

FABIO CINTIOLI

La sovrapposizione di competenze delle autorità indipendenti nelle pratiche commerciali scorrette e le sue cause (*)

SOMMARIO: 1. Il problema della sovrapposizione; 2. La posizione di AGCM e l'applicazione delle norme sulla repressione delle pratiche commerciali scorrette; 3. La posizione del Regolatore e la tutela del consumatore; 4. Le decisioni dell'Adunanza del Consiglio di Stato; 5. Il rischio di violazione del diritto comunitario e l'art. 27, comma 1 *bis* del codice del consumo; 6. L'attualità del problema. Coordinamento e leale collaborazione tra autorità indipendenti; 7. Ricerca della tipicità e garanzie.

1. Esaminare le vicende che hanno provocato nel corso di questi ultimi anni la sovrapposizione delle competenze di più autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette è interessante per più di una ragione. Non si tratta solo di dare spazio alla “cronaca” giuridica di una storia che ha suscitato l'attenzione degli operatori, la curiosità degli studiosi, l'intervento della giurisdizione e del nostro (un pò disordinato) legislatore e persino l'ammonizione della Commissione UE, ma anche di cogliere l'occasione per riflettere su alcuni temi di carattere più generale: il ruolo delle autorità indipendenti nell'ordinamento; la disinvolta creazione di nuove figure di illecito amministrativo; la debolezza del principio di tipicità dell'illecito a fronte dell'espansione delle visioni finalistiche di tutela del consumatore; il *vulnus* che, alla fin fine, deriva alle libertà economiche da formule (che ci sembrano ormai sovente un po' stereotipate) come la tutela della concorrenza, la protezione del consumatore, l'azione neutrale e tecnica di autorità che agiscono anche nel solco segnato dal legislatore europeo.

Questo problema si è manifestato in tutta la sua evidenza quando, dopo l'entrata in vigore, nel 2005, delle norme del codice del consumo dedicate alla repressione delle pratiche commerciali scorrette (artt. 18 e ss. del d.lgs. n. 206 del 2005), si è notata la convergente azione sui medesimi fatti da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, da un lato, e dell'Autorità di regolazione del settore interessato, dall'altro (ad es., AGCOM,

(*) Questo articolo è destinato agli Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani.

AEEG, Consob). Una concreta vicenda di vita stimolava l'apertura di procedimenti paralleli da parte di AGCM e del Regolatore e giungeva persino a duplicare la sanzione per il medesimo fatto, sulla base di alcune distinzioni tra l'illecito appartenente alla cognizione di AGCM e l'illecito di competenza del Regolatore che spesso erano sfumate e sottili e piuttosto formali. Si è assistito, perciò, all'inedito fenomeno della *concorrenza* tra le autorità di *concorrenza*, dato che, entrambe, in nome della tutela del consumatore, tendevano ad accelerare il proprio procedimento e ad accertare i fatti con la maggiore tempestività possibile.

La disposizione che avrebbe dovuto risolvere questo problema ed evitare l'*overlapping* – che, evidentemente, si manifestava alquanto oneroso per l'impresa incolpata – era l'art. 19 del codice del consumo. Quest'ultimo afferma anche in questa particolare materia il principio di specialità, in sintonia con quel che prevede l'art. 9 della l. n. 689 del 1981; sicché ammette che la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette sia cedevole al cospetto di una norma che abbia disciplinato aspetti specifici della singola pratica: insomma, in forza di tale principio, prevale quella norma che comprende nel suo oggetto l'intera fattispecie disciplinata dalla prima aggiungendovi, però, un elemento ulteriore che ne denota, appunto, la specialità.

Il principio di specialità, tuttavia, si è rivelato un debolissimo baluardo garantista in questo caso, sia perché le autorità hanno sovente preferito superarlo, forse senza applicarlo col dovuto rigore, sia perché, in verità, le fattispecie presentavano profili particolari che potevano rendere piuttosto difficile riannodarle con puntualità ai confini segnati dall'art. 19. Quel che legava l'iniziativa delle due autorità era specialmente il dato finalistico: la tutela del consumatore, inteso come soggetto socialmente debole e perciò meritevole di protezione. E il dato finalistico, sospinto da un non trascurabile interesse mediatico, sembrava in grado talvolta di assorbire i profili giuridico-formali.

Resta il fatto che un dato comportamento suscitava l'attenzione di due differenti istituzioni e creava le premesse per una duplicazioni di sanzioni. Ciò, in definitiva, non poteva che alimentare le preoccupazioni degli interpreti.

A parte il principio di tipicità dell'illecito (che dovrebbe evitare situazioni di questo tipo), il principio di buon andamento, il c.d. diritto ad una buona amministrazione che avrebbe fondamento europeo e il detto canone di specialità *ex art. 19*, a parte tutto ciò, era dubitabile che questa vicenda fosse compatibile con il principio del *ne bis in idem*. Quest'ultimo è previsto, oltre che dall'art. 6 della CEDU, anche dall'art. 50 della Carta europea dei diritti. La giurisprudenza della Corte di giustizia ha mostrato molta attenzione a questo proposito ed ha aderito ad una qualificazione sostanziale e molto ampia di

sanzione *penale*, ponendosi nel solco della notissima giurisprudenza della Corte EDU. Il che ben potrebbe giustificare l'attrazione del procedimento per l'accertamento e repressione delle pratiche scorrette entro l'ambito del divieto del *ne bis in idem* (cfr. Corte EDU, *Menarini Diagnostics c. Italia*, II, 27 settembre 2011, ric. 43509/08; Id., *Grande Stevens e altri c. Italia*, II, 4 marzo 2014, ric. 18640/10; 18647/10; 18663/10; 18668/10; 18698/10; nonché, appunto, Corte di giustizia UE, Grande sezione, *Fransson*, 26 febbraio 2013, causa C-617/10; Id., III, 30 aprile 2014, causa C-390/12).

2. Vi è da chiedersi, però, come sia stato possibile che questa sovrapposizione si sia sviluppata e quali siano le condizioni di base che vi hanno dato fondamento.

Il primo dato è il modo in cui AGCM ha interpretato e applicato le nuove norme del codice del consumo nonché, in sostanza, la *policy* che ha condotto all'implementazione in Italia della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette (direttiva 2005/29/CE). Soprattutto, la circostanza che l'originaria disciplina sulla pubblicità ingannevole presupponesse l'istanza di parte mentre quella nuova sulle PCS era d'impulso *ex officio* ha avuto un effetto dirimente.

Si è passati – potrebbe dirsi – dalla repressione della *pratica scorretta* a tutela del *consumatore* alla repressione delle *pratiche scorrette* a tutela dei *consumatori* (dove il plurale segna un profondo mutamento di marcia).

In precedenza l'attenzione si poneva sul concreto comportamento del singolo, sull'effetto lesivo che avesse prodotto sul denunciante e pertanto la tipicità della fattispecie si misurava su un'analisi piuttosto dettagliata del singolo illecito e la funzione della sanzione aveva una portata "individuale": si colpiva l'autore di *quel* comportamento, perché in esso si svelava quel disvalore cui l'ordinamento collegava l'illecito.

La repressione delle pratiche scorrette ha invece aperto la strada a procedimenti di portata "collettiva", nei quali quel che conta è (ed è sembrato che fosse il) selezionare e colpire quei comportamenti imprenditoriali che possono ledere, in virtù della loro aggressività, molti consumatori contemporaneamente. Vi sono stati allora anche procedimenti (e relativi provvedimenti sanzionatori) che hanno raggiunto più imprenditori, accusati di aver posto in essere un contegno *standard* in grado di configurare l'aggressività richiesta dagli articoli 24, 25 e 26 del codice del consumo, secondo i quali: (i) è considerata aggressiva una pratica commerciale che, in base ad alcune circostanze del caso, "*limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe*

altrimenti preso” (art. 24); (ii) nel determinare se una pratica commerciale comporta, “*molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento*”, devono essere presi in considerazione elementi quali i tempi, il luogo, la natura o la persistenza della condotta, il ricorso alla minaccia fisica o verbale, lo sfruttamento da parte del professionista di circostanze di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore, gli ostacoli non contrattuali volti a limitare l’esercizio di diritti contrattuali da parte dei consumatori, le minacce di azioni legali qualora tali azioni siano manifestamente temerarie o infondate (art. 25); (iii) “*sono considerate in ogni caso aggressive*” alcune condotte commerciali specificamente descritte ed elencate (art. 26).

L’attenzione, più che ai dettagli della singola vicenda in relazione ai contenuti di un dato illecito, si è appuntata su alcuni profili molto generali e di qualificazione di contegni seriali. Si è preferito ricostruire la fattispecie giuridica, più che sui singoli contenuti descritti negli articoli 25 e 26, i quali avrebbero forse potuto guidare verso una tipizzazione più articolata e garantista delle singole fattispecie di PCS, sulla predetta formula dell’art. 24; sicché l’obiettivo dell’Autorità è sembrato, prima ancora che quello di sanzionare chi avesse posto in essere un contegno previsto come illecito amministrativo da una data legge, quello di individuare i comportamenti ripetitivi che fossero dannosi per il consumatore inteso come categoria e non come singolo denunciante, al fine di orientare e “conformare” in maniera diversa le scelte imprenditoriali di settore.

Queste novità, però, conferivano all’operato di AGCM una inevitabile “caratura regolatoria”, perché, appunto, finivano per fissare altrettante regole di comportamento che incidevano in un determinato settore, coinvolgendo, oltre al singolo sanzionato, tutti gli altri operatori economici.

E’ evidente che questo approccio sacrificava anche una parte del principio di tipicità e della sua funzione di garanzia, che, imperniato com’era in prevalenza sulla definizione generale di pratica aggressiva o ingannevole, nel complesso ha rinunciato a circoscrivere puntuali figure di illecito, solide dal punto di vista della tipicità e tassatività della fattispecie.

Già questa situazione spiega come, inevitabilmente, l’azione di AGCM sia andata a incrociare il campo di attività del Regolatore di settore.

3. D’altra parte, quanto ai regolatori, l’ordinamento italiano aveva finito per accettare un modello che a sua volta non sembrava tenere in grandissima considerazione il principio di tipicità dell’illecito amministrativo e le connesse esigenze garantiste.

Il potere di regolazione infatti nel diritto vivente è stato riconosciuto come estremamente ampio.

Lo stesso Consiglio di Stato, ad esempio a proposito di AGCOM, ha affermato (nella sentenza dell'Adunanza plenaria di cui si dirà tra un attimo) che l'Autorità, benché *indipendente e neutrale*, cumula una pluralità di obiettivi – i quali talora, in verità, trasudano la politicità della scelta – molto diversi e che coprono interessi molto diversi della società: tutela e promozione della concorrenza; garanzia del pluralismo informativo; protezione dei consumatori.

I limiti al potere di regolazione sono, in fondo, molto blandi, perché, com'è ben noto, la legge si accontenta di indicare gli obiettivi e affida al Regolatore i poteri che servono a realizzarli. La regolazione origina da questo ampio mandato e da norme imperniate su concetti giuridici indeterminati. A sua volta, la teorica dei *poteri impliciti* (intesi come l'esito di una previa assegnazione all'autorità di ogni potere che serva per i suoi fini regolatori) talora espressamente e talora meno è stata, anche nella prassi giurisdizionale, il codice di attivazione delle misure decise dall'autorità.

Molto si è discusso dei limiti a questo potere normativo e para-normativo e l'idea più convincente (in chiave garantista) resta quella che il limite principale sia quello che deriva dai principi e sottoprincipi, anche di contenuto altamente tecnico, che sono sparsi nel dato settore regolato.

Questo limite, però, non è semplice da definire e appare spesso sfuggente, sicché è fondamentale che il procedimento e il successivo eventuale processo siano i luoghi in cui essi possano essere rivelati e rispettati. E c'è da dire che, nella gran parte dei casi, il procedimento ha potuto assicurare anche le esigenze di trasparenza, così come il processo ha spesso effettuato un necessario bilanciamento, e che quindi il sistema ha complessivamente funzionato per questo aspetto.

Se, però, si parla di tutela del consumatore e di comportamenti aggressivi, ingannevoli o sleali posti in essere dall'operatore economico, il ruolo della tecnica si riduce di molto, ché la questione appare prevalentemente (se non solo) giuridica: si tratta di inquadrare la fattispecie e di colorarla coi concetti giuridici per dire se un tale disvalore si sia o meno realizzato. Ebbene, se così è, allora il problema dei limiti alla regolazione pro-consumeristica (del Regolatore, questa volta, e non di AGCM) appare ben più preoccupante, dato che la tecnica non sembra più in grado di offrire un argine sufficiente al potere amministrativo regolamentare.

E tale potere si trasforma repentinamente anche in potere sanzionatorio. Infatti, come ben sappiamo, l'impostazione della l. n. 481 del 1995 (e di altre norme che ne hanno ripetuto l'approccio) è tale da far scattare

l'illecito amministrativo ogniqualvolta sia stata violata una misura regolatoria disposta dall'autorità di settore.

Questa ulteriore circostanza ci pone di fronte a un duplice fenomeno che merita di essere segnalato.

(i) Per un verso, la configurazione dei poteri impliciti, già manifestatasi, in qualche modo, con l'emanazione della regolazione, si ripete a livello sanzionatorio, perché la regola vincola il contegno dell'operatore, nella regola si ritiene sovente che possano essere inclusi divieti anche più ampi di quelli che sono testualmente in essa esplicitati (ad es., cfr. TAR Lazio n. 5215 del 2014 in tema di prezzi degli *sms*) e la violazione anche di questi ultimi ridonda in illecito amministrativo mediante un meccanismo di interpretazione estensiva e/o analogica della (sovente impalpabile) misura regolatoria. Insomma, mentre la stessa Corte costituzionale, fors'anche per la suggestione provocata dalla Corte EDU, sembra ormai prediligere l'estensione agli illeciti amministrativi di quelle stesse garanzie previste per gli illeciti penali (Corte cost. 18 aprile 2014, n. 104, nonché Id. 4 giugno 2010, n. 196), in questo campo il principio di tassatività e prevedibilità dell'illecito subisce invece sconfitte decisamente rilevanti.

(ii) Per altro verso, la sanzione diviene un accessorio della regolazione, ossia una misura regolatoria anch'essa, che viaggia orizzontalmente nel settore di interesse. Pertanto, quando la misura in gioco è ispirata alla tutela del consumatore, come già si diceva, la *tecnica* e la *neutralità* dell'autorità che diciamo indipendente sembrano lasciare il campo alla *discrezionalità amministrativa* ad alla *imparziale realizzazione di un fine pubblico assunto dall'amministrazione* e questo non può che rafforzare l'espansione della regolazione consumeristica, indebolire il principio di tipicità ed estendere l'azione del Regolatore. L'espansione, d'altra parte, è apparsa anche come un tratto spiccato e consapevole della stessa volontà delle autorità di regolazione. Basti ricordare, in proposito, che in alcune di esse la finalità di tutela del consumatore era in questi anni quasi "riscoperta" e si costituivano degli uffici *ad hoc* per incrementare le iniziative in questo ambito.

I caratteri della regolazione, così come descritti, spiegano allora, guardando il fenomeno dal polo opposto, il verificarsi del nostrano *overlapping* di autorità indipendenti.

4. E' in questo scenario che il problema è stato portato all'attenzione del Consiglio di Stato. L'Adunanza plenaria è stata sollecitata ad intervenire dalla sesta sezione (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 11-16 del 2012), la quale aveva sollecitato proprio l'applicazione dell'art. 19 codice del

consumo e del principio di specialità per evitare un *bis in idem* che sembrava in contrasto con molti dei principi e delle regole dell'ordinamento, oltre che, in verità, col senso comune di giustizia e con la "natura delle cose".

L'Adunanza plenaria ha affermato anzitutto che queste duplicazioni si pongono in contrasto con il principio di buon andamento dell'art. 97 della Costituzione, "*atteso che i procedimenti in questione sono estremamente onerosi sia per l'amministrazione che per i privati*" ed è andata alla ricerca di una soluzione al problema. Essa però non ha risolto il problema in un singolo e specifico caso mediante l'applicazione del canone di specialità ed ha preferito svolgere un ragionamento di livello più generale. Questo è accaduto forse perché il Giudice ha qui avvertito la debolezza intrinseca, in fase applicativa, del principio di specialità e, con essa, la preoccupazione che una soluzione al caso concreto ritagliata sulla misura di siffatto principio non avrebbe dato indicazioni più generali alle istituzioni protagoniste di questi accadimenti e non sarebbe riuscita a risolvere il problema in maniera stabile. O forse anche perché si è dovuto prendere atto che la singola disposizione sanzionatoria, se si guarda al campo amplissimo della "regolazione del settore", non si riesce neppure a delineare con puntualità, dato che essa, come si è visto, è spesso il frutto di una serie di previsioni generali molto vaste e delle possibili – e talora, a dire il vero, quasi imprevedibili – violazioni da imputarsi all'operatore.

Resta il fatto che l'Adunanza plenaria nella sostanza è andata anche oltre l'art. 19.

Per un verso, il Consiglio di Stato ha riconosciuto che l'autorità di settore (ad es. AGCOM) oltre ad occuparsi di promuovere la concorrenza e tutelare il pluralismo informativo, ben può, anzi deve, proteggere i consumatori, e questo nel segno di una "*inevitabile unitarietà degli interessi operanti nelle singole fattispecie concrete*" e di una omogeneità della disciplina di settore. Per altro verso, ha richiamato il considerando 10 della direttiva 2005/29/CE, secondo cui la disciplina di carattere generale si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, sicché "*in pratica, essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una legislazione di settore*". E' passando attraverso quest'ultimo concetto che si è declinato il principio di specialità *a livello settoriale* – potremmo dire – anziché a livello della singola disposizione sanzionatoria: "*il presupposto dell'applicabilità della norma di settore non può essere individuato solo in una situazione di vera e propria antinomia normativa tra disciplina generale e speciale, poiché tale interpretazione in pratica vanificherebbe la portata del principio affermato nel considerando 10, confinandolo a situazioni eccezionali di incompatibilità tra discipline concorrenti. Occorre, invece, leggere il termine conflict (o conflict), usato nella direttiva nelle*

versioni in inglese (e francese) e tradotto nel testo italiano come contrasto, come diversità di disciplina, poiché la voluntas legis appare essere quella di evitare una sovrapposizione di discipline di diversa fonte e portata, a favore della disciplina che più presenti elementi di specificità rispetto alla fattispecie concreta”.

Ne è seguita l'esclusione dell'intervento di AGCM ogniqualvolta fosse dimostrata “*la esaustività e la completezza della normativa di settore*”. Il principio di specialità, dunque, è stato portato al livello alto e al confronto “globale” tra le discipline; sicché, quando vi fosse stata una disciplina regolatoria ampia e in grado di coprire quel comportamento che in concreto sarebbe anche potuto ricadere sotto l'applicazione degli artt. 22 e ss. del codice del consumo, la prima avrebbe comunque avuto prevalenza, in quanto disciplina regolatoria del settore e, per definizione, *speciale* e la seconda sarebbe invece rimasta disapplicata.

Sennonché, in epoche di produzione normativa piuttosto generosa, è intuibile che alquanto di rado si sarebbe potuto verificare che un certo comportamento lesivo dei consumatori fosse sfuggito a una disciplina regolatoria *esaustiva* e *completa* approntata dal Regolatore. La conseguenza inevitabile è stata quella di sostituire alla disciplina sulle PCS quella dell'autorità di regolazione.

Questo metodo indubbiamente risolveva la questione alla radice ed eliminava il *bis in idem*. Tuttavia, lasciava irrisolto sul terreno un altro problema molto serio: AGCM era in Italia l'istituzione incaricata di applicare gli artt. 22 e ss. del codice del consumo e questi ultimi, nel disciplinare la repressione delle PCS, erano disciplina di recepimento di una direttiva comunitaria che voleva viceversa che questo regime, col suo procedimento e i suoi provvedimenti, vi fosse e che i suoi obiettivi fossero conseguiti. In altre parole, in Italia poteva dirsi che – sia pure nella particolarità dell'intera situazione che si è prima descritta – la direttiva non veniva più applicata.

Si tratta di una lacuna piuttosto evidente, benché giustificabile. Forse, in buona parte una lacuna di tipo formale, nella misura in cui quel dato comportamento avrebbe comunque ricevuto una separata considerazione e una sanzione da parte del regolatore, ma indubbiamente una lacuna nell'applicazione di disciplina comunitaria. L'ordinamento italiano, potremmo dire, svelava una sua imperfezione da eliminare.

5. E' per cercare di porre rimedio a questa lacuna che il legislatore ha dettato l'art. 23, comma 12-*quinquiesdecies* del d.l. n. 95 del 2012, col quale ha, in certo qual modo, corretto l'applicazione del principio stabilito dal Consiglio di Stato. Infatti, ha previsto che la disciplina regolatoria potesse prevalere e

impedire il procedimento di AGCM per l'accertamento delle PCS solo quando si fosse effettivamente trattato di “*attività regolatoria a copertura comunitaria*”.

Sennonché, come dimostrato dai casi trattati in giurisprudenza, l'ascendenza comunitaria della regolazione restava molto frequente e estensivamente interpretata dai giudici amministrativi e, del resto, essendo così ampi e sovente solo finalisticamente definiti i compiti del Regolatore, diventava via via anche agevole scoprire un fondamento comunitario, più o meno recondito, delle sue determinazioni (cfr. TAR Lazio, I, 18 luglio 2013, nn. 7273 3 7275 e 22 luglio 2013, nn. 7442 e 7464).

Pertanto, non è stato possibile evitare la lettera di messa in mora alla Repubblica italiana della Commissione europea del 19 novembre 2012. Oltre a confutare alcuni dei ragionamenti fatti dal Consiglio di Stato, il punto più significativo della contestazione mossa dalla Commissione, (che affrontava in particolare il settore delle comunicazioni elettroniche) rimane quello che il diritto vivente italiano avrebbe revocato la competenza di AGCM con la conseguenza che non vi sarebbe stata più nessuna autorità avente la competenza ad applicare la direttiva nel settore.

Nel frattempo, preso atto degli orientamenti giurisprudenziali che davano una lettura (comprensibilmente) estensiva alla nozione di *copertura comunitaria* del predetto articolo 23, comma 12-*quinquiesdecies*, AGCM manifestava espressamente la sua volontà di non procedere più all'avvio di procedimenti per la repressione di PCS nel settore delle comunicazioni elettroniche (provvedimento n. 24467 del 24 luglio 2013, in Boll. 38/2013).

E' in questo contesto che è intervenuto l'articolo 1, comma 6, lettera a), del d.lgs. n. 21 del 2014, il quale ha introdotto il nuovo testo dell'art. 27, comma 1 *bis* del codice del consumo che qui si riporta e che vorrebbe assumere valore risolutivo della questione: “*Anche nei settori regolati, ai sensi dell'art. 19 comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una PCS, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'AGCM, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza dell'Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una PCS. Le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze*”

6. L'applicazione della disposizione ci pone di fronte all'attualità.

Le autorità hanno condotto intensi dialoghi per definire quei protocolli d'intesa che dovrebbero assicurare il coordinamento, eliminare i conflitti di

competenza e soprattutto evitare il ripetersi delle duplicazioni di procedimento e di sanzione.

Però, i punti oscuri e critici permangono nella norma, ad avviso di chi scrive.

Due passaggi di essa, in modo particolare, devono essere sottolineati: il primo è l'inciso "*fermo restando il rispetto della regolazione vigente*"; il secondo è quello per cui "*resta ferma la competenza dell'Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una PCS*". La difficoltà potrebbe essere quella di stabilire quando possa sussistere una violazione della regolazione che non integra una PCS e che nondimeno non si riveli una duplice sanzione nei riguardi di un comportamento sostanzialmente unitario. Il pericolo dietro l'angolo, insomma, è sempre il *bis in idem*.

E' un pericolo che nasce, comprensibilmente, dalla già descritta ampiezza dei poteri regolatori, dalla genericità delle attribuzioni di potere fatte nella legge ordinaria, dal diffondersi della teorica dei poteri impliciti, nonché dalla confermata varietà degli interessi che possono essere assunti come oggetto di tutela da parte del Regolatore. Il rischio, in particolare, potrebbe esser quello che, pur potendosi escludere un *bis in idem* sul piano giuridico-formale, accampando una diversità di fattispecie grazie alla apparente diversità del corpo regolatorio, si finisca però per realizzare un *bis in idem* sostanziale, soppesabile sul concreto comportamento dell'operatore economico. Va ancora ricordato che, secondo lo schema tratteggiato nella l. n. 481 del 1995, al Regolatore spettano sia poteri sanzionatori di tipo "specifico" (che fanno leva su fattispecie di illecito regolatorio a contenuto definito) sia poteri sanzionatori di tipo "generico" (che nascono come conseguenza della inosservanza degli ordini o direttive fornite dall'Autorità).

Questa preoccupazione suggerisce di valorizzare, per quanto possibile, il profilo del procedimento e quindi il coordinamento necessario, i protocolli di intesa e la leale collaborazione tra le autorità. Quando la condotta fosse esaminata da AGCM e il Regolatore esprimesse parere favorevole, anche la questione del conflitto di competenze sarebbe infatti automaticamente risolta.

In caso di parere negativo, però, il problema si riproporrebbe.

Ci si chiede, allora, se un parere negativo possa, nei protocolli di intesa, essere auspicabilmente visto come ragione necessaria e sufficiente per un arresto del procedimento guidato da AGCM, a protezione dei diritti dell'operatore economico.

Certo, seguendo questa strada, le garanzie sarebbero accresciute, ma si tornerebbe forse al pericolo di un depotenziamento, se non una vera e propria disapplicazione, della disciplina comunitaria sulle PCS.

Forse, proiettandoci sul versante giudiziale, migliori frutti potrebbero esser dati dallo stesso divieto del *bis in idem*, a sua volta consolidato nell'ordinamento europeo. Esso dovrebbe escludere la duplicità della sanzione e quindi, ad es., giustificare l'annullamento, tra i due provvedimenti sanzionatori che fossero comunque emessi per una condotta sostanzialmente unitaria, di quello emanato per secondo. Ovvero addirittura riflettere sulla immediata lesività in casi di questo genere della mera pendenza del secondo procedimento, ammettendo una anticipazione della tutela a fronte di una lesione ancora solo di tipo procedimentale. Sono comprensibili le molte obiezioni che potrebbero essere opposte a proposte di questo genere, perlopiù di tipo processuale e relative alla lesività immediata e all'interesse ad agire. Ma il principio del *ne bis in idem* ha una portata sostanziale e va rispettato, pena l'illegittimità dell'azione amministrativa, e dopo l'intera vicenda cui si è assistito dovrebbe potersi fondare sull'art. 27, comma 1 *bis*, del codice del consumo anche una pretesa individuale (vera e propria situazione soggettiva meritevole di tutela) dell'operatore economico al coordinamento tra le autorità.

7. Quanto appena osservato consiglia di andare oltre e di fare alcune proposte rispetto al modo in cui le autorità dovrebbero esercitare i loro poteri.

Per quel che riguarda AGCM, anzitutto, è importante che l'autorità rifugga dalla tentazione di assimilare i modelli di azione propri delle PCS a quelli specificamente *antitrust*. Ci si riferisce, in particolare, all'assunto per cui, mentre il Regolatore agisce *ex ante* con altrettante prescrizioni generali che delineano l'assetto regolatorio di un dato mercato, AGCM agisce *ex post*, andando a valutare il singolo illecito, il che le consente di agire tendenzialmente slegata dal vincolo regolatorio alla ricerca del disvalore del caso di specie. Questo assetto vale per l'attività sanzionatoria in campo *antitrust* ed è, ivi, fondato su una serie di saldissimi principi giurisprudenziali nazionali e comunitari; ma non vale per le PCS, perché esso diverrebbe altrimenti l'anticamera del *bis in idem*. E', questo, un punto irrinunciabile a parere di chi scrive.

Piuttosto, quando una data condotta fosse oggetto di una piena copertura in sede regolatoria (nel senso della sua legittimità), per la medesima logica che ispira il principio del *ne bis in idem*, sarebbe necessario negare in radice una valutazione di illegittimità di essa sotto il profilo delle PCS. Anche qui, non potrebbe insomma valere l'opposto principio che opera in campo

antitrust e che è stato cristallizzato nella ben nota sentenza CIF della Corte di giustizia (Corte di giustizia CE, 9 settembre 2003, causa C-198/01.). Questi accorgimenti, già, contribuirebbero a delimitare il campo di incertezze che purtroppo continuano a interessare questa materia.

Una volta ribadita la non duplicabilità dell'illecito e delle sanzioni, sarebbe altresì opportuno che AGCM concentrasse di più la sua attività sulla salvaguardia del principio di tipicità dell'illecito, e questo, beninteso, anche oltre la pur importantissima funzione dei protocolli di intesa. Delimitando la fattispecie sanzionatoria in maniera più puntuale, valorizzando quel che le fonti a questo proposito potrebbero fornire (il riferimento è, ad esempio, agli artt. 23 e 26 del codice del consumo), l'Autorità potrebbe sia migliorare la sua funzione sanzionatoria dando alle garanzie lo spazio che meritano, sia favorire la soluzione del problema che in questo scritto si è esaminato.

L'importanza di provvedere una soglia più elevata di garanzie procedurali e formali e di elevare l'efficacia dei protocolli d'intesa e della stessa funzione amministrativa di coordinamento, evidentemente, riguarda anche il Regolatore.

Nel campo che lo riguarda, il rischio delle sovrapposizioni dovrebbe essere altresì evitato facendo un'applicazione effettiva del principio di proporzionalità e misurando la portata e l'intensità della regolazione, specie quando essa ha una proiezione di tipo sanzionatorio. Ad esempio, quando la violazione dovesse trarre origine da una regolazione implicita e/o ricostruibile solo sulla base di rinvii ad altre discipline o comunque dedotta mediante interpretazioni estensive od analogiche, quella funzione sanzionatoria che si è detta di tipo "generico" e che deriva dalla mera violazione della regolazione *ex se* andrebbe temperata. E' un modo molto significativo per limitare un problema che costituisce un classico limite della funzione regolatoria dei mercati aperti: quello dell'eccesso di regolazione.

Anche qui perciò diventa centrale la ricerca del principio di tipicità e della sua funzione garantista.

Recuperare un più alto livello di garanzie e corroborare tipicità e tassatività della fattispecie, del resto, è molto importante per rendere questo settore dell'ordinamento coerente con i principi espressi dalla Corte costituzionale sulla sempre più spinta omologazione tra illecito penale e illecito amministrativo, da una parte, e con i principi affermati dalla Corte di giustizia e dalla Corte EDU in merito alle garanzie dovute per quegli illeciti amministrativi aventi una portata sostanziale equiparabile all'accusa in campo penale. Non si deve sottovalutare l'attenzione verso il diritto sovranazionale, perché quest'ultimo, soprattutto quando sono in gioco poteri di tipo

sanzionatorio, pone in primo piano le garanzie formali e procedurali, smentendo alcune opposte tendenze che sono emerse nel corso degli ultimi anni nella legislazione italiana, nella prassi e nella dottrina nazionale e tracciando una linea di sviluppo che, di certo, l'interprete non vorrà trascurare nel prossimo futuro.