c) capacità finanziaria del responsabile della violazione; d) entità del vantaggio ottenuto o delle perdite evitate attraverso la violazione, nella misura in cui essa sia determinabile; e) pregiudizi cagionati a terzi attraverso la violazione, nella misura in cui il loro ammontare sia determinabile; f) livello di cooperazione del responsabile della violazione con la Banca d'Italia; g) precedenti violazioni in materia bancaria o finanziaria commesse da parte del medesimo soggetto; h) potenziali conseguenze sistemiche della violazione”.

Occorre infine ricordare che in alcuni casi, ad esempio per quanto riguarda l'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, è la stessa Autorità a limitare ulteriormente la propria discrezionalità, adottando dei provvedimenti che dettano le previsioni di cui al già citato art. 11⁷⁷.

In questa sezione si guarderà dunque all'interpretazione dei criteri posti a livello legislativo che ha dato la giurisprudenza amministrativa, interpretandola alla luce del **principio di proporzionalità e dissuasività delle sanzioni**, di derivazione europea, che assumono una sicura importanza nello sviluppo dell'argomentare delle Corti. Lo si farà in materia di pratiche commerciali scorrette ma pari valutazioni potrebbero riguardare altri illeciti amministrativi commessi ai danni dei consumatori.

3.7.2 Cons. Stato, 16 agosto 2017, n. 4011

3.7.2.1 Il fatto e gli argomenti delle parti

La pronuncia in esame trae origine dalla segnalazione all'AGCM di una pratica commerciale scorretta consistente nella mancata indicazione, tanto nell'ambito del messaggio pubblicitario quanto sulla confezione di imballaggio, della effettiva composizione di un indumento (un accappatoio), verificabile esclusivamente attraverso la lettura dell'etichetta interna del prodotto. All'esito dello svolgimento dell'istruttoria, **l'Autorità ravvisa la violazione degli artt. 21 e 22 cod. cons.** e, per l'effetto, **vieta la diffusione ulteriore** della pratica commerciale scorretta e irroga alla società responsabile una **sanzione amministrativa pecuniaria**.

La **società condannata** ricorre pertanto dinanzi al Tar del Lazio, sostenendo la liceità della propria condotta e **lamentando, in merito all'entità della sanzione applicata, la mancata valutazione da parte dell'Autorità dell'effettiva gravità della pratica commerciale esaminata**. In particolare, la ricorrente contesta l'omessa considerazione sia della portata oggettiva della pratica posta in essere sia, sul piano soggettivo, dei ricavi conseguiti dall'impresa per effetto dell'attuazione della stessa.

Accogliendo queste argomentazioni, il **Tar, pur confermando la scorrettezza della pratica, riduce l'importo della sanzione originariamente comminata**.

L'**AGCM** impugna dunque la sentenza di primo grado, rilevando l'esattezza del proprio operato in sede di quantificazione della sanzione. Ad avviso dell'Autorità, infatti, la determinazione del *quantum* della sanzione prescinde anzitutto, sul piano oggettivo, dalla considerazione di un eventuale pregiudizio cagionato in concreto dalla pratica scorretta; inoltre, sul piano soggettivo, la sanzione pecuniaria deve essere parametrata sulla base del fatturato complessivo dell'impresa

⁷⁷ Si vedano gli articoli 24 ss. dell'allegato alla delibera ARG/com 136/2011, disponibile all'indirizzo: https://www.arera.it/allegati/docs/12/243-12all_ti.pdf.

responsabile e non già sulla base del solo introito derivante dalla commercializzazione del prodotto oggetto della pratica censurata.

Il **Consiglio di Stato**, aderendo alle argomentazioni proposte dall'AGCM, accoglie l'appello.

3.7.2.2 Interesse/diritto leso

Nel convalidare la posizione dell'Autorità, il Consiglio di Stato riconduce la condotta commerciale in questione nell'alveo di *“quelle condotte che, in quanto ingannevoli o omissive, sono potenzialmente idonee ad influenzare e a orientare le scelte del consumatore, compromettendone la libertà di scelta e di autodeterminazione sulla base di inesatte o di incomplete rappresentazioni”*.

In particolare, alla luce dell'originario accertamento della AGCM, la pratica integra una violazione degli art. 21 e 22 del cod. cons., che sanzionano, rispettivamente, ogni azione idonea a indurre in errore il consumatore medio sulle reali caratteristiche del prodotto nonché ogni omissione di informazioni rilevanti di cui il consumatore medio deve venire a conoscenza per maturare una decisione consapevole.

3.7.2.3 Rimedio

Con provvedimento confermato in grado d'appello, l'Autorità adita inibisce la continuazione della pratica commerciale scorretta e condanna la società responsabile al pagamento di una sanzione pecuniaria determinata alla luce dei criteri dettati dall'art.11 della l. 689/1981.

Al riguardo, appare opportuno evidenziare che il potere sanzionatorio esercitato nel caso di specie trova fondamento nell'art. 27, co. 9, cod. cons., ai sensi del quale *“con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 euro a 5.000.000 di euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione”*; inoltre, in forza dell'espresso richiamo di cui al co. 13 della predetta disposizione, la quantificazione della sanzione è operata in applicazione dei parametri di cui all'art. 11, l. 689/1981, secondo cui *“nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche”*.

3.7.2.4 Gli argomenti

Le motivazioni esposte dal Consiglio di Stato muovono dalla considerazione della *ratio* sottesa alla normativa di riferimento, volta a prevenire l'attuazione di pratiche commerciali scorrette attraverso la disincentivazione delle imprese dal commetterle. Tale *ratio*, a giudizio del Collegio, deve essere tenuta in debito conto in sede di quantificazione della sanzione pecuniaria, con almeno un duplice ordine di conseguenze.

In primo luogo, al fine di assicurare una tutela effettiva, l'Autorità è tenuta a valutare l'incidenza potenziale della pratica commerciale sulle scelte dei consumatori, a prescindere dalla concreta causazione di un danno. In altri termini: *“la natura di **illeciti di pericolo**, e non di danno, delle condotte in questione comporta che l'Autorità, nell'accertare il carattere scorretto e ingannevole della pratica, è chiamata a valutare l'impatto della condotta posta in essere con riguardo al potenziale condizionamento dell'autodeterminazione del consumatore”*, atteso che *“il legislatore ha inteso anticipare la soglia di tutela del consumatore al momento dell'approccio pubblicitario al prodotto, disponendo che già in tale sede debba esservi un'adeguata, chiara e veritiera informazione”*.

In secondo luogo, al fine di assicurare la **proporzionalità e la dissuasività** della sanzione, l'Autorità deve determinare il *quantum* della condanna assumendo come parametro di riferimento la dimensione economica dell'operatore. Nel richiamare l'orientamento della Corte di Giustizia

sul punto (sentenza *Nemzeti*, 16 aprile 2015, C-388/13), il Consiglio di Stato precisa che, **affinché la sanzione assolva a una concreta funzione deterrente**, *“l’accertamento della violazione ai fini della quantificazione della sanzione non deve, pertanto, essere valutato in base ai ricavi conseguiti attraverso la commercializzazione del prodotto oggetto della condotta illecita, ma avendo invece quale punto di riferimento il diverso criterio del fatturato complessivo realizzato dal professionista nell’ultimo anno”*.

3.7.3 La giurisprudenza italiana

Occorre collocare il caso appena esaminato all’interno della giurisprudenza nazionale che si è sviluppata rispetto alla modulazione della misura della sanzione.

3.7.3.1 La misura della sanzione nella giurisprudenza amministrativa

Si può a tal proposito richiamare la sentenza **Tar Lazio, n. 12709 del 10 novembre 2015**, in cui il Tribunale afferma che, al fine di quantificare la sanzione, occorre valutare *“il comportamento posto in essere dall’operatore rispetto alla diligenza professionale richiesta alla stregua della normativa di riferimento, sia la descritta potenzialità lesiva della predetta prassi commerciale per le sue possibili diffuse ricadute economiche sui consumatori”*. Tale indirizzo è dal giudice amministrativo posto a confronto con l’orientamento espresso dalla Corte di Giustizia nel caso *Nemzeti*⁷⁸, richiamando la parte in cui i Giudici di Lussemburgo pongono l’accento sulla necessità che le sanzioni siano *“adequate ed efficaci”*; il Tar ricorda che dunque queste devono *“assolvere ad una concreta funzione dissuasiva, prendendo in debita considerazione fattori quali la frequenza della pratica addebitata, la sua intenzionalità o meno e l’importanza del danno che ha cagionato al consumatore”*.

Con riguardo ai parametri in base a cui la giurisprudenza valuta la proporzionalità della sanzione, si può richiamare **Cons. Stato, n. 4378, del 19 settembre 2017**, in cui il supremo giudice amministrativo afferma l’opportunità di un’interpretazione dei parametri di quantificazione di cui all’articolo 11 della Legge n. 689/81 che valorizzino, *“la diffusività dei messaggi pubblicitari censurati (suscettibili di raggiungere un considerevole numero di consumatori), l’ampiezza della campagna pubblicitaria ed il carattere reiterato dei messaggi, la durata della campagna pubblicitaria, il carattere insidioso della pratica commerciale in ragione del carattere vulnerabile dei consumatori (...), la dimensione economica e la notorietà professionale dell’impresa”*. Di interesse anche la pronuncia **Tar Lazio, n. 14102, del 16 dicembre 2015**, in cui il giudice amministrativo valuta la gravità in relazione alla diffusione della condotta fra i consumatori, nel caso di specie rivolta a *“una platea indiscriminata di consumatori via internet”*, tenendo conto della durata della violazione. Il Tribunale si sofferma poi sull’**importanza della valutazione della proporzionalità della sanzione** *“in relazione al fatturato globale della ricorrente”*⁷⁹, anche tenuto conto della *“funzione dissuasiva da riconoscere alle sanzioni amministrative in questo campo”*. Rispetto alla rilevanza della dimensione economica si può richiamare anche **Tar Lazio, 4 giugno 2012, n. 5026**, nel quale il giudice amministrativo ha affermato che *“il parametro della dimensione economica - che va sicuramente considerato in quanto incluso tra i criteri di carattere generale dettati dall’art. 11 della l. n. 689 del 1981, senza che tuttavia l’Autorità sia tenuta ad una puntuale considerazione delle quote di mercato (a differenza di quanto avviene, ad esempio, in materia di tutela della concorrenza) - non solo assicura gli effetti deterrenti della sanzione, ma è anche idoneo, di per sé, a rendere più efficace la comunicazione pubblicitaria e, pertanto, ad aggravarne la valenza lesiva”*. Sul punto pare opportuno citare anche **Tar Milano, 15 dicembre 2015 n. 2654**, relativa a una sanzione comminata dall’AEEG, secondo cui rispetto alla valutazione circa le *“condizioni economiche dell’agente”*, *“è ovvio che il fatturato (...) sia rilevante; pur tuttavia la sanzione pecuniaria (...), non può assurgere ad una sorta di “sanzione punitiva” legata soltanto alla dimensione aziendale, dovendo comunque essere sempre commisurata all’illecito in concreto posto in essere”*.

⁷⁸ Si veda sul punto il § XX.

⁷⁹ Nello stesso senso Tar Lazio, n. 866 del 26 gennaio 2012.

La funzione dissuasiva della sanzione nell'argomentazione del Tribunale assume particolare rilevanza; questa viene interpretata alla luce del già citato caso *Nemzeti*⁸⁰. Si legge a tal proposito nella sentenza del Tar che le sanzioni devono essere *“adeguate ed efficaci e dunque assolvere ad una concreta funzione dissuasiva, prendendo in debita considerazione fattori quali la frequenza della pratica addebitata, la sua intenzionalità o meno e l'importanza del danno che ha cagionato al consumatore”* (nello stesso senso anche **Tar Lazio n. 3101 dell'11 marzo 2016**).

Di interesse anche la pronuncia **Cons. Stato, del 13 febbraio 2018 n. 911** che si trova a giudicare della proporzionalità di una sanzione irrogata dall'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas all'Enel in ragione della violazione del *Testo integrato delle disposizioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas in materia di qualità dei servizi di distribuzione, misura e vendita*. Il supremo giudice amministrativo ha affermato la violazione del principio di proporzionalità, in quanto la sanzione non è proporzionata rispetto alla non gravità del fatto. Ancora in materia di sanzioni irrogate dall'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas, è di particolare interesse la pronuncia del **Consiglio di Stato, n. 4580, del 15 luglio 2010**, in cui si afferma che rispetto all'individuazione del parametro per valutare la dimensione economica dell'impresa ai fini della proporzionalità della sanzione *“la scelta di fare riferimento, per quantificare la sanzione, al fatturato anziché all'utile netto è legittima in quanto (...) il fatturato appare più idoneo a rivelare la capacità economica dell'impresa. Basti considerare che l'utile di bilancio potrebbe essere determinato in maniera non elevata per variati motivi (anche solo fiscali), che spesso il momento di irrogazione della sanzione non coincide con quello dell'approvazione del bilancio di esercizio, e, infine, che il bilancio potrebbe chiudere anche in perdita (il che renderebbe impossibile applicare la sanzione)”*. Chiaramente il giudice amministrativo tende a garantire non solo la proporzionalità ma anche la dissuasività della sanzione, posto che il riferimento a un parametro facilmente “manovrabile” da parte dell'impresa potrebbe ridurre la forza dissuasiva della sanzione.

3.7.3.2 [La misura della sanzione nella giurisprudenza civile](#)

Rispetto ai giudizi che si incardinano davanti al giudice ordinario, si possono richiamare l'art. 195 TUF e 145 TUB, che prevedono la giurisdizione del giudice civile⁸¹.

Con riguardo ai giudizi civili, e rispetto alla misura della sanzione, è opportuno ricordare l'orientamento secondo cui *il giudice dell'opposizione a provvedimento sanzionatorio, nel sindacato sull'ammontare della pena pecuniaria, è autonomamente chiamato a controllarne la rispondenza alle previsioni di legge, e, pertanto, non è soggetto a fissi parametri di proporzionalità, correlati al numero ed alla consistenza degli addetti, potendo reputare congrua l'entità della sanzione inflitta dall'autorità amministrativa sulla base di una molteplicità di incolpazioni anche quando ritenga insussistente una di esse, ove esprima, come nella specie, un apprezzamento di sostanziale ininfluenza della medesima di quest'ultima sulla complessiva gravità dei fatti (o sempre che, come pacificamente nel caso in esame, siano rispettati i limiti di legge)”* (Cass. Civ. 4 novembre 2011, n. 16498; nello stesso senso Cass. Civ. 2 aprile 2015, n. 6778; Cass. Civ. 7 aprile 2017, n. 9126). Parzialmente simile è l'indirizzo secondo cui *“in tema di sanzioni amministrative pecuniarie, quali appunto quelle per violazione della legge bancaria, ove la norma indichi un minimo e un massimo della sanzione, spetta al potere discrezionale del giudice determinarne l'entità entro tali limiti, senza esser tenuto nemmeno a specificare in sentenza i criteri adottati nel procedere a detta determinazione”* (**Cass. Civ., 9546, 18 aprile 2018**).

Occorre anche rammentare che rispetto alla decisione di merito non è previsto un secondo grado di giudizio; il ricorso in Cassazione circa la misura della sanzione pecuniaria modulata dal giudice

⁸⁰ Si veda sul punto il § 3.7.4.

⁸¹ Si veda più in dettaglio il § 4.3.2.3.3.

dell'opposizione è proponibile *“ove siano stati superati i limiti edittali della sanzione, oppure emerga dal provvedimento che non si sia tenuto conto dei parametri previsti dall'art. 11 della l. 689 del 1981, quali la gravità della violazione, la personalità dell'agente e le sue condizioni economiche”* (Cass. Civ., 9546, 18 aprile 2018). In punto di valutazione delle condizioni economiche del soggetto destinatario della sanzione amministrativa, preme segnalare la sentenza della **Corte di Cassazione, n. 12502/2018**, che accoglie il ricorso di un amministratore di società di gestione del risparmio avverso la sentenza di appello, a sua volta avente ad oggetto l'impugnazione del provvedimento sanzionatorio della Banca d'Italia per carenze organizzative, dei controlli interni e dei prospetti contabili determinate dal consiglio di amministrazione. Pur non invocata espressamente, la sproporzione della sanzione rispetto al reddito effettivo del ricorrente e la mancata considerazione della documentazione da questi addotta sono alla base del rinvio alla Corte di appello per la rideterminazione della sanzione.

3.7.4 *La giurisprudenza europea*

È opportuno guardare al caso **Nemzeti**, deciso dalla Corte di Giustizia il **16 aprile 2015, C-388/13**. Qui la Corte afferma che le *“disposizioni della direttiva sulle pratiche commerciali sleali sono concepite essenzialmente nell'ottica del consumatore quale destinatario e vittima di pratiche commerciali sleali”*. E, se la direttiva lascia agli Stati membri la scelta circa i rimedi, questi devono essere *“adeguat[i] ed efficaci, e le sanzioni in tal modo previste siano effettive, proporzionate e dissuasive”* (nello stesso senso anche la sentenza **Köck, del 17 gennaio 2013, C-206/11**). Tali sanzioni, continua la Corte, devono rispondere al principio di **proporzionalità**, ed è *“in tale contesto che potranno essere presi in debita considerazione fattori quali la frequenza della pratica addebitata, la sua intenzionalità o meno e l'importanza del danno che ha cagionato al consumatore”*. Spetta dunque al giudice di merito il compito di valutare *“se le conseguenze derivanti, in applicazione del diritto nazionale che recepisce la direttiva sulle pratiche commerciali sleali, dal divieto della pratica commerciale ingannevole utilizzata nella fattispecie dal professionista siano conformi ai requisiti di tale direttiva e, più specificamente, al principio di proporzionalità”*.

Rispetto ai criteri di determinazione della sanzione, è opportuno richiamare, anche per comprendere le tendenze dell'ordinamento europeo, l'art. 9 del recente Regolamento UE 2017/2394 *“sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori”*, nella parte in cui prevede che le sanzioni irrogate per la violazione del Regolamento dalle Autorità amministrative debbano essere *“effettive, proporzionate e dissuasive, conformemente alle prescrizioni delle norme dell'Unione sulla tutela degli interessi dei consumatori. In particolare, si tiene debito conto, se del caso, della natura, gravità e durata dell'infrazione in oggetto”*.

3.7.5 *Rilievi conclusivi e questioni aperte.*

Si è visto in questa sezione come i principi di dissuasività e proporzionalità, principi generali del diritto europeo, possono incidere e influenzare l'interpretazione del diritto nazionale, e in particolare dei criteri di cui all'art. 11 della l. 689/1981, per esempio rispetto all'individuazione degli elementi di fatto da considerare nel tener conto della condizione economica dell'impresa.

Il riferimento ai principi di proporzionalità e dissuasività potrebbe favorire il richiamo di parametri ulteriori rispetto a quelli menzionati nell'art. 11, cit., o comunque una sua maggiore specificazione. Si possono formulare, anche a titolo esemplificativo, le seguenti questioni:

La gravità della violazione si estende anche alla gravità delle conseguenze? Il danno è parametro di quantificazione della sanzione amministrativa? È possibile su queste basi tenere in debito conto il numero di consumatori potenzialmente interessati o il numero di quelli effettivamente lesi?

Altra questione è se questi riferimenti debbano rimanere confinati all'ambito delle sanzioni amministrative o possano essere estese all'utilizzazione di altri rimedi, anche civilistici. A tal proposito si può formulare il seguente interrogativo:

Ove e negli ambiti in cui si ammette il risarcimento dei danni punitivi, può/deve il giudice fare applicazione dei criteri di cui all'art. 11, l. 689/81? Quando valuta la gravità dell'inadempimento del professionista ai danni del consumatore/investitore, può/deve il giudice fare applicazione dei criteri di cui all'art. 11, cit.?

Infine, è utile chiedersi se il giudizio di proporzionalità/dissuasività delle sanzioni amministrative debba essere anche parametrato alla combinazione della sanzione amministrativa con altri rimedi, es. il risarcimento il danno. Sul punto si può porre la seguente domanda:

Può il giudice considerare eccessiva una sanzione amministrativa per una violazione per la quale altro giudice abbia già condannato l'impresa a un risarcimento "esemplare", magari utilizzando, ove consentita, la tecnica dei danni punitivi?

4 TUTELA GIURISDIZIONALE E AMMINISTRATIVA⁸²

4.1. Il contesto europeo e il contesto italiano – 4.2. Effettività della tutela e coordinamento tra autorità amministrative e giurisdizionali. Il problema delle competenze – 4.2.1. Il riparto di competenze dell'AGCM e dell'AGCOM in materia di pratiche commerciali scorrette – 4.3. La revisione giurisdizionale dei rimedi – 4.3.1. L'accertamento della natura vessatoria delle clausole da parte dell'AGCM e il ruolo dell'art. 37 bis cod. cons. nell'ambito della tutela privatistica – 4.3.2. Discrezionalità amministrativa dell'autorità di enforcement e revisione giurisdizionale nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette e dell'illecito anticoncorrenziale

QUESTIONI

4.1

- Quale riparto di competenze rende la tutela del consumatore effettiva? Quale forma di coordinamento tra le diverse autorità?

4.2.

- Come incide il principio di effettività sul coordinamento tra più autorità amministrative istituite per la protezione dei diritti dei consumatori, es. l'AGCM e l'AGCOM? Richiede un sistema di competenze mutuamente esclusive o altre e diverse forme di coordinamento?

4.3.1

- Che effetti produce l'accertamento in sede amministrativa della vessatorietà della clausola nel giudizio civile che ha ad oggetto la stessa clausola?
- Come si configura il mezzo di impugnazione del provvedimento amministrativo che accerta la vessatorietà della clausola?

4.3.2

- In che modo i principi di proporzionalità, effettività e dissuasività, nonché il diritto ad un ricorso effettivo sancito dall'art. 47 CDFUE possono incidere sulla revisione giurisdizionale delle sanzioni?
-

4.1 Il contesto europeo e il contesto italiano

Questa sezione è dedicata all'analisi dei meccanismi di coordinamento tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale.

L'analisi del tema attraverso le lenti dei principi europei di effettività, proporzionalità e dissuasività permette di testare in concreto la coerenza del sistema, e di guardare all'effettività della disciplina formulando una valutazione che tenga conto dei diversi tipi di *enforcement*. In particolare, si guarderà al rapporto fra questi, tenendo conto della crescente importanza del ruolo, anche regolatorio, delle autorità amministrative (Tar Lazio, 7 febbraio 2018, n. 3621), nonché dell'incremento dei loro poteri officiosi, come emerge ad esempio dall'art. 6 del Reg. UE 2394/2017⁸³.

Sul piano dell'effettività, due le questioni centrali: da una parte viene in rilievo il diritto ad un ricorso effettivo tutelato dall'art. 47 CDFUE, e dunque il versante soggettivo dell'effettività, come tutela delle posizioni del singolo, per esempio in relazione all'impugnazione del provvedimento dell'Autorità amministrativa che irroga una sanzione. D'altra parte, gioca un ruolo significativo la garanzia dell'effettività del diritto europeo, che dipende anche dai meccanismi di coordinamento fra le diverse autorità. Anche il principio di dissuasività assume una certa rilevanza, in particolare per la costruzione di meccanismi di *enforcement* che ne permettano il rispetto.

⁸² Questo capitolo è stato scritto dalla dottoressa C. Angiolini, salvo le schede dei casi, e dunque tutti i relativi sottoparagrafi (4.2.1.2; 4.2.1.3; 4.3.1.2; 4.3.2.2), che sono stati scritti dalla dottoressa C. Patera.

⁸³ La norma, per la parte che qui interessa, recita: "1. Ai fini della corretta applicazione del presente regolamento, ciascuno Stato membro provvede affinché le proprie autorità competenti, altre autorità pubbliche e, se del caso, gli organismi designati cooperino efficacemente tra loro. 2. Le altre autorità pubbliche di cui al paragrafo 1 adottano, su richiesta di un'autorità competente, tutte le misure necessarie disponibili conformemente al diritto nazionale per far cessare o vietare le infrazioni di cui al presente regolamento."

Nel primo paragrafo si dà un quadro di insieme delle autorità preposte a conoscere delle azioni in materia di pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie, obblighi informativi, per poi concentrarsi sulla questione del riparto di competenze fra autorità amministrative indipendenti, e in particolare fra AGCM e AGCOM. L'obiettivo non è solo e tanto di definizione del quadro dei meccanismi preposti alla tutela del consumatore/risparmiatore/investitore, quanto quello di esaminare tale quadro in chiave di effettività della tutela.

Quale riparto di competenze rende la tutela del consumatore effettiva? Quale forma di coordinamento tra le diverse autorità?

Nella seconda sezione di questo capitolo si affronta il tema della revisione giurisdizionale dei rimedi, sotto due profili. Dapprima si guarderà all'impugnazione dell'accertamento amministrativo in materia di vessatorietà delle clausole, che si connette alla questione del loro valore all'interno del giudizio civile.

Come si coordina accertamento della vessatorietà reso dall'Autorità amministrativa e accertamento del giudice strumentale all'applicazione del rimedio invalidatorio e(o) restitutorio? Si tratta di un coordinamento apprezzabile sotto il profilo dell'effettività della tutela? Quali implicazioni ne derivano, ad esempio, sotto il profilo dell'impugnazione da parte del professionista autore della clausola ritenuta vessatoria? E per l'associazione che intenda invocare quell'accertamento in altro giudizio volto ad ottenere l'inibitoria e(o) la restituzione di somme indebitamente riscosse dai consumatori?

Infine, si guarderà all'estensione dei poteri dell'organo giurisdizionale rispetto al sindacato sulla misura delle sanzioni amministrative e sul rigetto delle proposte di impegni nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette. Ci si soffermerà qui sul profilo che attiene al rapporto fra poteri e all'estensione della cognizione del giudice.

In che modo il diritto ad un ricorso effettivo di cui all'art. 47 CFDEU incide sull'*an* dei meccanismi di revisione giurisdizionale dei provvedimenti inerenti alle sanzioni o agli impegni? E sull'estensione della cognizione del giudice?

4.2 Effettività della tutela e coordinamento tra autorità amministrative e giurisdizionali. Il problema delle competenze

Il punto di partenza per comprendere il rapporto fra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale è l'analisi del quadro della distribuzione delle competenze in capo alle diverse autorità amministrative preposte all'attuazione della disciplina consumeristica, e del quadro degli organi giurisdizionali competenti rispetto all'impugnazione dei procedimenti amministrativi, così come rispetto all'*enforcement* giurisdizionale. Al fine di dare una visione d'insieme delle tutele, si sono costruite tre tabelle tematiche, riguardanti le possibili azioni e le autorità coinvolte rispetto alla tutela prevista in materia di clausole vessatorie, pratiche commerciali scorrette e obblighi informativi.

Ci si è poi concentrati su un tema specifico, quello del riparto di competenze fra l'AGCM e l'AGCOM in materia di pratiche commerciali scorrette, in quanto è parso paradigmatico delle questioni che la previsione di molteplici autorità amministrative indipendenti porta con sé sotto il profilo dell'effettività della tutela del consumatore.

CLAUSOLE VESSATORIE					
Rimedio	Autorità	AGCM ⁸⁴	ADR	Giudice amministrativo	Giudice ordinario
Dichiarazione di vessatorietà – pubblicazione del provvedimento (sanzione cd. <i>reputazionale</i>) – in caso di inadempimento sanzione amministrativa pecuniaria (art. 37 bis cod. cons.)		limitata alle clausole pattuite mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli		Competenza in sede di impugnazione del provvedimento di dichiarazione della vessatorietà dell'autorità	
Interpello preventivo (art. 37 <i>bis</i> cod. cons.)		Limitato soggettivamente alle imprese Le clausole non ritenute vessatorie a seguito di interpello non possono essere successivamente valutate tali dall'ACGM ai fini della dichiarazione. Resta ferma la responsabilità dei professionisti nei confronti dei consumatori		Competenza in sede di impugnazione del provvedimento dell'autorità <i>ex</i> art. 37 <i>bis</i> cod. cons.	
Azione inibitoria (art. 37 e 140 cod. cons.)			SETTORE COMUNICAZIONI: Tentativo obbligatorio di conciliazione davanti al Corecom , in alcune ipotesi di controversie in materia di comunicazioni elettroniche tra utenti finali ed operatori. L'obbligo <u>non</u> riguarda le associazioni di consumatori. ⁸⁵	In materia di servizi pubblici la competenza è del giudice amministrativo ⁸⁶	Legittimazione attiva e passiva limitata alle associazioni ⁸⁷ .
Azione di nullità della clausola (artt. 33 ss. cod. cons)			SETTORE COMUNICAZIONI: Tentativo obbligatorio di conciliazione davanti al Corecom ⁸⁸ . SETTORE FINANZIARIO: ACF ⁸⁹ . SETTORE BANCARIO: L' ABF ⁹⁰ , obbligatorio per intermediari (art. 128 <i>bis</i> TUB)		Competenza del Tribunale – doverosità del rilievo officioso ⁹¹
Risarcimento del danno e restituzioni					Azione di classe <i>ex</i> art. 140 <i>bis</i>

⁸⁴ Si veda sul punto la nota critica del 6 novembre 2017 del Presidente dell'AGCM *AS1445 – Poteri d'intervento dell'autorità in materia di clausole vessatorie*.

⁸⁵ Sono quelle controversie “*in materia di comunicazioni elettroniche tra utenti finali ed operatori, inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale ed ai diritti degli utenti finali stabilite dalle norme legislative, dalle delibere dell'Autorità, dalle condizioni contrattuali e dalle carte dei servizi?*”, Previsioni normative: art. 1, comma 11, l. 249/1997; Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera n. 173/07/CONS, e successive modificazioni.

⁸⁶ L'art. 140 cod. cons. richiama l'art. 133, comma 1, c.p.a.

⁸⁷ Legittimazione attiva: associazione rappresentativa di consumatori o di professionisti; Legittimazione passiva: i professionisti o l'associazione di professionisti che utilizzano, o che raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto abusive

⁸⁸ Sono quelle controversie “*in materia di comunicazioni elettroniche tra utenti finali ed operatori, inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale ed ai diritti degli utenti finali stabilite dalle norme legislative, dalle delibere dell'Autorità, dalle condizioni contrattuali e dalle carte dei servizi?*”, Previsioni normative: art. 1, comma 11, l. 249/1997; Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera n. 173/07/CONS, e successive modificazioni.

⁸⁹ Si ricorda che *ex art. 4 Reg. Consob 19602/2016*, L'ACF può conoscere delle controversie “*fra investitori e intermediari relative alla violazione da parte di questi ultimi degli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza previsti nei confronti degli investitori?*”.

In tale ambito può giudicare sulle azioni di nullità per vessatorietà della clausola

⁹⁰ Si veda l'art. 4 delle disposizioni della Banca d'Italia del 18 giugno 2009 (aggiornate a novembre 2016), che prevedono la pubblicizzazione di un eventuale inadempimento dell'intermediario o della banca. .

⁹¹ Sulla rilevanza d'ufficio si veda il cap. 1.

PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE						
Rimedio	Autorità	AGCM	AGCOM	BANCA D'ITALIA	GIUDICE AMMINISTRATIVO	GIUDICE ORDINARIO
Inibitoria, provvedimento di eliminazione degli effetti, sospensione provvisoria <i>ex art.</i> 27 cod. cons. con sanzione amministrativa per inottemperanza ⁹² . Art. 140 cod. cons.		Legittimazione attiva: d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse.	Per pratiche diffuse attraverso la stampa periodica o quotidiana ovvero per via radiofonica o televisiva o altro mezzo di telecomunicazione: l'AGCM, prima di provvedere, richiede il parere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.	Se materia di competenza della Banca d'Italia: parere della Banca d'Italia ⁹³ .	Revisione giurisdizionale del giudice amministrativo <i>ex art.</i> 133, c.1 lett. l., c.p. a. ⁹⁴ Cognizione estesa al merito per le sanzioni pecuniarie <i>ex art.</i> 134 c.p.a.	Inibitoria misure correttive <i>ex art.</i> 140 cod. cons., con legittimazione delle associazioni. Salvo il potere inibitorio del giudice ordinario <i>ex art.</i> 2599 c.c. (atti di concorrenza sleale)
Sanzione amministrativa pecuniaria		Legittimazione attiva: d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse.	Per pratiche diffuse attraverso la stampa periodica o quotidiana ovvero per via radiofonica o televisiva o altro mezzo di telecomunicazione: l'AGCM, prima di provvedere, richiede il parere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.	Se materia di competenza della Banca d'Italia: parere della Banca d'Italia ⁹⁵ .	Revisione giurisdizionale del giudice amministrativo <i>ex art.</i> 133, c.1 lett. l., c.p.a. ⁹⁶ Cognizione estesa al merito per le sanzioni pecuniarie <i>ex art.</i> 134 c.p.a.	
Annullamento del contratto per dolo o errore		Si discute del valore dell'accertamento dell'AGCM ⁹⁷				Azione di annullabilità del contratto <i>ex art.</i> 1427 ss.
Risarcimento del danno						Salva la giurisdizione del giudice ordinario <i>ex art.</i> 2599 c.c. Azione di classe <i>ex art.</i> 140 <i>bis</i>

⁹² In caso di inottemperanza o informazioni fornite non veritiere è prevista una sanzione amministrativa pecuniaria. Se reiterata inottemperanza può essere prevista sospensione attività d'impresa per non più di 30 gg.

⁹³ Tale parere è previsto dal protocollo d'Intesa fra **Banca d'Italia e AGCM** del 14 ottobre 2014, consultabile all'indirizzo: <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/accordi/protocollo-BI-AGCM-tut-cons-mbf.pdf>.

⁹⁴ Per una ricognizione sul punto si veda R. De Nictolis (a cura di), *Codice del processo amministrativo commentato*, 2017, pp. 269 ss.

⁹⁵ Tale parere è previsto dal protocollo d'Intesa fra **Banca d'Italia e AGCM** del 14 ottobre 2014, consultabile all'indirizzo: <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/accordi/protocollo-BI-AGCM-tut-cons-mbf.pdf>.

⁹⁶ Per una ricognizione sul punto si veda R. De Nictolis (a cura di), *Codice del processo amministrativo commentato*, 2017, pp. 269 ss.

⁹⁷ Si veda il cap. 3.

TRASPARENZA E OBBLIGHI INFORMATIVI IN MATERIA BANCARIA E FINANZIARIA				
Autorità Rimedio	ADR	BANCA D'ITALIA	CONSOB	GIUDICE ORDINARIO
Inibitoria e misure interdittive dell'attività		Ambito di applicazione: violazione del titolo VI TUB, che prevede le norme in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti (credito al consumo, servizi di pagamento) – art. 128 <i>ter</i> TUB ⁹⁸ . Ai sensi degli articoli 14, 15 e 16 del Decreto legislativo n. 70/2003, la Banca d'Italia può esigere che i fornitori di servizi della società dell'informazione impediscano o pongano fine alle violazioni commesse dagli intermediari e dai mediatori creditizi attraverso strumenti telematici.	Alcune altre ipotesi di violazione, fra cui l'art. 21 TUF in materia di obblighi informativi ⁹⁹ . Violazione delle regole di condotta nelle ipotesi di cui all'art. 50 <i>quinquies</i> 100 <i>ter</i> TUF ¹⁰⁰ .	Impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca D'Italia , (Corte di Appello di Roma) ¹⁰¹ . Impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Consob , (Corte di Appello di Roma) ¹⁰² .
Sanzioni amministrative pecuniarie		Previste dall'art. 144 TUB, in diverse ipotesi, come la tutela dei clienti in materia di pubblicità, o la violazione degli obblighi informativi nel caso di credito ai consumatori ¹⁰³ .	Previste dagli artt. 190 ss. TUF in caso di violazione di violazione obblighi informativi relativi a diverse fattispecie contrattuali, e a diverse fasi del rapporto ¹⁰⁴ .	Per l'impugnazione dei provvedimenti della Banca d'Italia ¹⁰⁵ , e della Consob ¹⁰⁶ il giudice competente è la Corte di Appello.
Risarcimento del danno, risoluzione del contratto, restituzioni, invalidità delle clausole per difetto di trasparenza	Settore finanziario: ACF ¹⁰⁷ . Settore bancario: L'ABF ¹⁰⁸ ,			La giurisdizione è del Tribunale.
Inibitoria ex art. 140 e azioni ex 139 cod. cons.				Legittimazione delle associazioni a tutela dei consumatori, ex art. 32 <i>bis</i> TUF

⁹⁸ L'oggetto dell'inibitoria è la continuazione dell'attività, anche di singole aree o sedi secondarie, con possibile ordine di restituzione delle somme indebitamente percepite e altri comportamenti conseguenti; forme di offerta, promozione o conclusione dei contratti previsti dal titolo VI TUB; disporre la sospensione, per non più di 90 gg, le attività già menzionate; pubblicazione del provvedimento sul sito web e altre forme di pubblicazione, eventualmente a spese dell'intermediario; ordine di cessazione o divieto di inizio di pratiche non conformi alle disposizioni sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori (art. 67 *novies decies* cod. cons.)

⁹⁹ A particolari condizioni, la sanzione può consistere “*nell'ordine di eliminare le infrazioni contestate*” (art. 194 *quater* TUF).

¹⁰⁰ La misura consiste nella sospensione da uno a quattro mesi o radiazione dal registro (art. 190 *quater* TUF).

¹⁰¹ A seguito della sent. 94/2014 della C. Costituzionale la competenza si può ricostruire in capo al giudice ordinario.

¹⁰² Tale attribuzione della giurisdizione è dovuta alla pronuncia di incostituzionalità n. 162/2012 dell'art. 133, comma 1, lett c). Ora la competenza è prevista dall'art. 195 TUF.

¹⁰³ L'ambito di applicazione rilevante riguarda nello specifico la tutela dei clienti in materia di pubblicità (artt. 116, 123 TUB); obblighi informativi precontrattuali e contrattuali nell'ambito del credito ai consumatori (sono richiamate alcune norme in materia del TUB es. art. 124 TUB), di servizi di pagamento (alcune norme del Tit. VI, capo II *bis* TUB); violazione delle regole in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori (artt. 67 *bis* e ss. cod. cons.) e sulla redazione e il contenuto dei contratti (artt. 117, 118, TUB); obblighi informativi in costanza di rapporto (art. 119 TUB); inserimento nei contratti di clausole nulle o applicazione alla clientela di oneri non consentiti, (violazione art. 40 *bis* TUB o Tit. VI e Tit. VI capo I *bis* TUB); offerta di contratti in violazione dell'articolo 117, comma 8 TUB.

¹⁰⁴ Si può fare l'esempio degli artt. 21 e 23, 24 *bis* TUF; e delle sanzioni per la violazione del Reg. UE 600/2014, previste dall'art. 190.4 TUF)

¹⁰⁵ Come previsto a seguito del d.lgs 72/2015, la giurisdizione è prevista dall'art. 145 TUB anche a seguito della pronuncia di incostituzionalità dell'art. 133, comma 1 lett c), n. 94/2014.

¹⁰⁶ Per l'impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Consob, a seguito della pronuncia di incostituzionalità n. 162/2012 dell'art. 133, comma 1, lett c). Ora la competenza è prevista dall'art. 195 TUF.

¹⁰⁷ Si ricorda che ex art. 4 Reg. Consob 19602/2016, L'ACF può conoscere delle controversie “*fra investitori e intermediari relative alla violazione da parte di questi ultimi degli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza previsti nei confronti degli investitori*”. In tale ambito può giudicare sulle azioni di nullità per vessatorietà della clausola. Secondo quanto disposto dall'art. 32 *ter* TUF, gli intermediari sottoposti alla vigilanza della Consob devono aderire all'ACF rispetto alle controversie con investitori non professionali.

¹⁰⁸ L'adesione all'ABF è obbligatoria per gli intermediari ex art. 128 *bis* TUB, si veda l'art. 4 delle disposizioni della Banca d'Italia del 18 giugno 2009 (aggiornate a novembre 2016), che prevedono la pubblicizzazione di un eventuale inadempimento dell'intermediario o della banca. L'ABF può conoscere, secondo quanto dispone l'art. 3 della delibera CICR 275/2008, “*le controversie che vertono sull'accertamento di diritti, obblighi, facoltà, purché l'eventuale somma oggetto di contestazione tra le parti non sia superiore a 100.000 euro*”. Sono inoltre “*esclusi dalla cognizione dell'organo decidente i danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione dell'intermediario, nonché le questioni relative a beni materiali o a servizi diversi da quelli bancati e finanziari oggetto del contratto tra il cliente e l'intermediario ovvero di contratti ad esso collegati*”.

4.2.1 *Il riparto di competenze dell'AGCM e dell'AGCOM in materia di pratiche commerciali scorrette*

4.2.1.1 *Le questioni*

Come incide il principio di effettività sul coordinamento tra più autorità amministrative istituite per la protezione dei diritti dei consumatori, es. l'AGCM e l'AGCOM? Richiede un sistema di competenze mutuamente esclusive o altre e diverse forme di coordinamento?

Prima ancora di affrontare il tema del rapporto tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale, occorre prendere in considerazione l'ipotesi in cui le autorità amministrative di *enforcement* siano più d'una. L'ipotesi è ben presente al legislatore europeo, posto che il recente Regolamento sulla cooperazione nella protezione del consumatore (Reg. UE/1294/2017) impone in ciascuno Stato membro l'istituto dell'ufficio unico di collegamento in quanto deputato a coordinare i diversi meccanismi di protezione del consumatore in quello Stato (v. art. 3, n. 7).

Il tema analizzato in questo paragrafo attiene al rapporto fra la normativa generale in materia di pratiche commerciali scorrette e disciplina specifica relativa ad uno specifico settore, nei casi esaminati quello delle comunicazioni. Tale questione porta con sé la definizione dell'ambito delle competenze delle Autorità preposte all'attuazione della regolamentazione, e dunque l'AGCM e l'AGCOM. Il tema delle competenze inerisce al coordinamento e alla cooperazione tra autorità di *enforcement* e, per questa via, all'effettività della tutela del consumatore: per un verso, la compresenza di più autorità consente un intervento più capillare; per l'altro, la necessità di definirne il rispettivo ambito di operatività e i dovuti meccanismi di coordinamento rende più complesso l'accesso alle tutele.

La norma europea di riferimento in tema di pratiche commerciali scorrette è l'art. 3 della Direttiva 2005/29/CE, secondo cui *“in caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici”*, norma che è stata attuata in Italia attraverso diversi interventi legislativi, che saranno presi in considerazione nel paragrafo attinente alla giurisprudenza italiana.

Rispetto alla prospettiva che si utilizza in questo *Casebook*, l'interpretazione del rapporto di specialità fra i diversi ambiti normativi, nonché della distribuzione delle competenze fra le Autorità amministrative può essere letto in rapporto agli artt. 38 CDFUE e 169 TFUE, che prevedono un livello elevato di protezione dei consumatori nelle politiche dell'Unione. Più in generale il tema è quello della declinazione del principio di specialità previsto dalla direttiva in modo coerente con la garanzia di una tutela effettiva e con il principio di effettività.

4.2.1.2 *Cons. Stato ad. plen., n. 3 e 4, 9 febbraio 2016 - Cons. Stato ad. plen., n. 4, 9 febbraio 2016*

4.2.1.2.1 *Il fatto e gli argomenti delle parti*

I provvedimenti in commento hanno ad oggetto una vicenda che, pur coinvolgendo due distinti operatori di telefonia mobile (nello specifico, *Vodafone* e *Wind*), si sviluppa per entrambi perfettamente in parallelo, essendo originata dalle medesime circostanze, affrontata nei medesimi termini e sfociata in una duplice coppia di provvedimenti gemelli emessi dal Consiglio di Stato: le due sentenze non definitive analizzate nel presente paragrafo e le due successive ordinanze di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (Cons. St., sez. VI, nn. 167 e 168, 17 gennaio 2017) che saranno approfondite a seguire.

La vicenda trae origine dalla sanzione amministrativa pecuniaria irrogata dall'AGCM, con due distinti provvedimenti, nei confronti dei due operatori economici riconosciuti responsabili di una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 24, 25 e 26 lett. f), cod. cons.

La pratica contestata dall'Autorità consiste nell'omessa informazione agli acquirenti di carte SIM dell'esistenza di servizi accessori preimpostati, quali i servizi di navigazione *internet* e di segreteria telefonica, con automatico addebito dei relativi costi agli utenti inconsapevoli.

Entrambi gli operatori telefonici impugnano le rispettive condanne dinanzi al competente Tar del Lazio, che, con sentenze distinte ma di uguale tenore, accoglie i ricorsi proposti.

Le argomentazioni dei ricorrenti condivise dal Giudice amministrativo fanno leva sul dettato dell'art. 19, co. 3., cod. cons., ai sensi del quale *“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”*.

In sostanza, invocando il principio di specialità – enunciato dall'art. 19, co. 3, cod. Cons. e, ancor prima dall'art. 3, par. 4, della Direttiva n. 2005/29/CE – i ricorrenti rilevano l'incompetenza dell'Autorità Antitrust ad emettere la condanna impugnata, scaturendo questa da una condotta disciplinata dalla normativa settoriale di derivazione europea concernente il settore delle comunicazioni elettroniche, presidiato in via esclusiva dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM).

Il fulcro della questione esaminata risiede infatti nel rapporto tra la disciplina generale delle pratiche sleali (affidata al Codice del consumo, d.lgs. n. 206/2005) **e la disciplina settoriale di tutela dei consumatori** (nella fattispecie dettata dal Codice delle comunicazioni elettroniche, d.lgs. n. 259/2003) e, di conseguenza, nel rapporto tra le due autorità amministrative poste a presidio dei rispettivi ambiti normativi.

L'Autorità soccombente impugna la decisione del Tar, deducendo l'errata interpretazione del principio di specialità nella parte in cui il Giudice di primo grado dichiara l'incompetenza della AGCM *“ad intervenire in applicazione delle disposizioni generali, a prescindere dalla verifica circa l'esistenza di un effettivo contrasto tra discipline”*.

Il ricorso in appello è assegnato alla VI Sezione del Consiglio di Stato che, in considerazione dell'esigenza di conciliare l'orientamento tenuto dallo stesso Consiglio di Stato con le modifiche legislative intercorse sul punto, rimette la questione all'Adunanza Plenaria.

Al riguardo, occorre infatti sottolineare che nel momento in cui la VI Sezione è investita del ricorso coesistono nell'ordinamento, per un verso, l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato a partire dalla sent., ad. plen., n. 11, 11 maggio 2012 (che stabilisce *“l'incompetenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ad applicare la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette nei settori in cui la tutela del consumatore è attribuita ad un'autorità regolamentare”*) e, per altro verso, l'art. 27, co. 1 bis, cod. cons., introdotto con d.lgs. n. 21/2014, che, in apparente contrasto, sancisce che *“Anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente”*.

Tale conflitto è risolto dall'Adunanza Plenaria, con le motivazioni che saranno di seguito illustrate, con il riconoscimento della competenza dell'AGCM a reprimere anche condotte illecite riconducibili al settore specifico delle comunicazioni elettroniche.

4.2.1.2.2 Interesse / diritto leso

La condotta contestata agli operatori è qualificata dall'AGCM come *“pratica commerciale in ogni caso aggressiva”*, in quanto *“idonea a determinare un indebito condizionamento tale da limitare considerevolmente, e in taluni casi addirittura da escludere, la libertà di scelta degli utenti in ordine all'utilizzo e al pagamento dei*

servizi preimpostati, (...), determinando, inoltre, una possibile decurtazione automatica derivante dalla fruizione di servizi onerosi che il consumatore non ha richiesto in maniera consapevole, anche con riferimento al profilo tariffario più aderente alle proprie esigenze”.

4.2.1.2.3 Il rimedio

Accertata l'illiceità della pratica, l'AGCM condanna entrambi gli operatori economici, all'esito dei rispettivi procedimenti, al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria.

Gli operatori condannati lamentano il difetto assoluto di competenza dell'Autorità Antitrust ad esercitare tale potere sanzionatorio. Il Consiglio di Stato risolve la questione affermando che ***“la competenza ad irrogare la sanzione per “pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva” è sempre individuabile nell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato”.***

4.2.1.2.4 Gli argomenti

L'analisi dell'Adunanza Plenaria, chiamata ad esprimersi sulla portata interpretativa dell'art. 27, co. 1 *bis*, cod. cons., prende le mosse dalla scissione della condotta illecita in due distinti momenti. Il Collegio riscontra infatti, per un verso, una violazione di obblighi informativi, in quanto tali suscettibili di sanzione da parte dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, e, per altro verso, *“la realizzazione di una pratica anticoncorrenziale vietata ben più grave per entità e per disvalore sociale”*, la cui repressione è affidata dall'ordinamento all'Autorità Antitrust. Si è di fronte dunque all'esistenza di una duplicità di norme applicabili, che il Consiglio di Stato interpreta come *“ipotesi di specialità per progressione di condotte lesive che, muovendo dalla violazione di meri obblighi informativi comportano la realizzazione di una pratica anticoncorrenziale vietata ben più grave per entità e per disvalore sociale, ovvero di una pratica commerciale aggressiva”*. Scrive dunque il supremo giudice amministrativo che *“si realizza quindi nell'ipotesi in esame, sempre ai fini dell'individuazione dell'Autorità competente, più che un conflitto astratto di norme in senso stretto, una progressione illecita, descrivibile come ipotesi di assorbimento-consunzione, atteso che la condotta astrattamente illecita secondo il corpus normativo presidiato dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni è elemento costitutivo di un più grave e più ampio illecito anticoncorrenziale vietato secondo la normativa di settore presidiata dall'Autorità Antitrust appellante”*.

Detto altrimenti, se *“la violazione dei predetti obblighi informativi di per sé non è sufficiente ad integrare la fattispecie di illecito concorrenziale”* questa è invece ravvisabile nella *“condotta del pagamento immediato o differito di prodotti che il consumatore non ha richiesto, che costituisce, ai sensi dell'art. 26 del Codice del Consumo citato, pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva”* e che giustifica, proprio in quanto condotta assorbente dell'altra, il riconoscimento dell'esclusiva competenza dell'AGCM.

Ad avviso dell'Adunanza Plenaria, tale conclusione non si pone in alcun modo in contrasto con la pronuncia fondativa dell'orientamento del Consiglio di Stato sul punto, nella quale a ben vedere è precisato che *“per escludere la possibilità di un residuo campo di intervento di Antitrust occorre anche verificare la esaustività e la completezza della normativa di settore”* (Cons. St., ad. plen., n. 11/2012). Secondo l'Adunanza Plenaria *“Proprio attuando tale ultimo inciso nel caso di specie, si può evidenziare, alla luce di quanto appena descritto, che il comportamento contestato all'operatore economico con il provvedimento Antitrust impugnato in questa sede non è per nulla interamente ed esaustivamente disciplinato dalle norme di settore, che non comprendono affatto un'ipotesi di illecito come quella considerata, ovvero una “pratica commerciale considerata in ogni caso scorretta”, ricostruita sulla base dei processi inferenziali sopra descritti”*. La stessa conclusione è raggiunta in cui un caso in cui la sovrapposizione riguardava la disciplina europea in materia di trasporto aereo e quella in materia di pratiche commerciali scorrette (**Cons. Stato, 30 settembre 2016, n. 4048**).

Tanto chiarito, il Collegio prosegue la sua analisi evidenziando la necessità di procedere comunque ad un *revirement* parziale del suddetto orientamento, tale da consentire l'adozione di un criterio di specialità “per fattispecie concrete” in luogo del più rigido “criterio di specialità per settori”.

L'applicazione di quest'ultimo, avallata dalla precedente giurisprudenza¹⁰⁹ conduce infatti a difficoltà interpretative, e a conseguenti vuoti di tutela portando ad affermare la competenza esclusiva dell'AGCOM, e la disciplina in materia di comunicazioni, rendendo non applicabile la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette. Il problema della creazione dei vuoti di tutela è noto alla Commissione europea, che non a caso ha avviato una procedura di infrazione (n. 2013-2169)¹¹⁰ nei confronti della Repubblica Italiana per inadeguata applicazione dell'art. 3, par. 4, della Direttiva n. 2005/29/CE *“poiché, in sostanza, nell'ordinamento italiano non sarebbe correttamente applicato il principio della “lex specialis” contenuto nella direttiva, che regola il coordinamento tra tale disciplina (a carattere transettoriale) e le normative specifiche di settore”* con la conseguenza che *“in Italia non vi sarebbe alcuna autorità indipendente competente a far rispettare la direttiva pratiche commerciali sleali nel settore delle comunicazioni elettroniche”*.

Infine, l'Adunanza Plenaria evidenzia come proprio l'obiettivo di superare la citata procedura di infrazione sia all'origine dell'emanazione dell'art. 27, co. 1 *bis*, cod. cons., il quale altro non farebbe che confermare quanto già desumibile da una corretta lettura del consolidato orientamento del Consiglio di Stato.

4.2.1.3 Cons. Stato, n. 167, 17 gennaio 2017 – rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia nel giudizio di rinvio a seguito di Cons. Stato ad. plen. n. 4, 9 febbraio 2016.

4.2.1.3.1 Il fatto e gli argomenti delle parti

Le presenti ordinanze costituiscono il seguito della vicenda processuale di cui alle sent. nn. 3-4/2016 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Condividono pertanto con queste il medesimo contesto fattuale e le stesse identiche argomentazioni delle parti.

Anche in questo caso si contrappongono dunque, da un lato, i due operatori di telefonia mobile, fermi nel sostenere l'incompetenza dell'AGCM ad emettere la condanna comminata nei loro confronti, e, dall'altro lato, l'Autorità sanzionante, riconosciuta invece dalla stessa Adunanza Plenaria titolare del potere di reprimere anche condotte suscettibili sotto la disciplina di settore delle comunicazioni elettroniche.

Nella fase di prosecuzione del giudizio dinanzi alla Sezione remittente, gli operatori economici insistono sulla necessità – già rilevata dinanzi all'Adunanza Plenaria – di deferire alla Corte di Giustizia UE la questione pregiudiziale in ordine alla ricostruzione del principio di specialità codificato dall'art. 3, par. 4, della Direttiva 2005/29/CE.

Preso atto della richiesta, la VI Sezione rinvia alla Corte di Giustizia i quesiti di parte (*“in parte riformulati d'ufficio da questo collegio”*).

4.2.1.3.2 Interesse / diritto leso

La condotta sanzionata è qualificata come *“pratica commerciale in ogni caso aggressiva”*, nei termini già illustrati nell'analisi delle sent. nn. 3-4/2016 dell'Adunanza Plenaria.

4.2.1.3.3 Rimedio

Il rimedio conseguente all'accertamento dell'illiceità della pratica consiste nella condanna degli operatori economici al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria.

4.2.1.3.4 Gli argomenti

A giudizio della VI Sezione *“la decisione sulla questione dell'individuazione dell'Autorità competente ad esercitare i poteri sanzionatori in ordine alla pratica commerciale scorretta di cui è causa non può che passare attraverso la risoluzione delle questioni di compatibilità con l'ordinamento euro-unitario della disciplina dei*

¹⁰⁹ Su cui si veda il § 4.2.1.4.

¹¹⁰ Su cui si veda il § 2.2.1.4.

rapporti tra disciplina “consumeristica” generale e disciplina “consumeristica” settoriale di cui all’art. 27, co. 1-bis, Codice del Consumo”.

Le domande di pronuncia pregiudiziale a tal fine sottoposte alla Corte di Giustizia vertono, sostanzialmente, intorno all’interpretazione della nozione di “*contrasto*” e del principio di specialità di cui alla Direttiva n. 2005/29 CE (che – ricordiamo – all’art. 3, par. 4, dispone: “*In caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime*”).

Merita un cenno anche l’aspetto relativo all’ammissibilità del presente rinvio pregiudiziale, disposto dalla Sezione del Consiglio di Stato a seguito del pronunciamento dell’Adunanza Plenaria sullo stesso oggetto del contendere.

A tal proposito, la Sezione remittente tiene a precisare che “*Nel caso di specie, all’ammissibilità del rilievo della questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE da parte di questa Sezione non osta la circostanza che sull’oggetto del contendere si sia espressa l’Adunanza plenaria*”. Ad avviso del Collegio, l’ammissibilità del rinvio poggia anzitutto sulla circostanza per cui “*A fronte di una richiesta di rinvio espressamente formulata dalle parti, il Consiglio di Stato, nella sua veste di giudice di ultima istanza, (...), ha l’obbligo di dare seguito alla relativa richiesta (ex art. 267, comma 3, TFUE)*”. Fornendo un’ulteriore argomentazione, il Collegio ritiene infine che l’“*autorità dello stare decisis*” – propria della funzione nomofilattica delle pronunce dell’Adunanza Plenaria – “*secondo una recente sentenza della Corte di Giustizia UE (sentenza 5 aprile 2016, in causa C-689/13, Pulgijenica Facility Esco) è cedevole in caso di sospettato contrasto della sentenza dell’Adunanza plenaria con il diritto euro-unitario*”.

4.2.1.3.5 Le questioni pregiudiziali

Il Consiglio di Stato solleva le seguenti questioni pregiudiziali “*di compatibilità con l’ordinamento euro-unitario del citato art. 27, comma 1-bis, Codice del consumo*”, affermando che queste si rendono opportune “*anche alla luce dell’interpretazione al riguardo fornita dall’Adunanza plenaria con la sentenza n. 4/2016*”:

- a) *se la ratio della direttiva ‘generale’ n. 2005/29/CE quale ‘rete di sicurezza’ per la tutela dei consumatori, nonché il considerando 10 e l’articolo 3, comma 4, della medesima direttiva n. 2005/29/CE, ostino ad una disciplina nazionale che riconduca la valutazione del rispetto degli obblighi specifici, previsti della direttiva settoriale n. 2002/22/CE a tutela dell’utenza, nell’ambito di applicazione della direttiva generale n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette, escludendo, per l’effetto, l’intervento dell’Autorità competente a reprimere una violazione della direttiva settoriale in ogni ipotesi che sia suscettibile di integrare altresì gli estremi di una pratica commerciale scorretta/sleale;*
- b) *se il principio di specialità sancito dall’articolo 3, comma 4, della direttiva n. 2005/29/CE debba essere inteso quale principio regolatore dei rapporti tra ordinamenti (ordinamento generale e ordinamenti di settore), oppure dei rapporti tra norme (norme generali e norme speciali), oppure, ancora, dei rapporti tra Autorità preposte alla regolazione e vigilanza dei rispettivi settori;*
- c) *se la nozione di «contrasto» di cui all’articolo 3, comma 4, della direttiva n. 2005/29/CE possa ritenersi integrata solo in caso di radicale antinomia tra le disposizioni della normativa sulle pratiche commerciali scorrette e le altre norme di derivazione europea che disciplinano specifici aspetti settoriali delle pratiche commerciali, oppure se sia sufficiente che le norme in questione dettino una disciplina difforme dalla normativa sulle pratiche commerciali scorrette in relazione alle specificità del settore, tale da determinare un concorso di norme (Normenkollision) in relazione ad una stessa fattispecie concreta;*
- d) *Se la nozione di norme comunitarie di cui all’articolo 3, comma 4, della direttiva n. 2005/29/CE abbia riguardo alle sole disposizioni contenute nei regolamenti e nelle direttive europee, nonché alle norme di diretta trasposizione delle stesse, ovvero se includa anche le disposizioni legislative e regolamentari attuative di principi di diritto europeo;*

- e) *Se il principio di specialità, sancito al considerando 10 e all'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE, e gli articoli 20 e 21 della direttiva 2002/22/CE e 3 e 4 della direttiva 2002/21/CE ostino ad una interpretazione delle corrispondenti norme di trasposizione nazionale per cui si ritenga che, ogniqualvolta si verifichi in un settore regolamentato, contenente una disciplina 'consumeristica' settoriale con attribuzione di poteri regolatori e sanzionatori all'Autorità del settore, una condotta riconducibile alla nozione di 'pratica aggressiva', ai sensi degli articoli 8 e 9 della direttiva 2005/29/CE, o 'in ogni caso aggressiva' ai sensi dell'Allegato I della direttiva 2005/29/CE, debba sempre trovare applicazione la normativa generale sulle pratiche scorrette, e ciò anche qualora esista una normativa settoriale, adottata a tutela dei consumatori e fondata su previsioni di diritto dell'Unione, che regoli in modo compiuto le medesime 'pratiche aggressive' e 'in ogni caso aggressive' o, comunque, le medesime 'pratiche scorrette'.*

4.2.1.4 [La giurisprudenza italiana](#)

Occorre ripercorrere le tappe principali dell'*excursus* giurisprudenziale che ha condotto alle pronunce appena esaminate.

Nel farlo, bisogna dar conto del fatto che sui rapporti fra diverse autorità indipendenti la giurisprudenza amministrativa si era già espressa. Infatti, il **parere del Consiglio di Stato n. 3999 del 2008** era intervenuto sui limiti delle competenze dell'AGCM e della Consob in materia finanziaria, e nella **pronuncia n. 720 del 31 gennaio 2011** il supremo giudice amministrativo aveva affrontato il tema del rapporto fra AGCM e AEEG. In quest'ultima decisione il Consiglio di Stato afferma l'applicabilità della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette anche in presenza di una regolamentazione di un'altra Autorità (AEEG), sulla base della considerazione per cui *"il principio di specialità di cui all'art. 19, comma 3, d.lgs. n. 206/2005 opera solo laddove esista una compiuta ed organica disciplina della materia"*.

In tale filone giurisprudenziale si inquadrano anche quelle sentenze che attengono al rapporto fra le competenze dell'AGCM e dell'AGCOM.

Si può qui ricordare l'**ordinanza n. 5526/2011 della VI Sezione del Consiglio di Stato**, che rinvia la causa davanti all'Adunanza Plenaria in ragione della *"incertezza interpretativa"* dovuta all'esistenza di due diverse Autorità e *"data la presenza"* in ciascun complesso di disciplina *"di norme di divieto e di sanzione di pratiche commerciali scorrette, suscettibili di essere riferite ai medesimi soggetti in veste di operatori economici e di consumatori finali"*. Anche ai fini dell'analisi di tale giurisprudenza alla luce del principio di effettività per come declinato in ambito europeo, non richiamato esplicitamente, ma senz'altro rilevante, è opportuno soffermarsi sulle **diverse opzioni interpretative**, riassunte dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato ed entrambe suffragate da diversi dati normativi:

- a) Una prima prospettiva è quella per cui *"il Codice del Consumo e il Codice delle comunicazioni elettroniche tutelano interessi pubblici primari diversi"*. Secondo tale impostazione ermeneutica, il Codice del consumo tutela il *"consumatore come tale, in quanto parte negoziale debole nel mercato, individuata quale figura generale di utilizzatore di prodotti o servizi, cui corrispondono le figure, pure generali, di 'professionista', di 'produttore' e di 'prodotto' "* con la conseguenza che la relativa normativa *"assicura la detta tutela per ogni profilo non specificamente garantito da normative settoriali a carattere speciale; il Codice delle comunicazioni elettroniche"*. Il Codice delle Comunicazioni elettroniche invece perseguirebbe *"il diverso interesse di consentire la libertà delle comunicazioni elettroniche e l'assetto concorrenziale del relativo mercato; in esso è perciò individuata una figura di consumatore, o utente, a carattere speciale, poiché fruitore dello specifico servizio di comunicazione elettronica (cui corrisponde la figura, anche speciale, dell'operatore)"*, essendo la relativa normativa di tutela, di conseguenza, strumentale alla garanzia del suddetto interesse primario, e quindi limitata ai profili specifici con essa disciplinati". Poiché le regole previste nel codice delle comunicazioni elettroniche non comprendono "ogni possibile regola di comportamento a tutela del consumatore", si dovrà applicare, per i casi non disciplinati, "la normativa generale posta nel Codice del consumo". Secondo tale approccio il

rapporto fra le due normative sarebbe di “**complementarietà**, con il possibile concorso nell’esercizio dei poteri delle due Autorità di regolazione in funzione di vigilanza e controllo a seconda dei profili di comportamento rilevanti”. Quest’impostazione ha il pregio di “evitare vuoti di tutela del consumatore (...) prevenendosi, altresì, il rischio che la normativa generale di tutela del consumatore quale parte negoziale debole venga limitata, se non vanificata, con plurime norme settoriali speciali”. Le conseguenze negative di tale impostazione sono rinvenute dall’ordinanza di remissione nel “difficile ritaglio fra normative regolanti fattispecie omogenee, o contigue, e perciò fra comportamenti in parte coincidenti, con il rischio dell’incertezza della disciplina e della duplicazione dell’esercizio di poteri sanzionatori da parte delle due Autorità preposte, eventualmente anche in contrasto fra loro”.

- b) Secondo un possibile diverso indirizzo, ricostruito nell’ordinanza di remissione, “la tutela del consumatore costituirebbe un interesse pubblico garantito dal Codice delle comunicazioni elettroniche altresì in via primaria”, in quanto “strumentale a tale fine l’obiettivo della libertà e della concorrenzialità del relativo mercato”. L’unica normativa applicabile dunque sarebbe quella prevista dal Codice delle comunicazioni elettroniche, in quanto speciale rispetto a quella posta nel Codice del consumo, e l’unica Autorità competente l’AGCOM. Tale opzione ermeneutica eviterebbe eventuali contrasti derivanti dalla “complementarietà” dei poteri delle due autorità.

Delineate tali possibilità nell’ordinanza, 5526/2011, la relativa pronuncia del **Consiglio di Stato, ad. plen., n. 11, dell’11 maggio 2012**, affronta le questioni poste dalla Sesta Sezione, svolgendo una compiuta analisi della normativa vigente, e aderendo alla seconda opzione interpretativa illustrata nell’ordinanza di remissione. In base a tal ricostruzione il supremo giudice amministrativo afferma un ruolo dell’AGCOM nell’ambito della tutela dei consumatori, escludendo che la “disciplina di settore delle comunicazioni elettroniche avrebbe finalità di sola tutela della concorrenza e di garanzia del pluralismo informativo, poiché queste ultime finalità non possono non affiancarsi alla tutela del consumatore”. A partire da tali considerazioni, il Consiglio di Stato si interroga sul rapporto fra tale disciplina settoriale e “la disciplina generale posta a tutela del consumatore, condensata nel nostro ordinamento nel Codice del consumo ed attribuita alla competenza di Antitrust”. In primo luogo, la pronuncia afferma l’applicabilità del principio di specialità, previsto dell’art. 19, comma 3, cod. cons., nonché dall’art. 3 della Direttiva 2005/29/CE, che recita “in caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici”, da leggere alla luce del 10° considerando della Direttiva 2005/29/CE, secondo cui “la presente direttiva si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore. Essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore e vieta ai professionisti di creare una falsa impressione sulla natura dei prodotti”. Rispetto al conflitto di competenza fra AGCM e AGCOM, il Consiglio di Stato rileva che la disciplina del Codice delle comunicazioni elettroniche e quella posta dai provvedimenti attuativi/integrativi adottati dall’AGCOM “present[a] proprio quei requisiti di specificità rispetto alla disciplina generale, che ne impone l’applicabilità alle fattispecie in esame”.

Di particolare interesse il passaggio in cui il supremo giudice amministrativo rileva che “per escludere la possibilità di un residuo campo di intervento di Antitrust occorre anche verificare la esaustività e la completezza della normativa di settore” e, a seguito dell’analisi della normativa, afferma che tale disciplina è “**completa ed esaustiva**” ed esclude “**così in radice la possibilità di una competenza concorrente di Antitrust**”. Conclude il Consiglio di Stato sottolineando che l’indirizzo adottato è più coerente con il **principio costituzionale del buon andamento dell’amministrazione**, in quanto a) “si evita di sottoporre gli operatori a duplici procedimenti per gli stessi

fatti, con possibili conclusioni anche differenti tra le due autorità”; b) “si consente che si dettino indirizzi univoci al mercato, che altrimenti verrebbe a trovarsi in una situazione di possibile disorientamento, con potenziali ripercussioni sulla stessa efficienza dei servizi nei riguardi degli utenti/consumatori e sui costi che questi ultimi sono chiamati a pagare”; c) si evita la “evidente violazione del principio di proporzionalità che si verrebbe a configurare nel caso di cumulo materiale delle sanzioni da parte di entrambe le autorità”.

Dopo tale pronuncia, l'indirizzo è stato recepito a livello legislativo **dall'art. 23, comma 12 quinquedecies della l. 135/2012, poi abrogato dalla Legge n. 21/2014.**

La **Commissione Europea** ha poi dato il via **ad una procedura di infrazione (n. 2013/2169)**¹¹¹, mai conclusa, in cui, secondo quanto si evince dal relativo atto riassuntivo del Parlamento italiano, si rileva che “la Direttiva 2005/29/CE, nonché quella sul “servizio universale”, come modificata dalla successiva 2009/136/CE, non siano state correttamente attuate in Italia”, in ragione del fatto che l'art. 3 della Direttiva 2005/29/CE deve interpretarsi nel senso per cui essa si applica solo in presenza di due norme di derivazione europea, indiretta o diretta, e soltanto in caso di contrasto con la disciplina più specifica. Secondo quanto riporta il Parlamento italiano della lettera della Commissione Europea dunque, “ove una normativa UE, relativa ad uno specifico ramo degli affari, non contrasti con detta Direttiva n. 2005/29/CE, ma risulti complementare ad essa, la medesima Dir. 2005/29/CE deve applicarsi comunque, insieme alla legislazione UE di settore”. Rispetto al caso di specie, si legge negli atti parlamentari che la Commissione afferma che la Direttiva sul servizio universale 2009/136/CE, “si propone essa stessa come aggiuntiva alla Direttiva sulle pratiche commerciali sleali, escludendosi quindi un contrasto tra le due: infatti l'art. 20, par. 1, della medesima Direttiva sul servizio universale, prevede che le norme in essa contenute facciano sempre salva l'applicazione delle norme comunitarie in materia di tutela dei consumatori”. In questo senso si sottolinea che la mancata applicazione della direttiva 2005/29/CE porterebbe ad alcuni vuoti di tutela rispetto a possibili abusi delle imprese; la posizione della Commissione è dunque quella per cui “se la Direttiva sul servizio universale, per rendere i clienti più avveduti, obbliga le imprese ad informarli su svariati effetti del contratto, trascura d'altra parte di imporre alle imprese ulteriori comportamenti corretti previsti, invece, dalla Direttiva sulle pratiche commerciali sleali (es: l'obbligo di astenersi dal porre ostacoli non contrattuali all'esercizio, da parte del cliente, dei diritti attribuitigli dal contratto)”. La Commissione sembra affermare esplicitamente che l'orientamento del Consiglio di Stato, nonché il citato art. 23 della l. 135/2012 sono in contrasto con l'art. 3 della Direttiva 2005/29/CE in quanto tali interpretazioni non escludono l'applicazione della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette unicamente in caso di contrasto fra questa e quella più specifica ma anche nel caso di una concorrenza fra le due.

È poi intervenuta un'ulteriore modifica legislativa: con il già citato **d.lgs. n. 21/2014**, è stato introdotto il **comma 1 bis dell'art. 27 cod. cons.**, che recita:

“anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze”.

¹¹¹ Su cui si veda:

http://www.camera.it/dati/leg17/lavori/documentiparlamentari/indiceetesti/073/005_RS/00000012.pdf.

A seguito di tale intervento legislativo la VI Sezione del **Consiglio di Stato**, con **sent. n. 1104 del 5 marzo 2015**, ha inizialmente affermato la competenza esclusiva dell'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette, affermando la carenza di interesse in un appello in cui questa era fatta valere.

La questione dei rapporti fra le due Autorità si pone nuovamente in modo problematico, e la **Sezione VI del Consiglio di Stato con ordinanza 4352/2015 ha nuovamente rimesso la questione all'Adunanza Plenaria, che risolve la questione, come già visto, con la sent. 3/2016**. Nell'**ordinanza di remissione**, si chiede all'Adunanza Plenaria di pronunciarsi sulla correttezza di un'interpretazione del nuovo art. 1 *bis* dell'art. 27 cod. cons. Secondo la prospettazione della Sesta Sezione, la competenza esclusiva dell'AGCM può essere affermata soltanto nel caso in cui non vi sia una disciplina di settore esaustiva e completa, e un'Autorità preposta ad assicurarne l'attuazione. Si interpreta qui la disciplina generale – e la competenza dell'AGCM –, come “*rete di protezione*”, anche sulla base dell'interpretazione resa dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 11/2012, di cui già si è detto. Si cita in tal senso anche una lettera di avvio di una procedura di infrazione inviata dalla Commissione Europea nel 2013, in cui si afferma che la Direttiva 2005/29/CE “*opera come una rete di sicurezza che garantisce il mantenimento di un elevato livello di tutela dei consumatori contro le pratiche commerciali sleali a tutti i settori, colmando le lacune di altre specifiche normative settoriali*”.

Si può richiamare anche, rispetto ai rapporti fra accertamento dell'AGCM e azione inibitoria proposta *ex art.* 140 cod. cons., la recente pronuncia del **Tribunale di Milano, del 4 giugno 2018**, in cui si legge che “*il legislatore nazionale si è avvalso dell'opzione consentita dall'art. 11 dir. 2005/29/CE in punto di enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette, affidando all'AGCM incisivi poteri di vigilanza, controllo, inibitori e sanzionatori, senza escludere né limitare in alcun modo (anzi facendo espressamente salvo) il diritto di azione dei singoli e degli enti esponenziali a tutela di diritti ed interessi collettivi, pregiudicati da pratiche commerciali scorrette, delle quali quindi il giudice può conoscere*” (nello stesso senso: Trib. Milano, 3 luglio 2017; Trib. Roma 23 dicembre 2013, Cass. Civ. SSUU 28 marzo 2006, n. 7036, in relazione alla pubblicità ingannevole).

4.2.1.5 [La prospettiva dell'Unione e le questioni pregiudiziali proposte dal Consiglio di Stato](#)

La Commissione Europea, come si è visto, dubita della compatibilità con il diritto dell'Unione dell'interpretazione data dal Consiglio di Stato nel 2012, in quanto questa ha l'effetto di creare possibili vuoti di tutela per il consumatore. L'opzione ermeneutica – e poi legislativa – italiana sembra dunque essere criticata in ragione del fatto che essa viola il **principio di effettività, *in primis* nella prospettiva oggettiva dell'effettiva applicazione del diritto europeo**. L'interpretazione della Direttiva 2005/29/CE in virtù dell'effettività del diritto europeo si rinviene anche nella pronuncia **Gelvora UAB, del 20 luglio 2017, C-357/16**, in cui la Corte afferma che la direttiva si applica nei rapporti fra debitore e società di recupero crediti, anche in ragione del fatto che altrimenti “*potrebbe mettere in discussione l'effetto utile della tutela accordata ai consumatori da tale direttiva*”.

Il Consiglio di Stato, nell'ordinanza n. 167/2017 sembra utilizzare un'argomentazione fondata sull'effettività del diritto europeo, ma *a contrario*, quando fa riferimento all'impossibilità di adire la “*Autorità competente a reprimere una violazione della direttiva settoriale in ogni ipotesi che sia suscettibile di integrare altresì gli estremi di una pratica commerciale scorretta/sleale*”: qui in gioco sembra esservi dunque nuovamente l'effettività del diritto europeo, colto sotto il versante dell'*enforcement* della disciplina settoriale.

Rispetto ai rapporti fra le diverse discipline di derivazione europea, le istituzioni europee sembrano orientate, in caso di discipline specifiche rispetto a quella prevista dalla Direttiva 2005/29/CE, ad applicare entrambi i corpi normativi, salvi i casi di contrasto, in cui prevarrebbe

quello specifico. Tale impostazione è confermata anche dalla sentenza **Abcur AB, del 16 luglio 2015, C-544/13 e C-545/13**, in cui la Corte ha ricostruito in questo senso i rapporti fra la Direttiva 2005/29/CE e altri testi legislativi europei in materia di farmaci, affermando anche che per gli aspetti non specificamente disciplinati dalla disciplina specifica in contrasto con la dir. 2005/29/CE quest'ultima rimane applicabile.

Tale indirizzo è confermato nel recente documento dei servizi della Commissione *“orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali”*, del 25 maggio 2016¹¹². Vi si legge che *“l'articolo 3, paragrafo 4, e il considerando 10 sono elementi fondamentali della direttiva. Precisano che **la direttiva completa altre norme dell'UE** (“norme Comunitarie”) che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali. Di conseguenza, la direttiva funziona da **“rete di sicurezza”**, assicurando che si possa mantenere un livello comune elevato di protezione dei consumatori contro le pratiche commerciali sleali in tutti i settori, anche integrando e colmando le lacune in altre normative dell'UE”*. Tale documento, che comunque non ha un valore giuridico vincolante, interpreta l'art. 3, §4, in combinato disposto con il 10° considerando della direttiva 2005/29/CE, nel senso che *“una disposizione del diritto dell'Unione prevale sulla direttiva se le tre condizioni seguenti sono tutte soddisfatte:*

- *ha lo status di diritto dell'Unione;*
- *disciplina un aspetto specifico delle pratiche commerciali;*
- *è presente un conflitto tra le due disposizioni oppure il contenuto dell'altra disposizione del diritto dell'Unione si sovrappone al contenuto della disposizione pertinente della direttiva, per esempio disciplina il comportamento in questione in modo più dettagliato e/o è applicabile a un settore specifico”*.

In tali ipotesi i servizi della Commissione ritengono che *“la direttiva non si applica all'aspetto specifico della pratica commerciale disciplinato, per esempio, da una norma settoriale”*; questo non implica l'irrelevanza della Direttiva 2005/29/CE, che potrebbe essere applicata in relazione ad altri aspetti della pratica commerciale. Secondo tale indirizzo dunque l'applicazione della direttiva *“non è di per sé esclusa solo perché esistono altre normative dell'UE che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali”*.

Se fino ad ora si è guardato ai rapporti fra le discipline, **nell'ambito italiano, in cui vi sono molteplici autorità amministrative, si pone anche la questione, parzialmente diversa, del rapporto fra queste**. In proposito, si può richiamare il recente Regolamento UE 2017/2394, che si applica *“alle infrazioni intra-UE, alle infrazioni diffuse e alle infrazioni diffuse aventi una dimensione unionale”*. Tale Regolamento prevede l'esistenza di un *“ufficio unico di collegamento”* che *“ha il compito di coordinare le attività di indagine e di esecuzione”* delle istituzioni e degli organi competenti rispetto alle infrazioni di cui al regolamento. L'art. 6 del Regolamento prevede che ai fini della corretta applicazione del Regolamento *“ciascuno Stato membro provvede affinché le proprie autorità competenti, altre autorità pubbliche e, se del caso, gli organismi designati cooperino efficacemente tra loro”*, e che *“gli Stati membri garantiscono che le altre autorità pubbliche di cui al paragrafo 1 dispongano dei mezzi e dei poteri necessari per collaborare in modo efficace con le autorità competenti nell'applicazione del presente regolamento. Tali altre autorità pubbliche comunicano regolarmente alle autorità competenti le misure adottate in applicazione del presente regolamento”*. Sono poi previsti degli specifici meccanismi di coordinamento. Il Regolamento citato può essere un punto di partenza per riflettere sui meccanismi di coordinamento fra le diverse Autorità preposte a garantire l'applicazione del diritto europeo.

4.2.1.6 Rilievi conclusivi e questioni aperte

Due ordini di questioni emergono dall'analisi svolta. In primo luogo, vi è il tema del rapporto fra le diverse discipline di derivazione europea, quella generale di cui alla Direttiva 2005/29/CE e quelle specifiche e settoriali. Come si è visto, il principio di effettività può qui giocare un ruolo

¹¹² Consultabile all'indirizzo: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TEXT/PDF/?uri=CELEX:52016SC0163&from=IT>.

nella costruzione di un'interpretazione che garantisca al tempo stesso l'applicazione e appunto l'effettività di entrambe le discipline. A tal proposito si possono formulare i seguenti interrogativi:

Il comma 1 *bis* dell'art. 27 cod. cons. può essere interpretato nel senso di permettere un'applicazione della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette che non osti all'applicazione della disciplina settoriale, ma che permetta un coordinamento fra i due corpi normativi?

Si può escludere, sulla base del principio di proporzionalità, che il comma 1 *bis* cit., possa essere interpretato nel senso dell'assenza di un coordinamento fra le diverse discipline – settoriale e generale – e dunque di una loro applicazione autonoma da parte di diverse Autorità, che potrebbe portare a una duplicazione delle sanzioni per la stessa condotta?

Rispetto al caso di specie, si sarebbe potuto affermare che le sanzioni conseguenti alla violazione del Codice delle comunicazioni elettroniche non erano applicabili, in quanto l'effetto dissuasivo e l'effettività del diritto europeo erano comunque garantiti dalle norme in materia di pratiche commerciali scorrette?

La risposta alla domanda appena formulata dipende anche dai rapporti fra le diverse Autorità; in questo senso, è opportuno riflettere su possibili meccanismi di coordinamento fra queste. Si può a tal proposito osservare come la modulazione di tali meccanismi possa essere rilevante rispetto all'applicazione dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività. Infatti, se il principio di effettività potrebbe a prima vista ritenersi coerente con un'attività concorrente delle diverse Autorità, occorre ragionare sulla possibilità che tale architettura istituzionale porti alla formazione di interpretazioni e indirizzi discrepanti fra le diverse autorità, che inficino l'applicazione del diritto europeo. Rispetto al principio di proporzionalità, il rischio di un'azione concorrente e non coordinata fra le diverse Autorità può avere l'effetto di produrre una duplicazione delle sanzioni, o un loro mancato coordinamento, incidendo in negativo sulla loro proporzionalità. Può essere considerato anche il principio di dissuasività, in quanto un effetto opposto a quello appena visto potrebbe essere quello di una quantificazione “*al ribasso*” delle sanzioni, in ragione della loro eventuale duplicazione. Sulla base di tali considerazioni si può formulare il seguente quesito:

Quali possono essere i meccanismi di coordinamento fra le diverse autorità che garantiscano il rispetto dei principi di proporzionalità, effettività e dissuasività?

4.3 Il sindacato giurisdizionale sui rimedi

4.3.1 *L'accertamento della natura vessatoria delle clausole da parte dell'AGCM e il ruolo dell'art. 37 bis cod. cons. nell'ambito della tutela privatistica.*

4.3.1.1 La questione

Che effetti produce l'accertamento in sede amministrativa della vessatorietà della clausola nel giudizio civile che ha ad oggetto la stessa clausola?

Come si configura il mezzo di impugnazione del provvedimento amministrativo che accerta la vessatorietà della clausola?

La questione affrontata in questo paragrafo è quella del rapporto fra accertamento sulla vessatorietà della clausola compiuto in sede amministrativa dall'AGCM, e tutela giurisdizionale. Declinando il problema, sono due i nodi principali: da una parte il rapporto fra il provvedimento e le possibilità della sua impugnazione, affidata dall'art. 37 *bis* cod. cons. al giudice amministrativo; dall'altra l'incidenza dell'accertamento amministrativo nel giudizio civile sulla clausola.

4.3.1.2 [Tar Lazio, 13 luglio 2017, n. 8378](#)

4.3.1.2.1 *Il fatto e gli argomenti delle parti*

Un gruppo societario immobiliare impugna davanti al Tar Lazio il provvedimento con cui l'AGCM dichiara la vessatorietà di alcune clausole contrattuali presenti nei moduli utilizzati dalle agenzie immobiliari afferenti al gruppo. L'atto gravato è adottato dall'Autorità in forza dell'art. 37 *bis* del cod. cons., che al primo comma dispone infatti che l'AGCM “*d'ufficio o su denuncia, ai soli fini di cui ai commi successivi, dichiara la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari*”.

La società ricorrente domanda l'annullamento del provvedimento adottato dall'Autorità ritenendolo viziato da eccesso di potere per carenza e illogicità della motivazione. L'Autorità resistente, dal suo canto, reputa il ricorso inammissibile e infondato.

Accogliendo le eccezioni sollevate dall'AGCM, il Tar dichiara il ricorso improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

4.3.1.2.2 *Interesse/diritto leso*

Per la definizione delle clausole vessatorie contenute nei contratti con i consumatori il Tar Lazio rinvia agli artt. 33 e ss. del cod. cons., che, come noto, qualifica in tal modo “*le clausole che determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*”. In relazione al caso di specie, con il provvedimento oggetto di impugnativa l'AGCM ravvisa la abusività di clausole che stabiliscono il rinnovo tacito del contratto per un uguale periodo, con patto di esclusiva; che limitano la facoltà di opporre eccezioni; che limitano le azioni o i diritti dei consumatori nei confronti del professionista inadempiente; e che, ancora, prevedono l'irrevocabilità dell'incarico per la formulazione e la raccolta della proposta unitamente all'applicazione di una penale in caso di revoca anticipata o di rifiuto a concludere il contratto, senza fare salvo il giustificato motivo.

4.3.1.2.3 *Rimedio*

La tutela amministrativa dei consumatori rispetto alle clausole vessatorie presenti nei cd. “*contratti di massa*” predisposti unilateralmente dai professionisti è affidata dal legislatore all'AGCM, limitando tuttavia il potere in tal caso riconosciuto all'Autorità alla mera dichiarazione di vessatorietà, cui fa seguito la sola pubblicazione della declaratoria stessa. L'art. 37 *bis*, co. 2, dispone infatti che “*Il provvedimento che accerta la vessatorietà della clausola è diffuso anche per estratto mediante pubblicazione su apposita sezione del sito internet istituzionale dell'Autorità, sul sito dell'operatore che adotta la clausola ritenuta vessatoria e mediante ogni altro mezzo ritenuto opportuno in relazione all'esigenza di informare compiutamente i consumatori a cura e spese dell'operatore*”. Solo in via eventuale, peraltro, la stessa disposizione attribuisce all'AGCM un potere sanzionatorio, esercitabile “*in caso di inottemperanza alle disposizioni di cui al presente comma*”.

La sentenza in questione si sofferma sulla portata della declaratoria dell'Autorità, specificando come questa non incida in alcun modo nell'ambito dei rapporti privatistici tra professionista e consumatore: assegnati in via esclusiva, ex art. 37 *bis*, co. 4, cod. cons., alla giurisdizione del giudice civile.

Nella fattispecie esaminata, pertanto, l'operato dell'Autorità amministrativa è limitato all'adozione di un provvedimento accertativo del carattere abusivo delle clausole analizzate, cui non fa seguito la promozione nei confronti del gruppo societario di alcun procedimento sanzionatorio per inottemperanza.

4.3.1.2.4 Gli argomenti

La sopravvenuta carenza di interesse al ricorso in capo al gruppo immobiliare è ricondotta dai giudici all'adozione in corso di procedimento, da parte della stessa società ricorrente, di nuove clausole contrattuali, prontamente valutate dall'AGCM come non vessatorie; ai fini dell'affermazione della carenza di interesse, i giudici utilizzano anche un argomento fondato sull'irrelevanza dell'accertamento compiuto in sede amministrativa rispetto al giudizio civile.

Ad avviso del collegio, detta circostanza priva di fatto il ricorrente di una concreta esigenza di trarre una determinata utilità dalla pronuncia richiesta al Tar, avendo la stessa Autorità già autonomamente riconosciuto la regolarità delle clausole vigenti e non essendo, peraltro, mai stato intrapreso alcun procedimento sanzionatorio a carico della ricorrente tale da giustificare l'interesse a una decisione a sé favorevole.

A riprova di questo, il collegio precisa anzitutto che nell'ambito del processo amministrativo è necessario che l'interesse a ricorrere non solo sussista al momento della presentazione del ricorso, ma perduri anche per tutta la durata del giudizio.

Con specifico riferimento al caso considerato, i giudici del Tar Lazio evidenziano inoltre come l'interesse a ricorrere non possa dirsi sussistente neppure ai meri fini risarcitori (*ex art. 34, co.3, c.p.a.*), non essendo stata né proposta né prospettata alcuna azione risarcitoria nell'ambito del giudizio, nonostante la contestazione di un generico danno all'immagine asseritamente patito dal gruppo immobiliare, su cui il giudice non si esprime, né circa l'ammissibilità né sulla fondatezza. Ma soprattutto, i giudici del Collegio evidenziano come la carenza di interesse a ricorrere permanga anche alla luce della contestuale pendenza di giudizi in sede civile tra la società ricorrente e singoli consumatori, in considerazione del fatto che il provvedimento impugnato non spiega alcun effetto in sede civile; o meglio: *“Dalla declaratoria non deriva alcun effetto “pregiudiziale” nei rapporti privatistici tra professionista e consumatore, atteso che il comma 4 dell’art. 37 bis stabilisce che “È fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno”.*

4.3.1.3 La giurisprudenza italiana

Nella pronuncia appena esaminata il giudice esclude ogni effetto *“pregiudiziale”* della valutazione compiuta dall'AGCM sul giudizio civilistico, utilizzando tale argomentazione insieme ad altre, al fine di affermare la carenza di interesse del ricorrente. I nodi principali da affrontare sono qui due: da una parte il rapporto fra giudizio civile e tutela amministrativa *ex art. 37 bis*, e dall'altro le possibilità di impugnare il provvedimento dell'AGCM, rilevante anche in virtù dell'art. 47 CDFUE, che com'è noto, garantisce il diritto ad un rimedio effettivo.

Il rapporto fra tutela amministrativa contro le clausole vessatorie e giudizio civile deve essere ricostruito a partire dal testo dell'art. 37 *bis* cod. cons., introdotto con d.l. 1/2012, poi convertito in legge, secondo cui, rispetto al provvedimento amministrativo, *“è fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno”*. Il provvedimento dell'AGCM non ha un effetto preclusivo né determinante rispetto al giudizio civile, e questo anche in quanto il giudizio compiuto dall'Autorità amministrativa *“si sviluppa in astratto, sulla base (...) di standard che assumono i contenuti propri di cui agli artt. 33 e ss. del codice del consumo”*¹¹³, e si distingue così dalla valutazione che il giudice civile fa, in concreto, della singola clausola e del singolo contratto¹¹⁴. Si potrebbe però affermare che la declaratoria di vessatorietà

¹¹³ Sul punto si veda anche Corte di Giustizia, *Biuro*, 21 dicembre 2016, C-119/15; C. Camardi, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, in *“Jus Civile”*, 2013, n. 6, p. 328.

¹¹⁴ L'autonomia della valutazione sulle clausole vessatorie è stata affermata anche in relazione allo scrutinio che attiene alla scorrettezza della pratica, in ragione della diversità dei presupposti di applicazione della disciplina (Tar Roma, n. 4238, 11

– o quella di non vessatorietà, per esempio nel caso dell’interpello preventivo – costituisca un elemento che il giudice può valutare per formare il proprio convincimento all’interno del giudizio civile.

L’ultima osservazione porta con sé e riapre la questione dell’esistenza dell’interesse ad agire rispetto al provvedimento dell’AGCM.

Venendo dunque al secondo punto, quello dell’**interesse ad agire**, questo è escluso dal giudice nel caso di specie, in primo luogo in quanto sono state adottate nuove clausole, non vessatorie; la mancata incidenza del provvedimento dell’AGCM all’interno del giudizio civile è utilizzato come argomento aggiuntivo per escludere la sussistenza dell’interesse ad agire. Se con riguardo a quest’ultimo aspetto già si è accennato, è opportuno considerare altri profili. In primo luogo, si possono considerare le conseguenze della dichiarazione di vessatorietà da parte dell’AGCM, che sono di carattere reputazionale. Nel caso di specie il Tar esclude l’esistenza dell’interesse ad agire anche perché non è stata proposta una domanda risarcitoria; si potrebbe però riflettere sull’interesse al solo annullamento dell’atto, con conseguente sua pubblicità, utile a ristabilire la reputazione del professionista.

D’altro canto, in alcune ipotesi, ad esempio nel caso dell’interpello preventivo, potrebbe venire in rilievo l’interesse ad agire delle associazioni a tutela dei consumatori.

4.3.1.4 [La giurisprudenza europea](#)

Individuate le principali questioni prendendo a riferimento l’ordinamento italiano, rispetto al contesto europeo, paiono rilevanti soprattutto due pronunce della Corte di Giustizia, ***Invitel*, 26 aprile 2012, C-473/10**, e ***Biuro*, 21 dicembre 2016, C-119/15**.

Nella pronuncia ***Invitel***, la Corte di Giustizia, interrogandosi sul valore rispetto al giudizio individuale di un provvedimento inibitorio preventivo cui la legge ungherese dava piena efficacia nei confronti di tutti i consumatori, ha in primo luogo sottolineato l’importanza “*dell’interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori*”, per poi affermare in base a tali considerazioni “*che i giudici nazionali debbono, anche per l’avvenire, trarne d’ufficio tutte le conseguenze previste dal diritto nazionale affinché tale clausola non vincoli i consumatori che abbiano stipulato con il professionista di cui trattasi un contratto al quale si applicano le medesime CG*”.

Nel caso ***Biuro*** la Corte di Giustizia è chiamata a decidere se “*l’impiego di clausole di condizioni generali, il cui contenuto sia equivalente a quello di clausole dichiarate illecite da una decisione giurisdizionale definitiva e annotate in un registro nazionale delle clausole siffatte, sia considerato, nei confronti di un professionista che non è stato parte del procedimento conclusosi con l’annotazione di tali clausole nel registro di cui trattasi, un comportamento illecito, sanzionabile con l’irrogazione di un’ammenda*”. La possibile criticità di tale meccanismo si coglie in relazione all’**art. 47 della Carta dei diritti fondamentale dell’Unione Europea (CDFUE)**, che garantisce il diritto ad un ricorso effettivo, il cui rispetto va vagliato in rapporto alla posizione del professionista. La Corte risolve la questione affermando che la disciplina richiamata è compatibile con l’art. 47 CDFUE qualora il giudice che decide sull’applicabilità della sanzione al professionista valuti “*il contenuto delle clausole controverse, al fine di determinare se, tenuto conto di tutte le circostanze rilevanti specifiche di ciascun caso, tali clausole siano sostanzialmente identiche, segnatamente quanto agli effetti da esse prodotti, a quelle annotate in tale registro*”, e il professionista abbia diritto ad un ricorso effettivo contro tale decisione.

aprile 2018). Il Tribunale amministrativo afferma che il bene giuridico tutelato è diverso, e da tale differenza “*deriva l’assenza di profili di sovrapposizione tra le due valutazioni*”.

4.3.1.5 Rilievi conclusivi e questioni aperte

La disciplina nazionale oggetto della decisione della Corte di Giustizia appena esaminata non trova corrispondenza nel diritto italiano. L'AGCM non potrebbe infatti comminare sanzioni amministrative nei confronti di professionisti diversi da quelli a cui il provvedimento *ex art. 37 bis* si riferisce per il solo fatto che tali professionisti adottano clausole "equivalenti". La pronuncia consente tuttavia di configurare un diritto alla impugnazione del provvedimento con cui si dichiara la vessatorietà di una clausola-tipo, quando dall'uso di tale clausola possano derivare conseguenze pregiudizievoli per l'interessato, seppure di tipo non sanzionatorio (ma es. invalidatorio). Il fatto che la dichiarazione di nullità richieda un separato giudizio avente ad oggetto il rapporto individuale, e che in quella sede il giudice possa riesaminare gli elementi di fatto e di diritto che nel caso di specie portano a configurare la clausola come vessatoria in concreto (e non più solo in astratto), non esclude che anche dal giudizio in astratto scaturiscano quanto meno effetti dissuasivi e dunque limitativi della libertà del professionista, se non pregiudizievoli sul piano della reputazione, come implicitamente riconosciuto dalla pronuncia del Consiglio di Stato sopra esaminata.

La lettura della sentenza in oggetto attraverso la lente della giurisprudenza europea potrebbe dunque aprire la strada verso la configurazione di un interesse all'impugnazione del provvedimento *ex art. 37 bis*.

Si tratta di una strada non chiaramente delineata nell'attuale formulazione della norma. Infatti, con riguardo alle questioni esaminate, rispetto all'incidenza all'interno del giudizio civile dell'accertamento compiuto in sede amministrativa, è lo stesso art. 37 *bis* cod. cons. a istituire due binari di tutela separati. Se si guarda però a tale norma alla luce del principio di effettività, inteso in senso oggettivo, e anche alla luce dell'art. 7 della Direttiva 93/13/CE, emergono alcune criticità dell'esistenza di sistemi paralleli, che rischiano di creare situazioni di contrasto non certo propizie all'effettività del diritto europeo e della sua tutela. Anche sulle base delle considerazioni che si sono svolte rispetto al diritto nazionale sulla possibilità dell'accertamento amministrativo di costituire un elemento di prova, si può formulare il seguente interrogativo:

Alla luce del principio di effettività e dell'art. 7 della Direttiva 93/13, si può affermare e valorizzare in sede ermeneutica che l'accertamento amministrativo svolto dall'AGCM costituisce un elemento nella formazione del convincimento del giudice civile? Che ruolo può svolgere per esempio rispetto alle presunzioni di cui all'art. 2729 c.c.?

Rispetto al tema dell'impugnazione, e dunque dell'accertamento circa la sussistenza dell'interesse ad agire, pare opportuno tenere in considerazione la declinazione soggettiva del principio di effettività, anche rispetto a quanto garantito dall'art. 47 CDFUE, che com'è noto prevede il diritto ad un ricorso effettivo davanti a un giudice. La considerazione dell'art. 47 CDFUE nel contesto interpretativo delle norme rilevanti ai fini della valutazione dell'esistenza dell'interesse ad agire può portare anche alla luce delle considerazioni che si sono svolte nel paragrafo attinente al diritto italiano, a formulare la seguente questione:

Alla luce del principio dell'effettività della tutela, del diritto ad un ricorso effettivo di cui all'art. 47 CDFUE, nonché delle norme in materia di interesse ad agire nel processo amministrativo, potrebbe ritenersi sussistente l'interesse del professionista ad agire per l'annullamento del provvedimento, in ragione dei suoi effetti reputazionali, e delle associazioni a tutela dei consumatori, o dei singoli consumatori, in ragione del loro diritto a una tutela effettiva contro le clausole vessatorie?

4.3.2 *Discrezionalità amministrativa dell'autorità di enforcement e sindacato giurisdizionale nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette e dell'illecito anticoncorrenziale*¹¹⁵

4.3.2.1 *La questione*

In che modo i principi di proporzionalità, effettività e dissuasività, nonché il diritto ad un ricorso effettivo sancito dall'art. 47 CDFUE possono incidere sul sindacato giurisdizionale delle sanzioni?

Il tema che si affronta in questa sezione è quello dell'oggetto della cognizione del giudice rispetto alla determinazione della sanzione; il nodo teorico è chiaro, e attiene al rapporto fra sindacato giurisdizionale ed esercizio della discrezionalità da parte dell'Amministrazione. Senza poter qui ripercorrere le analisi e le argomentazioni che attengono a tale questione teorica, si vuole però comprendere come l'assetto raggiunto attraverso interventi legislativi e giurisprudenziali incida – o possa incidere – sul rispetto dei principi europei di proporzionalità, effettività e dissuasività.

4.3.2.2 *Cons. St., 21 marzo 2018, n. 1820*

4.3.2.2.1 *Il fatto e gli argomenti delle parti*

La compagnia aerea Ryanair ricorre dinanzi al Consiglio di Stato per la riforma della sentenza di rigetto del suo originario ricorso proposto al Tar del Lazio.

Attraverso il ricorso proposto in primo grado, Ryanair domanda l'annullamento di tre provvedimenti con cui l'AGCM, nell'ordine: rigetta un primo atto di assunzione di impegni presentato dalla compagnia aerea ai sensi dell'art. 27, co. 7, cod. cons.; dichiara l'inammissibilità di una istanza integrativa dei precedenti impegni depositata dalla stessa compagnia; e, infine, definisce il procedimento istruttorio ravvisando e sanzionando l'illegittimità della pratica commerciale esaminata. Quest'ultima, secondo la ricostruzione effettuata dall'Autorità, consiste nella fornitura di informazioni insufficienti circa elementi essenziali del servizio assicurativo proposto dalla compagnia nel corso della procedura di acquisto *online* di un volo, nonché nella totale omissione di informazioni, al momento dell'acquisto, circa gli ulteriori oneri, procedurali ed economici, previsti in caso di richiesta di pagamento dell'indennizzo assicurativo.

È il caso di ricordare che a norma dell'art. 27, co. 7, cod. cons.: *“Ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale, l'Autorità può ottenere dal professionista responsabile l'assunzione dell'impegno di porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità. L'Autorità può disporre la pubblicazione della dichiarazione dell'impegno in questione a cura e spese del professionista. In tali ipotesi, l'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può renderli obbligatori per il professionista e definire il procedimento senza procedere all'accertamento dell'infrazione”*.

Nel caso di specie l'AGCM, ricevuta la prima proposta di “ravvedimento operoso” da parte della compagnia, ne delibera il rigetto; investita in seguito della valutazione di una proposta definita da Ryanair meramente integrativa della precedente, ne dichiara l'inammissibilità per decorso del termine di presentazione stabilito dall'art. 9 della delibera AGCM n. 23788/2012 (recante *“Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie”*), attesa la qualificabilità in termini di nuova proposta, e non già di mera integrazione, degli impegni da ultimo presentati. Ad ogni modo, nel rigettare entrambi gli atti, l'Autorità ravvisa *“l'esistenza di un pubblico interesse all'ulteriore prosieguo del procedimento, istituzionalmente finalizzato alla definizione degli elementi accertativi dell'illecito onde disporre, con misure afflittive e/o ripristinatorie, la cessazione”*. Definito dunque il procedimento, l'Autorità accerta la scorrettezza delle

¹¹⁵ Il paragrafo che segue può essere letto insieme al § 3.7 sui criteri di quantificazione della sanzione pecuniaria alla luce dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività.

pratiche commerciali esaminate, ritenendole “*idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore*”.

Ryanair, pur non smentendo in nessuna sede l’effettiva realizzazione dei fatti addebitati, lamenta l’illegittimità dei provvedimenti di rigetto delle sue proposte di impegno, sostenendo che “*l’Autorità – e con essa i primi Giudici – aveva sbagliato sia nel valutare il merito di tali impegni sia nell’applicare correttamente la pertinente procedura*”; infatti, secondo la compagnia appellante, “*data la non credibile motivazione di una “radicale insufficienza” del primo set di impegni, i primi Giudici avrebbero dovuto cogliere l’errore dell’Autorità nel ritenere dotato di “numerosi profili di novità” il secondo set di impegni, peraltro meramente integrativo del primo, al punto tale da tacciarlo di tardività*”. Oltre a ciò, la compagnia aerea contesta il merito della decisione assunta dall’Autorità, e successivamente condivisa dal Tar, escludendo “*che la pratica commerciale sanzionata fosse ingannevole o aggressiva, giacché in realtà inidonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore*”.

Ritenendo infondate le censure sollevate dalla compagnia, il Consiglio di Stato respinge l’appello.

4.3.2.2.2 Interesse / diritto leso

All’esito del suo procedimento istruttorio, l’Autorità reputa scorrette le pratiche commerciali considerate, ossia “*contrarie alla diligenza professionale ed idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio cui sono destinate, con riguardo alla reale portata e convenienza economica delle offerte pubblicizzate*”.

4.3.2.2.3 Rimedio

Accertata l’illiceità della pratica, l’Autorità ne vieta l’ulteriore diffusione e condanna la compagnia responsabile al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, maggiorata di un’ulteriore somma in considerazione della recidiva riscontrata.

Nel respingere le censure di Ryanair in relazione all’entità della sanzione inflittale, il Consiglio di Stato – evidenziando la corretta applicazione da parte dell’Autorità del parametro della dimensione economica del soggetto – precisa peraltro che “*Ciò cui invero deve pure tendere una sanzione (...) è quello di evitare che essa, perdendo altrimenti il suo scopo, divenga null’altro che un semplice “costo aziendale” agli occhi del soggetto cui è comminata, il quale pertanto (in tale prospettiva) non avrebbe alcuna particolare induzione al mutamento delle proprie condotte*”.

4.3.2.2.4 Gli argomenti

Il Consiglio di Stato pone a fondamento della propria decisione una dettagliata analisi delle azioni poste in essere da Ryanair. A questa si addebita *in primis* di aver fornito solo indicazioni sommarie in merito ad elementi essenziali del contratto assicurativo proposto, quali i rischi effettivamente assicurati o l’importo della franchigia; né sarebbe sufficiente, a giudizio del collegio, l’esposizione di tali elementi nell’ambito di pagine *web* collegate alla schermata d’acquisto, dal momento che “*la laboriosità insita in una tal forma di ostensione delle informazioni rilevanti*” sarebbe “*di per sé idonea ad indurre l’abbandono delle ricerche delle informazioni*”. Inoltre, i giudici evidenziano come Ryanair abbia subdolamente fatto ricorso al metodo di acquisto del servizio c.d. *opt-out*, preselezionando cioè automaticamente la sottoscrizione della polizza assicurativa da parte dell’utente e riconoscendo soltanto la possibilità di disdire la sottoscrizione preimpostata, peraltro rendendo l’esercizio della scelta particolarmente complesso per via dell’occultamento dell’opzione “*non mi assicurare*” all’interno di un menu a tendina formalmente dedicato alla scelta di “*paesi*”. Ma non solo. Il Consiglio di Stato sottolinea infatti come la compagnia aerea abbia del tutto taciuto, nell’ambito della procedura di acquisto, aspetti appresi dal cliente solo al momento della presentazione della richiesta di pagamento dell’indennizzo assicurativo: in realtà subordinato alla necessità sia di contattare il *call center* a pagamento della società (per poter attivare la procedura), sia di presentare

una c.d. lettera di *no show* (emessa dal vettore aereo, in cui si attesta la ragione del ritardo o della cancellazione del viaggio dell'assicurato) rilasciata previo pagamento di una *fee*.

L'attenta analisi fornita dal Consiglio di Stato, che delinea un vero e proprio crescendo di condotte scorrette perpetrate dall'appellante, appare sostanzialmente volta a dimostrare la sussistenza del presupposto della *“manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale”* (di cui all'art. 27, co. 7, cod. cons., ma ripreso anche dall'art. 9 del predetto Regolamento con riferimento ai *“casi di grave e manifesta ingannevolezza/illiceità di una pubblicità o scorrettezza di una pratica commerciale”*) cui è subordinato il potere dell'AGCM di accertare e sanzionare una condotta commerciale anche in seguito alla ricezione di dichiarazioni di impegni da parte dell'operatore economico sottoposto a indagini. E infatti, descritto analiticamente il comportamento di Ryanair, il Collegio conclude: ***“tenuto conto della sussistenza dell'adeguato presupposto (acclaramento di una pratica seriamente scorretta), non può essere disconosciuto il diritto dell'Autorità – corrispondente ad una suo ampio spazio di discrezionalità amministrativa al riguardo – di scegliere di proseguire in ogni caso con l'adozione di un provvedimento sanzionatorio, questo essendo, per essa, il modo più appropriato per enunciare principi e regole di condotta utili a prevenire future pratiche commerciali scorrette, analoghe a quelle già in istruttoria”***.

Appurata la presenza del presupposto legislativamente previsto, e condiviso nel complesso l'iter logico seguito dall'Autorità amministrativa, i giudici di ultima istanza confermano dunque la sentenza impugnata.

4.3.2.3 La giurisprudenza italiana

Se nel caso esaminato la questione trattata è quella dell'estensione del sindacato del giudice in materia di impegni, pare opportuno ampliare l'analisi anche alle ipotesi di rideterminazione della sanzione amministrativa, anche al fine di costruire un quadro chiaro del potere di revisione giurisdizionale.

4.3.2.3.1 Il sindacato sulla decisione circa il rigetto degli impegni

Sul potere del giudice in materia di sindacato sulla decisione circa il rigetto degli impegni, la giurisprudenza è piuttosto costante. Si può citare la recente sentenza **Tar Roma, 15 gennaio 2018, n. 464**, in cui l'Autorità amministrativa ha rigettato la proposta di impegni anche in ragione dell'*“interesse dell'Autorità a procedere all'accertamento dell'eventuale infrazione”*. Il Tar afferma qui che *“la valutazione del carattere ingannevole della pratica commerciale posta in essere e delle informazioni fornite o omesse costituisce una valutazione tecnico-discrezionale compiuta dall'Autorità, che può essere sindacata dal giudice amministrativo in sede di giudizio di legittimità soltanto sotto il profilo della congruenza logica e della razionalità delle deduzioni espresse rispetto al tenore dei messaggi segnalati”*. Di qui il Tribunale amministrativo deduce che ***“in caso di corretta e completa acquisizione degli elementi di fatto rilevanti, il convincimento dell'Autorità non è sindacabile se non sul piano della ragionevolezza e della congruità della valutazione, con esclusione di interventi del Giudice di carattere sostitutivo idonei a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile od il proprio modello logico di attuazione del concetto indeterminato all'operato dell'Autorità”***, in quanto è *“ragionevole l'esistenza di una riserva di amministrazione in ordine al merito amministrativo, specie laddove vengano in rilievo provvedimenti adottati da un organo posto in posizione di particolare indipendenza, nell'esercizio di poteri neutrali”*. Sulla base di tali considerazioni il Tar afferma che *“la valutazione degli impegni ha un carattere ampiamente discrezionale in quanto impinge nell'autonomia di cui l'Autorità dispone relativamente alla determinazione delle proprie priorità di intervento”*.

Tale impostazione è stata di recente confermata anche dal **Consiglio di Stato**, nella **sentenza n. 1819 del 21 marzo 2018**, in cui si legge che *“tenuto conto della sussistenza dell'adeguato presupposto (acclaramento di una pratica seriamente scorretta), non può essere disconosciuto il diritto dell'Autorità –*

corrispondente ad una suo ampio spazio di discrezionalità amministrativa al riguardo – di scegliere di proseguire in ogni caso con l'adozione di un provvedimento sanzionatorio, questo essendo, per essa, il modo più appropriato per enunciare principi e regole di condotta utili a prevenire future pratiche commerciali scorrette, analoghe a quelle già in istruttoria”.

La giurisprudenza ha affermato che l'ampia discrezionalità di cui gode l'autorità amministrativa rispetto agli impegni, *“si estrinseca, più nel dettaglio, in una duplice direzione: anzitutto nell'accertare se il caso, per la sua gravità intrinseca e per la natura manifesta della scorrettezza accertata, merita comunque la finalizzazione del procedimento sanzionatorio, che resterebbe altrimenti inibita dall'accettazione della dichiarazione di impegno; in secondo luogo, nella valutazione dei contenuti specifici della dichiarazione espressiva dello ius poenitendi”* (Tar Roma, n. 12709, 10 novembre 2015; nello stesso senso Cons. Stato 5 marzo 2015, n. 1104).

In materia di impegni, pare interessante citare anche la sentenza del **Consiglio di Stato n. 4773, del 22 settembre 2014**, in cui, di fronte ad un caso di illecito anticoncorrenziale, il Supremo giudice amministrativo ha sottolineato come i sistemi di *public enforcement* e *private enforcement* rispondano a diverse finalità, escludendo che la possibilità che l'accertamento amministrativo valga nel processo civile a fini anche probatori, possa impedire all'AGCM di accettare gli impegni *“a prescindere da ogni ulteriore valutazione in ordine alla loro idoneità ad eliminare, sotto il profilo pubblicistico, i profili anticoncorrenziali”*. In tale pronuncia il Consiglio di Stato ribadisce anche che *“la valutazione dell'AGCM sull'idoneità degli impegni presentati rappresenta espressione di un potere ampiamente discrezionale, in cui vengono in rilievo profili di opportunità e di c.d. “discrezionalità economica” sottratti, in linea di principio, al sindacato giurisdizionale di legittimità, perché rientrati nel merito della decisione amministrativa.”*

4.3.2.3.2 Il sindacato sulla misura della sanzione nel giudizio amministrativo

Un tema parzialmente diverso è quello che attiene al giudizio circa la misura della sanzione. In tale ambito occorre ricordare l'art. 134, comma 1, lett. c. c.p.a., secondo cui *“il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto (...) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti”*. Tale norma è interpretata dalla giurisprudenza nel senso che consente *“al TAR e al Consiglio di Stato di modificare, in base a una propria valutazione, gli importi delle sanzioni pecuniarie comminate dall'AGCM, senza rinviare gli atti all'Autorità affinché la stessa quantifichi gli importi medesimi conformandosi alle indicazioni della sentenza, ma rideterminando in via diretta il “quantum” della sanzione da applicare, in misura ridotta rispetto a quanto stabilito dall'AGCM”* (Cons. Stato, 21 marzo 2018, n. 1670). La sentenza **Tar Milano, 15 dicembre 2015, n. 2654**, resa rispetto ad un provvedimento sanzionatorio dell'AEEG, precisa che *“nella giurisdizione di merito (...) il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione (cfr. l'art. 7, comma 6, del c.p.a.) e può altresì adottare un nuovo atto, oppure modifica o riforma quello impugnato (così l'art. 34, comma 1, lettera “d” del c.p.a.)”*.

La giurisprudenza mostra di seguire tale impostazione, quando valuta la correttezza dell'operato dell'AGCM in rapporto ai parametri della quantificazione previsti dall'art. 11 l. 689/81¹¹⁶ (*ex multis*: Cons. Stato, 11 dicembre 2017, n. 5795).

4.3.2.3.3 Il sindacato sulla sanzione nel giudizio civile

Rispetto ai giudizi che si incardinano davanti al giudice ordinario, e che attengono ai provvedimenti della **Consob** o della **Banca d'Italia**, si può richiamare il comma 7 *bis* dell'art. 195 TUF che dispone: *“con la sentenza la corte d'appello può rigettare l'opposizione, ponendo a carico dell'opponente le spese del procedimento o accoglierla, annullando in tutto o in parte il provvedimento o riducendo l'ammontare o la durata della sanzione”*. A tal proposito è utile citare l'indirizzo giurisprudenziale

¹¹⁶ Sul modo di applicazione di tali criteri si veda il capitolo 3, § 3.7.

secondo cui *“la natura impugnatoria del procedimento di opposizione a sanzione amministrativa comporta che l'oggetto del relativo giudizio resti delimitato, da una parte, dai fatti adottati dal provvedimento opposto a motivo dell'irrogazione della sanzione, dall'altra, dai motivi della opposizione”* (**Cass. Civ. 16 maggio 2011, n. 10748**). In una recente pronuncia si legge che *“il giudizio di opposizione non ha ad oggetto l'atto, ma il rapporto, con conseguente cognizione piena del giudice, che potrà (e dovrà) valutare le deduzioni difensive proposte in sede amministrativa (eventualmente non esaminate o non motivatamente respinte), in quanto riproposte nei motivi di opposizione, decidendo su di esse con pienezza di poteri, sia che le stesse investano questioni di diritto che di fatto”* (Cass. Civ. 21 maggio 2018, n. 12503).

Rispetto alle sanzioni previste nel TUB, si può fare riferimento all'art. 145 TUB, che prevede poteri istruttori officiosi del giudice e, al comma 7 *bis* che *“con la sentenza la Corte d'Appello può rigettare l'opposizione, ponendo a carico dell'opponente le spese del procedimento, o accoglierla, annullando in tutto o in parte il provvedimento o riducendo l'ammontare o la durata della sanzione”*.

Allargando la prospettiva, si può anche richiamare l'art. 6 del d.lgs. n. 150 del 1° settembre 2011, che prevede in generale il procedimento di opposizione alle sanzioni amministrative, ed è per tale ragione richiamato dall'art. 22 della l. 689/1981; tale norma prevede che *“con la sentenza che accoglie l'opposizione il giudice può annullare in tutto o in parte l'ordinanza o modificarla anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta, che è determinata in una misura in ogni caso non inferiore al minimo edittale”*.

Contro il decreto motivato di fronte alla Corte di Appello è ammesso ricorso in Cassazione (Cass. Civ. 21 maggio 2018, n. 12503; Cass. Civ., 8 aprile 2004, n. 6934; Cass. Civ. 12 dicembre 2003, n. 19041).

Di particolare interesse è il tema delle garanzie che circondano il procedimento sanzionatorio, anche in rapporto con l'eventuale fase della sua revisione giurisdizionale. A tal proposito, è opportuno richiamare una recentissima pronuncia in cui i ricorrenti fanno valere la violazione del contraddittorio fra l'Amministrazione procedente e l'interessato; qui la Corte di Cassazione ribadisce l'orientamento secondo cui *“alla stregua della quale il contraddittorio tra la l'Amministrazione procedente e l'interessato è assicurato, nell'ambito della fase istruttoria, dalla preventiva contestazione degli addebiti (pacificamente avvenuta in modo adeguato nella fattispecie), dall'esplicazione del diritto degli incolpati di dedurre le loro difese e di esercitare il diritto di accesso agli atti della procedura sanzionatoria”* (**Cass. Civ. 21 maggio 2018, n. 12503**; nello stesso senso: **Corte di Appello di Milano, 5 dicembre 2014**). Continuano i Giudici di legittimità affermando che *“è stato anche chiarito che diversamente da quanto prospettato dalla difesa del ricorrente - nel procedimento amministrativo sanzionatorio in questione, l'omessa previsione della trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'Ufficio sanzioni amministrative, e la conseguente impossibilità di interloquire, non si pone in contrasto con l'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, quando come stabilito dalla Corte EDU nella sentenza 4 marzo 2014, "Grande Stevens c. Italia" -, pur avendo le sanzioni natura sostanzialmente penale, il provvedimento con cui le stesse vengono irrogate sia assoggettato - come, appunto, quello di cui trattasi - ad un sindacato giurisdizionale pieno, attuato nell'ambito di un giudizio che assicura le garanzie del giusto processo”* (**Cass. Civ. 21 maggio 2018, n. 12503**). Nello stesso senso si erano poste le **Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sent. 30 settembre 2009, n. 20935**.

Rispetto al rapporto fra procedimento amministrativo sanzionatorio e precetti costituzionali, si legge in una recente pronuncia che *“i precetti costituzionali riguardanti il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e il giusto processo (art. 111 Cost.) riguardano espressamente e solo il giudizio, ossia il procedimento giurisdizionale che si svolge avanti al giudice, e non il procedimento amministrativo, ancorché finalizzato all'emanazione di provvedimenti incidenti su diritti soggettivi; cosicché l'incompleta equiparazione del procedimento amministrativo a quello giurisdizionale non viola in alcun modo la Costituzione”*; la Corte svolge la medesima argomentazione in relazione alla compatibilità del procedimento rispetto all'art. 6 CEDU, per

come interpretato nella sentenza *Grande Stevens*¹¹⁷ (Cass. Civ., 17 maggio 2018, n. 12110; nello stesso senso anche Cass. Civ. 23 aprile 2018, n. 9973).

4.3.2.4 La giurisprudenza europea

In ambito europeo, si può richiamare la pronuncia della Corte di Giustizia ***Commissione c. Alrosa*, 29 giugno 2010, C-441/07**, in materia di antitrust, in cui la Corte afferma l'opportunità di una diversa declinazione del principio di proporzionalità nel caso di irrogazione dell'inibitoria rispetto a quello della valutazione degli impegni. Nella seconda ipotesi, la Corte afferma che è sufficiente valutare *“se gli impegni (...) fossero sufficienti a rispondere alle preoccupazioni”* che avevano portato all'instaurazione del procedimento sanzionatorio e che erano emerse al suo interno. Nella valutazione sulla proporzionalità degli impegni, dunque, non occorre valutare se *“le imprese che propongono impegni (...) accettano coscientemente che le loro concessioni possano eccedere quanto potrebbe imporre loro la Commissione stessa in una decisione (...) a seguito di un'inchiesta approfondita. Per contro, la conclusione del procedimento d'infrazione avviato nei confronti di tali imprese consente loro di evitare la constatazione di una violazione del diritto della concorrenza e l'eventuale irrogazione di un'ammenda”*.

Con riguardo alla garanzia del sindacato giurisdizionale dei provvedimenti amministrativi, occorre considerare che nei giudizi che attengono al rispetto dell'art. 47 CDFUE, la Corte di Giustizia ha affermato che la garanzia del diritto ad un ricorso effettivo osta *“ad una normativa nazionale relativa all'esercizio dei ricorsi dinanzi al giudice competente a verificare la legittimità di un'autorità di regolamentazione che (...) non consente di riconoscere ad un operatore (...) la legittimazione a presentare un ricorso contro una decisione di tale autorità” (E. On Foldgáz, 19 marzo 2015, C-510/13)*. Si può citare anche la pronuncia *Grande Stevens*, in cui, la Corte di Strasburgo ha rilevato l'applicabilità dell'art. 6 CEDU alla sanzione prevista dall'art. 187 *ter* TUF, escludendo però l'esistenza di una violazione, anche in quanto la Corte di Appello competente può essere ritenuta un giudice imparziale ed è *“competente per giudicare sulla esistenza, in fatto e in diritto, dell'illecito definito dall'articolo 187 ter del decreto legislativo n. 58 del 1998, e [ha] il potere di annullare la decisione della CONSOB. Essa doveva anche valutare la proporzionalità delle sanzioni inflitte rispetto alla gravità del comportamento ascritto. Di fatto, essa ha peraltro ridotto l'ammontare delle sanzioni pecuniarie e la durata della interdizione pronunciata per alcuni dei ricorrenti (...) ed ha esaminato le loro diverse affermazioni di ordine fattuale o giuridico (...). La sua competenza non si limitava dunque ad un semplice controllo di legalità”*. La Corte EDU ha dunque affermato che la Corte d'Appello è da considerarsi qui *“organo dotato di piena giurisdizione”*.

4.3.2.5 Rilievi conclusivi e questioni aperte

Alla luce di quanto visto si può affermare che, se per quanto riguarda il giudizio di rideterminazione della sanzione la cognizione del giudice amministrativo è estesa al merito, per quanto attiene alla decisione sul rigetto degli impegni la valutazione dell'AGCM è più limitata, in quanto la valutazione dell'autorità è espressione di discrezionalità amministrativa.

Rispetto all'esercizio della discrezionalità amministrativa da parte dell'Autorità, si può formulare il seguente interrogativo:

Il diritto ad un ricorso effettivo del professionista, tutelato dall'art. 47 CDFUE, può giocare un ruolo rispetto alla modulazione della cognizione del giudice? Quali potrebbero essere possibili evoluzioni con riguardo alla valutazione sul rigetto degli impegni compiuta dall'AGCM?

¹¹⁷ Su cui si veda il § seguente.

5 TUTELA INDIVIDUALE E COLLETTIVA¹¹⁸

5.1 Il contesto europeo e il contesto italiano - 5.2 Legittimazione ad agire e rimedi esperibili dalle associazioni in tema di obblighi di informazione nei contratti di credito al consumo – 5.2. Clausole vessatorie ed effetti del provvedimento inibitorio – 5.3 Pratiche commerciali scorrette e azione di classe – 5.4 Possibilità del ricorso in Cassazione avverso l'ordinanza di inammissibilità dell'azione di classe

QUESTIONI

5.2

- In che modo principio di effettività e art. 47 della Carta possono contribuire a definire il sistema di legittimazione delle associazioni rappresentative degli interessi di consumatori e investitori?

5.3

- In che modo principio di effettività e art. 47 della Carta possono contribuire a definire gli effetti dell'azione inibitoria?

5.4

- In che modo principio di effettività e art. 47 della Carta possono contribuire a definire i presupposti dell'azione di classe *ex art. 140 -bis*, cod. cons.?
- Come va inteso il criterio di omogeneità della classe richiesto ai fini dell'ammissibilità dell'azione? Si richiede l'individuazione di una platea di soggetti già ipoteticamente lesi dalla condotta contestata o è sufficiente l'individuazione di una condotta potenzialmente lesiva nei confronti dei diritti individuali di soggetti che, con riferimento a quella condotta, costituiscono un gruppo omogeneo

5.5.

- Come si coniuga l'irricorribilità avverso alla decisione di inammissibilità dell'azione di classe con il diritto ad un ricorso effettivo? In che modo deve essere interpretato il rapporto fra azione individuale e azione collettiva in relazione agli effetti della decisione di inammissibilità?
-

¹¹⁸ Questo capitolo è stato scritto dalla dottoressa F. Casarosa, salvo che per i § 5.2.4 e 5.4.2, che sono stati scritti dalla dottoressa G. Pelà.

5.1 Il contesto europeo e il contesto italiano

In questo capitolo ci si concentrerà sul ruolo e sulle forme della tutela collettiva del consumatore alla luce dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività di matrice europea. L'analisi sarà prevalentemente incentrata sulle forme di tutela giurisdizionale; si terrà tuttavia conto del rapporto e della potenziale sovrapposizione con forme di tutela amministrativa.

La normativa italiana relativa alla tutela giudiziale di riferimento è quella definita in sede di Codice del consumo dai seguenti articoli:

- Art. 37, dedicato all'azione inibitoria in caso di clausole abusive;
- Art. 140, dedicato all'azione inibitoria in caso di atti e comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori;
- Art. 140 *bis*, dedicato all'azione risarcitoria c.d. di classe.

Il legislatore ha operato una scelta di legittimazione all'azione limitata alle sole associazioni rappresentative dei consumatori,¹¹⁹ capaci di farsi voce dell'interesse collettivo dei consumatori.

Le due azioni individuate dagli artt. 37 e 140 hanno prevalente funzione preventiva, finalizzata all'irrogazione di un divieto di assunzione o continuazione di un comportamento lesivo degli interessi dei consumatori. I rimedi riconosciuti dal legislatore possono tuttavia assolvere una concorrente funzione ripristinatoria, laddove il comportamento abbia già avuto effetti dannosi che possano essere eliminati ripristinando la situazione *ex ante*. Peraltro, se le *“misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate”* non includono provvedimenti di natura risarcitoria o restitutoria di somme, la giurisprudenza di legittimità in una recente sentenza ha riconosciuto che il giudice possa comunque adottare una *“pronuncia di accertamento su aspetti quali l'esistenza dell'illecito, della responsabilità, del nesso causale fra l'illecito e il danno, dell'esistenza ed entità potenziale dei danni (a prescindere dalle peculiarità delle singole posizioni individuali), ed ogni altra questione idonea ad agevolare le iniziative individuali, sollevando i singoli danneggiati dai relativi oneri e rischi”*¹²⁰. Tale interpretazione lascia aperti quesiti relativi all'effettività della tutela offerta dall'attuale coordinamento fra azioni individuali e azioni collettive, laddove queste siano pendenti contestualmente di fronte ai rispettivi giudici¹²¹. Come anticipato nell'introduzione, il tema è all'attenzione del legislatore europeo nell'ambito dell'iniziativa c.d. *“New deal for consumers”*; infatti, la proposta di direttiva *“relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE”*¹²² contempla l'adozione, da parte di autorità amministrative o giurisdizionali, di pronunce ricognitive concernenti la responsabilità del professionista nei confronti dei consumatori danneggiati da una violazione del diritto dell'Unione, pronunce che, se divenute definitive, siano ritenute accertare in maniera inconfutabile la responsabilità del professionista nei confronti dei consumatori lesi ai fini di eventuali azioni di natura risarcitoria innanzi ai rispettivi organi giurisdizionali nazionali nei confronti dello stesso professionista per la stessa violazione (v. art. 6 e art. 10, proposta cit.).

A fianco delle azioni collettive inibitorie, si pone la c.d. *class action* prevista *ex art.* 140 *bis*, novellato nel 2009, azione collettiva finalizzata al risarcimento del danno e alle restituzioni. La caratteristica

¹¹⁹ Nel caso di clausole abusive *ex art.* 37 la legittimazione attiva si apre anche alle associazioni dei professionisti e alle CCIA.

¹²⁰ Cass. 18 agosto 2011, n. 17351. La Corte di legittimità comunque precisa che *“La legittimazione deve essere invece esclusa con riferimento alle domande di condanna della compagnia assicuratrice a pagare una somma determinata all'uno od all'altro soggetto assicurato che sia concretamente individuato, in mancanza di espressa domanda dell'interessato”*.

¹²¹ L'azione inibitoria collettiva si svolge con procedimento ordinario di cognizione secondo le ordinarie regole di competenza territoriale.

¹²² Reperibile all'indirizzo: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0184&from=EN>.

principale di questa azione è quella di convogliare in un unico procedimento una pluralità indefinita di “diritti individuali omogenei” facenti capo ai consumatori danneggiati da una medesima condotta. In questo caso, il legislatore consente ad un singolo componente della classe, ovvero ad una associazione cui viene dato mandato, di farsi parte processuale, garantendo agli altri consumatori l'estensione degli effetti del giudicato. La normativa quindi capovolge i criteri per la legittimazione attiva applicati nelle azioni inibitorie, e muove dal presupposto che nell'azione di classe essa spetti al consumatore in prima battuta e successivamente all'associazione attraverso mandato, operando nel primo caso una deroga rispetto ai principi di rappresentanza processuale, *ex art. 77 c.p.c.*

Alle norme citate si aggiunge anche il ruolo svolto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Infatti, alla luce della riforma intervenuta nel 2012 e successivamente nel 2016, l'art. 37 *bis* cod. cons. assegna all'AGCM il controllo, d'ufficio o su denuncia dei consumatori interessati, sulla vessatorietà delle clausole apposte al contratto di consumo. Per quel che concerne la revisione giurisdizionale, l'art. 37 *bis* (4) stabilisce che contro gli atti dell'AGCM è competente il giudice amministrativo, salva la giurisdizione del giudice ordinario sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno. In questo senso, dunque, appare evidente come il rapporto fra l'*enforcement* civile e quello amministrativo possa sollevare questioni di coordinamento sia di natura procedurale, sia di natura rimediabile, questioni su cui ci si è in parte soffermati sopra nel cap. IV.

Il quadro delineato riflette il progressivo adattamento del sistema normativo italiano rispetto alle indicazioni provenienti dal legislatore europeo¹²³. A tale quadro potrebbe aggiungersi la recente proposta di direttiva “*relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE*” sopra citata, finalizzata, da un lato, a regolare le azioni promosse da associazioni rappresentative dei consumatori, di cui si individuano alcuni requisiti di legittimazione per l'esercizio di azioni collettive anche a livello infra-europeo; dall'altro, a migliorare l'efficienza del provvedimento, riconoscendo un valore “inconfutabile” alla decisione definitiva dell'autorità amministrativa o giurisdizionale relativa alla violazione della normativa a protezione dei consumatori (in caso di azioni *follow up* nell'ambito dello stesso Stato membro) oppure valore di presunzione relativa dell'avvenuta violazione (in caso di azioni transnazionali, il cui *follow up* sia presentato in un altro Stato membro).¹²⁴ Il *New deal* in materia di consumatori proposto dal legislatore europeo, dunque, ambisce ad offrire al consumatore strumenti che consentano un migliore e più efficiente accesso alla giustizia ovviando a quelle difficoltà che si sono presentate in numerosi Stati membri in casi quali per esempio il recente *Dieseldgate*.

Le macro questioni che saranno specificate nelle successive sezioni sono le seguenti:

In che modo principio di effettività e art. 47 della Carta possono contribuire a definire il sistema di legittimazione delle associazioni rappresentative degli interessi di consumatori e investitori? (cfr. par. 5.2)

In che modo possono contribuire a definire gli effetti dell'azione inibitoria? (cfr. par. 5.3)

In che modo principio di effettività e art. 47 della Carta possono contribuire a definire i presupposti dell'azione di classe *ex art. 140 bis*, cod. cons.?

Che influenza può svolgere il diritto a un ricorso effettivo *ex art. 47* della Carta sul regime di impugnazione della decisione di inammissibilità dell'azione di classe?(cfr. par. 5.5.)

¹²³ Direttiva 93/13, ecc.

¹²⁴ Si veda in particolare l'art. 11.

5.2 Legittimazione ad agire e rimedi esperibili dalle associazioni in tema di obblighi di informazione nei contratti di credito al consumo

5.2.1 La questione

In che modo principio di effettività e art. 47, Carta, possono contribuire a definire il sistema di legittimazione delle associazioni rappresentative degli interessi di consumatori e investitori? Un'associazione dei consumatori può, in rappresentanza della classe dei consumatori tutelata, proporre azione di annullamento di un provvedimento avanti al giudice amministrativo?

5.2.2 Caso italiano: Cons. Stat. 21 luglio 2016, n. 3303

5.2.2.1 Il fatto e le argomentazioni delle parti

Il Codacons, con ricorso al Tar del Lazio, **domandava l'annullamento di due note protocollari della Consob** – note prot. 40843/15 del 20 maggio 2015 e prot. n. 41466/15 del 22 maggio 2015 – con le quali la Consob approvava, rispettivamente, *“il prospetto di offerta e quotazione di azioni di nuova emissione Banca Monte Paschi di Siena (di seguito anche solo BMPS), ed il relativo supplemento”*. Chiedeva inoltre **l'inibizione di tutti i comportamenti omissivi sino ad allora tenuti dalla Consob con riferimento all'offerta promossa da BMPS nonché il risarcimento del danno**. Per ciò che rileva ai fini della presente analisi, il Tar del Lazio accoglieva l'eccezione della Consob concernente la carenza di legittimazione ad agire in capo al Codacons, *“sia nella qualità di associazione dei consumatori sia in quella di azionista BMPS”*¹²⁵.

Al fine di sostenere le proprie argomentazioni, il Tar riteneva opportuno esaminare i contenuti del ricorso, operazione pure non necessaria avendo preliminarmente dichiarato la carenza di legittimazione ad agire in capo al Codacons. Il Tar del Lazio concludeva respingendo il ricorso. Il Codacons proponeva appello contro la sentenza sia nella parte in cui gli si negava legittimazione ad agire sia nel merito.

5.2.2.2 Interesse/diritto leso

Il Consiglio di Stato prende in considerazione un apparato di interessi i quali potrebbero, in ipotesi, fondare la legittimazione del Codacons, concludendo infine, come si vedrà, per affermare che nessuno di questi interessi è in grado di fondare la legittimazione attiva del Codacons nel caso in esame. Più in dettaglio, gli interessi considerati e vagliati dal Consiglio di Stato sono i seguenti:

- i) Codacons quale socio della BMPS: il Consiglio di Stato, dopo aver valutato l'assenza di pregiudizi che il Codacons possa aver subito dall'aumento di capitale contestato e quindi l'assenza di un interesse leso nel caso di specie, considera la possibilità che la Codacons abbia fatto valere un **interesse al corretto esercizio della funzione di vigilanza da parte della Consob**.

¹²⁵ Con riferimento al primo titolo, il Tar del Lazio osservava in particolare che *“la tutela di interessi collettivi non può comunque portare ad una legittimazione sostanzialmente pubblicistica del soggetto stesso (...) il titolare di una simile funzione (...) assume una necessaria veste istituzionale quale soggetto per definizione pubblico ed incardinato nell'ordinamento giurisdizionale; perché il sistema non ammettere il succedaneo del “funzionario di fatto” quale sarebbe in questa prospettiva Codacons nell'ambito processuale, dovendo le ipotesi di sostituzione processuale essere sempre collegate a una fattispecie autorizzatoria qui inesistente e, per questo, neppure invocata”*. In relazione alla possibilità di legittimare all'azione il Codacons quale azionista di MBPS, il Tar osservava che, in tal modo, si *“determinerebbe una situazione non dissimile a quella disciplinata dal terzo comma dall'art. 2378 c.c., che assegna al presidente del tribunale civile il potere di sospendere la deliberazione assembleare. E ciò, a ben vedere, senza che sia dimostrata la peculiare legittimazione derivante dal combinato disposto del comma 2 dell'art. 2378 c.c. con il precedente art. 2377 c.c.”*.

- ii) Codacons quale Associazione dei Consumatori: il Consiglio di Stato riconosce pacificamente **la sussistenza di un interesse collettivo – e, come prima ricordato, diffuso e metaindividuale – alla correttezza dell'esercizio della funzione di vigilanza.**

Può quindi concludersi che l'interesse in gioco nella fattispecie sia, in effetti, quello diffuso *“risparmiatori-investitori alla trasparenza del mercato finanziario”*. Ripercorrendo un percorso evolutivo affrontato dalla giurisprudenza e dalla dottrina, il collegio peraltro ammette come questo interesse diffuso possa essere qualificato come interesse collettivo ed “affidato” al Codacons a fini di tutela. Tuttavia, sul piano processuale il ricorso di fronte al giudice amministrativo non è idoneo a rispondere al tipo di interesse che si vuole azionare.

5.2.2.3 Rimedio

A fronte del rigetto in prime cure del ricorso proposto davanti al Tar per l'annullamento delle decisioni della Consob, il Consiglio di Stato respinge l'appello proposto, sulla base della carenza di legittimazione ad agire del Codacons, sia in qualità di associazione dei consumatori sia in qualità di azionista della Banca Monte dei Paschi di Siena. In particolare il Consiglio di Stato osserva che *“le considerazioni (...) portano, quindi, ad escludere che il Codacons possa agire a tutela degli investitori con strumenti giurisdizionali diversi da quelli espressamente richiamati dall'art. 32bis del d.lgs. n. 58/1998; e, quindi, che possa esercitare un'azione di annullamento di provvedimenti amministrativi che esuli dal contenuto della tutela inibitoria come delineato dall'art. 140 del d.lgs. n. 206/2005”*.

Preme ricordare che l'art. 32 bis, TUF, dispone che *“Le associazioni dei consumatori inserite nell'elenco di cui all'articolo 137 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, sono legittimate ad agire per la tutela degli interessi collettivi degli investitori, connessi alla prestazione di servizi e attività di investimento e di servizi accessori e di gestione collettiva del risparmio, nelle forme previste dagli articoli 139 e 140 del predetto decreto legislativo”*.

5.2.2.4 Gli argomenti

Per quel che interessa in questa sede, gli argomenti di rilievo sono quelli con cui, dopo aver affermato la sussistenza dell'interesse ad agire, il Consiglio di Stato respinge l'appello *“giacché deve escludere la legittimazione del Codacons alla proposizione dell'originario ricorso”*. I due profili analizzati sono appunto quelli individuati nella determinazione degli interessi a fondamento dell'azione proposta, vale a dire: a) la legittimazione del Codacons in virtù della sua qualità di azionista della BMPS; b) la legittimazione del Codacons in virtù della sua qualità di Associazione di Consumatori e quindi rappresentante degli interessi collettivi della classe dei consumatori al corretto esercizio della funzione di vigilanza sui mercati finanziari e, di conseguenza, al corretto funzionamento dei mercati stessi.

5.2.2.4.1 *Il Codacons quale socio della BMPS*

La legittimazione del Codacons in qualità di socio della BMPS viene negata dal Consiglio di Stato sulla base dell'assenza dell'elemento dell'attualità della lesione. In altre parole, il Codacons quale azionista non ha allegato alcun elemento da cui trarre l'esistenza di un pregiudizio subito in conseguenza dell'aumento di capitale. È senz'altro vero, e il collegio lo sottolinea, che il socio ha facoltà di impugnare la delibera assembleare con la quale si autorizza l'aumento di capitale; purtuttavia, tale facoltà non può assolutamente tradursi nella legittimazione ad agire per l'annullamento del provvedimento Consob avanti al giudice amministrativo. In tal senso, il Consiglio di Stato afferma che **l'interesse al corretto esercizio della funzione di vigilanza rappresenta un interesse “diffuso e metaindividuale” che quindi non pertiene alla qualifica di socio** e la qualifica di socio non può giustificare l'attivazione avanti al giudice amministrativo.

L'argomento più rilevante ai fini dell'analisi attiene alla prospettazione di una legittimazione del socio all'azione in virtù del fatto che, avvalendosi del diritto di opzione e sottoscrivendo l'aumento di capitale, avrebbe pagato un prezzo maggiore di quello dovuto qualora la funzione di vigilanza fosse stata esercitata correttamente, subendo di fatto una lesione patrimoniale. Il collegio non nega questa ipotesi ma dalla sua stessa formulazione deriva facilmente l'irrilevanza ai fini della legittimazione all'azione amministrativa: la lesione dell'interesse patrimoniale del socio può infatti tutt'al più legittimare "il socio sottoscrittore dell'aumento di capitale esclusivamente a un'azione risarcitoria per i danni derivati, in tesi, dall'omessa vigilanza (e analoga legittimazione potrebbe ipoteticamente spettare, peraltro, ai nuovi sottoscrittori di azioni, che soci neppure erano), ma non anche ad agire per ottenere l'annullamento degli atti di approvazione del prospetto, come ha inteso fare l'odierno appellante". Il punto su cui il Consiglio si concentra maggiormente è la specificità del rimedio scelto, vale a dire l'azione per l'annullamento del provvedimento avanti al giudice amministrativo. Emerge così un'idea di **non intercambiabilità dei rimedi, tra il piano civile e quello amministrativo, ai fini della tutela collettiva**. L'associazione collettiva – nella fattispecie il Codacons – non può forzare i requisiti previsti dalla legge per l'esercizio dell'azione amministrativa, ma deve, e questo punto viene riconfermato più volte, usufruire dei rimedi che l'ordinamento pone direttamente a sua disposizione.

5.2.2.4.2 La legittimazione del Codacons quale Associazione di Consumatori

Il primo elemento considerato dal Consiglio di Stato per negare, anche in relazione a questo secondo titolo, legittimazione attiva al Codacons è di tipo normativo. L'articolo 32 *bis* del d.lgs n. 58/1998 (Testo Unico della Finanza) prevede infatti che *"Le associazioni dei consumatori inserite nell'elenco di cui all'articolo 137 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, sono legittimate ad agire per la tutela degli interessi collettivi degli investitori, connessi alla prestazione di servizi e attività di investimento e di servizi accessori e di gestione collettiva del risparmio, nelle forme previste dagli articoli 139 e 140 del predetto decreto legislativo"*. La disciplina costituisce un rinvio alle disposizioni del Codice del consumo e, proprio sulla base di questo rinvio, il Consiglio di Stato deduce che *"le azioni esperibili dalle associazioni dei consumatori sono soltanto quelle azioni puntualmente indicate dal codice del consumo (in particolare dall'art. 140) che ammette le associazioni all'esercizio delle sole azioni dirette a: "a) di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti; b) di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; c) di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate"*. Il collegio individua **una natura essenzialmente inibitoria nell'azione esperibile dall'associazione dei consumatori, il che non risulta compatibile con la struttura e la ratio tipica dell'impugnazione del provvedimento avanti al giudice amministrativo**. L'elencazione di cui all'articolo 140 del Codice del consumo costituisce l'argomento normativo più forte per giustificare la carenza di legittimazione ad agire per l'associazione nel caso concreto, dal momento che l'azione per l'annullamento del provvedimento non è ricompresa fra quelle elencate.

Il Consiglio di Stato conclude con una conferma *"di un principio generale dell'ordinamento volto a riconoscere **Peccezionalità della legittimazione riconosciuta agli enti esponenziali**"*. Le considerazioni del collegio si spingono sino a considerare l'introduzione di una **"tassatività" delle azioni esperibili** dagli enti a tutela di interessi collettivi, tanto sotto il profilo soggettivo che oggettivo. Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui (art. 81 c.p.c.). Si tratta, secondo l'argomentazione del Consiglio di Stato, di una conseguenza dell'evoluzione della posizione degli interessi collettivi nell'ordinamento: laddove si palesava la carenza di adeguata disciplina a tutela di essi, la *fictio iuris* rappresentata dalla legittimazione dell'ente suppliva in qualche modo a tale carenza, offrendo,

come già si è osservato, la possibilità di inquadrare giuridicamente interessi meritevoli di tutela. Nel momento in cui il meritorio operato di tali enti ha condotto alla predisposizione di un quadro normativo complesso e di adeguati strumenti di tutela, tale finzione “*non può tradursi in una non consentita forma di legittimazione processuale straordinaria e generalizzata, priva di base legislativa (in contrasto con la regola sancita dall’art. 81 c.p.c.); giacché ogni affermazione di legittimazione ad agire, per avere fondamento, deve trovare in ogni singolo caso una base normativa positiva*”. Del resto, la presenza di riferimenti normativi specifici disciplinanti le azioni esperibili dalle associazioni dei consumatori giustifica ancor di più questa impostazione restrittiva, stante che tali associazioni hanno a disposizione una non limitata gamma di rimedi, tra i quali tuttavia non rientra l’impugnativa del provvedimento avanti al giudice amministrativo. Qualsiasi statuizione in senso contrario costituirebbe non solo violazione dell’articolo 81 c.p.c. ma altresì della specifica disciplina di settore.

5.2.2.5

5.2.3 La giurisprudenza europea

Casi di riferimento : C-470/12 (*Pohotovost*) e C-413/12 *ACICL*

La giurisprudenza della CGUE offre alcuni spunti rilevanti in merito alla legittimazione ad agire dell’associazione dei consumatori nell’ambito di una controversia relativa all’esecuzione di un lodo arbitrale, laddove il contratto sotteso fosse viziato dalla presenza di clausole abusive.

Il caso infatti vedeva la società *Pohotovost* richiedere l’esecuzione di un lodo arbitrale nei confronti di un consumatore individuale, procedimento in cui però quest’ultimo non era mai comparso. Prima della conclusione del procedimento, un’associazione di consumatori slovacca chiedeva di intervenire in rappresentanza del consumatore stesso. Secondo il diritto processuale slovacco, tuttavia, l’intervento delle associazioni dei consumatori nella fase dell’esecuzione non è ammissibile.

Nella decisione della CGUE si trova conferma dell’importanza del ruolo delle associazioni dei consumatori nella tutela dei consumatori. Tuttavia, si individua un discrimine fra le garanzie operanti in base al principio del rimedio effettivo nel caso di azioni individuali rispetto a quelle applicabili in caso di azioni collettive. Infatti, la corte ricorda che la direttiva relativa alle clausole abusive non contiene alcuna disposizione sul ruolo delle associazioni dei consumatori nelle controversie individuali, lasciando piuttosto agli Stati membri la scelta di introdurre disposizioni di diritto processuale che consentano un intervento esterno in tali controversie. Le argomentazioni della CGUE riprendono quanto già affermato nella antecedente decisione C-413/12, *Asociacion de Consumidores Independientes de Castilla y Leon*, riconoscendo che il diritto ad un ricorso effettivo *ex art. 47* della Carta non si qualifica nello stesso modo nel caso di un’azione individuale rispetto al caso di un’azione collettiva.

Per quanto riguarda il consumatore, la mancanza di un diritto di intervento delle associazioni dei consumatori non viola il diritto a un ricorso effettivo “*dal momento che la stessa direttiva prevede, nell’ambito delle controversie che coinvolgono un professionista e un consumatore, un intervento positivo, esterno al rapporto contrattuale, del giudice nazionale investito di tali controversie*” (par. 53). In tal senso, dunque, il ruolo proattivo del giudice, consistente nell’esercizio di poteri officiosi, svolge secondo la CGUE il ruolo fondamentale per la tutela del diritto ad un ricorso effettivo. Invece, l’intervento delle associazioni dei consumatori non è neppure paragonabile “*al patrocinio a spese dello Stato che deve essere reso disponibile, in determinati casi, ai sensi dell’articolo 47 della Carta, a coloro che non hanno risorse sufficienti*” (par. 53).

Il dato che emerge dalla giurisprudenza europea è dunque quello di una acquisita consapevolezza della molteplicità degli strumenti di bilanciamento della condizione di debolezza del consumatore nel contesto processuale, bilanciamento a cui la legittimazione ad agire delle associazioni concorre in modo tuttavia non esclusivo e non assoluto. Muovendo da questa prospettiva, la Corte

riconosce che spetta agli Stati membri stabilire quando tale legittimazione sia necessaria. Non si dice invece che tale legittimazione debba rispondere a caratteri di eccezionalità, come pare emergere dalla decisione del Consiglio di Stato nel contesto della disciplina italiana.

La decisione europea consente di elaborare qualche riflessione ulteriore in relazione alla giurisprudenza italiana sopra esaminata in tema di (non) legittimazione dell'associazione dei consumatori rispetto all'azione di annullamento di atti amministrativi asseritamente illegittimi. Alla luce dell'art. 47 della Carta richiamato dalla decisione della Corte europea, si potrebbe dubitare della tenuta del difetto di legittimazione in capo all'associazione dei consumatori in ipotesi in cui l'annullamento dell'atto amministrativo di un'autorità di vigilanza (che per ipotesi autorizzi una pratica potenzialmente scorretta) sia in concreto lo strumento (più) idoneo ad assicurare agli investitori un'efficace tutela dei loro diritti. Se, come emerge dalla giurisprudenza nazionale, in tali circostanze lo strumento dell'interpretazione conforme non fosse sufficiente per superare il principio di tipicità delle azioni a disposizione delle associazioni, ci si potrebbe chiedere se non vi sia spazio per una questione pregiudiziale da porre alla Corte di Giustizia.

5.2. Clausole vessatorie, pratiche scorrette ed effetti del provvedimento inibitorio

5.2.1. La questione

In che modo principio di effettività e art. 47 della Carta possono contribuire a definire gli effetti dell'azione inibitoria?

5.2.4 Cass., 21 Maggio 2008, n. 13051

5.2.4.1 Il fatto e le argomentazioni delle parti

Il Movimento Federativo Democratico conviene in giudizio l'Associazione Bancaria Italiana (ABI) e altri due istituti di credito per sentire accertare l'abusività di alcune clausole predisposte dall'ABI come condizioni generali di un contratto bancario¹²⁶ e, conseguentemente, inibirne l'utilizzazione, anche nei rapporti futuri.

La **convenuta ABI** eccepisce sia la **carenza di legittimazione attiva** del Movimento attore, sia la propria **carenza di legittimazione passiva**, sostenendo di non essere un'associazione di professionisti utilizzatrice di condizioni generali di contratto. Nel merito si chiede il rigetto della domanda attorea, dal momento che *“l'art. 1469 ter c.c., comma 3, esclude dalla valutazione giudiziale di vessatorietà le clausole riprodotte di disposizioni di legge e la clausola di cui si tratta sarebbe conforme a quanto previsto d.lgs. n. 385 del 1993, art. 118”*.

Sia il Tribunale sia la Corte di Appello accolgono la pretesa dell'attore. Si ritengono sussistenti sia la legittimazione attiva attorea sia quella passiva dell'ABI, in quanto la nozione di utilizzazione ai sensi dell'art. 1469 *sexies* c.c., comprende anche l'elaborazione, la diffusione e l'espressione di parere positivo di utilizzabilità delle clausole. Di conseguenza, **viene dichiarata l'abusività delle clausole e ne viene inibito l'uso sia nei rapporti pendenti che in quelli futuri**. Nelle sentenze di merito si sottolinea che nei contratti bancari conclusi con i consumatori *“è vessatoria la clausola, contenuta nelle condizioni generali di contratto, che riconosce unilateralmente al*

¹²⁶ In particolare si tratta di una clausola relativa al servizio di cassette di sicurezza che limita la responsabilità contrattuale del professionista, in caso di danneggiamento o distruzione delle cose custodite, ai soli danni comprovati ed obiettivi, con esclusione del valore d'affezione, assumendo come limite quantitativo del risarcimento il valore dichiarato dal cliente ed il conseguente massimale assicurativo, nonché di una clausola che riconosce alla banca il diritto al risarcimento dei danni derivanti dalla mancata corrispondenza tra il valore dichiarato dal cliente e il valore effettivo.

professionista la facoltà di modificare le disposizioni economiche del rapporto contrattuale, anche in mancanza di un giustificato motivo, così come richiesto, in via generale, dall'art. 1469 bis, comma 5, n. 11, attualmente riprodotto nell'art. 33, comma 2, lettera m) del d. lgs n. 205 del 2005". Nello specifico si tratta di clausole, oltre che lesive del divieto di limitazione della responsabilità contrattuale in caso di dolo o colpa grave (art. 1229, comma 1 c.c.), anche produttive di un significativo ed ingiustificato squilibrio tra le parti, ex art. 1469 bis, comma 1 c.c., o, in caso di clausola formante oggetto di trattativa, ex art. 1469 quinquies, comma 2, n. 2, c.c., in quanto dirette a limitare il diritto del consumatore ad agire anche per colpa lieve in caso d'inadempimento del professionista. Infine, per poter escludere la vessatorietà di una clausola ai sensi dell'art. 1469 ter c.c., comma 3 sarebbe "necessario che la stessa si limiti a riprodurre, anche se non in senso formalistico, ma contenutistico, il nucleo precettivo di una norma imperativa, mentre restano soggette al controllo giudiziale di vessatorietà quelle clausole con le quali il predisponente si avvale autonomamente di una facoltà che la norma gli riconosce, nei limiti in cui tale riconoscimento opera. Questo è il caso dell'art. 118 t.u. bancario, che detta i limiti entro i quali la banca può esercitare la facoltà convenzionale di modificare unilateralmente e in senso sfavorevole al cliente le condizioni economiche del contratto."

I tre ricorsi in Cassazione autonomamente proposti sono riuniti. **Di particolare interesse il motivo proposto dalla Banca Popolare di Milano, che deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 1469 sexies c.c., 12 Preleggi e 2909 c.c. in quanto gli effetti dell'inibitoria non potrebbero essere estesi ai rapporti già in essere al momento della pronuncia.**

5.2.4.2 [Interesse/diritto leso](#)

Da questa pronuncia della Corte di Cassazione emerge l'esigenza di prevenzione propria della tutela inibitoria collettiva: si sottolinea il significato e la funzione dell'azione, che trova applicazione anche con riferimento ai contratti esistenti al momento della pronuncia.

Il paventato contrasto con la funzione preventiva vi sarebbe nel caso in cui si ammettesse che possa incidere sul fatto generatore; resta invece coerente con la funzione fondamentale preventiva *"il riconoscimento dell'idoneità del provvedimento inibitorio a impedire il verificarsi dei futuri effetti derivanti dalle clausole inserite in formulari utilizzati prima della pronuncia del provvedimento."* Inoltre, una tale interpretazione non crea una indebita sostituzione dell'azione collettiva a quella individuale, che rimane sempre ammissibile, ma, anzi, ovvia alle difficoltà che i consumatori incontrano, sia sul piano dei costi che su quello probatorio, per far valere in giudizio i propri diritti individuali.

5.2.4.3 [Rimedio](#)

La decisione della Corte di Cassazione ha chiarito i rapporti tra azione inibitoria e invalidità, con specifico riferimento all'incidenza di un'inibitoria collettiva dell'uso di clausole vessatorie sui singoli contratti del consumatore che ripropongono le stesse clausole censurate. In questo caso si tratta di contratti ad esecuzione differita o con durata reiterabile, vigenti al momento dell'adozione dell'inibitoria, come quelli bancari.

Nell'interpretazione della Corte, l'inibitoria dell'uso delle clausole ritenute vessatorie anche ai contratti esistenti al momento della pronuncia non è in contrasto con la funzione preventiva di tale strumento di tutela. L'esigenza di prevenzione *"non riguarda solo l'inserimento delle clausole nei moduli o formulari utilizzati per la stipula di contratti successivamente all'adozione del provvedimento inibitorio, ma anche il prodursi, sempre in epoca successiva al provvedimento, degli effetti che le clausole producono o sono idonee a produrre nel tempo, mediante l'esercizio dei poteri che dalle clausole stesse derivano."*

5.2.4.4 [Gli argomenti](#)

Con riferimento alla questione preliminare della **legittimazione passiva** della convenuta, la Corte ha specificato che nelle azioni collettive a tutela dei consumatori, *"l'associazione di professionisti che abbia provveduto all'elaborazione ed alla diffusione di clausole contenute in condizioni generali riguardanti*

contratti bancari ed abbia espresso parere positivo sulla loro utilizzabilità, deve ritenersi titolare della legittimazione passiva anche in ordine alle azioni collettive promosse prima della modifica dell'art. 1469 sexies cc, intervenuta ai sensi dell'art. 6 della legge n. 14 del 3 febbraio 2003, con la quale è stata espressamente estesa la legittimazione passiva alle associazioni che "raccomandano" l'utilizzo di clausole o condizioni generali di contratto."

Per quanto riguarda gli **effetti dell'azione inibitoria**, la Corte di Cassazione ha sottolineato che la tesi interpretativa seguita dalla corte territoriale sull'efficacia dell'inibitoria collettiva, che si inserisce in un orientamento della giurisprudenza di merito non univoco, consente di attribuire all'azione collettiva quel valore centrale nell'ambito della tutela che la Direttiva CEE 93/13 intende apprestare e che le istituzioni comunitarie più volte hanno affermato. Si legge nella pronuncia: ***"solo infatti se l'inibitoria collettiva è in grado di per sé di impedire che le clausole ritenute vessatorie possano produrre effetti per il futuro può essere ritenuta una forma di tutela efficace ed adeguata (anche dal punto di vista della garanzia di eguaglianza di trattamento) dei diritti dei consumatori, mentre se tale finalità fosse riservata esclusivamente alle azioni individuali, come pretende la ricorrente, la tutela collettiva sarebbe meramente virtuale e teorica e quindi avrebbe un ruolo del tutto trascurabile e secondario nell'ambito degli strumenti a tutela del consumatore."***

5.2.5 La giurisprudenza italiana

La giurisprudenza di merito ha affrontato in diverse occasioni la questione relativa ai contenuti del rimedio inibitorio valutando, in particolare in sede di misure cautelari, quali contenuti che esplicano i loro effetti non soltanto a favore di rapporti contrattuali preesistenti, ma anche nei confronti di contratti non ancora stipulati.

Per esempio, con le decisioni del Tribunale di Milano 30 giugno 2015, 13 luglio 2015, e 1 Ottobre 2015, nonché Tribunale di Cuneo 29 giugno 2015, Trib. Biella, 7 luglio 2015, Trib. Milano 25 marzo 2015; Trib. Roma, 20 ottobre 2015 (per un'inibizione *pro futuro* si vedano anche i provvedimenti gemelli del Trib. Milano, 29 luglio 2015) i giudici di prime cure hanno imposto un obbligo positivo sulle società convenute in base alla violazione dei diritti dei consumatori e del generale dovere di buona fede e correttezza, inibendo qualsiasi ulteriore forma di anatocismo degli interessi passivi con riferimento ai contratti di conto corrente già in essere o che verranno in futuro stipulati con consumatori, nonché di predisporre, utilizzare e applicare clausole anatocistiche nei predetti contratti, anche sulla base del principio di effettività (Trib. Biella 7 ottobre 2015). In modo conforme, la decisione del Tribunale di Milano 5 Agosto 2015, riconosce la legittimità del provvedimento cautelare d'urgenza che imponeva il medesimo rimedio ancorando la propria argomentazione al principio di effettività: *"Il principio di effettività della tutela inibitoria collettiva impone pertanto il prevenire del diffondersi di danni presso un numero indeterminato di consumatori e il cristallizzarsi di pregiudizi il cui ristoro comporterebbe iniziative giudiziarie necessitanti anticipazione di elevati esborsi, che possono in concreto disincentivare (secondo una valutazione altamente probabilistica, ndr) il singolo consumatore dall'agire per la tutela ordinaria del proprio diritto al risarcimento o alle restituzioni"*. A tal proposito, si può citare anche la decisione della Corte di Appello di Torino del 24 febbraio 2009, nella quale si legge che il provvedimento inibitorio e le *"misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate"* sono volti *"sia ad evitare danni futuri ai consumatori, impedendo l'uso di tecniche contrattuali illegittime, sia a elidere gli effetti permanenti delle violazioni stesse, e dunque a impedire che queste possano continuare a pregiudicare, per effetto della loro futura applicazione nell'ambito di contratti già stipulati, i consumatori o gli utenti"*.

Con riguardo al contenuto dei provvedimenti resi *ex art. 140 cod. cons.*, pare opportuno soffermarsi su alcuni casi concreti che mostrano la duttilità dello strumento.

Si può ricordare la decisione della Corte di Appello di Milano del 12 maggio 2010 che conferma la decisione resa nel giudizio di primo grado, in cui il Tribunale, dopo aver rilevato che *"le somme acquisite dalla banca, a titolo di interessi anatocistici, erano state indebitamente percepite"*, ritiene illegittimo il

rifiuto della Banca di riconoscere il diritto dei consumatori-clienti alla restituzione delle somme indebitamente percepite in base alla clausola dei contratti bancari che prevede il calcolo anatocistico trimestrale degli interessi debitori, e inibisce “*alla banca convenuta di opporre alle richieste, provenienti dai suoi clienti consumatori, di restituzione delle somme indebitamente versate in applicazione di clausole contrattuali illegittime (...) il rifiuto sostenendo la legittimità delle clausole suddette*”. Rispetto all’argomento della banca secondo cui il contenuto dato dal giudice di prime cure all’inibitoria non fosse rispettoso di tale tipo di strumento, la Corte d’Appello rileva che “*in quanto funzionale a porre termine ad un comportamento ritenuto illecito, con la sentenza appellata, la statuizione censurata consiste nel divieto di tenere una condotta negatoria delle pretese dei clienti consumatori, e quindi, in un ordine di non fare, di porre fine ad una condotta illecita*”.

In questa prospettiva si può anche ricordare, in materia di contratti di telefonia mobile, la decisione del Tribunale di Ivrea, 29 marzo 2018 che, in un caso di nullità di clausole in quanto contrarie ad una delibera dell’AGCOM, ha stabilito che “*il diritto dei consumatori alla ripetizione delle somme indebitamente corrisposte viene in considerazione come diretta conseguenza informativa dell’accertata nullità delle clausole contrattuali utilizzate dalla resistente, e per l’effetto, come misura assolutamente idonea “ad eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate” secondo la dicitura dell’art. 140 c. 1 lett. b) cod. cons.*”. Il Tribunale di Ivrea nello stesso procedimento ritiene che invece esuli dai provvedimenti ex 140 cod. cons. la “*quantificazione dei singoli diritti al rimborso*”. Si può anche far riferimento a una pronuncia resa dal Tribunale di Milano il 4 giugno 2018 (caso “Fastweb”) in un giudizio di reclamo avente ad oggetto la c.d. fatturazione a 28 giorni praticata da un operatore di telefonia mobile, in cui si ritiene che “*l’inibitoria può avere ad oggetto gli effetti di clausole in tesi lesive, atteso che l’art. 140 cod. cons. prevede l’inibitoria non solo degli “atti”, ma anche dei “comportamenti” e quindi di contegni di qualsiasi tipo, anche non negoziali, ovvero meramente esecutivi di un contratto, anteriori, contestuali o successivi alla stipula del contratto, ove si tratti di atti e comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori*”.

Un orientamento almeno in parte più restrittivo è proprio di una pronuncia meno recente del Tribunale di Roma del 22 dicembre 2008, secondo cui in un caso di azione collet è “*rimesso alla sede di pronuncia su azioni individuali l’accertamento caso per caso della sussistenza del diritto del singolo consumatore e utente alla restituzione e/o al risarcimento*”. Di qui il Tribunale di Roma deriva che sotto tali profili vi è difetto di legittimazione ad agire delle associazioni a tutela dei consumatori, “*fermo restando che il Tribunale, pur non pronunciandosi su detta domanda cautelare in via principale, deve deliberare in via incidentale la sussistenza del diritto collettivo alla restituzione per decidere sulla domanda inibitoria e sulle altre domande di misure idonee e strumentali*”.

Di particolare interesse l’analisi degli effetti del provvedimento inibitorio e delle “*misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate*” in relazione al diritto di difesa del professionista, contenute nel provvedimento della Corte di Appello di Torino, 24 febbraio 2009. Nel caso di specie, che riguardava le telecomunicazioni, il giudice di primo grado aveva disposto che fosse inviata una comunicazione a tutti “*i clienti sottoscrittori del contratto (...) una lettera contenente la spiegazione chiara e univoca*” circa i diritti a questi spettanti, derivanti dal contratto, come interpretato e emendato dalle clausole vessatorie da parte del giudice di primo grado (nello stesso senso, Trib. Milano, 4 giugno 2018, “Fastweb”). Il professionista fa valere in giudizio l’argomento per cui “*non potrebbe più difendersi stragiudizialmente o nei giudizi futuri o in corso con i singoli clienti sostenendo la legittimità della propria condotta, dopo aver reso una dichiarazione, come quella imposta dalla sentenza di primo grado, con la quale riconosce espressamente un diritto della controparte*”. La Corte di Appello ritiene che sia “*di tutta evidenza che una dichiarazione imposta da un comando giurisdizionale in nessun caso può avere efficacia confessoria, per difetto dell’animus confitendi, sicché la censura manca di qualsivoglia forza argomentativa per dimostrare l’erroneità della decisione*”.

Con riguardo al contenuto delle pronunce rese in sede cautelare, parte della giurisprudenza, come per esempio il Tribunale di Biella nel provvedimento del 7 luglio 2015, considera che possano

essere disposte anche le misure residuali, “*idonee ad elidere gli effetti delle violazioni (non solo art. 140 co.1 lett. a, ma anche lett. b e c), tra le quali l'ordine di pubblicazione del (...) provvedimento*” (nello stesso senso Trib. Ivrea, 29 marzo 2018; si vedano anche, per applicazioni pratiche Trib. Roma, 17 aprile 2009; Trib. Roma 14 gennaio 2009). Parte della giurisprudenza accoglie tale orientamento alla luce del principio di effettività (Trib. Milano 8 agosto 2015). Il Tribunale di Milano, in tre provvedimenti per molti aspetti “gemelli” del 4 giugno 2018 (“Fastweb”, “Telecom”, “Wind”) e con decisione del 13 marzo 2018, ha ordinato di pubblicare sulla home page del sito del professionista, e di comunicare ai clienti di telefonia fissa, un avviso, che è riportato per intero nel provvedimento.

5.2.6 La giurisprudenza europea

Casi rilevanti: C-472/10 (*Invitel*), C-119/15 (*Biuro Podróży Partner*)

Le sentenze della CGUE nelle cause *Invitel* e *Biuro Podróży Partner* sono fra loro correlate e offrono due decisioni utili a comprendere gli effetti della revisione delle clausole vessatorie nei contratti B2C. Entrambe le sentenze si riferiscono a legislazioni nazionali che consentono la c.d. revisione *in abstracto* - ossia un controllo delle condizioni standard del contratto eseguito indipendentemente dall'esistenza di contratto effettivamente concluso. L'elemento centrale per entrambi i casi è l'effetto della sentenza, resa *in abstracto*, rispetto ad altri soggetti diversi da quelli coinvolti nel procedimento *in abstracto* (altri consumatori nel caso *Invitel*, altri professionisti nel caso *Biuro*).

Nel caso *Invitel*, in particolare, la CGUE si trovava a rispondere ad un rinvio pregiudiziale ungherese riguardante un caso di clausole abusive nel settore delle telecomunicazioni. L'autorità ungherese per la protezione dei consumatori aveva infatti presentato al tribunale remittente un ricorso nei confronti di una società di telecomunicazioni professionale *Invitel Távközlési Zrt* per accertare che alcune clausole relative ai canoni supplementari utilizzati nei contratti stipulati con i consumatori fossero inique. Con la questione pregiudiziale, il giudice ungherese intendeva accertare se il diritto nazionale possa prevedere la possibilità di emettere ingiunzioni che vietano l'uso di clausole particolari con un effetto *erga omnes* - ossia a favore di ogni consumatore, indipendentemente dalla sua partecipazione al procedimento di revisione. La CGUE nella decisione, sottolinea che alla luce del principio di effettività stabilito nella direttiva 93/13 il controllo circa l'abusività delle clausole contrattuali può portare ad inibitorie con effetto *erga omnes*. In tal caso, l'inibitoria potrà proibire l'uso generale della particolare clausola contrattuale in ogni contratto stipulato con i consumatori. Secondo la Corte è poi irrilevante se un particolare consumatore sia stato coinvolto nel procedimento originale, oppure se abbia concluso il contratto successivamente.

Questo principio enunciato nella decisione *Invitel* è stato accettato e ulteriormente sviluppato nel caso del partner *Biuro Podróży*. In questo caso, secondo la CGUE, il principio di effettività porterebbe ad applicare i rimedi apprestati nei casi di clausole abusive anche al di là delle parti del procedimento in questione, finanche quando queste siano professionisti che adottano clausole equivalenti a quelle censurate (così infatti prevedeva il sistema polacco).

La giurisprudenza italiana sopra esaminata appare ispirata dai medesimi principi sottesi alle pronunce della Corte di Giustizia nei casi appena illustrati. Pur senza richiamare l'art. 47, la Corte di Cassazione invoca nella sostanza un principio di effettività quale fondamento di un'efficacia, sì *ex nunc*, del provvedimento inibitorio ma relativamente a rapporti contrattuali già costituiti mediante contratti antecedenti alla pronuncia del giudice.

5.3 Pratiche commerciali scorrette e azione di classe

5.3.1 La questione

In che modo principio di effettività e art. 47 della Carta, possono contribuire a definire i presupposti dell'azione di classe *ex art. 140 bis*, cod. cons.?

Come va inteso il criterio di omogeneità della classe richiesto ai fini dell'ammissibilità dell'azione? Si richiede l'individuazione di una platea di soggetti già ipoteticamente lesi dalla condotta contestata o è sufficiente l'individuazione di una condotta potenzialmente lesiva nei confronti dei diritti individuali di soggetti che, con riferimento a quella condotta, costituiscono un gruppo omogeneo?

5.3.2 Caso italiano: C.d.A. Torino, 17 novembre 2015, n. 2468 - requisito dell'omogeneità nell'azione di classe

5.3.2.1 Il fatto e le argomentazioni delle parti

Parte reclamante è l'**associazione Altroconsumo, che agisce in qualità di rappresentante processuale di una consumatrice acquirente di un determinato modello di autovettura** – nello specifico, una Fiat Panda 3° serie 1.2 benzina 51 KW. Parte resistente è FCA Italy S.p.A, in qualità di casa produttrice del modello di automobili di cui si dibatte. Parte reclamante aveva proposto innanzi al Tribunale di Torino domanda ai sensi dell'art. 140 *bis* del d.lgs 206/2005 (Codice del consumo) chiedendo l'accoglimento di una serie di conclusioni tra le quali:

- i) preliminarmente emissione dell'ordinanza di ammissibilità dell'azione di classe ai sensi del comma 6 dell'art. 140 *bis* sopra richiamato, con fissazione dei termini e modalità idonei per una opportunità pubblica ai fini dell'adesione degli appartenenti alla classe e definizione che i diritti individuali oggetto del giudizio fossero quelli appartenenti a consumatori che avessero acquistato in Italia lo stesso modello di auto acquistato dalla consumatrice rappresentata dall'associazione;
- ii) accertamento e dichiarazione dell'ingannevolezza o comunque scorrettezza della pratica commerciale tenuta dalla convenuta e consistente nell'omologazione e successiva divulgazione al pubblico di dati errati e scorretti sui consumi di carburante ed emissioni di CO2 dell'autovettura;
- iii) risarcimento dei danni subiti a causa della pratica ingannevole o scorretta alla consumatrice rappresentata e a tutti gli altri consumatori che avrebbero aderito all'azione.

Il Tribunale di Torino, con ordinanza di data 3 luglio 2015, dichiara l'inammissibilità dell'azione per manifesta infondatezza sulla base dei seguenti motivi, esposti schematicamente:

- i) le prove tecniche e le procedure eseguite dalla produttrice sono in primo luogo rigorose, in secondo luogo ammettono un margine di flessibilità ed in terzo luogo, per ammissione della stessa attrice, non hanno violato i parametri di legge. Ne consegue che non residua spazio per le contestazioni attoree circa l'attendibilità dei dati risultanti da tali prove e procedure;
- ii) l'attrice non ha enucleato le “*modalità elusive con le quali FCA avrebbe concretamente influenzato i dati finali delle prove esperite*”;
- iii) l'omologazione è provvista del valore di prova legale e superabile solo mediante querela di falso;
- iv) i test effettuati a richiesta dell'attrice mancano dell'indicazione delle condizioni del veicolo e delle connotazioni delle prove e risultano perciò privi di attendibilità intrinseca.

Parte attrice presenta reclamo nei confronti di tale ordinanza, contestando ciascuno dei punti valorizzati dal Tribunale di Torino e offrendo argomentazioni a sostegno della tesi dell'inattendibilità dei dati risultanti dalle prove effettuate a richiesta del costruttore, dell'attendibilità delle prove eseguite a propria richiesta tali da determinare elementi presuntivi ai sensi dell'art. 2727 ss. c.c., dell'assenza del valore di prova legale dell'atto di omologazione ministeriale delle prove richieste dal costruttore, della preventiva verifica delle condizioni del veicolo utilizzato nelle prove a richiesta dell'attrice stessa.

Di contro, parte resistente, oltre a contestare le assunzioni attoree richiamandosi alle statuizioni dell'ordinanza del Tribunale di Torino, introduce un'ulteriore argomentazione relativa all'asserita disomogeneità della classe di consumatori tutelata dall'azione di classe. La reclamante sostiene infatti che *“la classe astrattamente considerabile non coincide con tutti gli acquirenti di quel determinato modello di veicolo ma solo, in via ipotetica, con un insieme di soggetti “lesi” per essersi determinati all'acquisto del mezzo sulla base di dati ingannevoli”*.

5.3.2.2 Interesse/diritto leso

Nella decisione in esame possono essere distinti due ordini di interessi e diritti rilevanti: un ordine sostanziale ed un ordine processuale. Con riferimento ad entrambi questi ordini la Corte individua i pertinenti ancoraggi normativi e concettuali.

Per quel che riguarda l'aspetto sostanziale, la Corte enuncia che *“l'addebito (...) è incentrato essenzialmente sulla contestazione di pratiche commerciali scorrette in violazione dell'art. 21 del Codice Consumo, e per la precisione nell'asserita indicazione di dati (...) ritenuti non attendibili”*. La disposizione di riferimento è quindi quella concernente la nozione di pratica ingannevole. La nozione di pratica ingannevole è peraltro ricompresa anche in quella di pratica scorretta, definita dall'articolo 20 del Codice del consumo. Sulla base di queste coordinate normative, può dedursi che l'azione di classe, nel caso concreto preso in esame, è funzionale alla tutela:

- i) di un **diritto di ciascun consumatore al risarcimento dei danni patiti in virtù della pratica scorretta**, diritto che riflette, evidentemente, un interesse del consumatore a che la relazione commerciale con il produttore si svolga all'insegna della correttezza. Tale diritto individuale, nel caso di specie, viene tuttavia inquadrato nella dimensione “collettiva” del diritto della “classe dei consumatori” e per questo azionato attraverso lo strumento apposito dell'azione di classe;
- ii) **dei diritti omogenei della classe dei consumatori interessata dall'asserita pratica scorretta al ristoro dei danni subiti**. Su questo profilo interviene una specifica contestazione in senso contrario da parte della convenuta, la quale contesta che, nel caso di specie, sia ravvisabile una classe di consumatori tale da giustificare l'azionamento dell'articolo 140 *bis*. Come si vedrà, tuttavia, la Corte sconfessa la tesi supportata dalla convenuta resistente;
- iii) **di un interesse**, tanto del singolo consumatore, quanto della “collettività” dei consumatori, quanto ancora della società su di un piano del tutto generale, **al buon funzionamento del mercato** che si declina nell'interesse allo sviluppo e svolgimento di operazioni commerciali regolate da un canone di correttezza e di adeguata informazione.

Lo strumento utilizzato per l'azionamento in giudizio di questo apparato di interessi e diritti – nella fattispecie declinati secondo la loro dimensione “collettiva”, di una classe di consumatori – è quello dell'azione di classe ai sensi dell'articolo 140 *bis* del Codice del consumo, il che sposta inevitabilmente l'attenzione sul piano processuale degli interessi rilevanti. Con riguardo a codesto profilo, ciò su cui la valutazione di manifesta infondatezza dell'azione di classe e le prospettazioni della convenuta sull'omogeneità dei diritti fatti valere vanno ad incidere è l'estrinsecazione del

diritto di difesa dei consumatori, che si esprime proprio attraverso l'azione di classe. E' quindi questo il profilo critico in prospettiva processuale, dal momento che la corretta valutazione dei requisiti di ammissibilità dell'azione di classe è funzionale all'effettività della tutela del diritto di difesa dei consumatori che a tale azione scelgono di affidarsi.

5.3.2.3 Rimedio

La Corte di Appello di Torino riforma l'ordinanza emessa dal Tribunale di Torino il 3 luglio 2015, dichiarando pertanto l'ammissibilità dell'azione di classe proposta. Nel pervenire a tale conclusione, la Corte di Appello prende in considerazione, sconfessandole logicamente e giuridicamente, le argomentazioni poste dal Tribunale di Torino a fondamento della declaratoria di inammissibilità e relative all'attendibilità dei dati offerti dalle prove richieste dal costruttore, all'attendibilità dei dati offerti dalle prove richieste dall'associazione attrice, al valore di prova legale dell'omologazione ministeriale.

5.3.2.4 Gli argomenti

Preliminarmente, la Corte di Appello afferma chiaramente che *“la devoluzione del potere cognitorio riguarda esclusivamente la delibazione dell'ammissibilità dell'azione di classe. Con ciò si vuol dire che in questa fase non va accertata la sussistenza o meno della responsabilità di FCA in qualità di costruttore dello specifico veicolo”*; ancora, *“il punto focale della controversia riguarda l'accertamento della manifesta infondatezza o meno dell'azione”*. Con queste affermazioni la Corte vuole definire adeguatamente i propri compiti di accertamento nella decisione in esame e sottolineare come essi riguardino solo e soltanto la manifesta infondatezza o meno dell'azione di classe proposta. Gli argomenti sviluppati nella motivazione non sono perciò idonei a fondare l'affermazione della responsabilità nel merito della convenuta; sono invece funzionali, in prospettiva pratica e processuale, a consentire all'azione di classe la possibilità di evolvere in un giudizio di merito. In questa prospettiva risulta perciò importante sottolineare la valenza del **rispetto del diritto alla difesa, in quanto non attinente al merito della causa ma relativo alla possibilità di tutelare in via effettiva la facoltà delle parti – ed in particolare, in questo caso, della collettività dei consumatori – di far valere in via giudiziale i propri diritti omogenei**.

Considerato questo importante aspetto preliminare, le argomentazioni sviluppate dalla Corte possono riassumersi concettualmente in quattro gruppi: il primo relativo al profilo dell'omogeneità della classe di consumatori interessata dalla controversia, in risposta alla criticità sollevata in atti dalla convenuta produttrice; il secondo riguardante la valutazione dell'attendibilità dei test effettuati a richiesta della casa produttrice; il terzo riguardante il valore probatorio dell'omologazione ministeriale di codesti test; il quarto relativo all'attendibilità dei test effettuati a richiesta dell'attrice reclamante e ai rapporti tra i risultati delle due categorie di test.

5.3.2.4.1 *Il requisito di omogeneità della classe*

La Corte concorda con la parte reclamante circa la piena sussistenza del requisito di omogeneità della classe. Infatti, secondo il collegio, le disposizioni del Codice del consumo attengono non alla *“individuazione a monte di una pluralità di soggetti lesi”* ma alla *“prospettazione di un'azione o di una condotta (...) suscettibile di arrecare danno ad una pluralità indeterminata di consumatori”*. La condotta oggetto della valutazione di omogeneità, vale a dire **la condotta “incriminata”, assume rilevanza sotto il profilo della potenziale dannosità**, secondo una prospettiva marcatamente dinamica che non guarda alla determinazione, *a priori*, di tutti i soggetti effettivamente lesi ma, appunto, alla presenza di una condotta suscettibile di danneggiare. Intimamente connesso e sovrapposto a questo piano è poi quello del *“riscontro di diritti individuali omogenei, ossia riconducibili a più soggetti, appartenente ad una stessa categoria”*. La Corte ritiene che nel caso di specie la categoria individuata dall'attrice reclamante, ossia quella dei potenziali acquirenti del veicolo, costituisce

operazione logicamente soddisfacente ai fini dell'omogeneità della classe. Si tratta, la Corte evidenzia, di una valutazione slegata dalla presenza di un danno effettivo.

5.3.2.4.2 *L'attendibilità dei test effettuati a richiesta della convenuta produttrice*

La Corte, affrontando il problema, pone in evidenza una serie di elementi fattuali assolutamente rilevanti quali ad esempio il fatto che i test di controllo siano stati eseguiti dal costruttore e che *“le condizioni generali della prova stessa sono predisposte dal medesimo”*. Alla luce di ciò, e alla luce della chiave di lettura dell'articolo 21 del Codice del consumo, il rigore delle prove ed il rispetto dei parametri imposti dalla legge devono confrontarsi con la sussistenza o meno di una *“comunicazione ingannevole”* nel cui concetto è insito *“un profilo di mancanza di congruità e veridicità dei dati certificati rispetto alla situazione reale”*. La pratica commerciale “corretta” perciò non può concretarsi, puramente e semplicemente, nel rispetto dei requisiti imposti dalla normativa rilevante, ma deve superare un vaglio di veridicità che, come può desumersi dalle parole della Corte, spetta al giudizio di merito sviluppare. Di conseguenza, nella deliberazione di ammissibilità dell'azione collettiva non può il giudice ritenere incontrovertibili i test effettuati a richiesta della produttrice solo a motivo del rispetto dei canoni di legge.

5.3.2.4.3 *La valutazione di attendibilità dei test effettuati a richiesta dell'attrice reclamante*

L'attrice reclamante ha fatto effettuare, da un ente terzo, test dai quali è risultata una discrepanza – relativamente al livello di consumi e di emissioni di CO₂ dei veicoli – con i test effettuati dalla costruttrice di circa il 20-25% *“superiori alle variazioni consentite dai parametri di flessibilità”*. La valutazione delle differenze fra i due gruppi di test e l'attendibilità intrinseca dei test effettuati a richiesta dell'attrice costituiscono i due su punti su cui si concentra il ragionamento della Corte. Parte resistente ha anche prodotto, nel primo grado di giudizio, una relazione – Relazione Dekra – circa la *“riconducibilità delle divergenze riscontrare con le due metodiche a fattori tecnici lasciati alla sfera di discrezionalità del costruttore”*. Il giudizio della Corte è tranciante sul punto, considerando che, *“se il legislatore non ha disciplinato siffatti elementi di natura tecnica, si arguirebbe una sostanziale mancanza di incidenza causale, il che stride con le affermazioni contenute nella relazione”*. In realtà, come esplicitamente affermato, il punto cui è interessato il collegio è un altro ed è, essenzialmente, lo stesso già posto in evidenza in relazione ai profili precedenti: posto che la valutazione sulle divergenze fra i due test è confortata solo da una relazione di parte, dividerla *a priori* *“implicherebbe un'assenza di imparzialità per mancanza di accertamenti direttamente disposti dall'ufficio”*. Ne consegue che anche questa valutazione attiene più propriamente alla fase del merito, connotata da *“un pieno contraddittorio sui vari profili di causa anche di natura tecnica”*.

5.3.3 *La giurisprudenza italiana*

La giurisprudenza italiana si è confrontata sulla medesima questione anche nella decisione della Corte di Appello di Venezia, 17 giugno 2016, n. 298. Anche qui la Corte si trovava a valutare la declaratoria di manifesta infondatezza della domanda proposta ai sensi dell'Articolo 140 *bis* da un'associazione collettiva a tutela dei consumatori nel caso *Dieselgate*. La Corte d'Appello di Venezia, nel motivare la propria statuizione, considera nel dettaglio ciascuno dei punti a fondamento della dichiarazione di inammissibilità pronunciata dal Tribunale e sviluppa, in maniera costante e consistente, un dialogo, declinato in continui riferimenti all'ordinanza della Corte d'Appello di Torino descritta sopra. Il dialogo con la Corte d'Appello di Torino serve un duplice scopo: oltre all'ovvia funzione di richiamo al precedente giurisprudenziale la Corte d'Appello di Venezia consolida altresì, attraverso i riferimenti alla decisione precedente, la valenza di una serie di statuizioni logico-giuridiche attinenti all'attendibilità dei test di omologazione sulle autovetture, all'attendibilità e valenza processuale dei test effettuati a richiesta dell'associazione dei consumatori ed ai rapporti tra le due categorie di test. Nel far ciò, la Corte d'Appello definisce

altresì, su base casistica, gli strumenti attraverso cui concretamente il ruolo della tutela collettiva può estrinsecarsi, strumenti che difficilmente il singolo consumatore avrebbe a disposizione.

5.3.4 La giurisprudenza europea

Casi rilevanti : C-498/16 (Schrems)

La CGUE non ha mai affrontato direttamente il problema delle *class actions* nell'ambito della protezione dei consumatori; tuttavia, un recente caso nell'ambito della tutela dei dati personali può operare come spunto per comprendere l'approccio adottato dalla Corte. Il caso di origine austriaca, infatti, si concentra sull'ammissibilità di una azione di classe transnazionale ad opera di un singolo soggetto, e sull'applicazione delle norme relative alla protezione del consumatore in caso di un contratto nel quale la violazione contestata sia incentrata sulla normativa a protezione dei dati personali.

La CGUE, pur riconoscendo la posizione di consumatore all'utente di un *social network*, alle peculiari condizioni del caso concreto, nega che tale qualifica consenta al singolo individuo di superare le norme processuali relative al foro giurisdizionale. Infatti, secondo la Corte, l'attore pur ricevendo mandato da parte di altri consumatori nelle medesime condizioni non può beneficiare del foro del consumatore, garantito *ex art.* 15 del Reg. 44/2001 a vantaggio di tutti i consumatori mandanti, residenti a loro volta in Stati diversi.

La decisione della CGUE, dunque, conferma l'opinione dell'AG, che peraltro auspicava l'intervento legislativo per la delimitazione delle forme e modalità delle azioni di classe transnazionali, poiché l'attuale sistema normativo europeo, e il Reg. 44/2001 in particolare, non contengono disposizioni specifiche in materia di cessione di diritti o di procedure di azione collettiva (par.119 – 121 dell'Opinione).

Non sorprende dunque che tale questione sia affrontata dal legislatore europeo nella Proposta di direttiva “*relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE*” in cui si include anche l'ipotesi di azioni collettive a finalità risarcitoria. In tal caso, la proposta di direttiva attribuisce la legittimazione attiva soltanto a quell'ente che, *ex art.* 4(1):

“(a) è debitamente costituito in conformità del diritto dello Stato membro;

(b) ha un interesse legittimo ad assicurare che siano soddisfatte le disposizioni del diritto dell'Unione contemplate nella presente direttiva;

(c) non persegue scopo di lucro.”

La scelta del legislatore europeo si basa su due fattori, l'uno di efficienza e l'altro di prevenzione: da un lato, la scelta è finalizzata a rendere più semplice ed immediato il coordinamento fra azioni inibitorie e risarcitorie da parte dello stesso ente legittimato; dall'altro, la scelta impone criteri di trasparenza circa finalità e finanziamenti tali da garantire la salvaguardia del professionista da contenziosi abusivi.

Tuttavia, dal punto di vista nazionale, questa operazione può apparire problematica poiché l'art. 140 *bis* include anche l'ipotesi di azione di classe rappresentata da un singolo consumatore, tale ipotesi non è contemplata dal legislatore europeo. Dunque, per dare corretta implementazione alla direttiva, potrebbe essere necessario ripensare, ancora una volta, alle caratteristiche dell'istituto dell'azione di classe.

5.4 Possibilità del ricorso in Cassazione avverso l'ordinanza di inammissibilità dell'azione di classe

5.4.1 La questione

La questione qui affrontata si rivolge al tema più ampio relativo al vaglio di ammissibilità previsto *ex art.* 140 *bis* cod. cons. per le azioni di classe. La valutazione (sommatoria) prevista dalla normativa

italiana svolge un duplice controllo preventivo: da un lato, si assicura dell'esistenza di un'omogeneità degli interessi dei consumatori; dall'altro, si offre una garanzia nei confronti dei professionisti contro i contenziosi abusivi.

Nel caso di una decisione di inammissibilità, la decisione è ricorribile di fronte alla Corte di appello (cfr. art. 140 *bis* (7) cod. cons.). Tuttavia, il legislatore non predispone un ulteriore grado di giudizio, poiché il provvedimento non ha natura decisoria.

Tale aspetto ha sollevato dubbi interni alla stessa Corte di Cassazione, proprio in ragione della conformità di tale norma rispetto al principio generale di accesso alla giustizia, in quanto gli effetti di una decisione di inammissibilità per quanto riguarda la riproponibilità dell'azione possono essere vincolanti nei confronti dei soggetti aderenti all'azione di classe.

Come si coniuga l'irricorribilità avverso alla decisione di inammissibilità dell'azione di classe con il diritto ad un ricorso effettivo? In che modo deve essere interpretato il rapporto fra azione individuale e azione collettiva in relazione agli effetti della decisione di inammissibilità?

5.4.2 Caso italiano: Cass. SSUU, 1° febbraio 2017, n. 2610

5.4.2.1 Il fatto e le argomentazioni delle parti

L'Associazione Codacons, agendo sia in proprio sia quale mandatario dei sig.ri M.A., B.D. e V.P., conviene in giudizio la società British American Tobacco (BAT) Italia SPA, per sentirla condannare al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali causati agli attori per aver generato in essi una dipendenza da fumo. Secondo i ricorrenti la società convenuta avrebbe svolto un'attività pericolosa – i.e. la produzione e vendita di sigarette – senza adottare le opportune cautele volte a prevenire i rischi per la salute dei fumatori.

Il Tribunale di Roma dichiara inammissibile l'azione di classe proposta, così come, in sede di reclamo proposto dai ricorrenti, la Corte di Appello di Roma. La condotta contestata alla società convenuta: a) sarebbe anteriore al 15 agosto 2009 e, quindi, sottratta *ratione temporis* all'applicazione dell'art. 140 *bis* Codice del consumo; b) i diritti azionati erano privi del requisito dell'identità richiesto dal comma 2 dell'art. 140 *bis* e c) non vi era prova dell'esistenza di un danno risarcibile. Avverso questa ordinanza i ricorrenti propongono ricorso per Cassazione ritenuto inammissibile dalla società convenuta BAT SPA in ragione della natura non decisoria né definitiva dell'ordinanza di inammissibilità.

Proprio su questo specifico aspetto, la III Sezione, cui era stata affidata la trattazione del ricorso, rimette la questione alle Sezioni Unite: la Suprema Corte si era già pronunciata nel senso della inammissibilità, con sentenza n. 9772/12, orientamento non condivisibile per la III Sezione.

5.4.2.2 Interesse/diritto leso

La questione interpretativa sottoposta alle Sezioni Unite ha avuto ad oggetto l'accertamento della natura definitiva e decisoria, ai fini dell'art. 111, comma 7 Cost., dell'ordinanza di inammissibilità pronunciata nella prima fase dell'azione risarcitoria proposta nelle forme dell'azione di classe. Un'ordinanza che, ai sensi dell'art. 140 *bis*, comma 7 Codice del consumo, sarebbe soltanto reclamabile e che, secondo un precedente orientamento della Corte di Cassazione (sent. n. 9772/12) non sarebbe ulteriormente impugnabile perché fondata su una valutazione sommaria e finalizzata ad una pronuncia di rito “*idonea a condizionare soltanto la prosecuzione di quel processo di classe senza assumere la stabilità del giudicato sostanziale ovvero impedire la riproposizione dell'azione risarcitoria anche in via ordinaria.*”

5.4.2.3 Rimedio

Secondo le Sezioni Unite l'azione di classe, quando proposta unicamente a fini risarcitori e non a tutela di interessi collettivi, *“non costituisce altro che uno strumento apprestato dal legislatore per far valere la domanda risarcitoria: costituisce cioè, un mezzo processuale di tutela che [...] si aggiunge a quello ordinario spettante al singolo interessato per ottenere il bene della vita consistente nel risarcimento di un danno che egli assume di aver subito per effetto della condotta posta in essere dal soggetto danneggiante. In altri termini, la differenza soggettiva che si ha tra azione di classe e azione individuale, allorquando con la prima vengano fatte valere pretese che incidono esclusivamente sul piano risarcitorio o restitutorio, non determina un mutamento dell'oggetto della domanda, che continua ad essere la pretesa alle restituzioni o al risarcimento del danno subito da ciascuno degli appartenenti alla classe che abbiano agito con l'azione di cui all'art. 140 bis.”*

Ed allora, poiché l'oggetto del processo di classe sarebbe identico al processo singolo (non essendo fatto valere un interesse collettivo), per la Corte di Cassazione riconoscere carattere decisorio all'ordinanza di inammissibilità e, quindi, ammettere, la ricorribilità per Cassazione, porterebbe a precludere al singolo danneggiato che abbia aderito all'azione di classe dichiarata inammissibile, la possibilità di far valere, in via individuale, il proprio diritto al risarcimento del danno. Una simile conclusione, però, non è possibile in ragione delle norme di diritto processuale che consentono la riproponibilità nel caso in cui il processo di classe si estingua o si chiuda anticipatamente in rito.

Inoltre, con riferimento alla violazione delle norme processuali, per le Sezioni Unite *“la definitività sulle modalità di svolgimento dell'azione in giudizio (cioè su un diritto processuale), ma non sulla situazione sostanziale dedotta in giudizio, è [...] inidonea a giustificare il ricorso straordinario”*.

Secondo le Sezioni Unite *“l'azione di classe dichiarata inammissibile non è riproponibile dai medesimi soggetti che la hanno proposta o hanno ad essa aderito”*. Il che non significa, però, la preclusione alla *“proponibilità di altra azione di classe da parte di soggetti diversi da quelli per i quali è intervenuta la dichiarazione di inammissibilità”* alla quale azione, una volta dichiarata ammissibile, potranno successivamente aderire anche quei soggetti che avevano proposto la prima azione di classe dichiarata inammissibile.

5.4.2.4 Gli argomenti

Le Sezioni Unite nell'analizzare i presupposti per la proposizione del ricorso straordinario in Cassazione, evidenziano come esso richieda necessariamente il carattere decisorio del provvedimento che si intende sottoporre a gravame, dovendo cioè essere idoneo a incidere con efficacia di giudicato sui diritti soggettivi. Tale requisito non sembra ricorrere in un caso, come quello di specie, in cui l'azione di classe sia proposta unicamente a fini risarcitori, e non a tutela di interessi collettivi. L'azione di classe, in tale circostanza, costituirebbe un mezzo processuale di tutela che va ad aggiungersi a quello risarcitorio ordinario spettante al singolo interessato.

A sostegno della propria decisione, la Cassazione ha ribadito che *“ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 7, “contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali è sempre ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge”. Questa Corte ha da tempo chiarito (Cass. n. 2953 del 1953), e poi ripetutamente ribadito, che un provvedimento, ancorchè emesso in forma di ordinanza o di decreto, assume carattere decisorio requisito necessario per proporre ricorso ex art. 111 Cost. - quando pronuncia o, comunque, incide con efficacia di giudicato su diritti soggettivi, con la conseguenza che ogni provvedimento giudiziario che abbia i caratteri della decisorietà nei termini sopra esposti nonchè della definitività - in quanto non altrimenti modificabile - può essere oggetto di ricorso ai sensi dell'art. 111 Cost. La decisorietà, dunque, consiste nell'attitudine del provvedimento del giudice non solo ad incidere su diritti soggettivi delle parti, ma ad incidervi con la particolare efficacia del giudicato (nel che risiede appunto la differenza tra il semplice “incidere” e il “decidere”: cfr., per tutte, Cass. n. 10254 del 1994)”*.

APPENDICE

QUESTIONI IPOTETICHE

Si riportano a seguire le questioni ipotetiche, concernenti i più rilevanti profili trattati nell'ambito del presente *Casebook*, affrontate dai magistrati partecipanti al Seminario nazionale RE-Jus *"Tutele individuali e tutele collettive nei rapporti di consumo, di risparmio e di credito al consumo nel dialogo tra corti e autorità amministrative"* tenuto a Trento dal 18 al 20 giugno 2018.

I sessione di discussione di casi pratici

Tema: ***Poteri officiosi del giudice, rilevazione delle questioni e onere della prova***

La sig.ra Rossi acquista dal rivenditore Alfa una macchina fotografica Omega. Il contratto, stipulato per iscritto, comprende una garanzia convenzionale, gratuita per il primo semestre ma onerosa per altri tre semestri, grazie alla quale l'acquirente può beneficiare, in caso di difetto di conformità del prodotto, dell'esame gratuito del prodotto ai fini della rilevazione dell'origine del difetto e della sua riparazione, ove il difetto non sia riconducibile all'uso dell'acquirente. Il pagamento dell'importo previsto per la garanzia convenzionale è dovuto entro e non oltre i 6 mesi dalla consegna, pena la decadenza della garanzia. La sig.ra Rossi sottoscrive specificamente la clausola di garanzia convenzionale ma omette il pagamento dell'importo dovuto.

Dopo 8 mesi dall'acquisto, la sig.ra Rossi denuncia tempestivamente un malfunzionamento della macchina fotografica, che riduce sensibilmente la qualità delle immagini prodotte pur non impedendo l'uso dell'apparecchio. Avvalendosi della garanzia convenzionale, la sig.ra Rossi chiede al rivenditore di procedere ai necessari controlli e alla conseguente riparazione.

Anche a fronte dell'offerta di un pagamento tardivo del prezzo della garanzia, il rivenditore Alfa si rifiuta di ritirare il prodotto e di onorare la garanzia convenzionale, non essendo mai intervenuto, da parte dell'acquirente e nel termine consentito, il pagamento del prezzo per tale garanzia supplementare.

A fronte di ripetuti rifiuti, la sig.ra Rossi agisce in giudizio per l'attuazione della garanzia convenzionale stipulata o, in subordine, per la risoluzione del contratto e la restituzione del prezzo pagato ai sensi della disciplina generale della vendita (artt. 1490 e 1492 c.c.). Il rivenditore Alfa si oppone, eccependo che il difetto lamentato non è tale da rendere l'apparecchio inidoneo all'uso e che in ogni caso l'acquirente non ha dato prova della causa del difetto, potendosi presumere che, dopo 8 mesi dall'acquisto, tale difetto sia riconducibile all'uso dell'acquirente.

1. Rilevabilità d'ufficio dello status di consumatore; applicazione della disciplina del codice del consumo in luogo di quella del codice civile, invocata dalla parte attrice.

La sig.ra Rossi non agisce quale consumatrice, né si qualifica in quanto tale. Nella formulazione della domanda ha riguardo, per un verso, alla garanzia convenzionale e, per l'altro, alla disciplina generale del contratto di vendita (part. art. 1490 e 1492 c.c.). Peraltro la domanda si iscrive perfettamente nei termini previsti dall'art. 1495 c.c., avendo l'attrice tempestivamente denunciato il difetto (presumibilmente negli 8 giorni previsti dal codice civile) ed esercitato l'azione entro l'anno.

Negli atti di causa la parte attrice non chiarisce a quale titolo abbia acquistato la macchina fotografica, se a fini personali o nell'ambito dell'attività professionale eventualmente svolta; né invoca in alcun punto la disciplina consumeristica eventualmente applicabile nel caso di specie.

È onere della parte qualificarsi come consumatore ai fini della applicazione della disciplina consumeristica di protezione?

Può o deve il giudice effettuare i necessari accertamenti al fine di verificare se la fattispecie ricade nell'ambito di applicazione della disciplina consumeristica?

Deve il giudice a tal fine disporre l'acquisizione di prove ulteriori ove le allegazioni di parte e il relativo materiale probatorio prodotto non consentano di accertare la natura dell'attore come consumatore?

Quali regole o principi vi si opporrebbero, eventualmente, dal punto di vista del diritto processuale interno?

Sul tema, v. *Casebook*, cap. 1, parr. 1.1 e 1.3

2. *Attuazione della garanzia convenzionale. Rilevabilità d'ufficio dell'invalidità della clausola avente ad oggetto garanzia convenzionale onerosa.*

Si assuma ora che il giudice pervenga alla conclusione che lo status della sig.ra Rossi quale consumatrice vada considerato e che dunque al caso di specie si applichi la disciplina del codice del consumo.

La parte attrice chiede di potersi avvalere della garanzia convenzionale, come sottoscritta in sede di stipulazione del contratto di acquisto.

Non solo dunque omette di rilevare una eventuale nullità della clausola, ma ne invoca la applicazione a suo favore.

Sotto quali profili si potrebbe contestare la validità della clausola in oggetto?

- Disciplina della vendita di beni di consumo (v. art. 134 cod. cons.)?
- Disciplina delle clausole vessatorie (v. art. 36 cod. cons. e 33, co. 2, lett b, cod. cons.)?
- Disciplina delle pratiche commerciali scorrette quali indice di vessatorietà? Cfr. CGUE, C-453/10 (*Pereničová*), e Consiglio di Stato, n. 5250/2015

In forza di quale delle tre discipline, il giudice potrebbe (o dovrebbe?) dichiarare la nullità d'ufficio?

Se vi fosse spazio per poteri officiosi, quali misure dovrebbe il giudice adottare per garantire il contraddittorio tra le parti?

Sul tema, v. *Casebook*, cap. 1, parr. 1.1 e 1.2.

3. *Disciplina della garanzia (legale) di conformità dei beni di consumo. Onere della prova.*

Come la parte attrice assolve l'onere della prova concernente il difetto di conformità del bene e la sua esistenza al tempo della consegna?

In particolare, come si assolve tale onere al di fuori del primo semestre dalla consegna, durante il quale la comparsa del difetto si presume legarsi a difetto esistente al tempo della consegna (art. 132, co. 3, cod. cons.)?

Che peso ha l'argomento del venditore circa la mancata prova della causa del difetto e la plausibile riconducibilità dello stesso all'uso dell'acquirente?

Sul tema, v. *Casebook*, cap. 2, parr. 2.1 e 2.3.

4. *Garanzia di conformità e rimedio applicabile.*

Si assuma che il giudice dichiari invalida la clausola di garanzia convenzionale.

Ciò premesso, si può interpretare la domanda dell'attore concernente l'avvalimento della garanzia come domanda di riparazione del bene ai sensi dell'art. 130 cod. cons.?

Si assuma che tale riqualificazione non sia possibile o che la sig.ra Rossi abbia domandato la risoluzione del contratto in via principale.

A quali condizioni tale domanda potrebbe essere accolta?

Chi dovrebbe fornire la prova dell'esistenza di tali condizioni?

Se la domanda di risoluzione non potesse essere accolta, potrebbe (o dovrebbe) il giudice prospettare alla parte attrice (consumatore) la disponibilità di altri rimedi, in particolare la riparazione (ove possibile) o la riduzione del prezzo?

Se ciò fosse possibile (o dovuto) nel medesimo giudizio, come potrebbe il giudice garantire il contraddittorio tra le parti?

Se ciò non fosse possibile, potrebbe il consumatore agire in altro giudizio per invocare tale diverso rimedio?

Sul tema, v. *Casebook*, cap. 1, par. 1.1.

II sessione di discussione di casi pratici

Tema: ***Rimedi effettivi, proporzionati e dissuasivi del consumatore nei contratti di credito al consumo e in quelli di investimento; validità, sostituzione delle clausole, restituzioni, responsabilità***

Il signor Bianchi, insegnante di italiano al liceo in pensione senza esperienza in ambito finanziario, nel gennaio 2018 conclude un contratto di investimento con la Banca Alfa, a seguito di una consulenza con la medesima banca; unitamente al contratto di investimento, stipula anche un contratto di finanziamento pattuendo l'obbligo di utilizzarlo in via esclusiva ai fini degli investimenti già pattuiti. Il tasso degli interessi moratori stabiliti in via convenzionale è 6 volte maggiore del tasso degli interessi corrispettivi, e appena al di sotto del tasso d'usura.

Pressoché immediatamente l'investimento si rivela molto rischioso, e del tutto fallimentare; l'investitore perde il 70% di capitale investito oltre al mancato guadagno. In conseguenza di tale perdita il signor Bianchi risulta inadempiente al pagamento delle rate previste dal contratto di finanziamento, e la banca chiede dunque il pagamento degli interessi moratori. Dopo un primo momento di interlocuzione con la banca, l'investitore agisce in giudizio e

- Lamenta la violazione degli obblighi di informazione e delle norme in materia adeguatezza previste dal TUF e dal Regolamento Consob n. 20307 del 15 febbraio 2018 e, su queste basi, invoca l'invalidità del contratto di investimento e del contratto di finanziamento o il loro annullamento per dolo o per errore, o la loro risoluzione;
- chiede la restituzione del capitale e risarcimento del danno *ex art. 1338 c.c.*;
- in via subordinata, chiede il risarcimento del danno *ex art. 1218 c.c.* per l'inadempimento del contratto quadro di gestione, nonché, con riguardo al contratto di finanziamento, la dichiarazione della nullità della clausola sugli interessi moratori e la rideterminazione degli interessi moratori eccessivamente onerosi.

1. *Sull'eccessività degli interessi moratori in relazione alle clausole vessatorie.*

- Di fronte alla pattuizione di un tasso di interessi moratori manifestamente eccessivo, può il giudice dichiarare la vessatorietà – e dunque la nullità – della relativa clausola?
- Quali conseguenze derivano dalla dichiarazione di nullità?
- Può il giudice rideterminare il tasso di interesse e rispetto a quali parametri, oppure è tenuto ad applicare la norma dispositiva di cui all'art. 1224 c.c.?

Sul tema, v. *Casebook*, cap. 3, par. 3.2.2.

2. *Sull'invalidità.*

- Su quali basi il signor Bianchi potrebbe chiedere la dichiarazione di nullità del contratto di investimento e/o del contratto di finanziamento?
- Potrebbe la violazione di obblighi di informazione rappresentare un fondamento idoneo?
 - o La circostanza che la violazione riguardi informazioni che devono essere contenute nel testo del contratto, può incidere sulla valutazione del giudice sulla nullità del contratto?
- La violazione delle norme in materia di adeguatezza può essere posta a fondamento della dichiarazione di nullità del contratto di investimento?
- In alternativa, potrebbe, se richiesto dalla parte, essere pronunciato l'annullamento del contratto di investimento per vizi del consenso (es. per errore)?

Sul tema, v. *Casebook*, cap. 3, par. 3.2, e per i principali riferimenti normativi in materia di adeguatezza, cap. 2, par. 2.2.3.2; in tema di annullamento si veda il cap. 3, par. 3.5.

3. *Sulla risoluzione.*

- La violazione di obblighi informativi può condurre alla risoluzione del contratto di investimento? In presenza di un contratto quadro, quali rapporti investirebbe la risoluzione? L'intero rapporto contrattuale regolato dal contratto quadro, o unicamente quello relativo al singolo ordine di investimento? Come i principi generali di effettività, proporzionalità e dissuasività potrebbero semmai influenzare questa valutazione?

È opportuno distinguere fra i tre casi seguenti:

- o La violazione avviene prima della stipula del contratto quadro e dell'ordine di investimento.
- o La violazione avviene dopo la stipula del contratto quadro e prima della conclusione dell'ordine di investimento.
- o La violazione avviene dopo la stipula del contratto quadro e dell'ordine di investimento.

Sul tema, v. *Casebook*, cap. 3, par. 3.4.

4. *Sulla responsabilità per violazione di obblighi informativi.*

- Quale spazio ci può essere per un utilizzo delle presunzioni ex art. 2729 c.c. rispetto alla prova del nesso di causalità tra violazione degli obblighi informativi e danno? Potrebbe il principio di effettività facilitare l'uso di presunzioni in questo ambito?
- In base a quali parametri il giudice individuerrebbe il danno risarcibile nelle sue componenti di danno emergente e lucro cessante? Ove ricorresse a poteri equitativi ex art. 1226 c.c.,

potrebbero il principio di effettività e quello di proporzionalità orientare la valutazione del danno in questo ambito?

Sul tema, v. *Casebook*, cap. 2, par. 2.2.; cap. 3, par. 3.4.

III sessione di discussione di casi pratici

Tema: ***Tutela individuale e tutela collettiva del consumatore***

La casa di produzione di autovetture Sandoz viene interessata da una indagine in cui si afferma l'utilizzo di strumenti tecnici in grado di falsificare il valore delle emissioni di CO₂ dell'autovettura per ottenerne l'omologazione. In particolare, nelle auto interessate era installata una centralina che montava un software illegale capace di falsificare le emissioni al di sotto della soglia consentita dai vincoli di legge.

L'associazione dei consumatori HELP (associazione riconosciuta) svolge delle indagini interne e compie test che confermano i risultati dell'indagine e su questa base decide di presentare una azione inibitoria ex art 140 cod. cons. nei confronti della casa di produzione Sandoz di fronte al Tribunale di Milano (luogo ove la società ha la propria sede principale, ex art 19 c.p.c.).

Con tale azione l'associazione richiede il riconoscimento dell'illiceità della condotta in quanto pratica commerciale scorretta e l'adozione di un provvedimento volto a inibire tale pratica e a rimuoverne gli effetti.

1. Sui rimedi esperibili attraverso l'azione collettiva dell'associazione dei consumatori.

- a. Che tipo di misure può il giudice ordinare per l'inibizione della pratica e l'eliminazione degli effetti da questa derivanti a tutela degli attuali proprietari delle autovetture (es. sostituzione del software, sostituzione dell'auto, accertamento del danno, altro)?
- b. Che tipo di misure può il giudice ordinare per l'inibizione della pratica e l'eliminazione degli effetti da questa derivanti a tutela dei futuri potenziali acquirenti delle autovetture (es. sostituzione del software, adeguata pubblicità degli effettivi livelli di emissione di CO₂, altro)?
- c. In base a quali criteri il giudice effettua questa determinazione? Potrebbero i principi di proporzionalità, effettività e dissuasività orientare questa valutazione?
 - a. Potrebbe il giudice utilizzare quali criteri per valutare la proporzionalità
 - i. il livello di diffusione delle auto sul mercato,
 - ii. l'entità del danno sofferto dal consumatore,
 - iii. la durata del comportamento (e/o l'eventuale modifica del comportamento nel tempo), ecc.
 - b. Potrebbe il giudice utilizzare quali criteri per valutare l'effettività
 - i. la capacità di limitare l'uso della centralina incriminata,
 - ii. la capacità di riportare il consumatore nelle condizioni precedenti alla violazione,
 - iii. la capacità di offrire strumenti utili alla successiva tutela risarcitoria, ecc.
 - c. Potrebbe il giudice utilizzare quali criteri per valutare la dissuasività
 - i. la capacità di aggiornare il software nella centralina incriminata,
 - ii. la capacità di influenzare le scelte di concorrenti circa l'uso di simili strumenti, ecc.

2. Sull'ammissibilità dell'azione di classe per il risarcimento dei consumatori.

Il sig. Rossi, proprietario di una autovettura di marca Sandoz, viene a conoscenza dell'azione e insieme ad altri proprietari di simili autovetture, decide di presentare una azione di classe ex art 140-bis cod. cons. per ottenere il risarcimento dei danni in relazione alla pratica commerciale scorretta.

L'azione viene presentata presso lo stesso Tribunale di Milano, prevedendo come rappresentante della classe il sig. Rossi.

- a. In che modo il giudice deve valutare i requisiti di ammissibilità dell'azione di classe? In che modo il giudice deve valutare il criterio relativo all'adeguatezza del proponente rispetto alla tutela dell'interesse della classe?
- b. In che modo la valutazione dell'ammissibilità dell'azione opera al fine di una tutela del diritto di difesa?
 - a. Può il vincolo relativo alla mancanza di ricorso di fronte alla Cassazione configgere con il diritto ad un ricorso effettivo? In che modo il giudice può risolvere l'eventuale conflitto?

3. Sul possibile coordinamento fra le due azioni – cause successive.

Si assuma che la decisione dell'azione inibitoria si concluda con la pronuncia di accertamento di scorrettezza della pratica:

- a. Può il giudice tenere conto dell'esito dell'azione inibitoria? Esiste una differenza se l'esito dell'azione collettiva affermi la scorrettezza della pratica rispetto al caso in cui si neghi tale scorrettezza (utilizzo *secundum eventum litis*)?
- b. Può il giudice utilizzare come prova della vessatorietà l'esito dell'azione collettiva? Può il giudice operare tale analisi solo su istanza di parte oppure può operare *ex officio*?
- c. Quali altri strumenti di coordinamento possono applicarsi?

4. Sul possibile coordinamento fra le due azioni – cause contestuali.

Si assuma che le due azioni, inibitoria e risarcitoria siano pendenti nello stesso momento presso il Tribunale di Milano.

1. Esiste un rapporto fra le due azioni?
2. In che modo possono coordinarsi le due azioni?
 - a. Può il giudice sospendere il procedimento ex art. 140 *bis* in attesa che si concluda il procedimento inibitorio?
 - b. Può applicarsi la litispendenza ex art. 39 c.p.c. fra le due azioni?
 - c. In caso negativo, quali altri strumenti di coordinamento possono applicarsi?