UNIVERSITA' DEGLI STUDI ROMA TRE
SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE
"TULLIO ASCARELLI"

DOTTORATO IN
MERCATO E CONSUMATORI

TITOLO DELLA TESI

LA RECENTE DIRETTIVA SUI DIRITTI DEI CONSUMATORI E L'IMPATTO SUI SETTORI CONCERNENTI I SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE

TUTOR:
Chiar.mo
Professor Fabio Bassan

DOTTORANDA:
Dott.ssa Claudia Stazi

COORDINATORE:
Chiar.ma
Professoressa Maddalena Rabitti

Anno Accademico 2012-2013

Introduzione e finalità dell'indagine 6

CAPITOLO 1.

LA FORNITURA DEI SIEG E L'ESIGENZA DELLA PREVISIONE DI UNA DISCIPLINA SPECIFICA A TUTELA DEGLI UTENTI

1. I servizi di interesse generale (SIG) e i servizi di interesse economico generale (SIEG) 11
2. La nozione di SIEG ricavabile dal *framework* europeo 17
3. La competenza della Commissione e degli Stati membri nella organizzazione della fornitura dei SIEG 25
4. L'apertura alla concorrenza dei SIEG: i servizi di telecomunicazioni, di energia elettrica e gas, di trasporto e i servizi postali 31
5. I servizi di interesse economico generale: tra regole di mercato e soddisfazione di interessi generali 37
6. Il ricorso al concetto di servizio universale e le differenze con il concetto di servizio pubblico 44
7. La trasformazione del ruolo dello Stato: da gestore del mercato a "regolatore" 50
8. L'utente: da destinatario (passivo) di un servizio pubblico a "titolare di diritti" 53

CAPITOLO 2.

LA RECENTE ADOZIONE DELLA DIRETTIVA SUI DIRITTI DEI CONSUMATORI E IL SUO PROSSIMO INGRESSO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. L'adozione della Direttiva n. 83/11/UE sui diritti dei consumatori 62
2. Le novità della Direttiva in materia di contratti con i consumatori 67
3. Le possibili modifiche al Codice del consumo in attuazione della nuova Direttiva sui diritti dei consumatori 72
4. Le modalità e le tempistiche per il recepimento nell'ordinamento italiano 79
5. Il livello di armonizzazione massima e il vincolo per il legislatore di conformarsi alle prescrizioni europee 82
6. La rilevanza della recente Direttiva sui diritti dei consumatori in relazione ai SIEG. 87
7. L'ambito di applicazione soggettivo della nuova disciplina sui consumatori e la sua parziale incidenza sui contratti con gli utenti 89

CAPITOLO 3.

L'IMPATTO DELLA NUOVA DIRETTIVA EUROPEA CONCERNENTE I DIRITTI DEI CONSUMATORI SUI SETTORI REGOLATI

1. Il potere regolamentare delle Autorità di regolazione in materia di tutela di consumatori e utenti 95

2. Le delibere in materia di telecomunicazioni e di energia elettrica e gas quali modelli avanzati di regolazione a tutela degli utenti 99

3. I principali provvedimenti adottati dall'Aeeg in materia di contratti e attivazioni di servizi non richiesti 101

4. La disciplina regolamentare introdotta dall'Agcom in materia di contratti e fornitura di servizi non richiesti 117

5. I profili delle due diverse discipline regolamentari suscettibili di essere incisi dalla nuova disciplina concernente i consumatori 128

6. Le peculiarità che caratterizzano il potere regolamentare delle *Authorities* e l'eventuale obbligo di conformarsi alle prescrizioni europee 139

7. L'ampiezza e la portata dei poteri regolamentari delle *Authorities* in materia di tutela dell'utenza: l'orientamento sul punto della giurisprudenza 145

CAPITOLO 4.

L'IDONEITÀ DELLA DIRETTIVA AD INCIDERE DIRETTAMENTE SUI SETTORI REGOLATI: L'EVENTUALE POTERE DELLE *AUTHORITIES* DI DARE DIRETTA ATTUAZIONE AD ESSA

1. La questione dell'eventuale potere delle *Authorities* di dare diretta attuazione alla Direttiva sui diritti dei consumatori 153
2. L'eventuale sussistenza di un potere delle Autorità di dare attuazione ad una direttiva in pendenza del termine di recepimento 158
3. Il potere delle Autorità di dare attuazione ad una direttiva una volta trascorso infruttuosamente il termine di recepimento 159
4. La tendenza registrata nel settore delle comunicazione elettroniche di dare diretta attuazione alle direttive 164
5. Le possibili ragioni sottese alle scelte dell'Autorità in relazione all'attuazione in via diretta delle direttive di settore..... 176
6. La difficile configurabilità in capo alle *Authorities* del potere di dare diretta attuazione alla nuova Direttiva sui consumatori 178

Conclusioni 180

Bibliografia 190
Sitografia..... 200

Introduzione e finalità dell'indagine

La recente adozione della Direttiva europea sui diritti dei consumatori (n. 83/11/UE) e il suo prossimo ingresso nell'ordinamento italiano conducono ad interrogarsi sull'impatto che essa sortirà sui settori concernenti i servizi di interesse economico generale ove, in particolare, esistono già specifiche discipline settoriali a tutela degli utenti.

A seguito dei processi di liberalizzazione che, a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, hanno interessato alcuni dei suddetti settori, e alla conseguente "attrazione" nell'area del mercato dei relativi servizi, si è, difatti, sentita l'esigenza di introdurre, in tali ambiti, specifiche misure a tutela dell'utenza.

Si sono susseguiti, quindi, una serie di interventi in tali settori, per lo più sulla base degli impulsi provenienti dall'Unione europea, volti ad introdurre specifiche disposizioni al fine di garantire, non già soltanto l'"accesso" ai servizi liberalizzati, ma anche un certo grado di tutela per i fruitori di detti servizi, divenuti oramai "parti" nell'ambito di un articolato rapporto contrattuale con il fornitore del servizio.

In tale contesto, un ruolo rilevante hanno svolto le Autorità di settore, dotate di poteri regolatori, le quali, nel corso degli anni, hanno adottato diverse delibere a tutela dell'utenza, contribuendo così ad apprestare una disciplina specifica e mirata in favore degli utenti.

In considerazione del prossimo ingresso dell'ordinamento italiano di una nuova direttiva sui diritti dei consumatori viene, quindi, da interrogarsi su quale sarà l'impatto che essa sortirà sulle discipline a tutela dell'utenza attualmente vigenti nei settori regolati.

Scopo del presente lavoro è, per l'appunto, indagare l'incidenza che avrà la nuova disciplina sui consumatori in detti settori e, a tal uopo, si esamineranno gli ambiti in cui la disciplina di tutela risulta maggiormente avanzata ed, in particolare, quello delle telecomunicazioni e dell'energia elettrica e il gas.

A tal fine ci si soffermerà innanzitutto sull'ambito di applicazione "soggettivo" della direttiva in esame, al fine di verificare se la disciplina ivi contenuta sia idonea a ricomprendere tutti i rapporti contrattuali già oggetto di specifici interventi regolamentari, ovvero se essa presenti un ambito di applicazione più ristretto e, dunque, risulti idonea ad incidere soltanto parzialmente su detti settori.

Si passerà quindi ad esaminare le disposizioni regolamentari vigenti in tali ambiti al fine di individuare i profili differenti rispetto alla disciplina contenuta nella recente Direttiva sui diritti dei consumatori e che, quindi, potrebbero, a seguito del recepimento di detta direttiva nell'ordinamento interno, dovere essere oggetto di modifica e/o integrazione.

Una volta individuati i suddetti profili, particolare

attenzione sarà dedicata all'aspetto concernente il potere regolamentare delle *Authorities* e alla sua estensione, e ciò al fine di verificare la possibilità per detti organismi di prevedere e/o mantenere disposizioni maggiormente garantiste per gli utenti rispetto a quelle contenute nella nuova disciplina europea a tutela dei consumatori; detto aspetto, a ben vedere, risulta rilevante al fine di verificare l'entità dell'impatto che la nuova disciplina europea è in grado di sortire sui settori in esame.

L'indagine sull'estensione del potere regolamentare delle Autorità in questa materia, tra l'altro, risulta d'interesse anche in relazione ad altri ambiti, come i servizi postali e i trasporti ove, allo stato attuale, è "in via di costruzione" una disciplina a tutela dell'utenza e in cui si proporrà, quindi, a breve, la questione del grado di autonomia delle Autorità preposte alla cura di detti settori nella previsione di regole a tutela degli utenti.

Nel presente studio si intende esaminare, quindi, innanzitutto, l'impatto della nuova disciplina sui diritti dei consumatori sui settori regolati con particolare riferimento, come anticipato, alla disciplina vigente in materia di telecomunicazioni e di energia elettrica e gas dal momento che è proprio in tali settori che la disciplina a tutela degli utenti risulta maggiormente avanzata.

In secondo luogo, sarà trattato un altro aspetto, connesso al primo sotto il profilo della idoneità della normativa europea in esame ad incidere, direttamente o meno, sui settori regolati ed, in

particolare, il potere di un'Autorità di regolazione di dare diretta attuazione ad essa, anche in assenza di un atto formale di recepimento.

Tale questione risulta di particolare interesse altresì in considerazione delle osservazioni formulate dalle parti sociali, ed in particolare dalle Associazioni dei consumatori, circa la necessità di dare attuazione, in tempi brevi, alla neointrodotta disciplina europea a tutela dei consumatori, anche mediante il suo inserimento in provvedimenti aventi natura regolamentare.

Nel corso del presente lavoro, dunque, sarà presa in esame l'eventuale sussistenza di un potere delle Autorità di regolazione di dare attuazione ad una direttiva comunitaria allorché sia ancora pendente il termine fissato per il recepimento ovvero qualora esso sia infruttuosamente trascorso, dando altresì conto, nel corso della trattazione, dell'esistenza di una tendenza registrata in tal senso nel settore delle comunicazioni elettroniche.

CAPITOLO 1.
LA FORNITURA DEI SIEG E L'ESIGENZA DELLA PREVISIONE DI UNA DISCIPLINA SPECIFICA A TUTELA DEGLI UTENTI

1. I servizi di interesse generale (SIG) e i servizi di interesse economico generale (SIEG)

La individuazione della nozione di servizi di interesse economico generale postula il suo inquadramento all'interno della più ampia categoria di servizi di interesse generale[1].

Quest'ultima espressione che, invero, non trova una puntuale definizione né nei Trattati europei né nella normativa derivata[2], è correntemente utilizzata nella prassi per indicare una serie di servizi, sia di natura "economica" che "non economica", aventi come denominatore comune la circostanza di essere considerati dalle autorità pubbliche degli Stati membri "di interesse generale", circostanza questa che ne giustifica l'assoggettabilità a specifici obblighi di servizio pubblico[3].

---

[1] Cfr: Comunicazione della Commissione su "*I servizi di interesse generale in Europa*" dell'11 settembre 1996; Comunicazione della Commissione su "*I servizi di interesse generale in Europa*" del 19 gennaio 2001; Libro Verde su "*I servizi di interesse generale*" del 21 maggio 2003; Libro Bianco su "*I servizi di interesse generale*" del 12 maggio 2004; Protocollo allegato al Trattato di Lisbona sui servizi di interesse generale (2007); Comunicazione della Commissione su "*I servizi di interesse generale, compresi i servizi; sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*" del 20 novembre 2007; Comunicazione della Commissione "*Un quadro di qualità per servizi di interesse generale"* del 20 dicembre 2011.

[2] Il Protocollo allegato al Trattato di Lisbona sui servizi di interesse generale introduce per la prima volta la nozione di "servizi di interesse generale di ordine non economico" mentre, fino ad ora, i Trattati avevano fatto riferimento esclusivamente ai "servizi di interesse economico generale" (SIEG), pur non definendoli.

[3] L'obbligo di servizio pubblico è elemento costitutivo di entrambe le figure, per cui il discrimine è individuabile nella natura più o meno economica dell'attività. Il concetto di "economico" in questo contesto si può ricavare dalla giurisprudenza che tende a definire economiche quelle attività fornite in un contesto di mercato in base a principi di tipo commerciale, fornite cioè dietro corrispettivo. D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, p. 242.

Più in particolare, i servizi di interesse "non economico" generale si riferiscono ad attività connesse all'esercizio delle prerogative dei pubblici poteri (quali, ad esempio, la polizia, la giustizia e i regimi legali di sicurezza) e ad attività di carattere di carattere puramente sociale (come la gestione dei regimi di assicurazione obbligatoria)[4]. Tali servizi non sono assoggettati ad una normativa europea specifica né alle norme del mercato interno sulla concorrenza[5].

I servizi di interesse "economico" generale (di seguito anche "SIEG") – *species* del più ampio *genus* servizi di interesse generale in quanto anch'essi volti a soddisfare interessi generali[6]

---

[4] Si noti che, come affermato in più occasioni dalla Corte di Giustizia, il fatto che talune attività si configurino come "sociali" non sia di per sé sufficiente ad escluderle dalla qualificazione di "attività economiche" (Cfr.: cause riunite C-180/98 a C-184/98, *Pavlov e altri*, in *Raccolta*, 2000, pp. I-6451,punto 118; causa C-218/00, *Cisal e INAIL*, Racc. 2002, pp. I-691, punto 37; e causa C-355/00, *Freskot*, in *Raccolta*, 2003, pp. I–5263). Al riguardo, si riporta anche la posizione *a contrario* recentemente espressa dalla medesima Corte in relazione all'attività svolta da un'autorità pubblica "dietro corrispettivo" ove si è affermato che la circostanza che un prodotto o un servizio fornito da un ente pubblico e inerente all'esercizio di pubblici poteri venga fornito dietro un corrispettivo previsto dalla legge e non determinato, direttamente o indirettamente, da tale ente, di per sé non risulta sufficiente a fare qualificare l'attività svolta come attività economica e l'ente che la svolge come avente natura di "impresa". Nel caso di specie, l'attività di raccolta di dati svolta da un'autorità pubblica relativi ad imprese, basata su un obbligo legale di dichiarazione imposto a queste ultime e sui correlativi poteri coercitivi, rientra nell'esercizio di pubblici poteri e, di conseguenza, un'attività di tal genere non è configurabile come un'attività economica (pronuncia Corte di Giustizia del 12 luglio 2012, causa C-138/11).

[5] Cfr. Protocollo allegato al Trattato di Lisbona sui servizi di interesse generale ed, in particolare, l'art. 2 ove è espressamente riconosciuta la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare "servizi di interesse generale non economico".

[6] Cfr. M. LOMBARDO, *I servizi di interesse economico generale nel settore dell'energia tra obblighi di servizio pubblico e regole di concorrenza: l'azione dell'Unione nel settore dell'energia*, in *I Quaderni europei*, n. 1, gennaio 2012, p. 20, ove l'A. precisa che "*…dalla species dei SIEG è stato ricavato il più ampio*

– sono invece attività di tipo economico. Tali servizi, per la natura economica delle relative attività, sono però assoggettati, di norma, alle norme europee in materia di mercato interno e concorrenza[7], se pur con la possibilità di alcune deroghe giustificate dal fine di garantire il corretto assolvimento dell'interesse pubblico[8].

---

genus dei servizi di interesse generale (SIG), all'interno del quale si collocano i servizi sociali".

[7] Al riguardo, deve rammentarsi che la Comunità europea ha adottato, nel dicembre del 2006, la direttiva cosiddetta "Servizi" contenente disposizioni volte ad agevolare la libertà di prestazione di servizi tra gli Stati membri, oltre che la libertà di stabilimento dei prestatori di servizi in altri Stati membri. I servizi d'interesse economico generale (SIEG) rientrano nel campo di applicazione di detta direttiva nella misura in cui non ne siano esplicitamente esclusi (sono stati esclusi, tra gli altri, i servizi di trasporto, i servizi sanitari, alcuni servizi sociali forniti dallo Stato – quelli relativi all'assistenza all'infanzia – i servizi e le reti di comunicazione elettronica e i servizi audiovisivi). I servizi sociali sono stati parzialmente esclusi: rientrano nella direttiva "Servizi" quando sono forniti da operatori privati non incaricati dallo Stato, ma ne sono esclusi quando sono forniti dallo Stato, da prestatori incaricati dallo Stato o da associazioni caritative riconosciute come tali dallo Stato. Tra l'altro, deve rilevarsi come detta direttiva mira altresì ad allargare la scelta offerta ai destinatari dei servizi e a migliorare la qualità dei servizi per i consumatori e utenti.

[8] Nella sentenza *Corbeau*, del 17 maggio 1993, causa C-320/91, in *Raccolta.*, p. 2533, la Corte di giustizia ha stabilito che l'art. 86, par. 2, del Trattato (ora art. 106, par. 2 TUE) consente agli Stati membri di conferire ad imprese, incaricate della gestione di SIEG, diritti esclusivi che possono impedire l'applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza nella misura in cui le restrizioni della concorrenza risultino necessarie per garantire l'adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi. Si trattava in quel caso di una questione pregiudiziale rimessa alla Corte di Giustizia chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di giustificare il monopolio attribuito all'ente postale belga in considerazione delle finalità d'interesse generale da esso svolte, anche in relazione alla fornitura di servizi specifici (come il servizio di postacelere). La Corte in quell'occasione ha affermato che l'obbligo dell'ente postale di garantire i suoi servizi in tutto il territorio "in condizioni di equilibrio economico" giustificava senz'altro l'attribuzione di un diritto esclusivo poiché l'apertura alla concorrenza avrebbe comportato che le imprese private concorrenti si sarebbero concentrate sui settori economicamente più redditizi, come la distribuzione della posta nelle grandi città, realizzando dei profitti non compensati dalle perdite subite in settori meno redditizi. Tuttavia, la Corte ha chiarito che l'esclusione della concorrenza non si giustifica quando si tratta di "servizi specifici", come in quel caso, scindibili dal

Alcuni SIEG, ed in particolare quelli forniti dalle grandi industrie di rete – come i servizi postali, di telecomunicazioni, i trasporti e i servizi di approvvigionamento di luce e gas – hanno dimensione sovranazionale[9] e, in relazione ad essi, l'Unione europea individua alcuni principi in materia di servizio universale, di diritti dei consumatori e degli utenti e di sicurezza[10], principi che si prestano poi ad essere attuati e definiti dagli Stati membri, tenendo conto delle singole specificità nazionali[11].

---

servizio d'interesse generale; essa ha quindi ritenuto ingiustificata la normativa belga che riservava all'amministrazione il servizio di postacelere.

[9] Cfr. Libro Bianco su "*I servizi di interesse generale*" del 12 maggio 2004, cit. p. 23, ove si precisa che il concetto di servizi di interesse economico generale riguarda in particolare alcuni servizi forniti dalle grandi industrie di rete quali i trasporti, i servizi postali, l'energia e la comunicazione. Tuttavia, il termine si estende anche a qualsiasi altra attività economica soggetta ad obblighi di servizio pubblico.

[10] Cfr., in particolare, la Comunicazione della Commissione su "*I servizi di interesse generale, compresi i servizi; sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*", cit., che detta un quadro di riferimento per la gestione e il rispetto delle specificità dei SIG e ove vengono identificati i principi fondamentali che possono essere applicati ai servizi d'interesse generale nell'Unione europea. In detta comunicazione si afferma, tra le altre cose, che i SIG sono soggetti a obblighi di servizio pubblico e che spetta alle autorità pubbliche a livello nazionale, regionale o locale decidere la loro natura e portata. La vigente normativa comunitaria in materia di SIEG è specifica per settori, ma contiene una serie di principi comuni che consentono di definire un concetto europeo di SIEG, quale quello di servizio universale, continuità, qualità del servizio, l'accessibilità dei prezzi e la protezione di utenti e consumatori. Il nuovo art. 14 del TFUE attribuisce all'Unione il potere di legiferare nel settore dei servizi di interesse economico generale stabilendo i principi e le condizioni, in particolare economici e finanziari, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Deve rilevarsi inoltre come nella Comunicazione "*Un quadro di qualità per servizi di interesse generale"*, del 20 dicembre 2011, cit., la Commissione affermi di prediligere in questa fase un approccio settoriale in quanto consente di trovare soluzioni su misura a problemi concreti e specifici in settori differenti.

[11] In generale, la prestazione e l'organizzazione di questi servizi sono soggette alle norme che disciplinano il mercato interno, la concorrenza e gli aiuti di stato. Inoltre, per taluni aspetti della prestazione di questi servizi possono valere norme comunitarie specifiche quali, ad esempio, quelle sull'ambiente.

Giova osservare, ad ogni modo, nella trattazione di questa materia, come i servizi di interesse generale, nel loro complesso, costituiscano un pilastro fondamentale del modello "sociale" europeo[12], oramai fatto proprio dall'Unione anche attraverso il riferimento, nel Trattato sul funzionamento UE, ad una "tensione" verso un'economia "sociale" di mercato[13]. Nell'articolo 3, paragrafo 3 del TFUE, si legge difatti che l'Unione "*…si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità del prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente...*"[14].

---

[12] Cfr. L. ALLA, *Finanziamento degli obblighi di servizio pubblico e disciplina degli aiuti di stato: evoluzione della giurisprudenza e recenti innovazioni normative nella prospettiva dello State Aid Action Plan*, in *Amministrazione in cammino, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza del'amministrazione* (a cura di) Centro di ricerca sulle Amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", consultabile sul sito web <<*www.amministrazioneincammino.luiss.it*>>, ove l'A. rileva che "*L'affermazione del principio di un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza, di cui all'articolo 4 del Trattato, non costituisce, infatti, l'unico parametro di riferimento dell'azione della Comunità che, specie negli ultimi anni, si è dimostrata sempre più propensa ad associare al principio dell'orientamento al mercato anche i valori della coesione economica e sociale*"

[13] Sul punto cfr.: D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, p. 242 ss.

[14] Cfr. P. MENGOZZI, *Diritto comunitario e diritto dell'Unione europea*, in F. GALGANO, (diretto da) *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, vol. XV, Padova, 1997, p. 7, ove si rammenta che l'inizio del processo di progressiva apertura della Comunità alla salvaguardia di prerogative di carattere sociale va individuato nel Trattato di Maastricht con cui la Comunità ha inteso "*neutralizzare i rischi di un dumping sociale capace di derivare da uno svolgimento puramente liberistico del mercato unico*", donde l'estensione dell'ambito di intervento alla tutela di bisogni collettivi e all'erogazione di prestazioni di carattere sociale.

Nei diversi documenti elaborati in seno all'Unione Europea a partire dagli anni Novanta[15], si è posto l'accento sull'importanza che i servizi di interesse economico generale rivestono in relazione all'obiettivo di garantire la promozione della coesione sociale e territoriale all'interno della Comunità nonché sul valore che essi assumono per i cittadini dell'Unione attesa la loro strumentalità in relazione alla realizzazione di diritti fondamentali.

A ben vedere, difatti, sia nel Trattato di Lisbona sia nel Protocollo ad esso allegato sui "servizi di interesse generale" (n. 26) come anche nella Carta dei diritti fondamentali (art. 36)[16] vi è un espresso riferimento all'importanza che rivestono i servizi di interesse economico generale nell'ambito dei "valori" dell'Unione europea e sono lì altresì definiti i principi che devono orientare l'approccio dell'Unione nei confronti di tali servizi.

---

[15] Cfr. *supra* nota 1.

[16] Un segnale dell'importanza che assumono i servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, soprattutto in considerazione del loro ruolo di promozione della coesione sociale e territoriale, è rinvenibile nell'articolo 36 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, dove si afferma che l'Unione al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale "*riconosce e rispetta l'accesso ai servizi di interesse economico generale*" quale previsto dalle legislazioni e dalle prassi nazionali, conformemente al Trattato che istituisce la Comunità europea. Cfr., L.G.RADICATI DI BROZOLO, *L'Unione e i diritti fondamentali: due passi avanti e uno indietro (sui diritti economici?)*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2002, p. 551 e ss.; O. PORCHIA, *Alcune considerazioni sull'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2002, p. 633 e ss.

In particolare il Protocollo n. 26 *supra* citato stabilisce, per la prima volta a livello di diritto primario, i principi fondamentali applicabili ai SIEG e, tra questi, rilievo centrale assume il principio di garantire un alto livello di qualità e sicurezza, l'accessibilità economica, la parità di trattamento come anche la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente finale.

2. La nozione di SIEG ricavabile dal framework europeo

L'espressione servizi di interesse economico generale non trova una puntuale definizione né nei Trattati nè nella normativa derivata.

La nozione di SIEG è tuttavia utilizzata in alcune disposizioni del TFUE (precisamente negli articoli 14 e 106, paragrafo 2) nel Protocollo n. 26 del Trattato di Lisbona (allegato al TFUE) e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 36).

In particolare, l'articolo 14 del TFUE ribadisce l'importanza dei SIEG nell'ambito dei "valori comuni" dell'Unione, considerando anche il loro ruolo di "promozione della coesione sociale e territoriale"[17], mentre il successivo

[17] L'art. 14 del TFUE recita: "*Fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e*

articolo 106 del TFUE stabilisce l'assoggettabilità dei servizi di interesse economico generale alle regole del mercato nella misura in cui ciò non osti all'adempimento della missione loro affidata[18].

Il *supra* richiamato Protocollo n. 26 del Trattato di Lisbona individua, invece, tre punti fermi in materia di SIEG aventi, atteso il documento in cui sono contenuti, valore di rango primario: a) il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di individuare, disciplinare ed organizzare i SIEG nel modo più vicino possibile alle esigenze degli utilizzatori; b) le peculiarità caratterizzanti ciascun servizio di interesse generale e le differenze in ordine alle preferenze degli utenti collegate, a loro volta, a diversi fattori quali situazioni geografiche, sociali e culturali diverse; c) l'elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, parità di trattamento che devono contraddistinguere i SIEG e la

---

nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti…".

[18] L'art. 106 del TFUE stabilisce: "*Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione…*".

promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente finale.[19]

L'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali, cui il Trattato di Lisbona ha espressamente attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati, prende in considerazione, dal canto suo, l'aspetto concernente l'accesso ai servizi in parola considerando la rilevanza che essi rivestono nella promozione della coesione sociale e territoriale[20].

Nelle diverse norme richiamate, tuttavia, non è dato ritrovare una definizione di servizi di interesse economico generale.

Per lungo tempo, l'espressione SIEG ha avuto contorni indefiniti, e ciò, anche in ragione della tendenza della Corte di giustizia ad adottare un approccio pragmatico sulla materia[21]; essa difatti, nelle numerose pronunce riguardanti i SIEG si è

---

[19] Più in particolare nell'art. 1 del Protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale si afferma che "*I valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 14 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea comprendono in particolare: il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti; la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse; un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente*".

[20] Nell'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali si stabilisce che "*Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea*".

[21] L. ALLA, *Finanziamento degli obblighi di servizio pubblico e disciplina degli aiuti di stato: evoluzione della giurisprudenza e recenti innovazioni normative nella prospettiva dello State Aid Action Plan*, cit.

sempre orientata nel senso di riconoscere, ovvero negare, l'esistenza di un "interesse generale" alla prestazione di una determinata attività sottoposta al suo esame[22].

A tal proposito, si possono qui richiamare la pronuncia *Min. Public Luxemburgeois c. Muller* del 1971, in cui è stato considerato come servizio di interesse economico generale la navigabilità della più importante via d'acqua[23] e la pronuncia *Sacchi* del 1974, relativa al monopolio sulle trasmissioni televisive[24] e, ancora, la sentenza *Ahmed Saeed* del 1989, concernente la gestione di linee aeree non redditizie dal punto di vista commerciale[25].

Significative sono, poi, in tale contesto, le pronunce *Corbeau*, del 1993[26], e *Comune D'Almelo/Monopoli Nazionali Energia*[27], in tema, rispettivamente, di servizi postali e di elettricità.

---

[22] *Ibidem*. L'A. rileva che il contenuto della nozione di servizi di interesse economico generale è rimasto per lungo tempo indistinto data la propensione della Corte di Giustizia ad utilizzare un approccio pragmatico in materia e consistente nel riconoscere o meno l'esistenza dell'*interesse generale* alla prestazione della *determinata attività* analizzata, di volta in volta, nello specifico caso sottoposto al suo apprezzamento.

[23] Corte di giustizia, sentenza 14 luglio 1971, in causa C-10/71, *Min. Public. Luxemburgeois c. Muller*, in *Raccolta*, 1972 p. 723.

[24] Corte di giustizia, sentenza 30 aprile 1974, in causa C-155/73, *Sacchi c. RAI*, in *Raccolta*, 1974, p. 409.

[25] Corte di giustizia sentenza 11 aprile 1989, in causa C-66/86, *Ahmed Saeed.Flugresen e a. c. Zentrale*, in Raccolta, 1990, p. 803.

[26] Corte di giustizia, sentenza 19 maggio 1993, in causa C-320/91. Per un approfondimento sul caso giudiziario e sulle valutazioni espresse dalla Corte cfr. *supra* nota 8.

[27] Corte di giustizia, 27 aprile 1994, causa C-393/92, *D'Almelo e a.*, in *Raccolta*, 1995, p. I-1477, e sentenze 27 ottobre 1997, in cause C-157/94, C-158/94, C-159/94 e C-160/94, *Monopoli energia elettrica*.

Nella prima pronuncia la Corte di Giustizia ha qualificato i SIEG – riferendosi in particolare al servizio postale di base – come servizi diretti a soddisfare un interesse essenziale per la collettività e prestati con i caratteri dell'universalità (vale dire a chiunque ne faccia richiesta), a "condizioni di equilibrio economico" indipendentemente dalla redditività di ogni singola operazione; nella seconda pronuncia *supra* richiamata, la Corte ha riconosciuto la natura di interesse generale all'attività di approvvigionamento continuo di energia elettrica, in tutto il territorio oggetto della concessione, a tutti gli utenti – distributori locali o consumatori finali – nelle quantità richieste in qualsiasi momento, a tariffe uniformi e a condizioni variabili secondo criteri obiettivi applicabili all'intera clientela.

A partire dalla seconda metà degli anni Novanta maggiore attenzione è stata dedicata alla questione dalla Commissione europea la quale, nel 1996, ha adottato una Comunicazione sui "Servizi di interesse generale", successivamente integrata e modificata (nel 2001).

In seguito, il tema è stato ripreso nel Libro Verde sui Servizi di interesse generale del 2003 e nel successivo Libro Bianco del 2004.

In particolare, nel Libro Verde del 2003, la Commissione giunge a delineare un concetto europeo di servizio di interesse economico generale basato su cinque elementi: *servizio universale, continuità, qualità del servizio, accessibilità dei*

prezzi e tutela degli utenti e dei consumatori[28]. Il servizio di interesse economico generale, quindi, secondo le intenzioni della Commissione, deve avere il carattere della *universalità*, deve cioè essere a disposizione dell'intera collettività e dei potenziali utilizzatori a prescindere dalla loro ubicazione geografica; deve avere una determinata *qualità* e, quindi, occorre che il servizio risulti conforme a parametri prestabiliti dalle pubbliche autorità; deve essere *accessibile* dal punto di vista economico e tale dunque da consentire a chiunque lo richieda di fruirne; deve esserne garantita la *continuità*, senza quindi interruzioni; deve inoltre essere garantito un sistema di tutela per gli utilizzatori.

I suddetti elementi, tuttavia, non valgono a definire la nozione di servizio di interesse economico generale riguardando essi, piuttosto, le caratteristiche che devono essere garantite ai potenziali fruitori.

A ben vedere, neanche nel successivo Libro Bianco si rinvengono elementi tali da consentire di individuare una definizione univoca di SIEG. Nel testo, difatti, e precisamente

[28] Cfr. il Libro Verde su "*I servizi di interesse generale*" del 21 maggio 2003 ove si precisa che "*La vigente normativa comunitaria in materia di servizi di interesse economico generale è specifica per settore, ma contiene una serie di principi comuni che consentono di definire un concetto comunitario di servizi di interesse economico generale. In particolare: il servizio universale, la continuità, la qualità di servizio, l'accessibilità dei prezzi, la protezione degli utenti e dei consumatori …. Questi principi comuni individuano valori e obiettivi comunitari. Sono stati trasformati in obblighi nelle pertinenti normative*". Ci si sofferma poi sul concetto di servizio universale specificando che esso "*fa riferimento ad una serie di requisiti di interesse generale in base a cui taluni servizi sono messi a disposizione di tutti i consumatori ed utenti finali fino al livello qualitativo stabilito, sull'intero territorio di uno Stato membro, a prescindere dall'ubicazione geografica dei medesimi e, tenuto conto delle specifiche circostanze nazionali, ad un prezzo abbordabile*". Sul servizio universale cfr. *infra* pr. 6.

nell'allegato 1, la Commissione chiarisce come la nozione di servizi di interesse economico generale sia ricavabile dalla "prassi comunitaria" (per lo più dalle pronunce della Corte di Giustizia) e che l'espressione SIEG deve ritenersi riferita a servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico.

Del resto, neanche in occasione della recente riforma del quadro europeo, avvenuta con il Trattato di Lisbona, si è ritenuto di fornire una definizione di SIEG; essa, difatti, non è contenuta né nel nuovo articolo 14 del TFUE, né nel Protocollo n. 26 ad esso allegato riguardante i servizi di interesse generale.

Nella più recente Comunicazione su "*Un quadro di qualità per servizi di interesse generale"* presentata il 20 dicembre 2011, la Commissione afferma che per servizi di interesse economico generale debbano intendersi quelle attività economiche i cui risultati contribuiscono all'"*interesse pubblico generale*" e che "*non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento statale*"[29].

Si ribadisce, quindi, come la peculiarità dei SIEG sia individuabile nella loro utilità per l'interesse generale

[29] Nella Comunicazione del dicembre 2011 su "*Un quadro di qualità per servizi di interesse generale"* si precisa che "*i SIEG sono attività economiche i cui risultati contribuiscono all'interesse pubblico generale che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento statale (o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di qualità, sicurezza, accessibilità economica, parità di trattamento o accesso universale). Al fornitore incombe un OSP sulla base di un incarico e di un criterio di interesse generale che assicura che il servizio sia fornito a condizioni che gli consentano di assolvere i propri compiti*".

(utilizzando quindi il criterio dell'"intesse generale") e si specificano i presupposti che giustificano l'assoggettabilità di essi agli obblighi di servizio pubblico, ossia la difficoltà, applicando le sole regole di mercato, di garantirne l'erogazione "universale" a determinate condizioni (per l'assenza di una remuneratività per le imprese che li erogano a certe condizioni). Si chiarisce, quindi, come al fornitore incomba un obbligo di servizio pubblico sulla base di un incarico ad esso affidato e di un criterio di interesse generale che assicura che il servizio sia fornito a condizioni che gli consentano di assolvere i propri compiti.

Nella suddetta Comunicazione del dicembre 2011, la Commissione, tuttavia, dopo aver evidenziato l'importanza dell'adozione un Protocollo *ad hoc* sui servizi di interesse generale condiviso dall'Unione e dagli Stati membri, sottolinea come le attività concernenti i servizi di interesse economico generale siano in costante evoluzione e necessitino di una valutazione da effettuarsi caso per caso, tenuto conto delle peculiarità dei singoli servizi di interesse economico generale[30], considerazioni queste volte a sottolineare le specificità dei singoli SIEG e giustificanti, allo stesso tempo, l'affermazione, lì

[30] Cfr. la Comunicazione della Commissione "*Un quadro di qualità per servizi di interesse generale*", del 20 dicembre 2011, par. 2, ove in relazione all'adozione di una regolamentazione quadro dell'Unione europea sui SIEG - permessa ora a norma dell'articolo 14 del TFUE - la Commissione afferma come essa non sia una priorità immediata. Essa ritiene, difatti, almeno in questa fase, che un approccio "settoriale" sia maggiormente adeguato, in quanto consente di trovare soluzioni su misura a problemi concreti e specifici in settori differenti.

di seguito contenuta, circa l'opportunità di seguire, in relazione ad essi, un approccio settoriale – rinunciando quindi ad adottare, almeno per il momento, una cornice quadro in materia – al fine di trovare soluzioni su misura a problemi concreti e specifici in settori differenti[31].

3. La competenza della Commissione e degli Stati membri nella organizzazione della fornitura dei SIEG

Strettamente connessa alla disciplina in materia di servizi di interesse economico generale è la questione del compito che sono chiamate a svolgere in materia le autorità pubbliche: queste hanno un ruolo chiave nella organizzazione della fornitura dei SIEG in quanto devono, da un lato, promuovere il buon funzionamento del mercato e il rispetto delle regole da parte di tutti gli interessati, dall'altro, garantire l'interesse generale ed, in particolare, la soddisfazione delle esigenze essenziali dei cittadini come anche la preservazione dell'interesse pubblico qualora le dinamiche di mercato, di per sé, non risultino sufficienti ad assicurarli.

Nel Libro bianco del 2004 sui servizi di interesse generale, che segue il dibattito già avviato l'anno precedente con il Libro Verde[32], la Commissione afferma innanzitutto che la ripartizione delle funzioni e dei poteri tra l'Unione e gli Stati membri crea

[31] Cfr. sul punto il paragrafo seguente.
[32] Cfr. il Libro Verde su "*I servizi di interesse generale*" del 21 maggio 2003, cit.

una responsabilità comune per l'Unione e le autorità pubbliche degli Stati membri[33].

Del resto, questa nozione di "responsabilità comune" si desume chiaramente altresì dall'articolo 14 del TFUE, il quale affida, sembrerebbe congiuntamente, alla Comunità e agli Stati membri il compito di garantire – nell'ambito delle rispettive competenze – che le proprie politiche non ostino all'assolvimento dei compiti dei fornitori di servizi di interesse economico generale.

La scelta circa la formula per l'erogazione dei servizi di interesse economico generale è rimessa agli Stati membri: essa può essere organizzata in collaborazione con il settore privato ovvero affidata a imprese pubbliche oppure ad imprese private.

Inoltre, le autorità pubbliche, ai relativi livelli di competenza, sono responsabili della regolamentazione del mercato e devono garantire che gli operatori svolgano le funzioni di servizio pubblico che sono state loro affidate[34].

---

[33] Nel Libro Bianco su "*I servizi di interesse generale*" del 12 maggio 2004, cit. p. 4, si chiarisce che "*La ripartizione delle funzioni e dei poteri tra l'Unione e gli Stati membri crea una responsabilità comune per l'Unione, da una parte, e le autorità pubbliche negli Stati membri, dall'altra. Tuttavia, la definizione dettagliata dei servizi e l'erogazione degli stessi rimangono di competenza degli Stati membri*".

[34] Nel Libro Bianco su "*I servizi di interesse generale*", cit. p. 7 e ss. vengono delineati quelli che sono i principi guida che orientano l'approccio della Commissione ossia: a) consentire alle autorità pubbliche di operare nell'interesse dei cittadini, b) realizzare gli obiettivi del servizio pubblico all'interno di mercati aperti e competitivi, c) garantire la coesione e l'accesso universale, d) Mantenere un elevato livello di qualità e di sicurezza, e) garantire i diritti dei consumatori e degli utenti, f) controllo e valutazione delle prestazioni, g) rispettare la diversità dei servizi e delle situazioni, h) aumentare la trasparenza, i) garantire la certezza giuridica.

Nel nuovo quadro europeo, delineato con il Trattato di Lisbona, viene confermata la competenza degli Stati membri, ai diversi livelli, a fornire, a commissionare e ad organizzare i servizi di interesse economico generale nel modo più vicino possibile alle esigenze degli utenti. In particolare, nel Protocollo n. 26 allegato al Trattato di Lisbona, si afferma che le Parti contraenti riconoscono, tra le altre cose, "*il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti*".

Tale articolo non fa però alcun cenno a chi spetti la competenza ad individuare i servizi da considerare di "interesse economico generale"; del resto, deve ritenersi che in assenza di una esplicita attribuzione della relativa competenza all'Unione, essa sia senza dubbio configurabile in capo agli Stati membri in base al tradizionale "principio di attribuzione"[35]. La definizione

[35] F. CINTOLI, *La dimensione europea sei servizi di interesse economico generale*, consultabile sul sito web <<*www.federalismi.it*>>**,** maggio 2012, p. 5, ove l'A. rileva che l'ordinamento europeo, mediante il controllo della Commissione e quindi del giudice comunitario, può e deve sindacare la discrezionalità esercitata dallo Stato membro nell'istituzione di un SIEG. Tale sindacato tuttavia si risolverà nella ricerca di un errore manifesto o in una palese illogicità della scelta; la ragione di tale approccio è rinvenibile nel fatto che il principio di sussidiarietà postula come premessa che proprio allo Stato membro rimanga principalmente affidato il compito di decidere se e quanti SIEG istituire. Cfr. la pronuncia della Corte di Giustizia BUPA e altri contro Commissione europea (causa T289/03) ove si chiarisce che gli Stati membri hanno un ampio margine di potere discrezionale quanto alla definizione di ciò che essi considerano servizi di interesse economico generale. Tale prerogativa è confermata dall'assenza sia di una competenza specificamente attribuita alla Comunità che di una definizione precisa e completa della nozione di SIEG nel diritto comunitario. Infatti, la determinazione della natura e della stessa

dettagliata dei servizi da considerarsi come di interesse economico generale rimane, quindi, di competenza degli Stati membri che potranno meglio tenere conto, nella individuazione e nella organizzazione degli stessi, delle specificità nazionali.

Come accennato *supra*, nel nuovo articolo 14 del TFUE viene ribadita la responsabilità comune dell'Unione e degli Stati membri in materia; è difatti ivi previsto che: "*L'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti*".

Tale articolo, inoltre, attribuisce all'Unione la possibilità di legiferare nel settore dei servizi di interesse economico generale

---

portata di una missione dei servizi di interesse economico generale in settori di azione particolari – che o non rientrano nella competenza della Comunità o sono fondati su una competenza ripartita – resta, in linea di principio (stante il principio di sussidiarietà dell'azione comunitaria), nell'ambito di competenza degli Stati membri. Tale ripartizione delle competenze è del resto riflessa, in modo generale, nell'art. 14 TFUE, secondo il quale, in considerazione del posto che occupano i SIEG tra i valori comuni dell'Unione nonché del ruolo che essi svolgono nella promozione della coesione sociale e territoriale dell'Unione, la Comunità e i suoi Stati membri, ciascuno nei limiti delle rispettive competenze e dell'ambito di applicazione del Trattato, vigilano affinché tali servizi funzionino sulla base di principi e in condizioni che consentano loro di svolgere la propria missione. Si precisa, quindi, in detta pronuncia, che il potere dello Stato membro di definire servizi di interesse economico generale non è illimitato e non può essere esercitato in maniera arbitraria al solo fine di sottrarre un settore particolare all'applicazione delle regole di concorrenza. Di conseguenza, precisa la Corte, il controllo che le Istituzioni comunitarie sono autorizzate a svolgere sull'esercizio del potere discrezionale dello Stato membro nella determinazione dei SIEG è limitato alla ricerca dell'esistenza di un "*errore manifesto*" di valutazione.

stabilendo "*i principi e le condizioni*"[36], in particolare economici e finanziari, e "*deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria*"[37].

Su tale questione, ossia sull'adozione di una disciplina quadro dell'Unione europea sui SIEG, permessa ora a norma del richiamato articolo 14 del TFUE, la Commissione esprime, nella Comunicazione *"Un quadro di qualità per servizi di interesse generale"* del dicembre 2011, già richiamata in precedenza[38], la propria posizione, affermando come essa non sia una priorità immediata[39]. La Commissione ritiene, difatti, almeno in questa fase, che un approccio "settoriale" sia maggiormente adeguato consentendo di trovare soluzioni su misura a problemi concreti e specifici in settori differenti ed evidenzia, a sostegno delle proprie dichiarazioni, le peculiarità che caratterizzano alcuni

---

[36] Come dichiarato nella Comunicazione sui servizi di interesse generale del 2000, cit., "*l'intervento della Comunità nel settore dei servizi di interesse generale va oltre la realizzazione del mercato interno, compresa l'adozione di strumenti atti a garantire il livello qualitativo, il coordinamento delle autorità di regolamentazione e la valutazione delle operazioni. (…) Tali azioni intendono potenziare, ma certamente non sostituire, i ruoli nazionali, regionale e locali nei rispettivi settori di competenza*".

[37] Sull'attribuzione alle Istituzioni dell'Unione, ai sensi dell'articolo 14 TFUE, di un potere normativo autonomo, di tipo regolamentare, in materia di SIEG, vd: D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 446 ove l'A. afferma che l'adozione di un atto vincolante e a portata generale di tipo regolamentare – ora specificamente consentito in virtù del nuovo art. 14 (TFUE) che ha modificato l'art. 16 del TCe – permetterebbe di chiarire, consolidare ed armonizzare il diritto dell'Unione nel settore dei servizi pubblici (SIEG).

[38] Cfr. *supra* nota 1.

[39] Un esempio recente è la risoluzione del Parlamento europeo sul futuro dei servizi sociali di interesse generale del 5 luglio 2011 (2009/2222(INI)), punto 48, ove si afferma che si *"ritiene che una regolamentazione quadro dell'UE sui SIEG, permessa a norma dell'articolo 14 TFUE, non sia una questione centrale per il momento"*.

settori come, ad esempio, i servizi postali, i servizi bancari di base, i trasporti (aereo, terrestre e marittimo), l'energia e le comunicazioni elettroniche.

La Commissione manifesta l'intenzione di rinunciare, almeno per il momento, a dettare un quadro regolamentare comune in materia di SIEG a livello europeo[40]. Tuttavia, fornisce il proprio contributo su altri profili in materia tra i quali, ad esempio, quello concernente la qualità dei servizi di interesse economico generale mediante, ad esempio, la presentazione della Comunicazione, in precedenza richiamata, concernente "*Una disciplina di qualità per i servizi di interesse generale in Europa*", con la quale la Commissione si impegna ad individuare una disciplina che garantisca la qualità dei servizi di interesse generale[41].

---

[40] Al riguardo, di particolare interesse è l'approccio adottato nel cosiddetto "Rapporto Monti" del 9 maggio 2010, denominato "*Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea*", elaborato sulla base di una lettera di incarico del Presidente della Commissione europea (consultabile sul sito istituzionale della Comunità europea). In detto documento, dopo aver sottolineato che in materia di SIEG vige una "responsabilità comune" dell'Unione e degli Stati, si sottolinea che "(n)on sembra (…) opportuno che la Commissione presenti" una proposta di regolamento a portata orizzontale "in questa fase" dal momento che non vi sarebbe una sufficiente volontà politica attraverso la quale riempire un atto di tal genere dei necessari contenuti così da fornirgli "un valore aggiunto". Nel Rapporto, invece, si suggerisce alla Commissione di valutare la possibilità di presentare eventualmente sulla base dell'articolo 14 del TFUE "una proposta di regolamento che garantisca che tutti i cittadini abbiano diritto a una serie di servizi bancari di base".

[41] Nella Comunicazione "*Un quadro di qualità per servizi di interesse generale*", del 20 dicembre 2011, la Commissione afferma che l'impostazione che intende seguire per definire una disciplina di qualità si basa su tre linee d'azione: in primo luogo, migliorare la chiarezza e la certezza giuridica per quanto riguarda le norme dell'UE applicabili a questi servizi; in secondo luogo, fornire gli strumenti che consentono agli Stati membri di garantire ai cittadini l'accesso ai servizi essenziali e di rivedere la situazione periodicamente e, in terzo luogo, promuovere iniziative

4. L'apertura alla concorrenza dei SIEG: i servizi di telecomunicazioni, di energia elettrica e gas, di trasporto e i servizi postali

L'impronta fortemente economica che ha caratterizzatole le origini del processo di integrazione europea ha indotto la Comunità europea a concentrare, sin da subito, i propri sforzi sulla rimozione delle barriere al commercio tra gli Stati membri.

Il suddetto approccio ha determinato, a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta, con tempi e modalità differenti nei diversi Stati membri, l'apertura alla concorrenza di alcuni dei settori tradizionalmente riservati alla fornitura di servizi di interesse economico generale, sotto la spinta, per l'appunto, della Comunità europea; gli esempi più evidenti di tale fenomeno sono i settori delle telecomunicazioni, dei servizi postali, dei trasporti e dell'energia[42].

Volendo ripercorrere, se pur brevemente, le tappe che hanno caratterizzato l'assoggettamento alle regole di mercato dei settori in esame, si rammenta che la Comunità europea, in primo

---

relative alla qualità, in particolare per i servizi sociali che soddisfano esigenze particolarmente importanti.

[42] Cfr. G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, 2005, Bologna, p. 33, ove l'A. rileva che "l'apprensione" dei servizi pubblici da parte dell'ordinamento comunitario è lenta e graduale; sottolinea inoltre che detti servizi non sono menzionati come tali nei Trattati istitutivi e sono a lungo trascurati anche nella normativa derivata con l'eccezione dei trasporti ed è soltanto tra la fine degli anni Ottanta e l'inizio degli anni Novanta che l'accelerazione impressa al processo di integrazione europea, come anche lo sviluppo tecnologico ed economico, modificano profondamente il quadro normativo comunitario.

luogo, impose agli Stati membri di abolire i diritti speciali ed esclusivi e di dichiarare "libera" l'attività precedentemente oggetto di riserva statale.

Nei mercati delle comunicazioni elettroniche[43] e del trasporto aereo[44] la liberalizzazione fu integrale già a partire dalla seconda metà degli anni Novanta.

Negli altri settori, la Comunità procedette invece in maniera più lenta escludendo dalla liberalizzazione determinati servizi o attività, ovvero individuando soltanto una quota "minima" di apertura del mercato.

Occorre rilevare come un ruolo di primo piano nelle politiche comunitarie di liberalizzazione sia stato svolto dalla disciplina dell'"accesso al mercato"[45]. Vale la pena rammentare

---

[43] I primi interventi comunitari significativi in materia di telecomunicazioni risalgono alla seconda metà degli anni Ottanta. Il primo quadro normativo comunitario per le telecomunicazioni si inserisce tra gli anni 1988 e 1998. E' in quegli anni che viene intrapreso il processo volto alla liberalizzazione del mercato della telefonia che concluderà la sua prima fase con il pacchetto di direttive del 2002. Più di recente è stato adottato il c.d. terzo pacchetto di direttive in materia di telecomunicazioni (2009) Cfr. F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2002, p. 19 ss, Id. *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, in *Diritto delle nuove tecnologie*, V. Franceschelli, E. Tosi, (diretto da), Milano, 2010, p. 3 ss.

[44] La liberalizzazione dei trasporti stradali è stata avviata sul finire degli anni sessanta del secolo scorso, tramite un sistema di quote comunitarie per i trasporti internazionali. Il processo di graduale apertura del mercato dei trasporti è stato completato nel 1998. Nel trasporto marittimo, la liberalizzazione dei servizi di cabotaggio marittimo si è realizzata nel 1993, ma è nel trasporto aereo che si registrano i maggiori progressi in seguito al processo di liberalizzazione del mercato.

[45] Cfr. anche: M. CLARICH, A. BOSO CARETTA, *Il nuovo sistema delle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*, in *Diritto privato dell'informatica*, 2002, p. 685 ss. ove gli Autori rilevano come con la Direttiva autorizzazioni si compia un passo decisivo in avanti verso l'istituzione di un sistema di accesso al mercato sostanzialmente libero e come essa segni un importante cambiamento nel rapporto tra libertà d'impresa e potere pubblico di controllo, a favore della prima. Così: B. ARGIOLAS, *Il nuovo quadro regolatorio delle*

come il passaggio dal sistema concessorio a quello autorizzatorio – che presuppone, come noto, un preesistente potere o diritto in capo al privato di eseguire quella determinata attività – sia stato determinante.

Guardando al settore delle telecomunicazioni, si rileva come in tale settore, dopo un periodo di intenso ricorso da parte degli Stati membri alla licenza individuale – in virtù dell'ampia discrezionalità ad essi lasciata dal legislatore comunitario (tra licenza individuale e autorizzazione) – viene difatti introdotto, con il pacchetto di direttive del 2002, il regime dell'autorizzazione generale. Esso si configura come una "cornice normativa" consistente in "in una serie di condizioni precedentemente definite in modo generale"[46] in presenza delle quali le imprese interessate possono iniziare a svolgere l'attività, senza il bisogno di ottenere una decisione esplicita al riguardo (salvo l'obbligo di notifica all'amministrazione). L'autorizzazione generale si caratterizza per il fatto che garantisce, almeno in linea di principio, parità di trattamento tra

---

comunicazioni elettroniche, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2011, p. 191 ss. ove l'A. rileva, con specifico riferimento al settore delle telecomunicazioni, che in Italia, una volta raggiunta la completa liberalizzazione, le attività di telecomunicazione non costituiscono più un servizio pubblico essenziale che può essere riservato ai pubblici poteri (ai sensi dell'art. 43 della Cost.), ma sono svolte in regime di libertà di impresa, basata sull'art. 41 della Cost. ed, eventualmente, sottoposte ai controlli (previsti dal comma 3 del medesimo articolo) necessari per assicurare il perseguimento dei fini sociali.

[46] R. CAIAZZO, L'accesso alla rete:profili giuridici, in F. Bassan (a cura di) *Diritto delle comunicazioni elettroniche. Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, cit. p. 143 ss.

le imprese interessate, limitando l'esercizio del potere discrezionale della pubblica autorità.

Negli altri settori, come accennato, il processo di apertura alla concorrenza è più lento.

Nel settore postale si dovrà attendere il 2008 per l'introduzione di basi solide per una liberalizzazione effettiva e "totale" del mercato, resa possibile grazie all'eliminazione dell'area "riservata" e da attuarsi da parte degli Stati membri in recepimento della direttiva 6/2008/Ce a partire dal 1° gennaio 2011[47].

La precedente normativa europea del 2002 prevedeva difatti la facoltà di riservare taluni servizi al fornitore o ai fornitori del servizio universale, nella misura necessaria al suo mantenimento[48].

Per quanto riguarda il settore energetico si rileva come l'attività di distribuzione sia rimasta a lungo oggetto di monopolio. Le direttive del 2004 prevedevano ancora il ricorso a diritti speciali ed esclusivi purché garantito da procedure trasparenti.

---

[47] La direttiva 97/96/CE concernente il settore postale consentiva di mantenere un monopolio postale su una determinata area e di creare un fondo per finanziare il servizio universale.

[48] Si trattava di una "riserva" relativa, limitata cioè ad alcuni servizi quali, ad esempio, la raccolta, lo smistamento, il trasposto e la consegna di invii di corrispondenza interna e di corrispondenza transfrontaliera in entrata, nell'ambito di determinati limiti di peso e misura (art. 1 direttiva 39/2002/Ce).

Significativi sono stati invece nel settore dell'energia gli interventi del 2009 costituenti il cosiddetto Terzo Pacchetto Energia[49].

In particolare, le Direttive Elettricità (Direttiva 72/2009/Ce) e Gas (Direttiva 73/2009/Ce) hanno provveduto a definire le norme organizzative e di funzionamento del settore, l'accesso al mercato, i criteri e le procedure da applicarsi nei bandi di gara e nel rilascio delle autorizzazioni[50].

Per quanto riguarda il settore dei trasporti si è accennato al fatto che nel trasporto aereo una liberalizzazione avanzata si è realizzata già negli anni Novanta.

Anche il trasporto marittimo ha raggiunto ben presto un buon livello concorrenziale: già negli anni Ottanta vigeva difatti lì un regime di libera prestazione dei servizi e di libero accesso al

---

[49] Il Terzo Pacchetto Energia si compone di cinque misure normative: a) il Regolamento CE 713/2009 che istituisce un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia, 2) la Direttiva 2009/72/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, ove sono previste sia norme a tutela dell'ambiente e del risparmio energetico, sia misure e incentivi economici adeguati (sostituisce la Direttiva 2003/54/CE, 3) la Direttiva 2009/73/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale (sostituisce la Direttiva 2003/55/CE), 4) il Regolamento CE 714/2009, relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica, che sostituisce il Regolamento CE 1228/2003, 5) il Regolamento CE 715/2009, relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale, che sostituisce il Regolamento CE 1775/2005

[50] Cfr. M. SANDULLI, *Il consumatore: una protezione in progress*, in *Consumerism'* 2010, a cura di *Consumers' Forum* e in collaborazione con Università Roma Tre, consultabile sul sito <<http://www.consumersforum.it/ ricerche.html>>, ove l'A. rileva come nell'ordinamento italiano manchi ancora una piena apertura alla concorrenza a beneficio dei clienti, se pure in maniera diversa tra mercato elettrico e quello del gas, risultando maggiormente efficiente il primo, mentre nel secondo si risente ancora di una forte concentrazione.

mercato in virtù dei quattro regolamenti dettati all'epoca dal legislatore comunitario (4055/86, 4056/86, 4057/86, 4058/86).

Per quanto riguarda il trasporto ferroviario, il processo di apertura alle regole di mercato è iniziato in Europa nel 1991, ma l'*iter* è stato piuttosto lungo[51].

Esso prese avvio con le direttive 91/440/CE, 95/18/CE e 95/19/CE; proseguì con il primo pacchetto-quadro (direttive 2001/12/CE, 2001/13/CE e 2001/14/CE) che introdusse delle novità sul trasporto merci e sulla ripartizione delle capacità dell'infrastruttura nonché sulla riscossione dei diritti di accesso alla rete.

Un secondo pacchetto-quadro (direttive 2004/49/CE, 2004/50/CE e 2004/51/CE, regolamento 881/2004/CE e raccomandazione OTIF), intervenne poi in materia di sicurezza ferroviaria e di trasporto veloce europeo, fissando le tempistiche per la completa liberalizzazione del trasporto merci internazionale (2006) e nazionale (2007).

Con il terzo pacchetto-quadro (direttive 2007/58/CE e 2007/59/CE e regolamenti 1370/2007/CE e 1371/2007/CE), infine, si è effettivamente raggiunto un buon livello di apertura

[51] Si evidenzia, in detto contesto, la rilevanza del regolamento 1371/2007/Ce "*relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario*" dal momento che esso detta, nell'ambito del trasporto ferroviario, lo "statuto" dei diritti e gli obblighi del passeggero. Cfr.: F. MACIOCE, *Considerazioni generali sul settore del trasporto*, in *Consumerism'* 2011, a cura di *Consumers' Forum* e in collaborazione con Università Roma Tre, consultabile sul sito <<*http://www.consumersforum.it/ricerche.html*>>; nel medesimo testo si vedano anche: P. LAZZARA, *I diritti e gli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario. Il nuovo quadro normativo di riferimento e le prospettive di attuazione.*

del mercato del traffico viaggiatori ferroviario internazionale che ha consentito anche un rafforzamento dei diritti del viaggiatore[52].

5. I servizi di interesse economico generale: tra regole di mercato e soddisfazione di interessi generali

Si è visto come i servizi di interesse economico generale presentino delle peculiarità in quanto attività da gestire secondo le regole di mercato, nell'ambito di un contesto competitivo, pur avendo funzione di interesse generale e obiettivi di coesione sociale e territoriale.

I servizi di *interesse economico generale* si pongono, dunque, in una sorta di zona intermedia tra *attività economiche* – da gestire secondo i canoni dell'efficienza e nell'ambito di un contesto competitivo – e *attività non economiche* da gestire in funzione dell'interesse generale ed in vista di obiettivi di coesione sociale o territoriale, di equità redistributiva, *etc*[53].

Si tratta cioè di servizi riconducibili a servizi di natura economica a cui la pubblica autorità attribuisce particolare

[52] Particolarmente rilevante per avere un quadro del grado di concorrenza raggiunto in Italia nei diversi settori sin qui esaminati è il documento contenente la segnalazione effettuata dall'Agcm, ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge 287/90, al Governo recante "*Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza (anno 2012)*", consultabile sul sito istituzionale dell'Agcm.

[53] Parte della dottrina ha rilevato che tale natura composita ne fa una *fattispecie complessa* e tale complessità si riverbera sul relativo regime giuridico strutturandolo secondo canoni di più o meno ampia difformità da quello ordinariamente previsto per le altre attività economiche. Così A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, p. 301.

rilevanza per i cittadini. I suddetti servizi si caratterizzano, tra l'altro, per l'elevato rischio che, una volta assoggettati alle regole di mercato, non siano forniti o, al più, lo siano a condizioni diverse[54], in assenza di un intervento pubblico[55].

Proprio le peculiarità che contraddistinguono le suddette attività hanno suggerito, a seguito dei processi di liberalizzazione e privatizzazione che hanno interessato i relativi settori, di prevedere una specifica disciplina[56], e ciò, sia al fine di garantire l'effettiva apertura del settore alle regole del mercato concorrenza (tramite l'imposizione di regole asimmetriche sui

---

[54] Nella Comunicazione "*Un quadro di qualità per servizi di interesse generale*", del 20 dicembre 2011, la Commissione afferma che i SIEG sono attività economiche i cui risultati contribuiscono all'interesse pubblico generale che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento statale (o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di qualità, sicurezza, accessibilità economica, parità di trattamento o accesso universale). Al fornitore incombe un OSP sulla base di un incarico e di un criterio di interesse generale che assicura che il servizio sia fornito a condizioni che gli consentano di assolvere i propri compiti.

[55] Tuttavia, può accadere che in alcune situazioni il normale funzionamento del mercato risulti di per sé stesso sufficiente a garantire la redditività delle attività e non richieda interventi correttivi od integrativi da parte dei pubblici poteri. Cfr. G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato, concorrenza e regole*, n. 2, 2000, pp. 429-456.

[56] Il ruolo dello Stato, per effetto dei processi di privatizzazione avviati negli anni Novanta, cambia: esso, una volta tramontato il modello di intervento diretto nell'economica, viene retrocesso da gestore dei servizi pubblici a "regolatore". Detta circostanza ha reso necessario l'istituzione di soggettività pubbliche indipendenti – incardinate per più nella struttura comunitaria – cui si è affidato principalmente il compito di evitare che le privatizzazioni dei precedenti enti pubblici economici comportassero la mera sostituzione al monopolista pubblico di quello privato. Alle Autorità si è anche affidato il compito di stimolare un processo di effettiva liberalizzazione, volta cioè ad assicurare l'apertura dei mercati e l'ingresso di nuovi operatori. cfr. R. GIARDA, *I diritti degli utenti finali*, in M. Clarich e G. F. Cartei (a cura di) *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004, p. 325 ss. Sui rapporti tra "privatizzazioni" e "liberalizzazioni" si veda F. BASSAN, *Diritto delle telecomunicazioni*, cit., p. 17, ove l'A. parla di "*equivoco delle privatizzazioni*".

diversi operatori del mercato)[57] sia per garantire la fornitura a determinate condizioni, anche in un regime concorrenziale, delle prestazioni ritenute essenziali in quanto, per l'appunto, rispondenti ad un interesse generale[58].

La predisposizione di apposite "regole" appare funzionale non già soltanto per garantire l'entrata sul mercato dei nuovi operatori e il corretto confronto concorrenziale[59], ma anche per

---

[57] Cfr. M. CLARICH, G. CORSO, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive*, *Nexus*, 2006, p. 18, consultabile sul sito <<www.luiss.it>>, ove gli Autori efficacemente osservano che "*Se la competenza a stabilire le regole venisse affidata al governo e agli apparati amministrativi, sarebbe altamente probabile una loro formulazione in termini favorevoli all'ex monopolista, per via dell'aggregazione di interessi che si è nel tempo formata (scambio di favori tra dirigenza politica, management del gestore, sindacati*)".

[58] G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit. p. 35, ove l'A. rileva che si sta assistendo ad una crescente "europeizzazione" dei servizi di interesse economico generale che si manifesta tanto più nel modo in cui si tende ad "armonizzare" i mercati liberalizzati, a definire ambiti e modalità per garantire il servizio universale e a configurare, in maniera più o meno uniforme, natura e poteri delle Autorità indipendenti.

[59] Vale la pena qui soltanto accennare al fatto che la soggezione delle imprese che forniscono detti servizi alle regole di mercato fa sorgere la questione della compatibilità dei contributi statali con la disciplina comunitaria degli "aiuti di stato" nel caso in cui, per l'appunto, esse beneficino di risorse pubbliche. Un approfondimento sul punto è effettuato da: D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, cit. p. 234 ss. Al riguardo, inoltre, interessante è la posizione di recente assunta dalla Cassazione civile in relazione agli aiuti concessi alla Rai-Radiotelevisione italiana. Al riguardo, la Corte ha affermato che l'art. 107 del TUFE, secondo cui sono incompatibili con il mercato interno nella misura in cui incidano sugli scambi tra gli Stati membri gli "*aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza*", non implica l'assoluta incompatibilità degli aiuti di Stato con gli interessi ed i valori tutelati dall'ordinamento comunitario, essendo piuttosto detto articolo inteso a riservare la competenza agli organi comunitari di ogni decisione in merito a tali misure. La Corte ha quindi evidenziato che l'art. 108 del TFUE prevede che gli aiuti esistenti siano sottoposti ad "esame permanente", riservandone il giudizio di incompatibilità alla Commissione; ne discende quindi, a giudizio della Corte, che l'aiuto esistente non può, prima di una valutazione di incompatibilità, essere considerato illegittimo. Ne consegue che, nell'ipotesi di imposta destinata alla realizzazione di un aiuto di Stato esistente, qual

regolare i rapporti tra fornitori del servizio e gli utenti i quali, del resto, dovrebbero essere i principali beneficiari degli effetti positivi derivanti dall'apertura alla concorrenza del mercato[60].

Emblematica è senza dubbio, al riguardo, l'esperienza del settore delle telecomunicazioni.

La Commissione elaborò, al fine di conciliare le diverse esigenze in gioco, uno schema innovativo, che poi venne ripreso,

---

è il canone Rai – alla stregua della decisione della Commissione Europea del 20 aprile 2005 n. E 9/2005 – non sussiste il diritto del contribuente di agire in giudizio per ottenere il rimborso del canone di abbonamento, o la declaratoria di illegittimità dell'aiuto il quale quindi deve ritenersi, finché non ne sia stata rilevata l'incompatibilità da parte della Commissione, del tutto legittimo (Cass. civ. sez. I, n. 4776 del 26/03/2012). D'interesse al riguardo è altresì il *Draft* recentemente pubblicato dalla Commissione europea su "*Gli orientamenti dell'Unione europea per l'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga*" consultabile sul sito web <<http://ec.europa.eu/competition/consultations/2012_broadband_guidelines/it.pdf>>. La Commissione ha rilevato che, a seguito dell'invito rivolto agli Stati membri, nell'ambito dell'Agenda digitale, molti di loro hanno sviluppato strategie nazionali per lo sviluppo della banda larga al fine di raggiungere gli obiettivi fissati per i rispettivi territori. Nella maggior parte dei casi, le strategie nazionali prevedono il ricorso a fondi pubblici per estendere la copertura della banda larga ad aree in cui gli operatori commerciali non sono incentivati a investire e per accelerare la diffusione di reti di accesso di nuova generazione ultraveloci (NGA). La Commissione illustra in detto documento – ancora, nel momento in cui si scrive, nello stato di *Draft* – i principi che presiedono alla politica della Commissione nell'applicazione delle norme del Trattato in materia di aiuti di Stato in relazione alle misure finalizzate al sostegno dello sviluppo di reti a banda larga (sezione 2) e rappresenta le modalità per l'applicazione di tali principi ai fini della valutazione delle misure di aiuto intese a sostenere una rapida introduzione delle reti a banda larga di base e delle reti di accesso ultraveloce di nuova generazione (NGA) (sezione 3). La Commissione afferma quindi che applicherà gli orientamenti ivi contenuti ai fini della valutazione degli aiuti di Stato a sostegno della banda larga, garantendo in tal modo una maggiore certezza del diritto e un elevato grado trasparenza nella sua prassi decisionale.

[60] Cfr. F. BRUNO, G. NAVA, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni*, Milano, 2006, p. 631, ove gli Autori affermano, con riferimento al settore delle telecomunicazioni, che il legislatore comunitario ha individuato nella competizione interoperatore "*un mezzo al fine del beneficio dei consumatori*". La concorrenza non è un bene in sé, ma uno strumento di "benessere sociale", per migliorare cioè le condizioni a cui servizi vengono forniti e la qualità delle relative prestazioni.

almeno in parte, anche in altri settori, basato sulla separazione della rete e l'adozione di meccanismi idonei a garantire, anche in un regime concorrenziale, la fornitura del servizio di telecomunicazioni a tutti i cittadini[61]. Essa si occupò, innanzitutto, di individuare una base giuridica per giustificare l'assoggettamento della relativa attività ai principi concorrenziali, prendendo come riferimento l'articolo 86.2 del Trattato Ce (ora 106.2 TFUE) secondo cui *"Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non*

[61] Quanto all'origine della nozione di servizio universale, cfr. V. GASPARINI, CASARI, *Il servizio universale*, in *Diritto ed economia*, 2000, p. 377 ove l'A. afferma che essa ha una derivazione "naturalmente e funzionalmente" comunitaria, non quindi interna ai singoli ordinamenti nazionali. La sua emersione nell'ambito degli ordinamenti nazionali è successiva alla sua affermazione a livello europeo, così come anche la sua elaborazione e specificazione sul piano nazionale. Si tratta di una nozione elaborata e sviluppata dalle Istituzioni europee nel diritto derivato ed, in particolare, nei settori delle telecomunicazioni, dell'elettricità e delle poste. I principi cardine del servizio universale sono individuabili nella doverosità/obbligatorietà della fornitura, prezzi accessibili, copertura territoriale ed eguaglianza nell'accesso al servizio. Cfr. F. GOGGIAMANI, *La doverosità nei servizi pubblici*, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei servizi pubblici*, 2001, p. 18. ss. Detti principi, sottolinea l'A., si fondano su elementi che caratterizzano anche i servizi di interesse economico generale ed hanno in più il requisito della copertura territoriale. Da qui la non infrequente sovrapposizione tra i due concetti, accentuata dalla circostanza che entrambe le nozioni hanno un carattere dinamico: esse si caratterizzano infatti per la natura evolutiva e dinamica, condizionata agli sviluppi politici, sociali, economici e tecnologici. Dall'esame del quadro comunitario emerge che, in numerosi casi, le Istituzioni europee utilizzano il concetto di servizio di interesse economico generale associandolo, quanto ad alcuni aspetti e caratteristiche, alla nozione di servizio universale. Ad esempio, nel Libro Verde sullo sviluppo di un mercato unico del servizio postale, dell'11 giugno 1992, l'accesso al servizio, la tariffazione e la qualità dell'attività prestata, associati al requisito della copertura territoriale, vengono indicati come essenziali del servizio di interesse economico generale.

osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata".

La suddetta disposizione era stata, almeno sino alla fine degli anni Ottanta, considerata come il fondamento giuridico legittimante l'esclusione dei settori riguardanti servizi di interesse economico generale dalle regole di mercato[62]; in seguito, essa venne reinterpretata e utilizzata per giustificare l'introduzione, in detto settore, delle regole concorrenziali[63].

In un primo momento, difatti, si sostenne che l'introduzione della concorrenza nel settore delle telecomunicazioni avrebbe ostacolato l'esercizio della missione affidata ai relativi servizi, ossia quella di garantire la comunicazione interpersonale[64]; in seguito[65], la Commissione, al

---

[62] F. LATTANZI, F. CANTELLA, *Il servizio universale*, in F. Bassan (a cura di) *Diritto delle comunicazioni elettroniche. Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, cit. p. 109 ss.

[63] . L. ALLA, *Finanziamento degli obblighi di servizio pubblico e disciplina degli aiuti di stato: evoluzione della giurisprudenza e recenti innovazioni normative nella prospettiva dello State Aid Action Plan*, cit., p. 8 ove l'A. sottolinea che la Commissione e la giurisprudenza della Corte di Giustizia hanno a lungo adottato un approccio cauto nell'applicazione delle disposizioni comunitarie in materia di tutela della concorrenza e (divieto di) aiuti di stato alle imprese pubbliche e/o titolari di diritti speciali ed esclusivi, ai quali frequentemente veniva demandato il compito di provvedere alla gestione delle attività qualificate come *servizi pubblici*.

[64] Cfr. L. ALLA, *Finanziamento degli obblighi di servizio pubblico e disciplina degli aiuti di stato: evoluzione della giurisprudenza e recenti innovazioni normative nella prospettiva dello state Aid Action Plan*, cit., p. 8 ove l'A. evidenzia che "*In una prima fase del processo di integrazione le nozioni di "servizio pubblico" proprie dei diversi ordinamenti nazionali e le relative peculiari forme di gestione, sono state utilizzate come schermo giuridico per consentire la sopravvivenza di privilegi e di mercati protetti cui gli Stati membri hanno fatto ricorso per resistere all'integrale applicazione delle norme del Trattato*".

[65] Tra la fine della seconda metà degli anni '80 e l'inizio degli anni '90 del secolo scorso, grazie alle iniziative intraprese dalla Commissione per la liberalizzazione nei vari ordinamenti nazionali delle attività tradizionalmente considerate come *servizi pubblici*, si assiste alla progressiva affermazione di un approccio diverso del diritto

fine di conciliare l'assolvimento della specifica missione di garantire a tutti la fornitura del servizio di interesse generale con l'assoggettamento delle imprese fornitrici alle regole di mercato, fece ricorso alla nozione di servizio universale che avrebbe garantito, anche in un regime concorrenziale, la fornitura del servizio alla generalità dei consociati[66].La formula, adottata anche nell'ordinamento italiano, fu quella di imporre in capo all'operatore designato una vera e propria obbligazione legale di fornitura di un minimo di servizi di comunicazione interpersonale.

In tal modo, si giunse a conciliare l'esigenza di introdurre nel settore i principi concorrenziali con quella di garantire, altresì in un mercato concorrenziale, la fornitura del servizio di interesse generale.

Questioni analoghe si ripropongo in altri settori ove, soltanto di recente, si è giunti ad una completa liberalizzazione. Nel settore dei servizi postali, ad esempio, è in *itinere* il percorso volto a creare condizioni effettivamente concorrenziali nel relativo mercato e si ripropongono ora le medesime problematiche relative all'accesso al servizio e alle condizioni per la fornitura del servizio universale[67].

---

comunitario volto a porre sotto osservazione le modalità di organizzazione e gestione di essi all'interno dei diversi Stati membri.

[66] Per un approfondimento sulla nozione di servizio universale vd. *infra.*

[67] Cfr. delibera n. 353/12/CONS del 2 agosto 2012 recante "*Avvio del procedimento istruttorio concernente la valutazione delle condizioni generali per l'espletamento del servizio universale*", consultabile sul sito istituzionale dell'Agcom <<*www.agcom.it*>>. Giova qui evidenziare che la liberalizzazione nel settore postale

6. Il ricorso al concetto di servizio universale e le differenze con il concetto di servizio pubblico

La nozione di servizio universale è stata ripresa e utilizzata dal diritto comunitario sfruttando l'esperienza dei sistemi di *common law*[68], nei quali l'offerta di *public utilities* è informata a quattro doveri fondamentali: servire tutti i cittadini in modo adeguato, senza ingiustificate discriminazioni e ad una tariffa ragionevole[69].

è iniziata a livello europeo già nel 1997 con la direttiva comunitaria n. 67, recante "*Regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio*"; tale direttiva stabiliva però un'area riservata (assoggettata al regime di monopolio). Con la direttiva n. 6 del 2008 si è avuta una completa liberalizzazione a livello europeo del settore postale con l'abolizione dell'area di riserva (che però in Italia permane). In Italia è stata data attuazione alle suddette direttive dapprima con il d.l.vo n. 261 del 1999 riguardante l'attuazione della direttiva 97/67/Ce e, in seguito, con il d.l.vo 58 del 2011, attuativo della suddetta direttiva n. 6 del 2008.

[68] Cfr. G. F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, n. 5, p. 1219 ss. ove l'A. afferma che "*la riconduzione della nozione comunitaria alla disciplina del servizio universale, costituisce un solido parametro di riferimento dal momento che "il servizio universale [non] costituisce un istituto o concetto di derivazione comunitaria…, in quanto è stato mutuato dalla tradizione nordamericana ed adattato alla realtà giuridica europea…Nella tradizione da cui è originato la sua fortuna, lungi dal legittimare l'ingresso della tradizione europea del servizio pubblico, ha coinciso, invece, con le politiche di liberalizzazione nel settore delle telecomunicazioni, fungendo da tecnica regolatoria sussidiaria al mercato*".

[69] La letteratura in materia è vastissima. Fra gli Autori che hanno affrontato questa tematica giova qui ricordare D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi economici di pubblica utilità*, in *Diritto pubblico*, 1999; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto pubblico*, 1998; R. GIARDA, *I diritti degli utenti finali*, in M. CLARICH e G. F. CARTEI (a cura di) *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, cit.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, 2005, Bologna; R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2007; F. BASSAN, *Diritto delle comunicazioni elettroniche. Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, cit.

Il suddetto concetto è stato poi sviluppato dalla Comunità europea al fine di garantire l'effettiva accessibilità di tutti i cittadini ai servizi ritenuti essenziali[70].

La nascita e la diffusione della categoria del servizio universale a livello sovranazionale è senza dubbio ricollegabile ai processi di liberalizzazione (e talvolta di privatizzazione) che hanno interessato i settori concernenti i servizi di interesse economico generale[71].

Sin dagli anni Novanta del secolo scorso, difatti, come illustrato, il diritto comunitario ha imposto l'affermazione delle regole di mercato anche in settori precedentemente sottoposti al regime di monopolio pubblico e di riserva legale, circostanza questa che ha suggerito l'adozione di meccanismi atti a garantire, anche in un regime concorrenziale, la fornitura di servizi ritenuti

---

[70] Si veda la definizione contenuta nel Libro Verde su "*I servizi di interesse generale*" del 21 maggio 2003, cit., p. 37, ove si precisa che "*Il concetto di servizio universale fa riferimento ad una serie di requisiti di interesse generale in base a cui taluni servizi sono messi a disposizione di tutti i consumatori ed utenti finali fino al livello qualitativo stabilito, sull'intero territorio di uno Stato membro, a prescindere dall'ubicazione geografica dei medesimi e, tenuto conto delle specifiche circostanze nazionali, ad un prezzo abbordabile. Tale concetto è stato sviluppato per alcune industrie di rete (ad esempio, le telecomunicazioni, l'elettricità, i servizi postali). Stabilisce il diritto di ciascuno di accedere a taluni servizi considerati essenziali e impone alle industrie di fornire un servizio definito a condizioni specificate, che prevedono fra l'altro una completa copertura territoriale. In un contesto di liberalizzazione, un obbligo di servizio universale garantisce che tutte le persone all'interno dell'Unione europea abbiano accesso al servizio ad un prezzo abbordabile e che la qualità del servizio sia mantenuta è, se del caso, migliorata*".

[71] Cfr. V. GASPARINI, CASARI, *Il servizio universale*, in *Diritto ed economia*, 2000, p. 377, ove gli Autori rilevano come la sua emersione nell'ambito degli ordinamenti nazionali sia successiva alla sua affermazione a livello europeo, così come anche la sua elaborazione e specificazione sul piano nazionale. Si tratta di una nozione elaborata e sviluppata dalle Istituzioni europee nel diritto derivato ed, in particolare, nei settori delle telecomunicazioni, dell'elettricità e delle poste.

essenziali per i cittadini in quanto indispensabili a soddisfare diritti fondamentali. Si pensi, ad esempio, alla fondamentale libertà di comunicazione interpersonale esercitabile mediante servizi di telecomunicazione.

La figura di servizio universale nasce come "contrappeso" al superamento della riserva statale nei settori dei servizi di interesse generale al fine di evitare che, in un contesto di mercato liberalizzato, la fornitura di questi servizi essenziali non fosse più garantita a tutti i cittadini.

Nel regime precedente, il perseguimento di determinate finalità di interesse generale, correlate con la necessità di consentire ai cittadini la utilizzabilità di determinate prestazioni essenziali, era conseguito sia attraverso la gestione diretta da parte dello Stato sia mediante l'assentimento della concessione di servizio pubblico ad una società privata tenuta però, sulla base di un'apposita convenzione, all'adempimento di una serie di obbligazioni nell'interesse generale.

Si noti che la stessa Commissione, nella recente Comunicazione del 2011 su "*Una qualità per i servizi di interesse generale in Europa*" afferma che "*La definizione di obblighi di servizio universale specifici è stabilita a livello europeo come componente essenziale della liberalizzazione del mercato nel settore dei servizi, quali le telecomunicazioni, i servizi postali e i trasporti*".

Nel diritto comunitario, in particolare, il servizio universale si articola fondamentalmente in quattro aspetti: a) la diffusione sul territorio, b) l'accessibilità fisica o geografica per chiunque, c) l'abbordabilità del prezzo d) il livello qualitativo delle prestazioni.

La sua importanza risiede nell'avere introdotto una garanzia di fruibilità di determinati servizi essenziali per tutti i cittadini, rendendo obbligatoria la loro erogazione anche nelle zone in cui la prestazione del servizio non risulti remunerativa per le imprese fornitrici[72].

Tale risultato è stato raggiunto, in alcuni casi, attraverso l'imposizione di una vera e propria obbligazione legale posta a carico dell'operatore designato[73].

Giungendo ad analizzare la nozione di servizio pubblico, deve innanzitutto evidenziarsi come sia piuttosto complesso individuarne precisamente i confini: la legislazione non ne ha mai fornito una nozione espressa e parte della dottrina ha rinunciato per lungo tempo alla ricerca di una nozione giuridica

[72] Ancora, si veda, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, 2005, Bologna, p. 17.

[73] Ad esempio, nel settore delle telecomunicazioni, a far data dall'adozione del d.P.R. n. 318/97, tale obbligo è stato posto sul territorio italiano in capo a Telecom Italia S.p.A. individuato quale operatore designato alla fornitura del servizio universale. F. LATTANZI, F. CANTELLA, *Il servizio universale*, in F. Bassan (a cura di) *Diritto delle comunicazioni elettroniche. Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, cit. p. 111 ss.

di servizio pubblico demandando alle scienze economiche il compito di delineare gli aspetti principali del tema[74].

Lo stesso legislatore comunitario ha preferito, attese le difficoltà di individuare con certezza i contorni della nozione di

[74] Si è cominciato, difatti, a pensare al servizio pubblico come nozione economica piuttosto che giuridica e ciò considerando anche il contenuto dell'art. 43 della Carta Costituzionale italiana che menziona nel medesimo contesto i servizi pubblici, le fonti di energia e le situazioni di monopolio, espressioni queste ultime che appartengono tutte alle scienze economiche. Nell'ambito della dottrina che si è occupata della definizione del concetto di servizio pubblico si distinguono tradizionalmente due indirizzi: a) la concezione di tipo "soggettivo" che fa discendere la natura pubblicistica di un servizio dalla natura pubblica del soggetto titolare (non assumendo invece rilevanza le caratteristiche dell'attività svolta); questa concezione non richiede che il servizio sia gestito in modo diretto ed esclusivo dalla P.A. perché per essa ciò che conta è l'imputabilità alla organizzazione pubblica complessiva della titolarità del servizio, non la sua gestione; b) la concezione di tipo "oggettivo" che fa discendere la natura pubblicistica di un'attività o di un servizio dal fatto che sia finalizzato al soddisfacimento di un interesse pubblico e sia caratterizzato da una penetrante disciplina pubblicistica non assumendo, di contro, rilevanza il fatto che i soggetti deputati alla sua attuazione abbiano natura pubblica o privata. Parte della dottrina rileva come ad una conclusione in tal senso (ossia di nozione di servizio pubblico in senso oggettivo) possa giungersi guardando al processo di privatizzazione che ha interessato gli enti pubblici economici; a seguito e per effetto di tali processi di privatizzazione si è assistito ad un progressivo passaggio da una forma diretta di intervento pubblico nell'economia ad un modello che vede la P.A. – e soprattutto quei nuovi organismi pubblici costituiti dalle Autorità – limitarsi ad un ruolo di regolamentazione, indirizzo e controllo di attività non semplicemente gestite, ma sempre più spesso assegnate a soggetti privati, titolari di attività che, tuttavia, non per ciò solo, perdono quelle connotazioni pubblicistiche che in passato avevano giustificato il loro espletamento da parte di enti pubblici. Sui servizi pubblici si veda: G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, p. 109, D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi economici di pubblica utilità*, in *Diritto pubblico*, 1999, p. 414, M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto pubblico*, cit., p. 190. In particolare, a favore della prima delle tesi illustrate, ossia quella che vede il servizio pubblico in un'accezione soggettiva, con specifico riferimento allo svolgimento dell'attività radiotelevisiva significativa è la pronuncia della Corte Costituzionale del 2002, n. 284 ove si afferma che il venir meno del monopolio statale dell'attività televisiva non ha fatto venir meno l'esistenza e la giustificazione costituzionale del servizio pubblico radiotelevisivo esercitato da un apposito concessionario rientrante, per struttura e modo di formazione degli organi di indirizzo e gestione, nella "sfera pubblica", in R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., p. 309.

servizio pubblico e considerate altresì le diverse accezioni presenti negli Stati membri, utilizzare la nozione di "servizi di interesse economico generale"[75].

Per quanto concerne i rapporti tra servizio pubblico e servizio universale, deve evidenziarsi come sia possibile individuare tra di loro un denominatore comune: ossia il perseguimento di finalità di interesse generale (o sociali); tuttavia il servizio universale porta con sé anche l'elemento della "universalità" della prestazione e della "abbordabilità" dei prezzi e, dunque, un rilievo specifico assume, con riferimento al concetto di servizio universale, il fatto che l'offerta dei servizi debba essere assicurata anche a condizioni potenzialmente "non remunerative"[76].

Ulteriori differenze possono inoltre rinvenirsi nella dimensione quantitativa, nel senso che al servizio universale spetta un regime più specifico e un ambito applicativo più ristretto di quello che appartiene al servizio pubblico[77].

---

[75] Cfr. il Libro Bianco su "*I servizi di interesse generale*" (Allegato I) del 12 maggio 2004, cit.

[76] Così: F. BASSAN, *Diritto delle comunicazioni elettroniche. Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, cit., p. 117; cfr., altresì, F. GOGGIAMANI, *La doverosità nei servizi pubblici*, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei servizi pubblici*, cit., p. 18. ss.

[77] Cfr. G.F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, cit., p. 1219 ss. ove l'A. sottolinea che, in base alla disciplina comunitaria, gli elementi della nozione comunitaria di servizio di interesse economico generale sembrerebbero riguardare "*il servizio universale, la continuità, la qualità del servizio, l'accessibilità delle tariffe, la tutela degli utenti e dei consumatori*". Tale conclusione, ad avviso dell'A., deve ritenersi tutt'altro che appagante ove si consideri che "*…il principio di continuità…risale all'esperienza del service public francese ed esprime la necessità che il servizio, rispondendo a bisogni fondamentali degli utenti, sia fornito regolarmente e senza interruzioni….*".

Ad ogni modo, deve rilevarsi come il servizio universale, fin dalle sue origini, abbia rappresentato il contenuto minimo del servizio pubblico, inteso come un insieme di obblighi verso la collettività che, in un contesto di mercato liberalizzato, deve essere garantito[78].

7. La trasformazione del ruolo dello Stato: da gestore del mercato a "regolatore"

A partire dagli anni Novanta del secolo scorso si è assistito ad un processo di progressiva abdicazione dello Stato dall'intervento diretto nell'economia.

Il modello dirigistico che aveva caratterizzato la maggior parte degli Stati europei, comportante un massiccio intervento dello Stato nell'economia, entra difatti ad un certo punto in crisi, il che determina una drastica riduzione della presenza pubblica nell'economia.

Si assiste, quindi, ad una spinta verso l'introduzione di un modello neo-liberista, caratterizzato da un processo di

---

L'A. osserva al riguardo che " *La disciplina della tutela degli utenti, più che derivare da un concetto comunitario o legittimare un regime speciale, costituisce la conseguenza della trasformazione del rapporto di utenza in una relazione di mercato…Quanto ai principi di qualità e di accessibilità delle tariffe, appare più corretto parlare di elementi della disciplina del servizio universale, piuttosto che di elementi autonomi della nozione di servizi di interesse economico generale*".

[78] Da ultimo, appare opportuno precisare per completezza che, con l'espressione "obblighi di servizio pubblico", ci si suole riferire agli obblighi specifici imposti dalle autorità pubbliche al fornitore del servizio per garantire il conseguimento di alcuni obiettivi di interesse pubblico, ad esempio in materia di energia e trasporti. Essi dunque sono identificabili con il contenuto specifico imposto in capo all'operatore tenuto a fornire il servizio pubblico/di interesse generale.

privatizzazione di settori economici in precedenza in mano pubblica, tra i quali, per l'appunto, quelli volti a soddisfare interessi economici generali.

Si profila l'idea, ben presto concretizzata, di trasferire la gestione di taluni servizi al settore privato, ritenuto anche maggiormente idoneo ad organizzarli in maniera più efficiente, lasciando allo Stato il ruolo di "regolatore" e "controllore" dei relativi settori[79].

Emerge così un nuovo modello organizzativo fondato sulla separazione tra governo e imprese, ciò anche al fine di limitare, soprattutto sulla spinta proveniente dalla Comunità europea, una eventuale ingerenza della politica su settori chiave per lo sviluppo sociale e per la soddisfazione di interessi primari dei cittadini.

Comincia a farsi particolarmente sentita, difatti, l'esigenza di svincolare la gestione di determinati settori sensibili dal condizionamento degli organi politici; tuttavia, si avverte l'esigenza di non estromettere completamente lo Stato da tali settori: l'affidamento della loro fornitura a soggetti privati, e il conseguente assoggettamento degli stessi alle regole del mercato,

[79] Il ruolo dello Stato, per effetto dei processi di privatizzazione avviati negli anni Novanta, cambia: esso, difatti, una volta tramontato il modello di intervento diretto nell'economica, viene retrocesso da gestore dei servizi pubblici a "regolatore"; detta circostanza ha reso necessario l'istituzione di soggettività pubbliche indipendenti, cui si è affidato principalmente il compito di evitare che le privatizzazioni dei precedenti enti pubblici economici comportassero la mera sostituzione al monopolista pubblico di quello privato. Cfr. R. GIARDA, *I diritti degli utenti finali*, in M. CLARICH e G. F. CARTEI (a cura di) *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 325 ss.

portava con sé il rischio di privare una parte della popolazione della garanzia della fornitura di servizi considerati essenziali e sino ad allora garantita attraverso una riserva "sostanziale" nello svolgimento delle relative attività allo Stato.

A fronte dei processi di privatizzazione dei servizi di interesse economico generale suddetti, si è, quindi, scelto di affidare poteri di regolazione e vigilanza dei relativi mercati a soggetti pubblici, facenti parte quindi dell'apparato statale, ma in grado di assicurare un esercizio "terzo" dell'attività loro affidata[80] in virtù della loro "indipendenza" dagli organi politici (e dal mercato di riferimento).

Pertanto, il ruolo dello Stato nei settori in esame, a seguito dei suddetti processi di privatizzazione avviati negli anni Novanta, si è trasformato profondamente: dal ruolo di "giocatore" in economia è passato a quello di "arbitro" e "regolatore" sotto la veste di Autorità amministrative indipendenti che, come si vedrà meglio nel prosieguo, presentano profili peculiari rispetto all'apparato amministrativo tradizionale.

Deve rilevarsi, da ultimo, come all'affermarsi del modello organizzativo suddetto abbia spesso concorso la normativa

---

[80] Cfr. M. CLARICH, G. CORSO, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive*, in *Nexus*, cit. p. 18, ove gli Autori efficacemente osservano che "*Se la competenza a stabilire le regole venisse affidata al governo e agli apparati amministrativi sarebbe altamente probabile una loro formulazione in termini favorevoli all'ex monopolista, per via dell'aggregazione di interessi che si è nel tempo formata (scambio di favori tra dirigenza politica, management del gestore, sindacati*)".

europea intervenuta, non di rado, a richiedere l'istituzione di Autorità indipendenti di regolazione, prevedendone altresì, in taluni casi, l'integrazione in sistemi a rete coordinati a livello europeo, dotandole di una "legittimazione" e un "riconoscimento" di tipo comunitario[81].

8. L'utente: da destinatario (passivo) di un servizio pubblico a "titolare di diritti"

L'apertura alla concorrenza dei servizi di interesse economico generale e la privatizzazione delle relative attività hanno comportato un cambiamento del tradizionale rapporto tra concessionario del servizio pubblico e utente.

Tale cambiamento è avvenuto con modalità e tempistiche differenti nei diversi settori interessati da detti interventi.

Significativa, in tal senso, è l'esperienza del settore delle telecomunicazioni[82].

A ben vedere, difatti, in detto settore il rapporto tra concessionario e utente (per quanto concerne la telefonia fissa) si fondava originariamente su una "polizza di abbonamento" al servizio telefonico, disciplinata dal d.m. 11 novembre 1930

---

[81] C. CALABRÒ, *Indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti: audizione del Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, intervento presso la Commissione I Affari costituzionali (Camera dei Deputati), 10 marzo 2010 consultabile all'indirizzo <<*http://www.agcom.it/Attivia Istituzionali.aspx*>>.

[82] Per un approfondimento di tale aspetto nel settore delle telecomunicazioni si veda: R. GIARDA, *I diritti degli utenti finali*, in M. CLARICH e G. F. CARTEI (a cura di) *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 190 ss.

(contenente il regolamento di servizio per gli abbonamenti telefonici), da cui discendevano una serie di "obblighi" in capo all'abbonato[83].

In virtù del processo di liberalizzazione e di privatizzazione che ha investito tale settore, anche il ruolo dell'utente è stato profondamente ripensato[84].

Con l'attuazione dei suddetti processi e in virtù dell'"attrazione" dei servizi di telecomunicazioni nell'area del mercato, difatti, l'utente, da "destinatario (passivo) di un servizio pubblico"[85] è divenuto "titolare di diritti" nell'ambito di un articolato rapporto contrattuale di tipo cliente-fornitore[86]; il rapporto di utenza è stato così ricondotto sotto il regime di diritto privato[87]. Detti cambiamenti hanno reso necessaria la previsione di una disciplina specifica a tutela degli utenti di telefonia, introdotta inizialmente con il d.P.R. 19 settembre 1997, n. 318,

---

[83] G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, p. 109.

[84] Il precedente sistema, difatti, era caratterizzato dalla riserva allo Stato delle attività di telecomunicazioni di cui alcune gestite direttamente dallo Stato, mentre altre rimesse ad un operatore economico privato sulla base di un provvedimento concessorio.
Cfr.: le Comunicazioni della Commissione delle Comunità europee sui servizi d'interesse economico generale in Europa del 2001 (2001/C 17/04) e del 1996 (C1996/281/03) nonché il Libro verde della Commissione delle Comunità europee sui servizi di interesse generale, COM (2003), p. 270.

[85] M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto pubblico*, cit., p. 190.

[86] D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi economici di pubblica utilità*, in *Diritto pubblico*, 1999, p. 414.

[87] Cfr. G. F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, cit. p. 1219 ove l'A. evidenzia che "*La disciplina della tutela degli utenti, più che derivare da un concetto comunitario o legittimare un regime speciale, costituisce la conseguenza della trasformazione del rapporto di utenza in una relazione di mercato…*"

con il quale si è riconosciuto che "*l'installazione, l'esercizio e la fornitura di reti di telecomunicazioni nonché la prestazione dei servizi ad esse relativi accessibili al pubblico sono attività di preminente interesse generale, il cui espletamento si fonda (…) sulla tutela degli utenti e sulla loro libertà di scelta tra i servizi forniti dai diversi operatori*"; a ciò ha fatto seguito, di lì a poco, il d.P.R. 11 gennaio 2001, n. 77 che, recependo i principi comunitari della direttiva 98/10/Ce, ha inteso assicurare "*la disponibilità su tutto il territorio nazionale di servizi telefonici pubblici fissi d buona qualità*" e definire "*l'insieme dei servizi ai quali tutti gli utenti, compresi i consumatori, possono avere accesso nel contesto del servizio universale alla luce delle specifiche condizioni nazionali, a prezzi accessibili*"[88].

Le suddette disposizioni sono poi confluite nel Codice delle comunicazioni elettroniche con il quale sono state recepite, tra le altre, le disposizioni contenute nella direttiva Ce del 7 marzo 2002, n. 2002/22, relativa al servizio universale[89] e ai diritti degli

[88] R. GIARDA, *I diritti degli utenti finali*, in M. CLARICH e G. F. CARTEI (a cura di) *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 190 ss.

[89] Nel regime precedente di riserva allo Stato dei servizi di telecomunicazioni, le prestazioni riconducibili a "servizio universale" erano poste *convenzionalmente* a carico del concessionario e costituivano una sorta di parziale controprestazione ai privilegi derivanti dalla posizione monopolistica nel settore delle telecomunicazioni. Una volta cambiato lo scenario è sorta l'esigenza di garantire, nel mutato contesto concorrenziale, la fornitura dei servizi di interesse generale; detta circostanza ha indotto il legislatore ad introdurre, a carico dell'operatore designato, una vera e propria "obbligazione legale" di fornitura del servizio universale, al fine di assicurare a tutti i cittadini l'esercizio della libertà costituzionalmente garantita della "comunicazione interpersonale". Vd. F. BASSAN, *Diritto delle comunicazioni elettroniche. Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, cit., p. 5 ss. Cfr. A. VALASTRO, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*,

utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica[90].

Giova qui rammentare che il servizio universale viene dapprima declinato nel d.P.R. n. 318/97 e, in seguito, più compiutamente nel Capo IV del Titolo II del Codice[91].

Nel predetto Capo IV vengono individuati i "confini" del servizio universale, e dunque le prestazioni minime che devono essere assicurate nell'alveo del servizio universale; giova rilevare come il riferimento nel suddetto Capo IV – oltre che al "*servizio universale*" – ai "*diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazioni elettronica*", e la ripartizione della relativa disciplina in due diverse Sezioni (Sezione I e III), riveli l'esistenza di "ulteriori pretese soggettive", oltre alle prestazioni di servizio universale, che l'utente può vantare nei confronti del fornitore del servizio, nell'ambito del rapporto contrattuale con il fornitore del servizio[92].

Milano, 2001, p. 316. V. altresì: R. ZACCARIA e A.VALASTRO, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2010, p. 5 ss.

[90] L. FAVINO, *La tutela di origine comunitaria dei diritti degli utenti e dei consumatori impone nei rapporti contrattuali principi di lealtà e trasparenza*, in *Archivio civile*, 2000, p. 1383.

[91] Sul punto vd.: G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002, p. 313; G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e il diritto dei cittadini utenti*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2000, p. 450. G. NAPOLITANO, *I rapporti tra organismi di telecomunicazioni e utenti*, in F. BONELLI e F. CASSESE (a cura di) *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999, p. 278.

[92] Cfr.: F. BRUNO, G. NAVA, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni*, Milano, 2006, p. 631 ove, in relazione alla figura del servizio universale nel settore delle telecomunicazioni, gli Autori affermano che "*il legislatore comunitario, dopo aver posto preliminarmente attenzione alla definizione di misure regolamentari di natura tecnico-operativa, economica e giuridica a carico degli ex monopolisti per stimolare la nascita di soggetti concorrenti…introduceva nell'ordinamento ulteriori misure regolamentari che garantissero in via preventiva, sotto il profilo contrattuale procedurale delle modalità e qualità delle offerte, la tutela della genericità degli utenti e dei consumatori, che in un ambiente darwinianamente competitivo,*

L'utente diventa così "titolare di diritti" ad esso espressamente attributi dal legislatore: in aggiunta al diritto alla possibilità di fruire di tutti quei servizi riconducibili alla nozione di servizio universale, il legislatore, difatti, in attuazione per lo più di direttive comunitarie[93], ha riconosciuto *ex lege* in capo all'utente una serie di diritti; si pensi, a titolo esemplificativo, al diritto di ricevere una serie di informazioni nella fase pre-contrattuale o al diritto di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali e senza costi non giustificati e, ancora, al diritto ad ottenere la restituzione del credito residuo.

Il contratto di utenza telefonica, in cui i suddetti diritti devono essere specificamente indicati, presenta delle peculiarità rispetto al contratto di diritto comune; esse vanno individuate, per l'appunto, nella obbligatoria "conformazione" del contenuto del regolamento contrattuale a talune previsioni normative (che vanno dai precisi obblighi informativi cui è tenuto l'operatore al riconoscimento di alcuni diritti all'utente)[94].

---

avrebbero potuto trovarsi in una situazione di asimmetria informativa e privi di strumenti atti a tutelare tempestivamente i propri diritti nei confronti di operatori non più vincolati a comportamenti coerenti con il ruolo di concessionari pubblici".

[93] Alle direttive comunitarie in materia è stata data attuazione nell'ordinamento italiano con il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche) recante nel Capo quarto un'apposita sezione dedicata ai "*diritti degli utenti*" (Sezione terza). Il suddetto d. l.vo è stato di recente modificato in attuazione del cosiddetto Terzo pacchetto di direttive del 2009 (direttive 2009/136/CE e 2009/140/CE). La disciplina concernente il contenuto "minimo" del contratto è contenuta nell'art. 70 del suddetto Codice.

[94] Un ulteriore intervento del legislatore di questo tipo, diretto cioè ad incidere sul rapporto contrattuale, si è avuto di recente con disposizioni *ad hoc* sulla durata del vincolo contrattuale. Sino alla recente modifica del Codice delle comunicazioni elettroniche il contratto di utenza telefonica non era soggetto a particolari limiti di durata. Con il d.l.vo 70/12, di attuazione delle direttive comunitarie nn. 136 e 140

Il contratto assume, quindi, un ruolo centrale nella protezione degli utenti finali, divenendo esso stesso un importante strumento di tutela[95].

Un'evoluzione analoga del rapporto tra fornitore del servizio e relativo fruitore si individua in altri settori concernenti i servizi di interesse economico generale; in alcuni di essi il suddetto rapporto è sostanzialmente configurato nella sua dimensione contrattuale, dal che ne discende la predisposizione di una serie di tutele nei confronti dell'utente (ne è un esempio il

---

del 2009, è stato invece previsto che "*L'Autorità provvede affinché i contratti conclusi tra consumatori e imprese che forniscono servizi di comunicazione elettronica non devono imporre un primo periodo di impegno iniziale superiore a 24 mesi. L'Autorità provvede altresì affinché le imprese offrano agli utenti la possibilità di sottoscrivere un contratto della durata massima di dodici mesi"* (art. 80, comma 4, *quater*). Si è pertanto attribuito all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni il potere di regolamentare la materia stabilendo che i contratti di comunicazione elettronica non possano vincolare le parti per un periodo iniziale superiore a ventiquattro mesi, facendo ad ogni modo salva la possibilità per gli utenti di stipulare un contratto della durata massima di dodici mesi. Le ragioni di tale previsione sono desumibili dalla richiamata direttiva 136/2009: nella parte dedicata ai considerando si legge difatti che "*…per trarre pienamente vantaggio dall'ambiente concorrenziale, è opportuno che i consumatori possano effettuare scelte informate e cambiare fornitore se è nel loro interesse. È essenziale assicurare che possano farlo senza incontrare ostacoli giuridici, tecnici o pratici, in particolare sotto forma di condizioni contrattuali, procedure, costi ecc*." (considerando n. 47).

[95] A livello comunitario è stato espressamente chiarito come il contratto svolga un ruolo centrale nella protezione degli utenti finali: esso costituisce difatti uno "*strumento importante per garantire agli utenti e ai consumatori un livello minimo di trasparenza dell'informazione e di certezza del diritto*". Ancora, è stato precisato come l'affidabilità delle relazioni commerciali nel settore delle comunicazioni elettroniche sia connessa alla circostanza che "*i termini del contratto, le condizioni, la qualità del servizio, le modalità di rescissione del contratto e di cessazione del servizio, le misure di indennizzo e le modalità di risoluzione delle controversie sono precisate nel contratto stesso*"; ciò appare coerente con l'evoluzione del mercato delle comunicazioni elettroniche nell'ambito del quale i consumatori possono "*beneficiare di un livello minimo di certezza del diritto nelle loro relazioni contrattuali con il proprio fornitore diretto di servizi telefonici*"(considerando n. 30, Direttiva 2002/22/CE).

mercato dell'energia elettrica e gas ove il regime di tutela degli utenti è, difatti, oramai piuttosto avanzato)[96], mentre in altri esso è attualmente in via di trasformazione come conseguenza del processo di liberalizzazione che sta interessando i relativi settori e del conseguente mutamento del rapporto di utenza in una "relazione di mercato"[97]; esemplificativo in tal senso è il settore dei servizi postali.

A fini di completezza, giova evidenziare come non tutti i servizi considerati di interesse generale siano stati, in qualche misura, destinatari dei processi di liberalizzazione (e talvolta di privatizzazione) cui si è fatto sopra riferimento, in modo tale da mutare il rapporto tra il fornitore del servizio e l'utente[98].

Esemplificativo in tal senso è il rapporto tra la concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo (RAI-

---

[96] Vd *supra* Cap. 3, pr. 3.

[97] Cfr. altresì G. F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, n. 5, p. 1219 ss., ove l'A. rileva come la disciplina della tutela degli utenti costituisca la conseguenza della trasformazione del rapporto di utenza in una "relazione di mercato".

[98] A ben vedere, difatti, il venir meno del monopolio statale nel mercato radiotelevisivo non ha comportato il venire meno della giustificazione costituzionale del servizio pubblico radiotelevisivo, che risiede nella sua funzione specifica, volta a soddisfare il diritto all'informazione ed i connessi valori costituzionali, primo fra tutti il pluralismo. Così si è espressa la Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 284 del 2002; essa ha inoltre chiarito, nella medesima pronuncia, che il servizio pubblico radiotelevisivo è "*esercitato da un apposito concessionario rientrante, per struttura e modo di formazione degli organi di indirizzo e di gestione, nella sfera pubblica*". Cfr. R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit. p. 309 ove l'A. rileva come con questa impostazione della Corte, se pur siano possibili privatizzazioni parziali (nel senso di cessione di quote di controllo) della concessionaria, si sia invece sbarrato il passo alle ipotesi di privatizzazione totale della Rai-Radiotelevisione S.p.A. avanzate, per la prima volta, nella Legge Gasparri e confluite nel Testo Unico sui servizi media.

Radiotelevisione S.p.A.) e gli utenti che sembra restare, ad oggi, nei binari della tradizionale concezione di concessionario di un servizio di interesse generale e relativo fruitore del servizio (pubblico)[99].

[99] Tale circostanza si desume chiaramente dalla natura della RAI – Radiotelevisione S.p.A. che, pur essendo costituita in forma di società per azioni, si caratterizza per un regime speciale, con profili peculiari di diritto pubblico. Il servizio pubblico generale radiotelevisivo è difatti affidato per concessione alla RAI – Radiotelevisione S.p.A. ed è svolto sulla base di un contratto nazionale di servizio stipulato con il Ministero delle comunicazioni, con il quale sono individuati i diritti e gli obblighi della società concessionaria. Gli utenti sono tenuti, dal canto loro, a corrispondere un canone che, a ben vedere, non si configura come un corrispettivo per il servizio reso, ma piuttosto come un "tributo" statale, ricollegabile non alla fruizione del servizio televisivo, ma alla detenzione dell'apparecchio. Il canone televisivo si configura, per espressa previsione legislativa, come imposta "sul possesso" di apparecchi adattabili alla ricezione dei programmi televisivi e dunque non strettamente correlata alla fruizione del servizio radiotelevisivo, ma dovuta dai cittadini per il solo fatto di detenere un apparecchio radiotelevisivo *(R.D.L.21/02/1938 n.246*. Inoltre, nel corso del tempo, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha chiarito che il canone non trova la sua ragione nell'esistenza di uno specifico rapporto contrattuale che lega il contribuente e la concessionaria, ma costituisce una prestazione tributaria dovuta indipendentemente dalla fruizione del servizio(Corte Cass. 20 novembre 2007, n. 4010). La Corte Costituzionale ha inoltre chiarito che trattasi di una prestazione non qualificabile come "tassa" (ricollegabile cioè alla fruizione del servizio), quanto piuttosto come "imposta" (un tributo cioè in cui il cui presupposto non presenta alcuna relazione con un'attività corrispondente a favore del soggetto obbligato al pagamento) (Corte Cost. n. 284/2002, ribadito nella pronuncia n. 255/2010). Al riguardo, particolarmente interessante è la sentenza n. 284/2002 ove la Corte giunge ad affermare come, ai fini della costituzionalità dell'imposizione del pagamento del canone, non rilevi la circostanza che l'utente riceva o meno le trasmissioni del servizio pubblico, ricollegando, invece, tale imposizione al semplice possesso dell'apparecchio e attribuisce al canone la funzione di "imposta di scopo" finalizzata cioè al finanziamento di un servizio pubblico in quanto servizio di interesse generale.

CAPITOLO 2.

LA RECENTE ADOZIONE DELLA DIRETTIVA SUI DIRITTI DEI CONSUMATORI E IL SUO PROSSIMO INGRESSO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. L'adozione della Direttiva n. 83/11/UE sui diritti dei consumatori

La Direttiva europea sui diritti dei consumatori[100], adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 25 ottobre 2011 (n. 83/11/UE), come si evince dal titolo, si propone di rafforzare i diritti dei consumatori nell'ambito dei rapporti commerciali con i professionisti[101].

Essa rappresenta una delle espressioni maggiormente significative della volontà del legislatore europeo di coniugare l'esigenza di tutela dei consumatori con quella di garantire il buon funzionamento del mercato unico[102].

---

[100] Pubblicata in G.U.C.E L 304 del 22.11.2011, pp. 64-88.

[101] Appare opportuno effettuare, preliminarmente, qualche cenno al percorso che ha condotto all'adozione della Direttiva 83/11/UE. Giova qui soltanto accennare al fatto che il progetto iniziale della Commissione, concepito come un'opera di revisione dell'intero *acquis* comunitario in materia di diritto dei consumatori, avviato nel 2004, subì una battuta d'arresto nel 2007 con l'adozione del Libro Verde recante "*Revisione dell'acquis relativo ai consumatori*"; lì difatti furono prese in esame soltanto otto delle numerose direttive riguardanti i diritti e la tutela dei consumatori. In seguito, in occasione della redazione del testo della proposta di direttiva sui diritti dei consumatori, l'ambito di intervento venne ulteriormente ridotto a quattro direttive in materia di diritti dei consumatori. Il risultato finale è, per l'appunto, il testo della Direttiva 83/11/UE che interviene in maniera incisiva soltanto su due direttive in materia di tutela dei consumatori, ossia su quella concernente i contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali e su quella riguardante i contratti conclusi a distanza[101], toccando, invero, soltanto alcuni marginali profili delle altre direttive prese in esame, ossia la direttiva concernente le clausole contrattuali abusive e la direttiva sulla vendita dei beni di consumo. Cfr.: L. DELOGU, *La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori: la situazione a un anno dalla sua presentazione*, in *Osservatorio sul diritto europeo*, 2009, p. 954.

[102] La nozione di mercato comune è stata elaborata in via interpretativa ad opera della giurisprudenza della Corte di Giustizia. In particolare, si è osservato che "*la nozione di mercato comune, elaborata dalla Corte nella sua costante giurisprudenza, mira ad eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al*

La suddetta circostanza si desume chiaramente dalla lettura dell'articolo 1, della Direttiva in esame ove si precisa che "*tramite il conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori, (si) intende contribuire al corretto funzionamento del mercato interno*"; tuttavia, deve rilevarsi che l'innalzamento del grado di tutela dei consumatori sembra qui concepito come fattore strumentale all'obiettivo del buon funzionamento del mercato, e non come l'obiettivo precipuo di tale direttiva[103].

Diversi comunque sono, come si vedrà meglio nel prosieguo, gli aspetti concernenti i diritti dei consumatori che, in questa operazione ne risultano rafforzati[104].

Giungendo ad esaminare le novità contenute nella Direttiva sui consumatori, si rileva innanzitutto che sono ivi unificate le regole riguardanti i contratti negoziati al di fuori dei locali

---

fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico, il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno" (Corte Giust. 5 maggio 1982, C-15/81). L'obiettivo della creazione di un mercato comune, fissato con il Trattato Cee, muta, nel corso del tempo, la sua denominazione in mercato interno o mercato unico.

[103] Si noti, del resto, che la base giuridica della direttiva in esame è individuata nell'art. 114 del TFUE, concernente il mercato interno e il ravvicinamento delle legislazioni, e non, invece, nelle disposizioni concernenti l'innalzamento della protezioni dei consumatori di cui all'art. 169 del TFUE (ex art. 153 TCE). Tuttavia, si evidenzia che lo stesso art. 114 del TFUE fa espresso riferimento all'esigenza di tenere conto, nel perseguimento dell'obiettivo del ravvicinamento delle legislazioni dei Paesi membri, l'aspetto riguardante la tutela dei consumatori.

[104] Nei primi considerando della Direttiva è espressamente specificato che la finalità è quella di semplificare e aggiornare le norme esistenti in materia di tutela del consumatore e di armonizzare alcuni aspetti, al fine di garantire una maggiore omogeneità delle regole e una maggiore certezza per consumatori e imprese. Del resto, nel considerando 4 si precisa che l'armonizzazione, che costituisce uno degli obiettivi principali della direttiva, risulta necessaria per promuovere un effettivo mercato interno che raggiunga il giusto equilibrio tra un elevato livello di tutela dei consumatori e la competitività delle imprese.

commerciali e i contratti a distanza, riunite ora in un'unica direttiva e, sotto taluni profili, anche uniformate[105].

Alcune modifiche, non di particolare rilievo, sono inoltre apportate alla direttiva 93/13/Cee, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, e alla direttiva 99/44/Ce, relativa a taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo; si tratta, essenzialmente, di obblighi informativi posti in capo agli Stati Membri nei confronti della Commissione europea.

Con la Direttiva 83/11/UE ci si prefigge di rimuovere le incoerenze e colmare le lacune riscontrate nella disciplina esistente e di rafforzare i diritti dei consumatori, contribuendo così a dare nuovo impulso alle vendite a distanza transfrontaliere, incluse quelle via Internet, a vantaggio, come accennato, dello sviluppo del mercato interno.

Nei considerando della Direttiva viene, difatti, dato grande risalto alla circostanza che il potenziale transfrontaliero delle vendite a distanza, che dovrebbe rappresentare uno dei principali risultati tangibili del mercato interno, non sia completamente sfruttato; a fronte della crescita significativa delle vendite a

[105] Vd. il considerando n. 2 della Direttiva, ove si chiarisce che "*Tali direttive* (direttive 85/577/Ce e 97/7/Ce) *sono state riesaminate alla luce dell'esperienza al fine di semplificare e aggiornare le norme applicabili, rimuovere le incoerenze e colmare le lacune indesiderate nella normativa. Il riesame ha dimostrato che è opportuno sostituire queste due direttive con una direttiva unica. La presente direttiva dovrebbe pertanto stabilire norme standard per gli aspetti comuni dei contratti a distanza e dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali distanziandosi dall'approccio di armonizzazione minima di cui alle precedenti direttive e consentendo, al contempo, agli Stati membri di mantenere o adottare norme nazionali relative a taluni aspetti*".

distanza registrata negli ultimi anni all'interno dei confini nazionali risulta, di contro, limitata la crescita delle vendite a distanza transfrontaliere. Tale discrepanza è particolarmente significativa per le vendite via Internet, considerato il potenziale insito in tale mezzo di comunicazione.

Specifica attenzione è poi dedicata anche alla disciplina dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali. Al riguardo, il legislatore europeo evidenzia come il loro potenziale transfrontaliero sia limitato da una serie di fattori tra i quali un ruolo rilevante svolge la diversità esistente tra le norme a tutela dei consumatori nei diversi Stati membri. Anche per questa tipologia di contratti, a fronte di un incremento delle vendite effettuate nei diversi ordinamenti nazionali – specie nel settore dei servizi – non si è registrato un aumento analogo per quanto riguarda gli acquisti oltrefrontiera.

Il legislatore europeo intende, quindi, con un'opera di *restyling* della disciplina vigente (di cui un tratto caratterizzante è l'approccio ad "armonizzazione massima"), rimuovere gli attuali ostacoli che attualmente si frappongono allo sviluppo di un effettivo mercato interno e che determinano la riluttanza dei consumatori ad effettuare acquisti oltrefrontiera (per l'esistenza di livelli di tutela differenti e la conseguente incertezza sui loro diritti) come anche delle imprese ad estendere la rete

commerciale oltrefrontiera (a causa dei costi connessi che dovrebbero sostenere)[106].

Le finalità che si intendono raggiungere con la Direttiva in discorso sono ben chiarite nell'articolo 1 della stessa, ove viene precisato che lo scopo della direttiva è quello di contribuire, tramite il conseguimento di un elevato livello di tutela dei consumatori, ad un miglior funzionamento del mercato interno[107].

---

[106] Significativo, al riguardo, è anche quanto contenuto nel considerando n. 7: "*L'armonizzazione completa di alcuni aspetti normativi chiave dovrebbe aumentare considerevolmente la certezza giuridica sia per i consumatori che per i professionisti. Entrambi dovrebbero poter fare affidamento su un unico quadro normativo basato su concetti giuridici chiaramente definiti che regolamentano taluni aspetti dei contratti tra imprese e consumatori nell'Unione. Grazie ad una tale armonizzazione dovrebbe essere possibile eliminare gli ostacoli derivanti dalla frammentazione delle norme e completare il mercato interno in questo settore. Tali barriere possono essere superate soltanto mediante un insieme di norme uniformi a livello dell'Unione. Inoltre, i consumatori dovrebbero beneficiare di un elevato livello di tutela in tutta l'Unione*". Cfr., sul punto, anche il testo contenente la proposta di direttiva sui diritti dei consumatori, ed in particolare la relazione di accompagnamento (COM(2008) 614 definitivo), ove si afferma che "*L'obiettivo della proposta è quello di contribuire ad un migliore funzionamento del mercato interno tra consumatori e imprese aumentando la fiducia del consumatore nel mercato interno e riducendo la riluttanza delle imprese ad operare a livello transfrontaliero. Questo obiettivo globale dovrebbe essere raggiunto riducendo la frammentazione, rafforzando il quadro normativo e fornendo ai consumatori un elevato livello comune di tutela e un'informazione adeguata sui loro diritti e su come esercitarli*. Cfr. N. SCANNICCHIO, *Consumatori e conclusione dei contratti a distanza tra ordinamenti nazionali, direttive comunitarie e diritto comparato,* in *Rivista critica di diritto civile*, 1994, p. 30, ove l'A. evidenzia la connessione della disciplina a tutela del consumatore con il perseguimento del fine della creazione di un mercato interno.

[107] Cfr. l'art. 1, della Direttiva 83/11/UE ove si precisano le finalità che si intendono conseguire con la direttiva in esame ed, in particolare, si precisa: "*La presente direttiva, tramite il conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori, intende contribuire al corretto funzionamento del mercato interno mediante l'armonizzazione di taluni aspetti delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di contratti conclusi tra consumatori e professionisti*".

Al conseguimento di detto obiettivo si intende giungere attraverso la rimozione delle eventuali incoerenze e lacune nell'attuale normativa, la unificazione e la semplificazione delle regole vigenti sui contratti a distanza e sui contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali e l'adozione, come accennato, di un approccio di "armonizzazione massima", considerato quest'ultimo come uno strumento indispensabile per superare l'attuale frammentazione normativa riscontrata nei diversi Stati membri[108].

2. Le novità della Direttiva in materia di contratti con i consumatori

Come illustrato nel precedente paragrafo, il legislatore europeo focalizza la propria attenzione sulla necessità di contribuire, con tale intervento, al corretto funzionamento del mercato interno e tale obiettivo si intende perseguire mediante una riorganizzazione delle norme attualmente vigenti in materia di diritti dei consumatori in un unico strumento di tipo

[108] L'articolo 4 della Direttiva 83/11 stabilisce: "*Salvo che la presente direttiva disponga altrimenti, gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso*". Vd. altresì il considerando n. 4 ove si chiarisce che "…*L'armonizzazione di taluni aspetti dei contratti a distanza conclusi dai consumatori e dei contratti da essi negoziati fuori dei locali commerciali è necessaria per promuovere un effettivo mercato interno dei consumatori, che raggiunga il giusto equilibrio tra un elevato livello di tutela dei consumatori e la competitività delle imprese, assicurando nel contempo il rispetto del principio di sussidiarietà*".

"orizzontale", disciplinante cioè, trasversalmente, tutti i contratti stipulati tra consumatori e professionisti[109].

La Direttiva in esame prevede norme specifiche sia per quanto concerne i contratti conclusi all'interno dei locali commerciali sia, come accennato innanzi, per quanto riguarda i contratti conclusi a distanza e al di fuori dei locali commerciali[110].

Particolare attenzione è però dedicata a queste ultime due tipologie, e ciò, sia sotto il profilo degli obblighi gravanti in capo al professionista sia per ciò che concerne l'esercizio del cosiddetto "diritto di ripensamento".

Prima di passare ad esaminare le novità più rilevanti contenute nella Direttiva sui consumatori, appare opportuno fare cenno, se pur brevemente, all'evoluzione che ha subito il progetto iniziale di revisione delle direttive in materia di consumatori nel tempo di molto ridimensionato[111].

Il progetto iniziale della Commissione era, difatti, quello di operare una revisione dell'intero *acquis* comunitario in materia

---

[109] La Direttiva in esame individua le proprie finalità nell'articolo 1, ove si chiarisce che essa: "(…) *intende contribuire al corretto funzionamento del mercato interno mediante l'armonizzazione di taluni aspetti delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di contratti conclusi tra consumatori e professionisti"*.

[110] Cfr. l'art. 2 della Direttiva 83/11/UE recante "*Definizioni*", punto 9, ove i locali commerciali vengono definiti come: "*a) qualsiasi locale immobile adibito alla vendita al dettaglio in cui il professionista esercita la sua attività su base permanente*", oppure "*b) qualsiasi locale mobile adibito alla vendita al dettaglio in cui il professionista esercita la propria attività a carattere abituale*".

[111] Per un approfondimento sul punto vd. *supra* la nota 101.

di diritto dei consumatori; il progetto, avviato nel 2004[112], subì una prima battuta d'arresto nel 2007 con l'adozione del Libro Verde recante "*Revisione dell'acquis relativo ai consumatori*"[113]; lì difatti venivano prese in considerazione soltanto otto delle direttive esistenti riguardanti i diritti e la tutela dei consumatori.

In seguito, in occasione della redazione della bozza della direttiva in esame[114], l'ambito di intervento venne ulteriormente ristretto, giungendo a ricomprendere soltanto quattro delle direttive sui consumatori.

Il risultato finale è la Direttiva 83/11/UE che interviene in maniera incisiva soltanto su due delle direttive vigenti in materia di diritti dei consumatori, ossia quella concernente i contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali e quella riguardante i contratti conclusi a distanza[115], toccando, invero, alcuni profili,

---

[112] COM(2004) 651 definitivo.
[113] COM (2006) 744 definitivo.
[114] COM(2008) 614 definitivo.
[115] Cfr. il parere del CESE sulla proposta di direttiva sui diritti dei consumatori, pubblicato in GUCE (2009/C 317/09) "*Il Comitato economico e sociale europeo (CESE) raccomanda che la proposta di direttiva sui diritti dei consumatori presentata dalla Commissione venga riformulata nei termini esposti nel presente parere e che quindi, piuttosto che cercare di realizzare un'armonizzazione completa, ci si limiti a un'armonizzazione orizzontale delle vendite negoziate fuori dei locali commerciali e delle vendite a distanza, perché si tratta delle fattispecie più interessate dal commercio transfrontaliero*". Per quanto riguarda gli altri aspetti trattati dalla proposta di direttiva, si afferma nel suddetto parere che "*…bisognerebbe ritirare e sopprimere i paragrafi relativi alle clausole abusive e alla vendita e alle garanzie dei beni, in quanto affrontano aspetti che, allo stato attuale dell'evoluzione del diritto comunitario, non possono essere trattati adeguatamente con una completa armonizzazione*".

soltanto marginali, delle direttive concernenti le clausole contrattuali abusive e la vendita dei beni di consumo[116].

Nei considerando della direttiva in esame viene posta, del resto, l'attenzione sull'esigenza di riesaminare la direttiva 85/577/CEE, riguardante la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali[117], e la direttiva

[116] In particolare, è stato disposto, con riferimento alla direttiva 93/13/Cee, che qualora uno degli Stati membri adotti le disposizioni di cui all'articolo 8 della stessa (che stabiliscano un grado di protezione più elevato per il consumatore), ne informa la Commissione europea. L'inserimento di un obbligo analogo viene disposto nella direttiva 99/44/Ce, con l'inserimento di uno specifico articolo (art. 8-*bis*) con il quale, per appunto, si stabilisce che qualora uno Stato membro adotti disposizioni di protezione più rigorose sia tenuto ad informarne la Commissione. L'articolato si conclude con le consuete disposizioni sulle tempistiche per l'entrata in vigore (il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione) e l'individuazione dei destinatari. Seguono i due allegati contenenti, il primo, le informazioni sul diritto di recesso e il modulo "tipo", il secondo una tavola di concordanza, utile a comprendere le modifiche intervenute sulle disposizioni esistenti e la loro collocazione nella nuova direttiva.

[117] Con la direttiva n. 85/577/Cee il legislatore comunitario è intervenuto a disciplinare una particolare modalità di conclusione del contratto, considerando l'insidiosità che può rappresentare per il consumatore l'utilizzo di una tecnica di negoziazione diversa da quella tradizionale che si svolge nei locali commerciali. La disciplina comunitaria prende, per l'appunto, in considerazione i casi di contratti conclusi in un luogo diverso dal locale commerciale ed, in particolare, quelli stipulati durante una escursione organizzata dal professionista al di fuori dei propri locali commerciali, durante una visita al domicilio del consumatore, sul posto di lavoro o presso altri luoghi in cui il consumatore si trovi per finalità di studio o di cura, sempre che la visita non abbia luogo su espressa richiesta del consumatore. Ebbene, la *ratio* della normativa è desumibile dal considerando n. 4 della disciplina comunitaria ove si afferma "*la caratteristica dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali del commerciante è che, di regola, il commerciante prende l'iniziativa delle trattative, il consumatore è impreparato di fronte a queste trattative e si trova preso di* sorpresa; che il consumatore non *ha spesso la possibilità di confrontare la qualità e il prezzo che gli vengono proposti con altre offerte*". L'esigenza di tutelare il consumatore deriva quindi dalla circostanza che, in queste tipologie contrattuali, il consumatore viene "colto di sorpresa" e può determinarsi ad acquistare il prodotto offerto esclusivamente per via delle suggestioni derivanti dalle circostanze con cui è prospettato l'acquisto.

97/7/CE[118], riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, e ciò al fine di semplificare e aggiornare le norme applicabili, rimuovere le incoerenze e le lacune esistenti come anche ad armonizzare taluni aspetti dei contratti a distanza e dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali; l'armonizzazione è espressamente individuata dal legislatore europeo come "*necessaria per promuovere un effettivo mercato interno dei consumatori, che raggiunga il giusto equilibrio tra un elevato livello di tutela dei consumatori e la competitività delle imprese*" (considerando n. 4)[119].

In tal modo, si giustifica, quindi, la scelta del legislatore comunitario di circoscrivere l'ambito del riesame alle direttive

---

[118] Trattasi di contratti conclusi senza la presenza fisica e simultanea del consumatore e del professionista (cosiddetti contratti *inter absentes*) e proprio tale elemento, considerato unitamente alla impossibilità per il consumatore di visionare il bene e all'utilizzo di tecniche di comunicazione a distanza (di cui il consumatore potrebbe non avere sufficiente padronanza), hanno suggerito la previsione di una specifica disciplina a tutela del consumatore. La letteratura in materia è vasta; si vedano, tra gli altri: G. DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norma a tutela del consumatore*, in *Studium iuris*, 1999, p. 150, G. DE MARZO, *I contratti a distanza, Commento al decreto legislativo, 22 maggio 1999*, n. 185, Milano, p. 23 ss., A. FRATERNALE, *I contratti a distanza*, Milano, 2002, p. 10 ss.

[119] In particolare, nel Capo I (art. 1-4) sono contenute le disposizioni concernenti l'oggetto, le definizioni e l'ambito di applicazione. Nel Capo II (art. 5) vengono dettate le disposizioni concernenti gli obblighi di informazione gravanti sul professionista per i contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali. Il Capo III (artt. 6-16) è invece dedicato agli obblighi informativi gravanti sui professionisti in caso di contatti a distanza e contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali e alle modalità per l'esercizio del diritto di recesso. Nel Capo IV (artt. 17-22) sono poi contenute talune disposizioni volte ad armonizzare la disciplina esistente per quel che concerne, ad esempio, l'esecuzione del contratto, il passaggio del rischio o i pagamenti supplementari. Il Capo V (artt. 23-30) e il Capo VI (artt. 31-35) contengono invece, rispettivamente, le disposizioni generali e finali della direttiva. Tra le disposizioni generali si segnala quella che riguarda il divieto di fornitura non richiesta che riprende, in sostanza, la disciplina contenuta nella direttiva 2005/29/Ce.

concernenti i contratti a distanza e i contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali in quanto, come accennato, maggiormente rilevanti ai fini del raggiungimento dell'obiettivo del buon funzionamento del mercato interno.

3. Le possibili modifiche al Codice del consumo in attuazione della nuova Direttiva sui diritti dei consumatori

Volendo giungere ad esaminare i profili su cui la nuova Direttiva sui diritti dei consumatori è in grado di incidere maggiormente, deve innanzitutto evidenziarsi come essa introduca più stringenti obblighi informativi in capo ai professionisti in caso di contratti conclusi con modalità diverse da quelle tradizionali (all'interno dei locali commerciali).

In particolare, l'articolo 6 di detta Direttiva rubricato, per l'appunto, "*Gli obblighi di informazione per i contratti a distanza e per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali*" prevede, innovando rispetto al passato, una disciplina "uniforme" per quanto riguarda gli obblighi informativi; essi devono essere necessariamente essere assolti dal professionista prima della conclusione del contratto sia nel caso di contratti conclusi a distanza che di contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali.

La previsione di obblighi informativi generali in caso di contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali costituisce, a

ben vedere, una novità rispetto al passato nel nostro ordinamento.

Nel Codice del consumo, difatti, specifici obblighi informativi in capo al professionista sono attualmente previsti soltanto nel caso di contratti a distanza[120] e non già, invece, con riferimento ai contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali; in relazione a questi ultimi, a ben vedere, gli obblighi informativi gravanti sul professionista riguardano esclusivamente la facoltà di esercitare il cosiddetto "diritto di ripensamento" e le relative modalità per esercitarlo[121].

---

[120] Vd. l'art. 52 del Codice del Consumo sulle informazioni da fornire prima della conclusione di un contratto a distanza, ove è previsto che il consumatore, in tempo utile prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza, deve ricevere le informazioni riguardanti: l'identità del professionista, le caratteristiche essenziali del bene o del servizio, il prezzo, le modalità del pagamento e di ogni forma di esecuzione del contratto, l'esistenza del diritto di recesso o di esclusione dello stesso, ai sensi dell'articolo 55, comma 2, le modalità e i tempi di restituzione o di ritiro del bene in caso di esercizio del diritto di recesso, il costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza, quando è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base, la durata della validità dell'offerta e del prezzo e la durata minima del contratto in caso di contratti per la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ad esecuzione continuata o periodica. Viceversa, l'art. 47 del medesimo Codice, riguardante gli obblighi informativi in capo al professionista nel caso di conclusione di contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali, attiene esclusivamente all'obbligo di informativa circa il diritto di recesso.

[121] Si registra, difatti, nella Direttiva 83/11/UE, rispetto alla disciplina contenuta nella direttiva 85/577/Cee riguardante i contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali, un incremento delle informazioni da fornire obbligatoriamente al consumatore nella fase precontrattuale. L'articolo 4 della direttiva 85/577/Cee (che resterà in vigore sino al giugno 2014) prevede difatti che "*Il commerciante deve informare per iscritto il consumatore, nel caso di transazioni contemplate all'articolo 1, del suo diritto di rescindere il contratto entro i termini di cui all'articolo 5, nonché del nome e indirizzo della persona nei cui riguardi può essere esercitato tale diritto. Detta informazione deve recare una data e menzionare gli elementi che permettono d'individuare il contratto. Essa è consegnata al consumatore: a) al momento della stipulazione del contratto nel caso dell'articolo 1, paragrafo 1; b)non oltre la stipulazione del contratto nel caso dell'articolo 1, paragrafo 2; c)al momento della formulazione dell'offerta da parte del consumatore nel caso dell'articolo 1, paragrafi 3 e 4. Gli stati membri fanno sì che la loro*

La nuova Direttiva prevede invece un'ampia gamma di obblighi informativi in capo al professionista da assolvere[122] sia nel caso di contratti a distanza sia nel caso di contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali[123].

Un altro profilo degno di nota riguarda l'avvenuta "unificazione" della disciplina sul diritto di recesso.

La Direttiva stabilisce, difatti, una disciplina sostanzialmente uniforme per quanto riguarda il diritto di recesso esercitabile in relazione ai contratti conclusi a distanza e al di fuori dei locali commerciali[124].

---

legislazione nazionale preveda misure appropriate per la tutela dei consumatori qualora non venga fornita l'informazione di cui al presente articolo". Al riguardo, si rileva che il legislatore italiano, nel recepimento della direttiva 85/577/Cee, si è sostanzialmente uniformato, rispetto a tale profilo, a quanto previsto a livello comunitario ponendo in capo al professionista il "solo" obbligo di informare il consumatore nella fase precontrattuale circa la possibilità di esercitare il diritto di recesso (i relativi obblighi sono contenuti oggi nel Codice del consumo, art. 47 titolato "*Informazione sul diritto di recesso*").

[122] Cfr. l'art. 6 della Direttiva 83/11/UE ove si specifica che per entrambe le tipologie di contratti (conclusi a distanza e fuori dei locali commerciali) il professionista, nella fase precontrattuale, fornisce al consumatore una serie di informazioni in maniera chiara e comprensibile e specificamente indicate in tale articolo.

[123] Vd. M. DONA, *La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori: luci ed ombre nel futuro della tutela contrattuale*, in *Obbligazioni e contratti*, 7, 2009, p. 582 ss, ove l'A., tra l'altro, esprime delle perplessità circa la scelta di prevedere nei casi di contratti a distanza che le informazioni, di cui all'art. 6 della Direttiva, debbano essere fornite (o messe a disposizione del consumatore) prima della conclusione del contratto "in modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza impiegato", in un linguaggio semplice e comprensibile ed in maniera leggibile; al riguardo è stato difatti rilevato come la scelta di rimettere al professionista il mezzo di comunicazione da utilizzare, secondo le sue esigenze organizzative, possa risultare pregiudizievole per il consumatore.

[124] Si veda, in particolare, il Capo III della Direttiva 83/11/UE che, per l'appunto, è titolato "Informazioni per il consumatore e diritto di recesso per i contratti a distanza e per i contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali".

Innanzitutto, la Direttiva in esame prevede un termine più lungo per esercitare il "diritto di ripensamento", pari a 14 giorni[125].

Invero, già in passato il legislatore italiano, sfruttando la facoltà lasciata dal legislatore comunitario di prevedere una tutela più ampia per i consumatori, aveva previsto un unico termine, di dieci giorni lavorativi, in relazione ad entrambe le tipologie contrattuali (art. 64 del Codice del consumo)[126].

La novità apportata dalla disciplina europea rispetto alla disciplina vigente nell'ordinamento italiano consiste, quindi, non già nella unificazione del termine per esercitare il diritto di ripensamento (dal momento che era già il medesimo per entrambe le tipologie contrattuali), quanto piuttosto nella

[125] Art. 9 della Direttiva 83/11/UE ove si stabilisce che "…*il consumatore dispone di un periodo di quattordici giorni per recedere da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali senza dover fornire alcuna motivazione e senza dover sostenere costi*…".

[126] In relazione ai contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali, l'articolo 5 della direttiva 85/577/Cee prevede "*un termine di almeno 7 giorni*", mentre in relazione ai contratti a distanza, l'articolo 6 della direttiva 97/7/Ce esige che venga fissato "*un termine di almeno sette giorni lavorativi*". Sul punto, cfr. M. DONA, *La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori: luci ed ombre nel futuro della tutela contrattuale*, in *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 587 ove l'A. afferma che le precedenti direttive non fissavano un termine preciso, ma soltanto quello minimo, e così facendo avevano consentito ai singoli Stati di stabilire diversi periodi per il cosiddetto *cooling-off period*. In Italia, questo termine è stato per lungo tempo di sette giorni di calendario (per le vendite negoziate fuori dei commerciali) e di dieci giorni lavorativi (per le vendite a distanza), il che ha comportato non di rado problemi per il consumatore chiamato a confrontarsi non soltanto con due diversi termini temporali, ma anche con due diverse modalità di calcolo. Tali difficoltà sono state poi sanate dal nostro legislatore uniformando termini e modalità di calcolo in dieci giorni lavorativi (art. 64 del Codice del consumo).

previsione di un termine più lungo per il suo esercizio, pari a 14 giorni[127].

Un ulteriore novità consiste nella introduzione dell'obbligo per il professionista di mettere a disposizione del consumatore un modulo-tipo per l'esercizio del diritto di ripensamento con il fine, evidentemente, di rendere più agevole il suo esercizio per il consumatore (allegato I, della Direttiva). Detto modulo, tra l'altro, assume l'ulteriore funzione – oltre a quella suddetta di agevolare l'utente nell'esercizio del diritto di recesso – di "veicolo informativo" per il consumatore circa la facoltà di esercitare il diritto di "ripensamento" e delle relative modalità per effettuarlo[128].

Un ulteriore profilo innovativo, degno di rilievo, consiste nell'introduzione della possibilità per il consumatore di esercitare il diritto di ripensamento in qualunque forma (a prescindere cioè dall'invio di una raccomandata a/r); dalla disamina del testo, difatti, emerge che il legislatore europeo non ha inteso subordinare l'esercizio del diritto di ripensamento ad

---

[127] Parte della dottrina ha sottolineato al riguardo come la modifica sia di poco conto, dal momento che i quattordici giorni stabiliti da detta direttiva sono giorni di calendario e dunque non molto distanti dagli attuali dieci giorni lavorativi previsti dal Codice del consumo. Così: M. DONA, *La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori: luci ed ombre nel futuro della tutela contrattuale*, in *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 587.

[128] Cfr. l'art. 6, lett. h), della Direttiva 83/11/UE ove, tra le informazioni che devono essere obbligatoriamente fornite al consumatore vi è quella concernente "…*le condizioni, i termini e le procedure per esercitare tale diritto conformemente all'articolo 11, paragrafo 1, nonché il modulo tipo di recesso di cui all'allegato I, parte B*".

una forma determinata prevedendo la possibilità di esercitarlo in diverse forme[129].

Ebbene, tale elemento costituisce una rilevante novità rispetto alla disciplina contenuta nel Codice del consumo che, come noto, prevede obbligatoriamente che il diritto di recesso debba esercitato mediante l'invio di una raccomandata a/r, modalità questa che può risultare eccessivamente onerosa per il consumatore.

Sembra difatti potersi affermare, quindi, che con la previsione della possibilità di esercitare il diritto recesso anche in altre modalità (oltre alla raccomandata a/r), venga rimosso uno degli ostacoli principali all'esercizio del diritto di ripensamento

---

[129]. Cfr. l'art. 11 della direttiva 83/11/UE concernente l'esercizio del diritto di recesso ove si stabilisce che "*Prima della scadenza del periodo di recesso, il consumatore informa il professionista della sua decisione di esercitare il diritto di recesso dal contratto. A tal fine il consumatore può: a) utilizzare il modulo tipo di recesso di cui all'allegato I, parte B; oppure b) presentare una qualsiasi altra dichiarazione esplicita della sua decisione di recedere dal contratto. Gli Stati membri non prevedono requisiti formali applicabili al modulo tipo di recesso diversi da quelli indicati all'allegato I, parte B. Il consumatore ha esercitato il proprio diritto di recesso entro il periodo di recesso di cui all'articolo 9, paragrafo 2, e all'articolo 10, se la comunicazione relativa all'esercizio del diritto di recesso è inviata dal consumatore prima della scadenza del periodo di recesso. Il professionista, oltre alle possibilità di cui al paragrafo 1, può offrire al consumatore l'opzione di compilare e inviare elettronicamente il modulo di recesso tipo riportato all'allegato I, parte B, o una qualsiasi altra dichiarazione esplicita sul sito web del professionista. In tali casi il professionista comunica senza indugio al consumatore una conferma di ricevimento del recesso su un supporto durevole*…". Si veda anche il contenuto dell'Allegato I ove si specifica "*Per esercitare il diritto di recesso, Lei è tenuto a informarci (2) della sua decisione di recedere dal presente contratto tramite una dichiarazione esplicita (ad esempio lettera inviata per posta, fax o posta elettronica). A tal fine può utilizzare il modulo tipo di recesso allegato, ma non è obbligatorio*". Nell'allegato I della Direttiva in esame sono indicate, quindi, diverse modalità per il suo esercizio – quali una lettera inviata per posta, l'invio di un fax o la posta elettronica – e, tra l'altro, non in maniera tassativa, ma a mero titolo esemplificativo.

da parte del consumatore, risultando per questi maggiormente agevole l'esercizio di detto diritto[130].

Un ulteriore profilo degno di rilievo consiste nella previsione espressa della facoltà per il professionista di introdurre la possibilità per il consumatore di compilare e inviare la comunicazione concernente la volontà di esercitare il diritto di recesso tramite il sito *web* del professionista (art. 11.3 della Direttiva). La possibilità per l'utente di esercitare il recesso in modalità semplificate, come accennato, risulta, particolarmente efficace in relazione al fine di apprestare maggiori strumenti di tutela per il consumatore il quale, in tal modo, potrà svincolarsi in maniera rapida e con modalità semplificate da un contratto a cui non è interessato. Trattasi, tuttavia, di una soluzione rimessa alla autonomia del professionista.

Particolare rilievo assume poi la disposizione concernente l'introduzione di una proroga "legale", piuttosto lunga, del termine per recedere (di dodici mesi) nel caso di omessa informazione sulla possibilità di esercitare detto diritto. All'articolo 10 è difatti previsto che nei casi in cui il professionista non fornisca al consumatore le informazioni sul

[130] Cfr. l'art. 64 del Codice del consumo ove è previsto che, ai fini del valido esercizio del diritto di recesso, è necessario inviare una comunicazione della volontà di recedere presso la sede del professionista mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, eventualmente anticipata tramite altre modalità, quali il telegramma, il fax, la posta elettronica e il telex, a condizione che sia confermata mediante raccomandata entro le successive quarantotto ore. Si noti che la direttiva 577/85/Ce concernente i contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali rimetteva agli Stati membri il compito di determinare le modalità per l'esercizio del diritto di recesso (art. 5.1.)

diritto di recesso *"il periodo di recesso scade dodici mesi dopo la fine del periodo di recesso iniziale*".

Al riguardo, deve evidenziarsi come la *supra* illustrata disciplina sia maggiormente favorevole per il consumatore rispetto a quella attualmente contenuta nel Codice del consumo ove, invece, è previsto, nel caso di mancato assolvimento degli obblighi informativi, una proroga legale del termine per recedere più breve, pari a sessanta o novanta giorni, a seconda che si tratti di un contratto avente ad oggetto beni ovvero servizi (art. 65, comma 3, del Codice del consumo).

Diverse sono, quindi, le novità introdotte dalla disciplina comunitaria, che vanno dal rafforzamento degli obblighi informativi a un lasso temporale più ampio per l'esercizio da parte dei consumatori dei propri diritti sino alla semplificazione delle modalità per il loro esercizio, e che risultano novità di non poco conto in relazione all'obiettivo di innalzamento del livello di tutela dei consumatori.

4. Le modalità e le tempistiche per il recepimento nell'ordinamento italiano

Il legislatore europeo ha stabilito come termine ultimo per il recepimento, da parte degli Stati membri, della Direttiva sui diritti dei consumatori il 13 dicembre 2013.

Giova osservare al riguardo che il legislatore nazionale ha incluso la Direttiva in esame nel pacchetto di direttive oggetto di recepimento con la Legge comunitaria 2012.

Il relativo disegno di legge, nel momento in cui si scrive ancora al vaglio del Parlamento, mantiene la struttura delle precedenti leggi comunitarie, ma ne differisce nella parte relativa ai termini per l'esercizio della delega legislativa[131].

L'articolo 1 stabilisce, difatti, che il termine per l'esercizio della delega legislativa non coincide più, come nelle precedenti leggi comunitarie, con la scadenza del termine previsto in ogni direttiva per il suo recepimento, ma è anticipato ai due mesi precedenti la scadenza del termine di recepimento delle singole direttive.

La finalità di questa nuova impostazione è quella di garantire un più rapido adeguamento della normativa italiana agli obblighi imposti in sede europea, scongiurando anche il rischio di avvio di eventuali procedure d'infrazione per il mancato (o "tardivo") recepimento.

A tale conclusione si è giunti considerando che il sistema precedente, basato per l'appunto sull'allineamento dei termini di scadenza della delega con il termine ultimo fissato per il recepimento delle direttive, non assicurava la puntuale attuazione delle direttive comunitarie[132].

---

[131] Il testo è consultabile sul sito istituzionale della Camera dei deputati.

[132] Il termine fissato nel disegno di legge per l'esercizio della delega legislativa non coincide più con la scadenza del termine previsto in ogni direttiva per il suo

Il disegno di legge per la Legge comunitaria 2012 interviene in diversi settori, delegando il Governo all'adeguamento dell'ordinamento nazionale a quello comunitario sia mediante l'adozione di decreti legislativi sia attraverso la modifica diretta alla legislazione vigente per assicurarne la conformità all'ordinamento comunitario[133].

Il testo della Legge comunitaria si compone di 2 Capi, 11 articoli e 2 allegati: il Capo I, che è quello che qui interessa, contiene le disposizioni che conferiscono al Governo la delega per l'attuazione delle direttive da recepire con decreto legislativo; in particolare, negli allegati A e B sono indicate le direttive da recepire con tale strumento, tra le quali, nell'allegato B, vi è la Direttiva 83/11/UE sui diritti dei consumatori.

Lo strumento prescelto dallo Stato italiano per il recepimento della Direttiva sui diritti dei consumatori è, quindi, il decreto legislativo, che il Governo è stato delegato ad adottare entro il termine di due mesi antecedenti a quello di recepimento

---

recepimento, come stabilito nelle precedenti leggi comunitarie, ma è anticipato ai due mesi precedenti la scadenza del termine di recepimento delle singole direttive. La ragione è quella di garantire un più rapido adeguamento della normativa italiana agli obblighi imposti in sede europea ed evitare l'eventuale avvio di procedure d'infrazione per il mancato, o tardivo, recepimento di direttive europee (situazione che, invece, non si è riuscita ad evitare con l'allineamento dei termini di scadenza della delega legislativa con la scadenza del termine di recepimento delle singole direttive).

[133] La Camera dei Deputati ha approvato il 3 ottobre 2012, in prima lettura, il disegno di legge per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (l'annuale Legge Comunitaria, per il 2012) che contiene le deleghe ed i principi relativi alle direttive europee da recepire.

in essa indicato (ossia il 13 dicembre 2013) e, dunque, entro il 14 ottobre 2013[134].

Allo stato, i lavori parlamentari riguardanti l'attuazione della Direttiva sui diritti dei consumatori non indicano espressamente i testi e le norme nazionali che saranno oggetto di modifica o integrazione in sede di attuazione della relativa disciplina comunitaria; tuttavia, trattandosi di una normativa a carattere generale e considerando altresì i principi di "razionalizzazione" e "semplificazione" che devono informare l'operato del Governo nell'attuazione della normativa comunitaria, si ritiene, con tutta probabilità, che la disciplina contenuta nella Direttiva oggetto di disamina confluirà, una volta recepita nell'ordinamento interno, nel Codice del consumo[135].

5. Il livello di armonizzazione massima e il vincolo per il legislatore di conformarsi alle prescrizioni europee

[134] Vd. il disegno di legge della delega legislativa ove all'art. 1 (recante "Delega al Governo per l'attuazione di direttive europee") si precisa che "*Il Governo è delegato ad adottare, entro il termine di due mesi antecedenti a quello di recepimento indicato in ciascuna delle direttive elencate negli allegati A e B annessi alla presente legge, i decreti legislativi recanti le norme occorrenti per dare attuazione alle direttive medesime*".

[135] Vd. l'art. 2 della legge delega recante "*Principi e criteri direttivi generali della delega legislativa*" ove alla lett. b) si prevede che "*ai fini di un migliore coordinamento con le discipline vigenti per i singoli settori interessati dalla normativa da attuare, sono introdotte le occorrenti modificazioni alle discipline stesse*…" e, ancora, alle lett. e) e f) si dispone che l'attuazione di direttive – quale per l'appunto la Direttiva 83/11/UE – che modificano precedenti direttive già attuate avvenga per mezzo di modifiche apportate ai testi legislativi di attuazione di tali direttive, sempre che ciò non determini un ampliamento della materia regolata. Detto aspetto sarà oggetto di approfondimento nel Cap. IV a cui si rinvia.

Si è detto come la Direttiva in esame vada ad incidere sulla direttiva concernente i contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali (85/577/Cee) e sulla direttiva in materia di contratti a distanza (97/7/Ce), abrogandole entrambe, con decorrenza 13 giugno 2014.

In particolare, il considerando n. 2 precisa che, con la revisione della disciplina contenuta in dette direttive, si intende "*semplificare e aggiornare le norme applicabili, rimuovere le incoerenze e colmare le lacune indesiderate nella normativa*"; detta operazione viene effettuata con sostituzione, e contestuale fusione, delle disposizioni ivi contenute in un'unica direttiva.

Al fine di raggiungere i suddetti obiettivi vengono stabilite "*norme standard per gli aspetti comuni*" e viene adottato un approccio ad armonizzazione "massima", abbandonando quindi quello precedentemente seguito nelle direttive oggetto di revisione (ad armonizzazione "minima"), con l'eccezione di alcuni limitati aspetti su cui si è, invece, lasciata agli Stati membri la facoltà di mantenere o adottare norme nazionali differenti da quelle comunitarie[136].

[136] Questa scelta appare in linea con la prassi sino ad ora seguita nella maggior parte dei casi di armonizzazione massima - fatta eccezione per la direttiva relativa alle pratiche commerciali sleali - di prevedere deroghe al principio di armonizzazione completa (è il caso della direttiva sul credito al consumo e della direttiva sulla multiproprietà ove sono per, l'appunto, previste numerose deroghe). Nella Direttiva 83/11/UE una deroga alla disciplina dell'armonizzazione completa si rinviene, ad esempio, nell'art. 3, n. 4, nella parte in cui si consente agli Stati membri di non applicare la direttiva ai contratti conclusi fuori dai locali commerciali che abbiano un importo non superiore ai 50 euro.

L'approccio di armonizzazione "minima" adottato in passato che, come noto, consente agli Stati di prevedere livelli di protezione più elevati di quelli stabiliti dalle direttive europee, viene individuato come una delle principali cause della frammentazione normativa in quanto ha impedito, a giudizio della Commissione, il completo sviluppo del mercato interno; di tale facoltà, del resto, è stato fatto largo impiego e si è così creata una diversificazione delle regole nei diversi ordinamenti giuridici[137].

Vale qui la pena rammentare che nella Proposta di Direttiva in esame si evidenziava: "*molte questioni sono disciplinate in modo incoerente dalle diverse direttive o non sono state prese in considerazione e i singoli Stati membri le hanno affrontate in maniera diversa*" (considerando n. 4); in tale testo, si sottolineava, inoltre, come la frammentazione normativa tra i diversi Paesi creasse una situazione di incertezza per gli attori del mercato determinando sia una scarsa fiducia degli acquirenti verso le offerte commerciali transfrontaliere sia la riluttanza delle imprese ad estendere l'offerta oltre i confini dello Stato di appartenenza (per i costi connessi alla conformazione della propria azione alle diverse regole vigenti negli Stati membri)[138].

[137] Le quattro direttive oggetto di riesame da parte del legislatore europeo contengono, difatti, tutte una clausola di "armonizzazione minima"; essa è contenuta nell'art. 8 della direttiva 85/577/Cee, nell'art. 8 della direttiva 93/13/Cee, nell'art. 14, della direttiva 97/7/Ce e nell'art. 8 della direttiva 99/44/Ce.
[138] COM (2008) 614 definitivo, par. 1, p. 2.

La scelta effettuata dal legislatore comunitario nella direttiva oggetto di disamina è stata, quindi, quella dell'armonizzazione massima – se pur come accennato, con qualche eccezione[139] – con la conseguente inderogabilità della disciplina ivi contenuta da parte degli Stati membri[140] sia *in peius* sia *in melius*[141].

Nel considerando n. 7 è chiarito che "*L'armonizzazione completa di alcuni aspetti normativi chiave dovrebbe aumentare considerevolmente la certezza giuridica sia per i consumatori che per i professionisti. Entrambi dovrebbero poter fare affidamento su un unico quadro normativo basato su concetti giuridici chiaramente definiti che regolamentano taluni aspetti dei contratti tra imprese e consumatori nell'Unione. Grazie ad una tale armonizzazione dovrebbe essere possibile eliminare gli ostacoli derivanti dalla frammentazione delle norme*".

---

[139] Ne è un esempio quella che consente agli Stati membri di non applicare la direttiva ai contratti conclusi fuori dei locali commerciali d'importo non eccedente i 50 euro (art. 3, n. 4).

[140] L'art. 25 della Direttiva 83/11 sancisce il carattere imperativo della disciplina e, quindi, la sua inderogabilità e l'indisponibilità dei diritti da essa conferiti ai consumatori: "*Se il diritto applicabile al contratto è quello di uno Stato membro, i consumatori non possono rinunciare ai diritti conferiti loro dalle misure nazionali di recepimento della presente direttiva. Eventuali clausole contrattuali che escludano o limitino, direttamente o indirettamente, i diritti derivanti dalla presente direttiva, non vincolano il consumatore*".

[141] L'approccio dell'armonizzazione completa è stato introdotto per la prima volta con la direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali, segnando un nuovo approccio nella tutela dei diritti dei consumatori. Cfr. M. DONA, *La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori: luci ed ombre nel futuro della tutela contrattuale*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, fasc. 7, p. 582 ss. A fini di completezza si chiarisce che l'art. 3 della Direttiva 83/11 lascia ai professionisti la possibilità di prevedere condizioni contrattuali maggiormente favorevoli per i consumatori.

Si ritiene, quindi, che tali barriere possano essere superate soltanto mediante un insieme di norme uniformi.

Il legislatore comunitario, al fine di ridurre gli ostacoli che si frappongo alla intensificazione del commercio transfrontaliero, ha ritenuto necessario uniformare le regole, il che ha giustificato il mutamento, nella Direttiva in esame, dell'approccio in precedenza seguito con riferimento alle direttive oggetto di riesame – di armonizzazione "minima" – in favore di un approccio ad armonizzazione "massima"; da tale approccio adottato a livello europeo discende l'obbligo per gli Stati membri di conformarsi alle norme comunitarie senza possibilità di discostarsene, neanche in senso migliorativo[142].

[142] L'approccio di armonizzazione prescelto è considerato l'unico in grado di assicurare il superamento della frammentazione normativa riscontrata nei diversi Stati membri. Guardando al testo recante la proposta di direttiva sui diritti dei consumatori si rileva come il legislatore avesse considerato anche il ruolo svolto - ai fini della composizione della frammentazione della disciplina in materia di tutela dei consumatori - dal Regolamento cosiddetto "Roma I" (n. 593 del 1 giugno 2008), reputandolo insufficiente. Si legge difatti, in detto testo, che al fine di eliminare le problematiche connesse alla diversificazione delle discipline non soccorrono le disposizioni contenute nel Regolamento sulla scelta della legge applicabile in materia di obbligazioni e contratti; in questa particolare area esse legano, difatti, la tutela della posizione del consumatore al grado di tutela presente nei singoli ordinamenti nazionali di appartenenza e, dunque, non risultano idonee a superare la frammentazione delle diverse discipline. Di qui la scelta di aggirare gli ostacoli della "legge applicabile" con la previsione di regole contrattuale uniformi riguardanti i rapporti tra professionisti e consumatori in modo tale da assicurare che in ogni ordinamento nazionale dei Paesi dell'Unione si possano applicare le medesime regole. A questo risultato il legislatore, come si legge nella proposta richiamata, intende giungere attraverso due operazioni: la redazione di un testo unitario che coordini le direttive comunitarie (almeno alcune) sui rapporti tra professionisti e consumatori e la scelta del livello di armonizzazione massima. Così G. ALPA, *La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato*, in *Vita notarile* n. 1, gennaio-aprile 2009, p. 10.

Pertanto, il legislatore italiano, in sede di recepimento della Direttiva 83/11/UE, dovrà uniformarsi appieno alla disciplina ivi contenuta, non potendo di contro introdurre disposizioni che si discostino dalle previsioni comunitarie, neanche in senso maggiormente favorevole per i consumatori.

6. La rilevanza della recente Direttiva sui consumatori in relazione ai SIEG

Si è detto come, a fronte dell'apertura alla concorrenza di alcuni settori concernenti servizi di interesse economico generale e alla conseguente loro "attrazione" nell'area del mercato, sia sorta l'esigenza di apprestare per gli utenti una specifica tutela.

I suddetti processi, difatti, hanno determinato il mutamento del ruolo dell'utente trasformato, con il tempo, da destinatario (passivo) di un servizio pubblico a "parte" in un articolato rapporto di tipo contrattuale con il fornitore del servizio[143].

---

[143] Con riferimento all'evoluzione di tale processo nel settore delle telecomunicazioni, cfr. R. GIARDA, *I diritti degli utenti finali*, in M. Clarich e G. F. Cartei (a cura di) *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 325 ss., ove l'A. rileva che, con l'attuazione del processo di liberalizzazione e la trasformazione dei servizi pubblici in servizi di interesse economico generale, il ruolo dell'utente è stato profondamente ripensato; lo Stato è retrocesso da gestore a regolatore del servizio e l'utente, in virtù dell'attrazione della disciplina dei servizi pubblici nell'area del mercato, da destinatario passivo di un servizio pubblico è divenuto titolare di diritti nell'ambito di un articolato rapporto contrattuale di tipo cliente-fornitore; il rapporto di utenza è stato così ricondotto sotto il regime di diritto privato. Cfr.: D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi economici di pubblica utilità*, in *Diritto pubblico*, cit., p. 414; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto pubblico*, cit., p. 190.

La suddetta trasformazione ha reso necessaria la previsione di specifiche misure di tutela nei confronti dei destinatari dei servizi.

Il legislatore è, difatti, intervenuto ad attribuire alcuni diritti agli utenti, ritenuti bisognosi, in virtù della loro traslazione nella dimensione contrattuale, di una specifica disciplina di protezione.

La introduzione di una specifica disciplina a tutela dell'utente nell'ordinamento italiano si è avuta sia attraverso il recepimento di specifiche normative settoriali, di derivazione comunitaria, (come, ad esempio, quelle in materia di comunicazioni elettroniche), sia sulla base di quanto previsto da direttive comunitarie a carattere generale (quali, ad esempio, quelle sui contratti a distanza e sui contratti al di fuori dei locali commerciali).

Nel corso del tempo, anche grazie all'opera svolta dalle Autorità di regolazione, si è giunti ad una situazione in cui i destinatari dei servizi possono fruire di un'ampia gamma di diritti e di specifiche misure di tutela.

In questo contesto si colloca l'adozione, da parte del legislatore europeo, della Direttiva sui diritti dei consumatori idonea anch'essa, in quanto normativa a carattere "generale", ad incidere sulla disciplina dettata sui settori in esame, se pur con il limite, come si vedrà meglio nel prosieguo, dell'applicabilità ai

soli contratti in cui sia parte un "consumatore"[144], con la conseguente inapplicabilità, quindi, agli utenti *tout court*.

Da ultimo, va rilevato come il legislatore europeo abbia espressamente ricompreso, nell'ambito di applicazione della Direttiva in esame, i contratti per la fornitura di acqua, gas, elettricità o teleriscaldamento[145], anche da parte di prestatori pubblici, nella misura in cui detti prodotti di base siano forniti su base contrattuale[146], ciò, si ritiene ad evidenziare l'applicabilità della disciplina di tutela ogni qualvolta il rapporto sia di tipo "contrattuale", in virtù della sua riconduzione nell'area del mercato.

7. L'ambito di applicazione soggettivo della nuova disciplina sui consumatori e la sua parziale incidenza sui contratti con gli utenti

[144] Il consumatore da intendersi, secondo la norizione tradizionale, come la persona fisica che agisce per scopi estranei alla propria attività imprenditoriale o professionale. Vd., al riguardo, la definizione contenuta nell'art. 2, n. 1, della Direttiva 83/11/UE, ove il consumatore viene definito come "qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisca per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale".

[145] Cosa si intenda per "teleriscaldamento" è chiarito nel considerando n. 25 della Direttiva 83/11/UE, ossia "*la fornitura di calore, anche sotto forma di vapore o di acqua calda, da una fonte centrale di produzione verso una pluralità di edifici tramite un sistema di trasmissione e distribuzione, al fine di riscaldarli*".

[146] Cfr. l'art. 3.1, della Direttiva 83/11/UE: "*La presente direttiva si applica, alle condizioni e nella misura stabilita nelle sue disposizioni, a qualsiasi contratto concluso tra un professionista e un consumatore. Si applica altresì ai contratti per la fornitura di acqua, gas, elettricità o teleriscaldamento, anche da parte di prestatori pubblici, nella misura in cui detti prodotti di base sono forniti su base contrattuale*".

La Direttiva sui diritti dei consumatori individua l'ambito di applicazione soggettivo nell'articolo 3 ove, per l'appunto, si chiarisce che la disciplina ivi contenuta si applica a "*qualsiasi contratto concluso tra un professionista e un consumatore*".

Ne discende quindi che, al fine di assoggettare un determinato contratto alla disciplina ivi contenuta, è necessario che i contraenti siano riconducibili alle nozioni di "*consumatore*" e di "*professionista*", così come definiti nell'articolo 2, comma 1, lettere a) e b) della medesima Direttiva[147].

Trattasi, quindi, di una disciplina limitata ai soli consumatori, con la conseguente esclusione quindi dal suo ambito di applicazione dei soggetti non qualificabili come tali, come gli "utenti" i quali, specie con riferimento ai settori di mercato in esame, si trovano del resto, di frequente, nella medesima situazione di "inferiorità" economica-contrattuale che giustifica la previsione di una disciplina di tutela per i consumatori[148].

Orbene, la disciplina in esame, di recente introdotta dal legislatore europeo, non appare quindi, così come formulata – atteso il suo ambito di applicazione limitato – idonea ad incidere

---

[147] Per approfondimenti si veda: S. KIRSCHEN, *Art. 3, Definizioni*, in G. Alpa, L. Rossi Carleo, (a cura di) *Codice del consumo, Commentario,* Esi, Napoli, 2005 e F. ASTONE, *Ambito di applicazione soggettiva. La nozione di "consumatore" e "professionista"*, in G. Alpa e S. Patti (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milano, 2003, p. 172.

[148] Per un approfondimento sul tema cfr.: A. STAZI, D. MULA, *Il consumatore, la pubblicità e le pratiche commerciali scorrette*, in *Il diritto dei consumatori*, in G. Cassano, M. E. di Giandomenico (a cura di), il *Diritto applicato - I grandi temi*, Padova, 2010, p. 120 ss.

su tutti i rapporti contrattuali che coinvolgano gli utenti di servizi di interesse economico generale risultando, piuttosto, applicabile ai soli rapporti che coinvolgano un soggetto qualificabile, in base alla concezione tradizionale, come "consumatore", ossia la persona "fisica" che agisca per scopi che non rientrano nel quadro dell'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta[149].

Al riguardo deve rilevarsi come una volta che la relativa disciplina sia stata recepita nell'ordinamento italiano, in assenza di un intervento specifico volto ad estendere la disciplina ivi prevista anche agli utenti finali, il quadro regolamentare nei settori in esame potrebbe risultare estremamente frammentato[150].

A titolo esemplificato, si pensi alla confusione che si creerebbe con riferimento al termine per esercitare il cosiddetto "diritto di ripensamento" dal momento; al riguardo, giova difatti

[149] Cfr. art. 2, punto 1), della Direttiva 83/11/UE che, nel definire il consumatore nel senso sopra indicato, ossia come il soggetto persona fisica che agisce per scopi che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale eventualmente svolta, ne delimita l'ambito di applicazione.

[150] Deve rilevarsi come le suddette problematiche si siano già poste in passato in relazione alla disciplina contenuta nel Codice del consumo (agli articoli 50 e seguenti) – e ove con tutta probabilità confluirà la Direttiva in esame – limitata anch'essa, sotto il profilo soggettivo, ai soli consumatori. Al riguardo, si evidenzia come l'Agcom sia giunta in passato, in virtù della facoltà attribuita dall'articolo 70, comma 2, del Codice delle comunicazioni elettroniche, ad estendere i diritti e le garanzie ivi previste per i consumatori agli altri utenti finali (con delibera n. 664/06/CONS). Misure analoghe sono state previste anche nel settore dell'energia elettrica e il gas ove si fa riferimento, di solito, ai clienti finali (vd. *infra*). Ad ogni modo, non si può essere certi che, ad una tale soluzione, si giunga anche negli altri settori regolati, né con le medesime tempistiche e, dunque, l'ingresso della disciplina contenuta nella Direttiva sui diritti dei consumatori nell'ordinamento interno, piuttosto che contribuire alla uniformazione del quadro normativo, quanto meno con riferimento a detti settori, potrebbe condurre ad un quadro regolamentare frammentato.

sottolineare che, mentre le disposizioni regolamentari dei settori presi in esame – applicabili genericamente sia ai consumatori che agli utenti finali – prevedono un termine di 10 giorni per l'esercizio del diritto di ripensamento, invece, le previsioni contenute nella nuova disciplina europea – applicabili come evidenziato ai soli consumatori – stabiliscono un termine per esercitare il ripensamento più lungo, pari a 14 giorni[151].

Ne discende che, a seguito del recepimento nell'ordinamento interno della disciplina europea in esame, si determinerà una situazione nella quale i soggetti qualificabili come "consumatori", nell'ambito dei contratti stipulati in relazioni ai servizi in esame, potranno fruire di un termine di 14 giorni per esercitare il diritto di recesso, mentre le piccole imprese, le persone giuridiche o le associazioni no-profit (non qualificabili come consumatori), ai quali non risulta applicabile la recente direttiva europea di prossima introduzione nel nostro ordinamento, avranno a disposizione un termine più breve, pari a 10 giorni.

Una situazione analoga si creerà con riferimento al regime di decorrenze per l'esercizio del diritto di ripensamento: mentre difatti la direttiva in esame individua il *dies a quo* nel giorno

[151] Art. 9, comma 1, della Direttiva 83/11/UE ove si stabilisce che "…*il consumatore dispone di un periodo di quattordici giorni per recedere da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali senza dover fornire alcuna motivazione e senza dover sostenere costi*…". Nei commi successivi è declinato il regime di decorrenze per quanto riguarda l'esercizio di tale diritto. Negli articoli successivi, dal 10 al 16, è invece specificato il regime giuridico del recesso (dagli obblighi delle parti, agli effetti sul contratto sino alle eccezioni al diritto di recesso).

della conclusione del contratto, diversamente, la regolamentazione attualmente vigente nel settore dell'energia e il gas, come si vedrà meglio nel prosieguo[152], prevede un regime di decorrenze maggiormente favorevole per gli utenti, individuando il *dies a quo*, per talune tipologie di contratti, nella data dell'avvenuta ricezione del contratto da parte dell'utente.

[152] Cfr. *infra* Cap. 3, par. 3.

CAPITOLO 3.
L'IMPATTO DELLA NUOVA DIRETTIVA EUROPEA CONCERNENTE I DIRITTI DEI CONSUMATORI SUI SETTORI REGOLATI

1. Il potere regolamentare delle Autorità di regolazione in materia di tutela di consumatori e utenti

Come accennato nel Capito I, le Autorità indipendenti sono state istituite nell'ambito di servizi pubblici in passato gestiti in forma monopolistica direttamente dallo Stato o, più spesso, da parte di terzi destinatari di una concessione.

Giova a tal riguardo sottolineare come in un contesto siffatto non esistano regole o, se ci sono, vengono stabilite dallo stesso gestore del servizio[153].

Una volta, quindi, che un dato servizio viene liberalizzato (quale, ad esempio, l'energia elettrica, il gas, le telecomunicazioni, le ferrovie, le poste *etc.*), e nel relativo mercato fanno ingresso altre imprese, sorge l'esigenza di una regolazione del settore.

Tale esigenza deriva dalla necessità, da un canto, di impedire che l'*ex* monopolista (trasformato in una società), abusi della propria posizione dominante – limitando, ad esempio, l'accesso alla rete ovvero ostacolando l'ingresso nel mercato di

[153] Per un approfondimento sul punto si veda. M. CLARICH, G. CORSO, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive*, *Nexus*, 2006, p. 18 ove gli A. si soffermano, in particolare, ad analizzare i motivi dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri "normativi".

nuovi operatori – dall'altro, di regolare i rapporti con gli utenti[154].

Con l'istituzione di organismi pubblici indipendenti ci si prefigge di risolvere i suddetti problemi sorti, per l'appunto, a seguito dei processi di liberalizzazione dei settori "a rete" e del conseguente assoggettamento dei servizi di interesse economico generale alle regole di mercato[155].

Il ruolo del "regolatore" è quindi quello, innanzitutto, di rimuovere gli ostacoli che si frappongono alla introduzione della concorrenza in un dato settore.

Tuttavia, il suddetto compito è soltanto uno di quelli che le Autorità indipendenti sono chiamate a svolgere. Deve tenersi presente, difatti, che i settori alla cui cura esse sono preposte hanno una consistenza diversa rispetto a quelli tradizionali, dal momento che i servizi che vengono lì offerti sono volti a soddisfare determinati interessi fondamentali, dal che discende l'esigenza di garantirne la fruibilità a tutti, anche in presenza di

---

[154] Cfr. G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e il diritto dei cittadini utenti*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2000, p. 450; F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003, p. 95 ss.

[155] Giova evidenziare che, anche laddove in un dato mercato sia stato raggiunto un sufficiente livello competitivo, le peculiarità che contraddistinguono alcuni settori, come ad esempio quello delle comunicazioni elettroniche (interessato da continue evoluzioni tecnologiche), pongono sempre nuove sfide che sembrano rendere comunque indispensabile il ruolo del regolatore. Si pensi, ad esempio, con riferimento al settore citato, alle problematiche connesse alla discontinuità tecnologica delle nuove reti in fibra (NGN). Al riguardo, si veda C. CALABRÒ, *Indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti: audizione del Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, intervento presso la Commissione I Affari costituzionali (Camera dei Deputati), 10 marzo 2010, nell'ambito del quale viene affermato come l'innovazione tecnologica postuli una nuova regolazione e, in taluni casi, un nuovo approccio regolatorio.

un regime concorrenziale, con l'imposizione di misure e obblighi specifici.

Le Autorità indipendenti sono state, difatti, istituite al fine di tutelare interessi di particolare rilevanza, quali i servizi ritenuti di pubblica utilità (come, ad es. il gas e l'energia).

Le Autorità svolgono, quindi, una funzione "tutoria" in relazione a detti interessi[156], che si estrinseca innanzitutto nell'assicurare concretamente, in esecuzione di quanto previsto a livello legislativo, l'accessibilità per tutti i cittadini ai relativi servizi, ad un prezzo e ad una qualità accessibili, indipendentemente dall'ubicazione geografica dell'utente[157]. L'accesso ai servizi, il prezzo contenuto degli stessi (con regimi speciali per le fasce a basso reddito) la continuità, l'elevato livello di qualità, e l'universalità vengono assicurati con la presenza di Autorità indipendenti cui sono attribuiti poteri normativi (*recte* regolamentari)[158].

---

[156] F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003, p. 95 ss.

[157] G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002, p. 313; G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e il diritto dei cittadini utenti*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2000, p. 450. Id., *I rapporti tra organismi di telecomunicazioni e utenti*, in F. Bonelli e F. Cassese (a cura di) *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, cit., p. 278.

[158] Cfr. M. CLARICH, G. CORSO, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive*, cit. 2006, p. 18 ove si afferma che "*Se la competenza a stabilire le regole venisse affidata al governo e agli apparati amministrativi, sarebbe altamente probabile una loro formulazione in termini favorevoli all'ex monopolista, per via dell'aggregazione di interessi che si è nel tempo formata (scambio di favori tra dirigenza politica, management del gestore, sindacati). La competenza normativa non può essere neppure trattenuta dal legislatore ed essere da lui esercitata per via dell'elevato contenuto tecnico delle regole che si richiedono e per l'esigenza di un continuo adattamento delle stesse ai mutamenti delle tecnologie*". Di particolare interesse è poi la precisazione che gli Autori fanno con riferimento ai mercati diversi da quelli dei servizi pubblici quali il mercato del credito, il mercato finanziario e il mercato delle assicurazioni. A tal

Le regole che vengono di volta in volta introdotte, quindi, sono volte non già soltanto a disciplinare il corretto confronto competitivo tra una pluralità di operatori, ma anche a regolare i rapporti con gli utenti[159].

Le Autorità indipendenti vengono individuate quali organismi incaricati di promuovere gli interessi di utenti e consumatori[160], donde l'attribuzione ad essi di poteri

---

proposito, essi affermano che in detti mercati, ove non vi è mai stato un monopolista, sono mancate comunque spesso le regole. Da qui il bisogno di regole e il dovere di formularle, anche in applicazione del diritto europeo, da cui deriva anche la riflessione circa l'opportunità di istituire, in detti settori, un regolatore indipendente: indipendente ad un tempo del potere politico e dal mondo delle imprese.

[159] *Ibidem*, p. 18.

[160] Cfr. art. 1 legge 481/95 ove si precisa che "*Le disposizioni della presente legge hanno la finalità di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, di seguito denominati "servizi" nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e di redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori, tenuto conto della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo*". Si vedano altresì anche le disposizioni di cui all'art. 2, comma 12, lett. c), e) e h) della medesima legge concernenti le modalità di accesso ai servizi, le tariffe e i livelli di qualità. Con particolare riferimento al settore delle comunicazioni elettroniche significativo è, innanzitutto, l'art. 12 della legge 249/97 che attribuisce all'Agcom la definizione delle procedure atte a garantire i criteri minimi, individuati dalle Istituzioni dell'Unione europea, per la regolamentazione delle procedure non giurisdizionali a tutela dei consumatori e degli utenti. Di particolare rilevanza è, inoltre, quanto previsto nel d.l.vo 259/2003 (Codice delle comunicazioni elettroniche) ove all'art. 13, recante "*obiettivi e principi dell'attività di regolamentazione*" è previsto che (il Ministero) e l'Autorità "*promuovono gli interessi dei cittadini: a) garantendo a tutti i cittadini un accesso al servizio universale, come definito dal Capo IV del Titolo II; b) garantendo un livello elevato di protezione dei consumatori nei loro rapporti con i fornitori, in particolare predisponendo procedure semplici e poco onerose di risoluzione delle controversie da parte di un organismo indipendente dalle parti in causa; c) contribuendo a garantire un livello elevato di protezione dei dati personali e della vita privata; d) promuovendo la diffusione di informazioni chiare, in particolare garantendo la trasparenza delle tariffe e delle condizioni di uso dei servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico; prendendo in considerazione le*

(regolamentari) strumentali al perseguimento dell'obiettivo ad esse assegnato di promozione della tutela dell'utenza[161].

2. Le delibere in materia di telecomunicazioni e di energia elettrica e gas quali modelli avanzati di regolazione a tutela degli utenti

---

esigenze degli utenti disabili, di quelli anziani e di quelli che hanno esigenze sociali particolari…". Ancora, significativa era la disposizione previgente, contenuta nell'art. 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche (ora abrogata in occasione del recepimento del nuovo pacchetto di direttive comunitarie), che prevedeva "*…rimane ferma l'applicazione delle norme e delle disposizioni in materia di tutela dei consumatori*".

[161] La tutela degli utenti nei settori in esame porta alla mente i tentativi, per lo più di stampo dottrinale, volti a riconsiderare la tradizionale nozione di soggetto debole e come tale meritevole di tutela. La letteratura in materia è vasta. Per una ricostruzione delle più recenti tendenze si veda: C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, p. 270 ss.; F. MACARIO, *Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore comune, europea e costituzionale*, in *Obbligazioni e contratti*, novembre 2006, p. 872. Tuttavia, deve rilevarsi come nei settori qui presi in esame la previsione di una specifica disciplina a tutela degli utenti, se pur ricollegabile alla liberalizzazione delle relative attività (e dunque alla trasformazione del rapporto con il fornitore in un rapporto di tipo contrattuale) sia comunque giustificabile in virtù della particolare natura dei servizi in esame, in quanto volti a soddisfare interessi di rilevanza generale. Al riguardo, significativo è quanto evidenziato da L. ALLA, *Finanziamento degli obblighi di servizio pubblico e disciplina degli aiuti di stato: evoluzione della giurisprudenza e recenti innovazioni normative nella prospettiva dello State Aid Action Plan*, cit., p. 7, ove si afferma che "*I servizi di interesse economico generale, si differenziano, infatti, dalle altre prestazioni di attività economiche, perché in considerazione dei rilevanti interessi sociali connessi alla loro prestazione, l'esercizio dell'attività è improntata al rispetto di principi – ed al perseguimento di obiettivi – in parte diversi rispetto a quelli della logica del mercato e delle regole che presiedono al suo funzionamento. Questa indotta deviazione dalla sola logica del mercato può sostanziarsi, ad esempio, nell'obbligo di fornitura del servizio a predeterminati livelli di prezzo, secondo predefinite caratteristiche qualitative, in modo continuativo e con carattere di tendenziale universalità, e determina l'insorgenza di extracosti, la cui copertura può essere garantita attraverso molteplici modalità di intervento pubblico*". Al riguardo, afferma l'A., che tale natura composita ne fa una "fattispecie complessa" e che tale complessità di riverbera sul regime giuridico strutturandolo secondo canoni di più o meno difformità rispetto a quelli previsti per la altre attività economiche.

Giungendo quindi ad approfondire la tematica riguardante il grado di tutela degli utenti esistente nei settori concernenti i servizi di interesse economico generale, deve rilevarsi come i settori telecomunicazioni e dell'energia elettrica e gas risultino dotati di una disciplina di tutela dell'utenza particolarmente avanzata.

Le Autorità di regolazione hanno difatti, nel corso del tempo introdotto, in tali ambiti, una regolamentazione comportante un elevato grado di tutela per i destinatari dei relativi servizi.

Al fine di verificare l'impatto che avrà la nuova disciplina europea concernente i diritti dei consumatori sui settori regolati verranno, quindi, prese in considerazione le discipline regolamentari vigenti in detti settori in cui si riscontra, come accennato, una disciplina a tutela dell'utenza particolarmente garantista.

Tuttavia, giova evidenziare come tale studio assuma rilevanza anche con riferimento ad altri settori, quali le poste e i trasporti ove è, allo stato attuale, "in via di costruzione" una disciplina a tutela dell'utenza e in cui si proporrà, quindi, a breve, la questione dell'incidenza della disciplina europea riguardante i consumatori sulle discipline settoriali di volta in volta esaminate.

Nel prosieguo verranno, quindi, prese in considerazione le delibere maggiormente significative, adottate dalle Autorità preposte alla cura di detti settori, in materia di tutela degli utenti.

Giova evidenziare preliminarmente che la disciplina regolamentare a tutela degli utenti, nei settori presi qui in considerazione, è particolarmente vasta; essa non riguarda, difatti, i soli profili contrattuali, ma anche, più in generale, i diversi aspetti connessi al rapporto tra il fornitore del servizio e l'utente.

Pertanto, nei prossimi paragrafi, verranno prese in considerazione le disposizioni regolamentari dei suddetti settori che possano risultare maggiormente d'interesse ai fini del presente studio quali, ad esempio, quelle in materia di contratti a distanza e di contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali e sulle quali la disciplina europea sui diritti dei consumatori va ad incidere maggiormente.

3. I principali provvedimenti adottati dall'Aeeg in materia di contratti e attivazioni di servizi non richiesti

I principali provvedimenti adottati dall'Aeeg in materia di tutela dell'utenza trovano fondamento normativo nel decreto legislativo n. 164 del 2000 recante "*Attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas*

naturale, a norma dell'articolo 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144".

Nell'articolo 1 di detto decreto, titolato "*Liberalizzazione del mercato interno del gas naturale*" è stato previsto che le varie attività connesse alla fornitura del gas naturale, tra cui la distribuzione e la vendita, sono libere[162].

Nell'articolo 18, comma 3, di detto decreto legislativo è stabilito, tra le altre cose, che l'Autorità vigila sulla trasparenza delle condizioni contrattuali e può individuare un codice di condotta commerciale applicabile agli operatori[163].

In attuazione di quanto previsto nel suddetto decreto, l'Autorità ha dato avvio, con deliberazione n. 149/00, al procedimento per la formazione del provvedimento di definizione del codice di condotta commerciale su richiamato per la vendita di gas naturale ai clienti finali.

Il relativo procedimento si è concluso con la deliberazione n. 126/04[164]. Nelle premesse di tale provvedimento è precisato che "*la completa liberalizzazione del mercato del gas pone l'esigenza di innalzare il livello di tutela dei clienti finali, al fine*

---

[162] Art. 1, del d. l.vo n. 164 del 2000 ove è previsto che "*Nei limiti delle disposizioni del presente decreto le attività di importazione, esportazione, trasporto e dispacciamento, distribuzione e vendita di gas naturale, in qualunque sua forma e comunque utilizzato, sono libere*".

[163] Art. 18, comma 3, del d. l.vo n. 164 del 2000: "*…L'Autorità per l'energia elettrica ed il gas vigila sulla trasparenza delle condizioni contrattuali e, con proprie deliberazioni, può determinare un codice di condotta commerciale in cui sono in particolare stabilite modalità e contenuti delle informazioni minime che i soggetti che svolgono l'attività di vendita devono fornire ai clienti stessi*".

[164] Deliberazione n. 126/04 del 22 luglio 2004 recante "*Approvazione del codice di condotta commerciale per la vendita di gas naturale ai clienti finali*".

di consentire una scelta informata tra le offerte contrattuali". Vengono, quindi, ivi specificate le finalità e gli obiettivi connessi alla elaborazione di un codice di condotta commerciale, individuati in particolare nella: a) fissazione delle regole generali di correttezza da osservare nella promozione delle offerte contrattuali; b) indicazione delle informazioni minime relative alle condizioni economiche e contrattuali di un'offerta da rendere note ai clienti finali prima della conclusione del contratto; c) definizione del contenuto minimo essenziale dei contratti sottoscritti dai clienti finali.

La ragione della predisposizione di un codice di condotta commerciale è quella di garantire una serie di diritti al consumatore nei rapporti commerciali con il fornitore[165].

Successivamente, con un provvedimento analogo (deliberazione n. 105/06) si è intervenuti altresì sulle modalità di vendita del servizio dell'energia elettrica[166].

---

[165] Nei considerando della deliberazione n. 126/04 è precisato che la normativa comunitaria impone che "*gli Stati membri adottino misure affinché ai clienti finali sia garantito il diritto a un contratto con il fornitore che specifichi alcune condizioni essenziali, che devono essere eque e comunicate prima della conclusione del contratto; che sia garantita la comunicazione preventiva di eventuali modifiche alle condizioni contrattuali ed economiche, unitamente all'informazione riguardo il diritto di recesso; che sia garantita la trasmissione di informazioni trasparenti sui prezzi e sulle condizioni tipo relative all'accesso ai servizi del gas; che i consumatori siano protetti da metodi di vendita sleali ed ingannevoli*".

[166] Deliberazione n. 105/06 del 30 maggio 2006 recante "*Approvazione del Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica ai clienti idonei finali e modifiche al Codice di condotta commerciale per la vendita di gas naturale ai clienti finali di cui alla deliberazione 22 luglio 2004, n. 126/04*".

E' stato difatti introdotto un nuovo codice di condotta commerciale disciplinante questa volta la vendita dell'energia elettrica ai clienti finali.

La predisposizione di due diversi codici di condotta per tipologie di servizi così simili rischiava di creare confusione in capo agli utenti[167]. Pertanto, l'Aeeg ha provveduto ad avviare un procedimento volto alla creazione di un codice di condotta commerciale unico riguardante sia i contratti concernenti l'energia elettrica che quelli riguardanti la fornitura del gas naturale[168].

L'avvio di detto procedimento trae origine dalla necessità di semplificare ed armonizzare i codici di condotta commerciale vigenti, adeguando gli stessi all'evoluzione del quadro normativo e regolatorio in materia di vendita di gas naturale e di energia elettrica e migliorando alcune delle previsioni alla luce delle segnalazioni ricevute dalle Associazioni di consumatori, dagli esercenti l'attività di vendita e dai clienti finali.

Con deliberazione n. 104/10 è stato quindi adottato un Codice "unico" di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale ai clienti finali[169].

---

[167] Vd. il documento per la consultazione diffuso nell'ambito del procedimento avviato con deliberazione 18 marzo 2008 – ARG/com 34/08 (DCO 4/10), ove si precisa che tale scelta è stata presa al fine di risolvere le criticità segnalate dai clienti finali, dalle Associazioni rappresentative degli interessi dei medesimi e dagli stessi esercenti circa l'applicazione di due diversi Codici di condotta commerciale.

[168] Conclusosi con la deliberazione 8 luglio 2010 - 104/10.

[169] Deliberazione n. 104/10 dell'8 luglio 2010 recante "*Approvazione del Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale ai clienti finali*". Particolarmente significativo è l'*incipit* di questa delibera in cui si fa

Il Codice di condotta commerciale contiene, in coerenza con i principi di cui alla direttiva 2003/55/CE, disposizioni riguardanti in particolare: a) le modalità e i contenuti delle informazioni che gli esercenti sono tenuti a fornire ai clienti finali; b) gli elementi essenziali del contratto; c) la procedura che gli esercenti sono tenuti a seguire in caso di variazione unilaterale delle clausole contrattuali prima della scadenza dei contratti; d) le modalità di corresponsione degli indennizzi automatici a favore dei clienti finali in caso di violazione, da parte degli esercenti, di talune clausole contrattuali specificamente indicate nel Codice di condotta commerciale; e) le condizioni per l'esercizio del diritto di ripensamento in caso di contratti a distanza e di contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali.

Inoltre, l'Aeeg ha provveduto ad adottare un provvedimento *ad hoc* per far fronte al fenomeno di attivazione di servizi non richiesti (Deliberazione n. 153/12)[170].

Con detto provvedimento sono state introdotte misure volte ad arginare la pratica, posta in essere dagli operatori, di contratti e attivazioni di forniture di energia elettrica e/o di gas naturale

---

riferimento alla previsione di cui all'art. 1 della legge 481/95, nella parte in cui stabilisce che "*l'Autorità garantisca la promozione della concorrenza e dell'efficienza nei servizi di pubblica utilità dell'energia elettrica e del gas, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori, tenuto conto della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo*".

[170] Deliberazione n. 153/12 dell'8 luglio 2012, recante "*Adozione di misure preventive e ripristinatorie nei casi di contratti ed attivazioni non richiesti di forniture di energia elettrica e/o di gas naturale*".

non richiesti dal cliente finale nonché misure atte a consentire il ripristino della situazione antecedente l'attivazione non richiesta.

Giungendo ad esaminare nel dettaglio la disciplina contenuta nel Codice di condotta commerciale, *supra* richiamato, per la vendita di energia elettrica e di gas naturale (deliberazione n. 104/10), deve rilevarsi come essa riguardi, innanzitutto, la diffusione al pubblico delle informazioni relative alla offerte contrattuali.

In particolare, il Titolo III, recante gli "*Obblighi relativi alla promozione delle offerte commerciali*", individua le informazioni minime, cui sono tenuti gli esercenti, nelle comunicazioni effettuate a scopo commerciale[171] come anche le informazioni che devono essere fornite prima della conclusione del contratto[172].

---

[171] Art. 7, deliberazione n. 104/10, titolato "*Informazioni minime da fornire nelle comunicazioni a scopo commerciale*" ove si stabilisce che "*Fatte salve le previsioni in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, le comunicazioni ed i messaggi pubblicitari che contengono informazioni relative alle condizioni di fornitura oggetto di una o più offerte contrattuali riportano, utilizzando modalità idonee ad assicurarne una chiara percezione, almeno le seguenti informazioni: a.) indicazione delle caratteristiche dell'offerta e delle eventuali condizioni limitative dell'offerta; b.) indicazione di un recapito al quale il cliente può rivolgersi per ottenere le informazioni di cui agli articoli 10 e seguenti*".

[172] Art. 9, deliberazione n. 104/10, recante "*Informazioni preliminari alla conclusione del contratto*" ove si prevede che "…*in occasione della proposta di un'offerta di un contratto di fornitura e in ogni caso prima della conclusione del contratto di fornitura, il cliente finale deve ricevere le seguenti informazioni: a.) l'identità dell'esercente la vendita ed un suo recapito; b. le eventuali condizioni limitative dell'offerta; c. i principali contenuti del contratto di cui al comma 11.1, lettere da c. a h; d. le modalità ed i tempi per l'avvio dell'esecuzione del contratto di fornitura, compresi gli eventuali adempimenti necessari per ottenere la connessione alla rete di distribuzione e, nel caso di fornitura di energia elettrica, alla stipula dei contratti di trasmissione, distribuzione e dispacciamento in prelievo di cui all'articolo 4 dell'Allegato A alla deliberazione n. 111/06 e gli oneri che ne possono conseguire a carico del cliente finale; e. la durata della validità dell'offerta e le*

Disposizioni specifiche sono poi dedicate alla individuazione del "contenuto" dei contratti di fornitura. In particolare, all'articolo 11 della deliberazione n. 104/10, è indicato il contenuto minimo che devono avere i contratti di fornitura, ed in particolare, essi devono specificamente indicare: a) l'identità e l'indirizzo delle parti e l'indirizzo della fornitura; b) l'indicazione delle prestazioni oggetto del contratto (specificando le condizioni tecniche di erogazione del servizio, la data di avvio dell'esecuzione del contratto, la durata del contratto e le eventuali prestazioni accessorie); c) le condizioni economiche di fornitura del servizio; d) le modalità per la determinazione delle eventuali variazioni e/o adeguamenti automatici dei corrispettivi nonché le condizioni economiche delle prestazioni accessorie; e) le forme di garanzia eventualmente richieste al cliente finale ed ogni altro onere posto a carico del cliente finale in relazione alla conclusione o all'esecuzione del contratto; f) le modalità di utilizzo dei dati di lettura ai fini della fatturazione, specificando, per la fornitura di gas naturale, anche le modalità di informazione circa l'eventuale

---

modalità di adesione; . le modalità per ottenere ulteriori informazioni sui corrispettivi applicati; g. la durata del contratto, le condizioni del rinnovo, le modalità e i termini di preavviso per l'esercizio del diritto di ripensamento e della facoltà di recesso dal contratto; h. informazioni sulla gestione dei reclami e sui diritti dei consumatori; i. le informazioni di cui ai successivi commi 9.2 e 9.3; j. i livelli specifici e generali di qualità commerciale relativi alle prestazioni di competenza dell'esercente la vendita, compresi i livelli specifici e generali di qualità eventualmente definiti dall'esercente stesso, gli indennizzi automatici previsti in caso di mancato rispetto dei livelli di sua competenza e i livelli effettivi di qualità riferiti all'anno precedente o comunque all'ultimo anno disponibile al momento della proposta...".

esito negativo del tentativo di lettura e le sue conseguenze; g) le modalità di fatturazione e le modalità di pagamento del servizio da parte del cliente finale, specificando taluni elementi, tra i quali la periodicità di emissione delle fatture e le modalità e i termini per il pagamento delle fatture; h) le conseguenze dell'eventuale ritardo nel pagamento delle fatture (specificando le penali o gli interessi di mora dovuti dal cliente, le procedure di messa in mora e di sospensione della fornitura); i) i livelli specifici e generali di qualità commerciale relativi alle prestazioni di competenza dell'esercente la vendita, compresi i livelli specifici e generali di qualità eventualmente definiti dall'esercente stesso, oltre agli indennizzi automatici previsti in caso di mancato rispetto dei predetti livelli; j) le modalità per l'inoltro scritto di richieste di informazione e reclami, nonché le modalità di attivazione delle eventuali procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie.

Vengono poi disciplinate le modalità di consegna del contratto; in particolare, l'articolo 12 prevede che l'esercente la vendita deve, al momento della conclusione del contratto di fornitura o comunque entro dieci giorni lavorativi dalla conclusione (se effettuata a distanza), consegnare o trasmettere al cliente finale in forma cartacea (o, a scelta del cliente finale, su altro supporto durevole) una copia integrale del contratto[173].

[173] Art. 12, deliberazione n. 104/10 ove, per l'appunto si prevede che "…*al momento della conclusione del contratto di fornitura o comunque entro 10 (dieci) giorni lavorativi dalla conclusione, se questa è avvenuta mediante tecniche di*

E' inoltre previsto a tutela dell'utente che questi, in qualsiasi momento successivo all'esecuzione del contratto di fornitura, possa richiedere e ottenere copia integrale del contratto.

L'articolo 12 della deliberazione in esame disciplina, altresì, l'esercizio del diritto di ripensamento.

Al riguardo è stabilito che, nel caso di contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali ovvero conclusi a distanza, il cliente finale domestico può recedere dal contratto senza oneri entro dieci giorni lavorativi decorrenti, nel primo caso, dalla data di conclusione del contratto, mentre nel secondo, nel caso cioè di contratti conclusi a distanza, dal ricevimento del contratto.

L'articolo 13 della deliberazione n. 104/10 è poi dedicato ai termini e alle modalità di preavviso in caso di variazioni unilaterali delle condizioni contrattuali da parte dell'esercente; in particolare, è previsto che l'esercizio dello *ius variandi* da parte del venditore debba essere espressamente prevista nel contratto e ad ogni modo giustificata.

La comunicazione della volontà dell'esercente di esercitare tale diritto deve pervenire all'utente finale con un preavviso non

---

comunicazione a distanza che non consentono la trasmissione immediata del documento, l'esercente la vendita consegna o trasmette al cliente finale in forma cartacea o, a scelta del cliente finale, su altro supporto durevole una copia integrale del contratto". Si precisa poi che "…*per i clienti per i quali la conclusione del contratto è avvenuta mediante tecniche di comunicazione a distanza che non consentono la trasmissione immediata del documento entro la tempistica e con le modalità del precedente comma 12.1 devono essere consegnate anche la Nota informativa e la Scheda di confrontabilità della spesa di cui all'articolo 9, comma 9.1, lettere k. e l.*".

inferiore a tre mesi rispetto alla decorrenza delle variazioni[174]. Si precisa poi che dette informazioni non potranno essere trasmesse all'interno dei documenti di fatturazione o congiuntamente agli stessi, per evitare evidentemente che esse non siano percepite dal cliente.

L'articolo 14 disciplina poi i casi di indennizzo automatico da corrispondere nel caso di mancato rispetto di alcune delle prescrizioni previste nella deliberazione in esame.

Con la deliberazione n. 153/12 cui si è fatto in precedenza riferimento e recante "Adozione di misure preventive e ripristinatorie nei casi di contratti ed attivazioni non richiesti di forniture di energia elettrica e/o di gas naturale", l'Aeeg ha introdotto misure volte, da un canto, a prevenire il fenomeno dei contratti e delle attivazioni di forniture di energia elettrica e/o di gas naturale non richiesti dal cliente finale, dall'altro, a

[174] L'Aeeg ha espressamente individuato il contenuto che deve avere la comunicazione effettuata dal gestore in caso di esercizio dello *ius variandi*; ciò, evidentemente al fine di evitare che il cliente non sia correttamente informato circa l'imminente modifica a causa di una modalità non adeguata della comunicazione (art. 13, comma 3, del. 104/10). Essa deve contenere l'intestazione "Proposta di modifica unilaterale del contratto" e, per ciascuna delle modifiche proposte, le seguenti informazioni: a.) il testo completo di ciascuna delle disposizioni contrattuali risultante dalla modifica proposta; b.) l'illustrazione chiara, completa e comprensibile, dei contenuti e degli effetti della variazione proposta; c.) la decorrenza della variazione proposta; d.) le modalità ed i termini per la comunicazione da parte del cliente finale dell'eventuale volontà di esercitare il recesso senza oneri; tali termini non possono essere superiori a quelli stabiliti dall'articolo 3 della deliberazione 144/07; e.) l'illustrazione chiara e comprensibile che il cliente finale di gas naturale avente diritto al servizio di tutela ha, in alternativa alla facoltà di recedere, la facoltà di essere fornito dal medesimo esercente alle condizioni economiche e contrattuali del servizio regolato.

consentire il ripristino della situazione antecedente l'attivazione non richiesta[175].

Il suddetto provvedimento è stato adottato sulla base dell'articolo 2, comma 12, lett. h), della legge 481/95, che affida all'Autorità il compito di adottare direttive concernenti l'erogazione dei servizi di energia elettrica e di gas naturale[176].

A seguito dei numerosi reclami e segnalazioni pervenuti da parte di singoli consumatori domestici, non domestici e di associazioni di consumatori, i quali lamentavano la diffusione di pratiche commerciali scorrette da parte di venditori di energia elettrica e di gas naturale consistenti, per l'appunto, nell'attivazione di servizi non richiesti, l'Aeeg ha ritenuto di dover intervenire su dette problematiche.

L'Autorità, in esecuzione della deliberazione VIS 76/11[177], ha svolto nei mesi di settembre ed ottobre 2011 diverse audizioni con associazioni di consumatori domestici e non domestici , con imprese esercenti la vendita di energia elettrica e/o di gas

---

[175] Si noti che l'ambito di applicazione di tale provvedimento è circoscritto ai rapporti tra venditori e clienti del servizio elettrico aventi diritto al servizio di maggior tutela, del servizio gas "vulnerabili" e in caso di fornitura "congiunta", ossia di clienti che si trovino in almeno una delle condizioni sopra indicate.

[176] Legge 481/95, art. 2, comma 12, lett. h), "(…) *emana le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori, eventualmente differenziandoli per settore e tipo di prestazione; tali determinazioni producono gli effetti di cui al comma 37*".

[177] Delibera del 21 luglio 2011 recante "*Avvio di un'attività di ricognizione in materia di contratti non richiesti di forniture di energia elettrica e/o di gas naturale*".

naturale, nonché con associazioni rappresentative di queste ultime; nell'ambito di tali audizioni, i soggetti coinvolti hanno, oltre ad evidenziare le principali criticità riscontrate in tema di contratti ed attivazioni non richiesti, presentato proposte per contrastare il fenomeno suddetto.

All'esito dell'istruttoria si è confermata l'opportunità di un intervento volto, da un lato, a prevenire il fenomeno dei contratti e delle attivazioni non richiesti e, dall'altro, a fornire al cliente finale e alle imprese di vendita strumenti, ulteriori rispetto a quelli ordinari attivabili tramite il ricorso alla giustizia civile, idonei a ripristinare, per quanto possibile, la situazione antecedente l'attivazione non richiesta, minimizzando gli oneri per i soggetti che ne siano stati involontariamente coinvolti.

Il provvedimento definitivo è stato adottato con delibera 153/12. L'ambito di applicazione è esteso alla tutela dei clienti domestici e delle PMI nei settori elettrico e gas [178].

[178] I consumatori domestici che non scelgono un nuovo contratto nel mercato libero usufruiscono del servizio con condizioni economiche e contrattuali regolate dall'Autorità: il cosiddetto "servizio di tutela" (art. 3, Delibera 64/09, come successivamente modificata). In detto articolo si chiarisce che "*Il servizio di tutela consiste nella fornitura di gas naturale alle condizioni economiche previste dall'Autorità. Ciascun esercente la vendita è tenuto ad offrire ai clienti finali che ne hanno diritto, unitamente alle altre proposte dallo stesso definite, il servizio di tutela, erogato alle condizioni di cui alla presente Sezione. Il servizio di tutela è offerto nel rispetto delle disposizioni previste dal codice di condotta commerciale e delle disposizioni in materia di condizioni contrattuali e di qualità commerciale adottate dall'Autorità*". Tutti i clienti che scelgono di non passare al mercato libero o che rimangono senza venditore, in seguito ad esempio al fallimento dell'impresa di vendita, possono fruire del regime di tutela. Alle condizioni regolate (cd. servizio di tutela) possono tornare anche i clienti che abbiano già sottoscritto un'offerta nel mercato libero.

Giungendo ad esaminare nel dettaglio la disciplina ivi prevista, si deve innanzitutto richiamare l'attenzione sulla parte dedicata a promuovere l'autoregolazione volontaria da parte dei venditori. L'articolo 3 della delibera in esame, titolato "*Protocolli di autoregolazione*" prevede la possibile adozione e diffusione da parte dei venditori di misure ulteriori, rispetto a quelle previste dalla regolazione dell'Autorità, finalizzate a prevenire i casi di contratti e attivazioni non richiesti, anche in ragione del fatto che, in tal modo, i venditori potrebbero sviluppare, soprattutto con riferimento alla fase di prevenzione, soluzioni innovative e compatibili con i processi e le strategie aziendali.

Con riferimento poi ai contratti a distanza e ai contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali è prevista, al fine di offrire ai clienti finali un livello omogeneo di tutela, l'adozione di misure minime obbligatorie per tutti i venditori. In particolare, è stabilito che essi, salva l'adozione di protocolli di autoregolamentazione contenenti impegni ulteriori, provvedano almeno all'invio della c.d. "lettera di conferma" o all'effettuazione della cosiddetta "chiamata di conferma" nei confronti dei clienti finali nel caso di contratti stipulati con le suddette modalità[179].

[179] Art. 5 deliberazione n. 153/12 ove si prevede che "…*il venditore, in caso di contratti conclusi in un luogo diverso dai locali commerciali del venditore o attraverso forme di comunicazione a distanza, immediatamente dopo la conclusione del contratto e prima di inoltrare all'impresa distributrice la relativa richiesta di switching e/o di accesso per sostituzione deve: a) inviare al cliente finale una lettera*

E' poi prevista una specifica procedura di gestione dei reclami in caso di contratti non richiesti (art. 6). Tale procedura è caratterizzata da tempistiche precise (30 giorni) e da procedure di verifiche semplificate, in base alla quale il venditore è titolato a rigettare il reclamo unicamente nel caso in cui disponga della documentazione comprovante l'adozione di misure preventive idonee ad acquisire la conferma, da parte del cliente finale, della sua volontà di concludere il contratto di fornitura (quali l'invio di una c.d. lettera di conferma o l'effettuazione di una c.d. chiamata di conferma).

Il cliente è tenuto ad effettuare il reclamo entro 30 giorni dalla conoscenza dell'attivazione del servizio non richiesto.

Il venditore, dal canto suo, a fronte del reclamo, deve fornire in ogni caso un riscontro al cliente e, qualora ritenga di non dovere accogliere il reclamo per contratto non richiesto, deve inviare risposta motivata al cliente e allo Sportello per il consumatore di energia (istituito con la deliberazione GOP 28/08)[180].

---

di conferma rispondente ai requisiti indicati al successivo comma 5.2; b) in alternativa, nei soli casi di contratti conclusi in luogo diverso dai locali commerciali del venditore, acquisire la conferma della volontà contrattuale del cliente, mediante una chiamata di conferma rispondente ai requisiti di cui al successivo comma 5.3".

[180] Esso è stato istituito per lo svolgimento delle attività materiali, informative e conoscitive anche preparatorie e strumentali alla valutazione di reclami, istanze e segnalazioni presentati dai clienti finali e per il servizio informativo tramite *call center*, al fine di fornire ai clienti finali informazioni generali sulla liberalizzazione dei mercati dell'energia elettrica e del gas, sulla regolazione introdotta dall'Autorità nonché sui reclami o segnalazioni inviati dal singolo cliente finale.

Lo Sportello, a fronte della comunicazione del venditore, dovrà accertare la conformità della documentazione da questi fornita[181] (lettera di conferma o chiamata di conferma) agli obblighi prescritti nella delibera in esame, dandone riscontro sia al cliente finale sia al venditore e indicando a quest'ultimo, in caso di non conformità, la necessità di attivare la procedura di ripristino, le cui caratteristiche e modalità di svolgimento sono illustrate negli articoli 10 e 11 della delibera in esame.

Lo stesso cliente può rivolgersi direttamente allo Sportello per segnalare la mancata risposta al reclamo o la ricezione di una risposta non motivata dal venditore. In tal caso, lo Sportello avvierà le opportune verifiche all'esito delle quali deciderà se ritenere il reclamo non infondato ovvero fondato con il conseguente avvio, in quest'ultimo caso, della procedura di ripristino.

Nelle disposizioni finali del provvedimento è prevista l'attivazione di un'attività di monitoraggio del fenomeno dei contratti non richiesti basata su informazioni fornite dai distributori, per quanto riguarda le richieste di risoluzione a causa di contratti non richiesti, e sulle informazioni fornite dallo Sportello e dai venditori, per quanto riguarda i reclami effettuati dai clienti finali, al fine di consentire una valutazione

[181] Con la delibera 221/2012 l'Aeeg ha intimato alla società Eni S.p.A. - Divisione Gas & Power di adempiere agli obblighi di fornire risposta alle richieste di informazioni inoltratele dallo Sportello per il consumatore di energia nei tempi definiti dalla relativa disciplina. Come precisato nella stessa delibera, il mancato adempimento di tale obbligo costituisce per l'Autorità il presupposto per avviare un'istruttoria formale per l'eventuale irrogazione di una sanzione pecuniaria.

complessiva del fenomeno dei contratti non richiesti che riguardi, cioè, sia i casi di accoglimento dei relativi reclami da parte dei venditori sia i casi di rigetto.

I risultati del monitoraggio – idonei a rivelare la condotta tenuta dagli operatori sul mercato – vengono resi pubblici[182], e ciò, in quanto l'Autorità ha ritenuto di porre l'accento sulla centralità del valore della reputazione dei venditori quale elemento deterrente in relazione ad eventuali pratiche scorrette poste in essere da questi[183].

Da ultimo, è previsto che l'Autorità al fine di assicurare il rispetto delle disposizioni della deliberazione in esame possa avviare procedimenti per l'adozione di provvedimenti sanzionatori e prescrittivi, ai sensi dell'articolo 2, comma 20, lettere c) e d) della legge 14 novembre 1995, n. 481.

In quest'ultimo caso, tra l'altro, si precisa che l'Autorità attribuisce un particolare rilievo ai comportamenti offensivi contestati i quali, oltre a ledere l'interesse dei consumatori finali danneggiati, minano la fiducia nel mercato alterandone il fisiologico funzionamento[184].

---

[182] Cfr. art. 16 della deliberazione dell'Aeeg n. 153/12.

[183] Vd. Relazione Annuale dell'Aeeg del 2011, pubblicata sul sito <<*http://www.autorita.energia.itit/index. htm*>>.

[184] Cfr. l'art. 6 della deliberazione n. 153/12 ove si specifica, per l'appunto che "*L'Autorità può utilizzare le informazioni di cui agli articoli 9 e 15 per l'effettuazione di controlli, anche a campione, per accertare la veridicità di tali informazioni e dati, nonché assicurare il rispetto delle disposizioni del presente provvedimento, anche avviando procedimenti per l'adozione di provvedimenti sanzionatori e prescrittivi ai sensi dell'articolo 2, comma 20, lettere c) e d), della legge 14 novembre 1995, n. 481*". In quest'ultimo caso, l'Autorità attribuisce particolare rilievo ai comportamenti offensivi contestati i quali, oltre a ledere

4. La disciplina regolamentare introdotta dall'Agcom in materia di contratti e fornitura di servizi non richiesti

In materia di tutela degli utenti, i poteri dell'Agcom trovano fondamento in diverse disposizioni ed, in particolare, nella legge 481 del 1995, recante l'istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, nella legge istitutiva, n. 249 del 1997, come anche, più di recente, nel Codice delle comunicazioni elettroniche.

L'articolo 1 della legge 249/97 attribuisce all'Agcom il compito di disciplinare con propri provvedimenti diversi aspetti che hanno un impatto rilevante sugli utenti: dal livello generale della qualità dei servizi, alla modalità di distribuzione dei servizi, ivi compresa la pubblicità, alle modalità di risoluzione non giurisdizionale delle controversie.

Norme specifiche sono poi contenute, come anticipato, nel decreto legislativo 1° agosto 259/2003, recante il Codice delle comunicazioni elettroniche, come di recente modificato ad opera del decreto legislativo 28 maggio 2012, n. 70, agli articoli 70 e seguenti.

Il Codice delle comunicazioni elettroniche dedica ampio spazio alla tutela dei consumatori e degli utenti, prevedendo una serie di norme specifiche e dettagliate. In particolare, gli articoli

---

l'interesse dei consumatori finali danneggiati, minano anche la fiducia nel mercato, alterandone il fisiologico funzionamento.

da 70 a 85 di detto Codice contengono taluni principi fondamentali che vanno dalla previsione di specifici diritti in capo ai consumatori – come il diritto di coloro che si abbonano a servizi che forniscono le connessioni o l'accesso alla rete telefonica pubblica di stipulare contratti – alla previsione di specifici obblighi informativi in capo agli operatori di comunicazioni elettroniche, ma anche previsioni relative alla trasparenza delle condizioni di fornitura dei servizi.

Per quanto concerne i contratti conclusi a distanza e il fenomeno dei servizi non richiesti, deve rilevarsi come anche l'Agcom sia intervenuta sul punto. Il principale intervento è la delibera n. 664/06/CONS recante, per l'appunto, "*Adozione del regolamento recante disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza*".

Tale provvedimento, come espressamente chiarito nel preambolo, è stato adottato considerando l'ingente mole di segnalazioni ricevute dalla stessa Autorità con le quali si lamentavano casi di attivazioni di servizi di comunicazioni elettroniche non richiesti[185].

[185] Sul punto si vedano: S. IADEVAIA, *Le vendite a distanza*, in C.Iurilli e G. Vecchio (a cura di) *Il nuovo diritto dei consumatori. Il contratto, la conciliazione, la tutela collettiva*, Torino, 2009, p. 93 ss.; sia consentito rinviare a C. STAZI, *art. 57, Fornitura non richiesta*, in E. Minervini e L. Rossi Carleo (a cura di), *Le modifiche al Codice del consumo*, in *Le nuove leggi del diritto dell'economia*, Torino, 2009, p. 343 ss; A. RICCI, *La fornitura non richiesta (art. 57 d.l.vo 6.9.2005, n. 206)*, in M. Franzoni, (diretto da) *Codice ipertestuale del Consumo*, Torino, 2008, p. 224; L. PUTIGNANI, *La fornitura non richiesta*, in M. Atelli, (a cura di) *La disciplina del*

A fronte di ciò si è ritenuto quindi opportuno dettare specifiche disposizioni attuative/integrative del Codice del consumo concernenti il divieto di fornitura di beni o di attivazione/disattivazione di servizi di comunicazione elettronica.

Con la suddetta delibera si è colta l'occasione, tra l'altro, di estendere la disciplina prevista in materia dal Codice del consumo – limitata sotto il profilo soggettivo ai soli consumatori – anche agli altri utenti finali e ciò in virtù del potere attribuito all'Autorità dall'articolo 70, comma 3 del Codice delle comunicazioni elettroniche (ora abrogato)[186].

---

commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza, Torino, 2001, p. 248.

[186] Il comma 3 dell'art. 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche è stato abrogato dal decreto legislativo 28 maggio 2012, n. 70, di recepimento della direttiva 2009/140/CE, in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica, e della direttiva 2009/136/CE in materia di trattamento dei dati personali e tutela della vita privata. A ben vedere, il suddetto decreto legislativo ha esteso l'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche agli utenti finali (in aggiunta ai consumatori) In tal modo, si è superato il problema che si poneva in precedenza con la vecchia formulazione dell'articolo 70, ove si menzionavano soltanto i consumatori quali titolari del diritto di stipulare contratti con una o più imprese di telecomunicazioni alle condizioni previste dall'articolo 70 del Codice. L'ambito di applicazione soggettivo era lì evidentemente più limitato considerate le definizioni di consumatore e utente contenute nel Codice stesso. Il consumatore viene difatti ivi definito all'articolo 1, lett. j) del Codice come "*la persona fisica che utilizza un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico per scopi non riferibili all'attività lavorativa, commerciale o professionale svolta*", mentre l'utente viene definito al medesimo articolo, lett. pp) come "*la persona fisica o giuridica che utilizza o chiede di utilizzare un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico*". Proprio in ragione di ciò si giustificava la disposizione contenuta nel comma 3 dell'articolo in esame, nella sua vecchia formulazione, che prevedeva la facoltà per l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di estendere l'ambito di applicazione soggettivo della norma "*nei confronti di altri utenti finali*", disposizione questa ora abrogata dal decreto legislativo 28 maggio 2012, n. 70.

Più in particolare, il regolamento di cui alla delibera n. 664/06/CONS disciplina specificamente: a) le modalità di conclusione dei contratti a distanza, b) le forniture di beni o servizi non richiesti, c) l'esercizio del diritto di recesso.

Con riferimento alle modalità di conclusione dei contratti a distanza è innanzitutto previsto che prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza, l'operatore debba fornire all'utente in modo chiaro e comprensibile, con ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza impiegata, osservando i principi di buona fede e lealtà: *i)* le informazioni obbligatorie di cui all'articolo 52 del Codice del consumo e di cui all'articolo 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche; *ii)* l'informativa relativamente alle eventuali modifiche o restrizioni del servizio di natura tecnica o economica; *iii)* i dati identificativi e lo scopo della chiamata in caso di proposta a mezzo del telefono[187].

Per quanto concerne poi l'acquisizione del consenso dell'utente all'attivazione di un dato servizio, è stabilito che la "volontà inequivoca del titolare dell'utenza telefonica" di concludere il contratto debba risultare da un modulo ovvero da altro documento contrattuale, anche elettronico, recante la data e l'ora dell'avvenuto accordo e la relativa sottoscrizione del titolare dell'utenza telefonica[188].

Inoltre, in conformità a quanto disposto dal comma 6, dell'articolo 2, della delibera in esame, l'operatore, prima o al

[187] Cfr. art. 2, commi da 1 a 6, della delibera n. 664/06/CONS.
[188] Si veda in particolare il comma 5, dell'art. 2, della delibera n. 664/06/CONS.

più tardi al momento dell'inizio dell'esecuzione del contratto di fornitura di beni o servizi di comunicazione elettronica, è tenuto ad inviare un apposito modulo di conferma del contratto, contenente tutte le informazioni elencate al comma 1, del medesimo articolo 2, e all'articolo 53 Codice del consumo[189].

[189] Con riferimento alla funzione che svolge il contratto in relazione alla protezione degli utenti finali, si rammenta che nella Direttiva 2002/22/CE del 7 marzo 2002, al considerando n. 30, si chiarisce che il contratto costituisce uno "*strumento importante per garantire agli utenti e ai consumatori un livello minimo di trasparenza dell'informazione e di certezza del diritto*". L'affidabilità delle relazioni commerciali nel settore in esame è connessa alla circostanza che "*i termini del contratto, le condizioni, la qualità del servizio, le modalità di rescissione del contratto e di cessazione del servizio, le misure di indennizzo e le modalità di risoluzione delle controversie sono precisate nel contratto stesso*"; ciò appare coerente con l'evoluzione del mercato delle comunicazioni elettroniche nel quale i consumatori possono "*beneficiare di un livello minimo di certezza del diritto nelle loro relazioni contrattuali con il proprio fornitore diretto di servizi telefonici*". Alle direttive comunitarie in materia è stata data attuazione nell'ordinamento italiano con il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche) che, all'articolo 70, individua il contenuto minimo che devono contenere i contratti stipulati dai gestori del servizio e dagli utenti (*recte* "consumatori"). Ai sensi di detto articolo, di recente modificato ad opera del decreto legislativo 28 maggio 2012, n. 70, con il quale si è data attuazione alle recenti direttive 2009/136/CE e 2009/140/CE, il contratto indica almeno: a) la denominazione e l'indirizzo del fornitore del servizio; b) i servizi forniti, i tipi di servizi di manutenzione offerti e i servizi di assistenza alla clientela forniti, nonché le modalità per contattare tali servizi; d) qualora esista un obbligo ai sensi dell'articolo 75, la scelta del contraente di far includere o meno i suoi dati personali in un elenco e i dati di cui trattasi; e) il dettaglio dei prezzi e delle tariffe, nonché le modalità secondo le quali possono essere ottenute informazioni aggiornate in merito a tutte le tariffe applicabili e a tutti i costi di manutenzione, alle modalità di pagamento e ad eventuali differenze di costo ad esse legate; f) la durata del contratto, le condizioni di rinnovo e di cessazione dei servizi e del contratto compresi; g) le disposizioni relative all'indennizzo e al rimborso applicabili qualora non sia raggiunto il livello di qualità del servizio previsto dal contratto; h) il modo in cui possono essere avviati i procedimenti di risoluzione delle controversie ai sensi dell'articolo 84; i) i tipi di azioni che l'impresa può adottare in risposta a incidenti o minacce alla sicurezza o all'integrità e alle vulnerabilità). Nella nuova formulazione dell'articolo 70, nella parte relativa al contenuto del contratto, si rinvengono disposizioni più dettagliate su quelle che sono le informazioni minime che deve contenere il contratto. Al riguardo, si sottolinea che la peculiarità del contratto di utenza telefonica consiste nella obbligatoria "conformazione" del contenuto del regolamento contrattuale a talune previsioni normative, che vanno dai precisi

E' poi disciplinata l'ipotesi di fornitura di beni o servizi non richiesta (art. 3). In particolare, è previsto che è vietata la fornitura di beni o servizi di comunicazione elettronica, anche solo supplementari rispetto ad un contratto già in esecuzione, in mancanza della loro previa ordinazione da parte dell'utente.

In ogni caso, si precisa, la mancata risposta dell'utente ad una offerta di fornitura non significa consenso.

E' previsto poi che, in caso di fornitura di beni o servizi non richiesti, gli operatori non pretendono dagli utenti alcuna prestazione corrispettiva e provvedono, a loro cura e spese, al ripristino delle condizioni tecniche e contrattuali pre-esistenti o al ritiro di detti beni. Tutti i costi, tra i quali quelli derivanti dal ripristino della precedente configurazione, sono a carico dell'operatore che ha disposto l'attivazione o la disattivazione della prestazione non richiesta dall'utente il quale, pertanto, non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva[190].

---

obblighi informativi cui è tenuto l'operatore al riconoscimento di alcuni diritti dell'utente (quali, ad esempio, il diritto di ripensamento nei contratti a distanza, la portabilità del numero, il diritto al credito residuo).

[190] Art. 3, della delibera n. 664/06/CONS ove è espressamente previsto che "*Ai sensi dell'art. 57 del Codice del consumo, è vietata la fornitura di beni o servizi di comunicazione elettronica, anche solo supplementari rispetto ad un contratto già in esecuzione, in mancanza della loro previa ordinazione da parte dell'utente. È altresì vietata la disattivazione non richiesta di un servizio di comunicazione elettronica. In ogni caso, la mancata risposta dell'utente ad una offerta di fornitura non significa consenso. In caso di attivazioni o disattivazioni di linee o contratti o di forniture di beni o servizi non richiesti gli operatori non pretendono dagli utenti alcuna prestazione corrispettiva e provvedono, a loro cura e spese, al ripristino delle condizioni tecniche e contrattuali pre-esistenti o al ritiro di detti beni. Tutti i costi, tra i quali quelli derivanti dal ripristino della precedente configurazione, sono a carico dell'operatore che ha disposto l'attivazione o la disattivazione della prestazione non richiesta dall'utente, che, pertanto, non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva*".

Si fa riferimento all'ipotesi particolare di attivazione di fornitura di beni e servizi non richiesti "*anche solo supplementari rispetto ad un contratto già in esecuzione*" perché spesso accade che gli operatori attivino nuovi servizi su una linea già in uso da parte di un determinato utente – è il caso ad esempio dell'attivazione del servizio Adsl non richiesta su una linea su cui era attivo il solo servizio voce – sfruttando i dati già in loro possesso in virtù dell'esistenza di un precedente contratto.

Come corollario della previsione del divieto di fornitura di beni o servizi non richiesti (art. 3) nella delibera in esame è stabilito che "*In presenza di segnalazioni a suo carico di fornitura di prestazioni non richieste, l'operatore è ammesso dall'Autorità a dimostrarne l'infondatezza dando prova di aver ottemperato agli oneri di cui all'art. 2, commi 5, 6 e 7*". Pertanto, in caso di contestazioni riguardanti l'attivazione di servizi non richiesti l'operatore potrà, al fine di escludere quanto contestato, produrre il supporto, anche elettronico, attestante la volontà dell'utente di attivare il servizio.

Disposizioni specifiche sono poi dedicate alle varie ipotesi di recesso dell'utente e alle condizioni per esercitarlo.

In primo luogo, si fa riferimento all'ipotesi, già oggetto di specifica disciplina nell'articolo 70, comma 4, del Codice delle comunicazioni elettroniche, dell'esercizio da parte dell'operatore dello *ius variandi*.

Nella delibera in esame è stabilito che la decisione di modificare le condizioni contrattuali deve essere comunicata all'utente con almeno un mese di preavviso, informandolo contestualmente della possibilità di recedere dal contratto.

L'utente, in tal caso, ha il diritto di recedere dal contratto, senza penali, all'atto della notifica delle modifiche delle condizioni[191].

Con questa disposizione si intende contemperare l'eventuale esigenza dell'operatore di modificare, nel corso del rapporto contrattuale, alcuni aspetti delle condizioni a cui i servizi vengono offerti (sia tecnici che economici) con quella dell'utente di fruire di un determinato servizio alle condizioni originariamente pattuite, senza oneri economici o limitazioni tecniche non preventivate.

La disciplina concernente la facoltà di recedere nel caso di modifiche nel regolamento contrattuale è orientata proprio nel senso di trovare un giusto contemperamento tra gli interessi in gioco e, a tal fine, attribuisce all'utente il diritto di recedere dal contratto, senza penali, all'atto della notifica di proposte di modifiche delle condizioni contrattuali, lasciando a questi la scelta circa la prosecuzione o meno del rapporto contrattuale a fronte delle modifiche delle condizioni contrattuali

[191] Art. 5, comma 1, della delibera n. 66/06/CONS ove è previsto che "*Ai sensi dell'art. 70, comma 4, del Codice, l'utente è informato con adeguato preavviso, non inferiore ad un mese, delle eventuali modifiche delle condizioni contrattuali ed economiche del contratto, e del suo diritto di recedere senza penali all'atto della notifica di proposte di modifica delle condizioni contrattuali, qualora non accetti le nuove condizioni*".

originariamente pattuite[192].

Oggetto di specifica disciplina è poi il cosiddetto "diritto di ripensamento" avente le medesime caratteristiche del diritto di ripensamento disciplinato dal Codice del consumo in relazione ai contratti a distanza e in relazione ai contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali. Esso è difatti esercitabile senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo entro il termine di dieci giorni lavorativi.

In coerenza con l'ambito di applicazione del Regolamento in esame limitato, come anticipato, ai soli contratti a distanza, anche il diritto di ripensamento è qui specificamente disciplinato soltanto in relazione a tale tipologia di contratti.

---

[192] Per quanto concerne le modalità con le quali detta informativa deve essere fornita, gli operatori, in base a quanto emerge dalla disamina dei provvedimenti di definizione delle controversie utenti/operatori, si sono orientati sino ad ora – nel silenzio della legge – nel modo seguente: nel caso di servizi post-pagati la notifica viene effettuata, di norma, mediante l'inserimento della relativa comunicazione nell'ultima fattura emessa precedentemente alla modifica delle condizioni; nel caso di servizi pre-pagati, invece, la comunicazione della proposta di modifica avviene mediante l'invio di *short message service* (sms) che, di norma, attesa la limitatezza dei caratteri di detto strumento, rimanda ad una pagina di un sito *web* contenente le informazioni di dettaglio. Tuttavia, a seguito della modifica del Codice delle comunicazioni elettroniche ad opera del decreto legislativo 28 maggio 2012, n. 70, è ben possibile che l'Autorità intervenga ad individuare le modalità con le quali dette comunicazioni dovranno essere effettuate dal momento che l'articolo 70, comma 4, del Codice, nella sua nuova formulazione, prevede espressamente che "*L'Autorità può specificare la forma di tali comunicazioni*". Sulle modifiche intervenute sul punto a seguito dell'adozione della direttiva 2009/136/CE, vd. M. OROFINO, *Il telecoms package: luci ed ombre di una riforma molto travagliata*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 536. Al riguardo, sia consentito altresì rinviare a C. STAZI, *I contratti di telefonia e la tutela dei consumatori*, in *Consumatori e nuove tecnologie, Contratti tutele e responsabilità*, in V. Franceschelli-E. Tosi (a cura di), Milano, 2012, p. 695.

Ne consegue che nel caso di contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali risulterà applicabile la disciplina contenuta nel Codice del consumo.

Per quanto riguarda le modalità per esercitare il diritto di recesso e il regime delle decorrenze, la disciplina riproduce sostanzialmente quanto previsto dalle disposizioni del Codice del consumo. Anche qui è previsto che l'esercizio del diritto di recesso debba essere esercitato mediante l'invio di una raccomandata con avviso di ricevimento, inviata entro il termine dei dieci giorni lavorativi.

Si prevede poi, in coerenza con la disciplina del Codice del consumo e al fine, evidentemente, di agevolare il consumatore nell'esercizio di detto diritto prima dello spirare del termine dei dieci giorni lavorativi, che la comunicazione di recesso possa essere inviata entro lo stesso termine anche mediante altre modalità, quali il telegramma, il fax, la posta elettronica e il telex[193], a condizione che sia confermata mediante lettera raccomandata entro le successive quarantotto ore.

Allo stesso modo, come anticipato, anche il regime di decorrenze è sostanzialmente analogo a quello dettato dal Codice del consumo. In particolare, è previsto che il termine per

[193] Cfr. il testo della corrispondente disposizione del Codice del consumo "*Il diritto di recesso si esercita con l'invio, entro i termini previsti dal comma 1, di una comunicazione scritta alla sede del professionista mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento. La comunicazione può essere inviata, entro lo stesso termine, anche mediante telegramma, telex, posta elettronica e fax, a condizione che sia confermata mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento entro le quarantotto ore successe*" (art. 64).

l'esercizio del diritto di recesso decorra, nel caso di un contratto che abbia ad oggetto beni, dal giorno della ricezione ovvero dal momento in cui siano stati soddisfatti gli obblighi informativi previsti dal Codice del consumo, purché non oltre tre mesi dalla conclusione dello stesso; nel caso, invece, in cui il contratto abbia ad oggetto servizi, il termine decorre dalla conclusione del contratto ovvero dal giorno in cui siano stati soddisfatti gli obblighi informativi previsti dal Codice del consumo, purché non oltre tre mesi dalla conclusione dello stesso (art. 5, comma 4, del Regolamento)[194].

E' poi previsto, per l'ipotesi in cui il professionista non abbia soddisfatto gli obblighi informativi prescritti, una proroga del termine per recedere (a novanta giorni) decorrente, per i beni, dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore, per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto.

In aggiunta, nel Regolamento in esame, attese le peculiarità che caratterizzano il relativo settore (consistenti nell'esistenza di

[194] Cfr. le corrispondenti disposizioni di cui all'articolo 65, commi 2 e 3 del Codice del consumo: "*Per i contratti a distanza, il termine per l'esercizio del diritto di recesso di cui all'articolo 64 decorre: a) per i beni, dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore ove siano stati soddisfatti gli obblighi di informazione di cui all'articolo 52 o dal giorno in cui questi ultimi siano stati soddisfatti, qualora ciò avvenga dopo la conclusione del contratto purchè non oltre il termine di tre mesi dalla conclusione stessa; b) per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto o dal giorno in cui siano stati soddisfatti gli obblighi di informazione di cui all'articolo 52, qualora ciò avvenga dopo la conclusione del contratto purchè non oltre il termine di tre mesi dalla conclusione stessa. Nel caso in cui il professionista non abbia soddisfatto (…) per i contratti a distanza gli obblighi di informazione di cui agli articoli 52, comma 1, lettere f) e g), e 53, il termine per l'esercizio del diritto di recesso e' (…) di novanta giorni e decorre, per i beni, dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore, per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto*".

modalità che consentono l'addebito automatico sul conto dell'utente di importi a titolo di corrispettivo), è stabilito che l'operatore che in caso di recesso non disattivi tempestivamente il servizio oggetto di recesso non possa addebitare all'utente alcun importo per le prestazioni da questo eventualmente fruite a decorrere dalla data di efficacia del recesso stesso.

Le disposizioni finali sono dedicate alle modalità di risoluzione delle controversie eventualmente insorte tra utenti e operatori[195] e all'attività di vigilanza e sanzionatoria svolta dall'Agcom sul settore alla cui tutela essa è preposta[196].

5. I profili delle due diverse discipline regolamentari suscettibili di essere incisi dalla nuova disciplina concernente i consumatori

Volendo passare ora ad esaminare i profili delle disposizioni regolamentari, in vigore nei settori in esame,

---

[195] L'art. 6 del Regolamento prevede che "*Le controversie tra operatori e utenti in merito alla fornitura di beni e servizi di comunicazioni elettroniche sono risolte ai sensi della delibera n. 182/02/CONS e successive modificazioni e integrazioni. Nei procedimenti non giurisdizionali di risoluzione delle controversie relative alla conclusione di un contratto a distanza di fornitura di beni o servizi di comunicazioni elettroniche, l'operatore può fornire prova dell'avvenuta conclusione del contratto solo dimostrando di aver adempiuto gli obblighi di cui all'art. 2, commi 5, 6 e 7. L'utente può comunque provare con ogni mezzo la mancata conclusione del contratto*".

[196] All'art. 7 del Regolamento è invece stabilito che "*In presenza di segnalazioni a suo carico di fornitura di prestazioni non richieste, l'operatore è ammesso dall'Autorità a dimostrarne l'infondatezza dando prova di aver ottemperato agli oneri di cui all'art. 2, commi 5, 6 e 7. La violazione delle disposizioni di cui alla presente delibera determina l'applicazione nei confronti dell'operatore della sanzione amministrativa pecuniaria nella misura edittale prevista dall'articolo 98, comma 16, del Codice*".

suscettibili di essere incisi dalla nuova disciplina a tutela dei consumatori, giova preliminarmente osservare come vengano prese qui in considerazione le disposizioni regolamentari che presentino già attualmente, nel confronto con quelle contenute nella Direttiva in esame, profili differenti e che, quindi, a seguito del recepimento della normativa contenuta nella Direttiva sui diritti dei consumatori nel Codice del consumo, potrebbero dover essere oggetto di modifica e/o integrazione.

Particolare attenzione verrà dedicata, ad ogni modo, alle disposizioni contenute nella Direttiva sui diritti dei consumatori che possano determinare un *minus* di tutela rispetto a quelle vigenti nelle singole discipline settoriali[197] e che potrebbero, quindi, suggerire il mantenimento, da parte delle Autorità di regolazione, della disciplina vigente ovvero determinare in futuro l'adozione di disposizioni ampliative della tutela ivi prevista.

Le disposizioni regolamentari su cui ci si intende soffermare sono innanzitutto quelle riguardanti i contratti

[197] Nel presente studio ci si concentrerà sui profili che, se introdotti nelle discipline regolamentari, determinerebbero un *minus* di tutela, fermo restando che, in linea generale, la Direttiva 83/11/UE introduce diverse misure che risultano maggiormente favorevoli per il consumatore rispetto sia alla disciplina vigente nel Codice del consumo sia a quella contenuta nelle singole discipline regolamentari dettate dalle Autorità di regolazione. A tal proposito, si può richiamare, oltre all'allungamento del termine per il recesso a 14 giorni, la previsione della proroga legale del termine per recedere per il caso di mancato assolvimento degli obblighi informativi sul recesso, pari a dodici mesi, come anche quella che consente la possibilità per i consumatori di esercitare il diritto di recesso attraverso diverse modalità (tramite per posta, fax o posta elettronica) e non soltanto, quindi, come attualmente previsto dal Codice del consumo, tramite l'invio di una raccomandata.

stipulati con modalità "diverse" da quelle tradizionale, e dunque effettuate al di fuori dei locali commerciali o a distanza.

La stessa Direttiva 83/11/UE difatti, pur disciplinando tutte le tipologie di contratto, interviene maggiormente sulle regole concernenti queste tipologie di contratti.

Le stesse Autorità di regolazione hanno posto particolare attenzione, intervenendo con specifici provvedimenti, proprio su dette tipologie di contratti e sulle problematiche ad essi connesse, in considerazione della loro riconducibilità alla categoria delle cosiddette "vendite aggressive"[198].

Al fine di meglio individuare le modifiche che saranno apportate, a seguito del recepimento della Direttiva 83/11/UE, alle discipline vigenti nei settori suddetti, si ritiene opportuno soffermarsi, quindi, sulla disciplina relativa ai contratti a distanza e al di fuori dei locali commerciali.

Una delle maggiori novità introdotte dalla Direttiva 83/11/UE, con riferimento a dette tipologie di contratti, riguarda la disciplina del diritto di recesso.

In particolare, con essa si introduce un termine di quattordici giorni (di calendario) per esercitare il cosiddetto

[198] L'Agcom non è ancora intervenuta a disciplinare la materia dei contratti al di fuori dei locali commerciali con un provvedimento *ad hoc*; la rilevanza della novità contenute nella Direttiva 83/11/UE con riferimento ai contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali va quindi considerata in relazione ad un eventuale intervento regolamentare che tenga conto altresì di tale tipologia di contratti. Del resto, l'Autorità ha già avviato un procedimento volto alla revisione della delibera attualmente vigente in materia di conclusione di contratti aventi ad oggetto servizi di comunicazione elettronica (delibera n. 343/11/CONS), nel quale si prospetta l'estensione della disciplina prevista per i contratti a distanza altresì a quelli negoziati al di fuori dei locali commerciali.

diritto di ripensamento in relazione a contratti conclusi a distanza o negoziati al di fuori dei locali commerciali e un regime di decorrenze per l'esercizio di detto diritto (fatte salve alcune eccezioni) comune ai contratti a distanza e ai contratti negoziati a di fuori dei locali commerciali.

Ebbene, guardando alle corrispondenti disposizioni regolamentari in materia dettate dall'Aeeg e dall'Agcom si riscontrano differenze non di poco conto sotto l'aspetto pratico.

In primo luogo, l'Aeeg nella delibera 104/10, riguardante la vendita di energia elettrica e gas naturale ai clienti finali, prevede, in coerenza con quanto previsto dal Codice del consumo, un termine per l'esercizio del diritto di recesso di 10 giorni (lavorativi); quindi, la disciplina contenuta nella Direttiva sui diritti dei consumatori, che introduce un termine più lungo – di quattordici giorni – appare, innanzitutto, idonea ad incidere (in attuazione di quella che sarà la disciplina di prossima introduzione nel Codice del consumo) in primo luogo su detto aspetto e in modo, si precisa, maggiormente favorevole per i consumatori, determinando un allungamento del periodo di tempo concesso per esercitare, eventualmente, il diritto di ripensamento.

Diversamente, per quanto riguarda il regime di decorrenze, si evidenzia come la disciplina regolamentare, vigente in materia di contratti di energia elettrica e gas, risulti maggiormente favorevole rispetto a quella contenuta nella disciplina di cui alla

Direttiva 83/11/UE, di prossima introduzione nel nostro ordinamento.

A ben vedere, difatti, mentre la disciplina comunitaria fa decorrere il termine iniziale per l'esercizio del diritto di recesso "*dalla conclusione del contratto*", di contro, la disciplina dettata dall'Aeeg prevede un regime di decorrenze differente in relazione ai contratti a distanza, facendo decorrere il termine iniziale dal giorno "*del ricevimento del contratto*"[199].

Ebbene, è evidente come la disciplina regolamentare preveda sul punto un regime di maggior favore per l'utente in quanto "sposta in avanti" – al momento del "*ricevimento del contratto*" – il *dies a quo* da cui far decorrere il periodo utile per l'esercizio del diritto di recesso, al momento cioè in cui il consumatore riceve la documentazione contrattuale al proprio domicilio, che è poi quello in cui egli riesce ad avere effettiva contezza delle condizioni e degli obblighi assunti nel corso di una negoziazione avvenuta a distanza.

Dunque, la disciplina comunitaria appare idonea ad incidere, una volta recepita nell'ordinamento interno, altresì su tale profilo e, si rileva, in senso qui sfavorevole per il destinatario del servizio il quale potrà beneficiare, nella sostanza,

[199] Cfr. art. 12.5 della delibera 104/10 come successivamente integrata (Allegato A) "*Qualora il contratto di fornitura sia stato concluso attraverso forme di comunicazione a distanza, il cliente finale domestico può recedere senza oneri entro 10 (dieci) giorni lavorativi dal ricevimento del contratto. Fatta salva prova contraria, il contratto di fornitura si presume ricevuto trascorsi 10 giorni dall'invio effettuato da parte dell'esercente la vendita*".

di uno *spatium deliberandi* circa l'eventuale esercizio del diritto di recesso più breve, iniziando a decorrere, secondo la nuova disciplina comunitaria, il termine per recedere, non già dal giorno del ricevimento del contratto, bensì dal giorno della conclusione del contratto.

La *ratio* della disposizione introdotta dall'Aeeg è, evidentemente, quella di assicurare che lo *spatium deliberandi* per la formazione del convincimento circa l'eventuale esercizio del diritto di ripensamento venga sfruttato appieno, ossia quando già il consumatore abbia ricevuto il contratto e, quindi, abbia preso effettivamente contezza delle condizioni che andranno a regolare il costituendo rapporto.

Sono evidenti le differenze tra quanto previsto nella disciplina regolamentare dell'Aeeg e quelle dettata dal legislatore comunitario, risultando la prima maggiormente garantista per il consumatore, dal momento che il termine per l'esercizio del diritto di recesso si fa decorrere soltanto dal momento in cui questi abbia avuto effettivamente contezza delle condizioni contrattuali.

Del resto, deve rilevarsi che l'Aeeg, con detto provvedimento, si sia spinta anche al di là del regime di tutela previsto dal Codice del consumo, ove il *dies a quo* è invece fissato nel giorno della "*conclusione del contratto*".

Alla luce di quanto esposto circa le differenze riscontrate nella disciplina comunitaria di recente introduzione e la

disciplina regolamentare, il problema che si pone è se l'Aeeg sia obbligata o meno, a seguito del recepimento della Direttiva *de qua* nell'ordinamento italiano, a conformare i propri provvedimenti a quanto ivi prescritto – giungendo a modificare le regole da essa dettate – anche introducendone, come nel caso da ultimo prospettato, di meno favorevoli per il consumatore.

Il problema si pone in misura minore in relazione alle previsioni regolamentari in materia di comunicazioni elettroniche, contenute nella delibera n. 664/06/CONS, dal momento che l'Agcom si è limitata a riprodurre, in detta delibera, le norme contenute nel Codice del consumo in materia di diritto di recesso, sia per ciò che concerne il periodo per esercitarlo (fissato in dieci giorni) sia per quanto riguarda il regime di decorrenze. In particolare, con riferimento a quest'ultimo punto è ivi previsto che il termine per l'esercizio del diritto di recesso decorra, nel caso di un contratto che abbia ad oggetto beni, dal giorno della loro ricezione (con alcune deroghe), nel caso in cui invece abbia ad oggetto servizi dalla "*conclusione del contratto*" (art. 5, comma 4, del Regolamento)[200].

Pertanto, l'introduzione della disciplina comunitaria sulle decorrenze non sembra porre particolare problemi in relazione

[200] Cfr. le corrispondenti disposizioni di cui all'articolo 65, commi 2 e 3 del Codice del consumo ove è previsto, in relazione ai contratti a distanza, che il termine per l'esercizio del diritto di ripensamento decorre: a) per i beni, dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore, se pur con alcune eccezioni; b) per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto, se pur con alcune deroghe.

alla disciplina regolamentare vigente in materia di comunicazioni elettroniche.

Nella direttiva 83/11/Ue si rinviene poi una specifica disposizione riguardante la fornitura di beni o servizi non richiesti. Detto profilo, a ben vedere, è stato oggetto di interventi di natura regolamentare sia da parte dell'Agcom[201] che dell'Aeeg[202]; entrambe le Autorità sono difatti intervenute a disciplinare i casi di fornitura di beni o servizi non richiesti, anche sulla base delle numerose sollecitazioni ad intervenire provenienti dalle Associazioni dei consumatori e degli stessi utenti che lamentavano, in entrambi i settori, il proliferare di casi di pratiche commerciali scorrette da parte degli operatori.

Ebbene, come anticipato, la Direttiva in esame interviene altresì su detto profilo sancendo l'esonero per il consumatore dall'obbligo di fornire qualsiasi prestazione corrispettiva in caso di fornitura di beni o servizi non richiesti (art. 27, Direttiva 83/11/UE), pratiche già vietate, invero, come noto, dalla direttiva 2005/29/CE.

Tale disposizione assume interesse in quanto, con essa, non sembrerebbe semplicemente riprodursi quanto già previsto dalla richiamata direttiva 2005/29/CE circa il divieto di fornire beni o

[201] L'Agcom è intervenuta in materia con la delibera n. 664/06/CONS più volte citata; tuttavia, già nel 2003, con la delibera n. 179/03/CSP, l'Autorità si era preoccupata di intervenire sul fenomeno in esame introducendo una specifica disposizione contenente il divieto per gli organismi di telecomunicazioni di pretendere prestazioni corrispettive in caso di attivazioni (o disattivazioni) di beni o servizi non richiesti (Delibera n. 179/03/CSP, art. 7, comma 5).
[202] Cfr. delibera 156/12, art. 6.

servizi non richiesti, quanto piuttosto introdurre un rimedio contrattuale – non previsto espressamente nella direttiva 2005/29/CE – consistente nell'esonerare il consumatore dall'obbligo di pagare un corrispettivo a fronte di una fornitura non richiesta[203].

Tuttavia, ponendo a confronto la disciplina contenuta nella Direttiva sui diritti dei consumatori sulla fornitura di beni e servizi non richiesti e quella contenuta nelle singole normative settoriali, si rinvengono delle differenze dovute alla presenza di una disciplina della materia maggiormente dettagliata nelle seconde.

Volendo qui richiamare sinteticamente le diverse disposizioni regolamentari adottate dalle due Autorità di settore in materia, si deve innanzitutto rilevare che la disciplina regolamentare di cui alla delibera n. 664/06/CONS riproduce

[203] Cfr. l'art. 5, e il punto 29 dell'allegato I, della direttiva 2005/29/CE; in particolare, nell'art. 5, al paragrafo 5, si rinvia all'allegato I per l'indicazione delle pratiche commerciali che devono essere considerate in ogni caso sleali. In detto allegato, tra le pratiche commerciali che devono essere considerare *iuris et de iure* sleali, si rinvengono quelle consistenti nell'"*esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto, salvo nel caso dei beni di sostituzione di cui all'articolo 7, paragrafo 3, della direttiva 97/7/CE (fornitura non richiesta)*" (n. 29 allegato I). Si osserva come, pur qualificando qui la richiesta di somme come pratica commerciale sleale, non è però previsto alcun rimedio per il consumatore, esercitabile in via diretta. Cfr., al riguardo, il considerando n. 60 della Direttiva 83/11/UE ove è chiarito che "…*la fornitura al consumatore di beni o servizi non richiesti, è vietata dalla direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), ma non è previsto alcun rimedio contrattuale, (per cui) è necessario introdurre nella presente direttiva il rimedio contrattuale che esonera il consumatore dall'obbligazione di pagare per una tale fornitura non richiesta*".

sostanzialmente la disciplina contenuta nel Codice del consumo per quanto concerne i servizi non richiesti.

In aggiunta, d'altro canto, è previsto un espresso divieto di fornitura di beni o servizi di comunicazione elettronica "*anche solo supplementari rispetto ad un contratto già in esecuzione*" in mancanza della loro previa ordinazione da parte dell'utente (art. 3, allegato A, Delibera n. 664/06/CONS). Detta ultima precisazione è stata suggerita dalle peculiarità del settore delle comunicazioni elettroniche su cui interviene la richiamata delibera dell'Agcom n. 664/06/CONS, settore caratterizzato da risvolti tecnici e tecnologici che impongono di coordinare i profili giuridici con i profili di tipo tecnico.

La suddetta circostanza, ricollegabile alle peculiarità del settore sembra giustificare altresì la previsione, contenuta nel medesimo articolo 3 della delibera n. 664/06/CONS, dell'obbligo per gli operatori, in caso di attivazioni servizi non richiesti, "*di provvedere, a loro cura e spese, al ripristino delle condizioni tecniche e contrattuali pre-esistenti*"[204].

[204] Cfr. *ex multibus* il provvedimento di definizione della controversia n. 10/11/CIR (Controversia Autotrasporti Pignataro/Vodafone Omnitel N.V.) adottato dall'Agcom ai sensi della delibera n. 173/07/CONS. In detto provvedimento l'Autorità ha stabilito che "*…in caso di contestazione, ove l'operatore non sia in grado di dimostrare, nelle dovute forme, la ricezione di una richiesta dell'utente ovvero le eventuali problematiche tecniche – non imputabili all'operatore stesso – che hanno determinato l'attivazione contestata, l'utente ha diritto allo storno delle fatture emesse nonché ad un eventuale indennizzo per ogni giorno di disservizio, da calcolare dal giorno dell'attivazione non richiesta sino al ripristino della precedente configurazione (se necessario, può anche disporsi il rimborso delle somme per il rientro in Telecom Italia, che potrà rivalersi sull'operatore cui l'attivazione è imputabile)*". Cfr., altresì, alcuni degli altri provvedimenti di definizione delle controversie adottati dall'Agcom in materia di servizi non richiesti

Espresso riferimento viene effettuato, nella delibera n. 664/06/CONS, anche ai costi che può comportare la ricostituzione della situazione precedente all'attivazione di servizi non richiesti quali, ad esempio, quelli derivanti dal ripristino della precedente configurazione; ebbene, essi vengono qui espressamente posti a carico dell'operatore che ha disposto l'attivazione non richiesta, con la conseguenza che l'utente, pertanto, non sarà tenuto ad alcuna prestazione.

Dal canto suo, l'Aeeg è intervenuta anch'essa a disciplinare la materia in maniera più dettagliata rispetto alla disciplina contenuta nel Codice del consumo, apprestando, per far fronte a detti fenomeni, una procedura complessa coinvolgente il venditore, il cliente e lo Sportello per il consumatore di energia[205].

In particolare, nella delibera n. 153/12 è stabilito che il cliente che ritenga di essere stato oggetto di un contratto o di un'attivazione non richiesta può inviare un reclamo per contratto non richiesto al venditore "*non più tardi di 30 giorni solari*" dalla data in cui ne ha avuto conoscenza (art. 6, delibera 153/12). L'invio del reclamo con le modalità ivi prescritte consente poi al cliente di accedere alla procedura di ripristino declinata nella successiva parte IV della delibera 153/12.

---

ed, in particolare, le delibere nn. 22/08/CIR, 33/08/CIR, 74/08/CIR, 5/09/CIR, 13/10/CIR, 65/10/CIR, 68/10/CIR, 71/10/CIR, 84/10/CIR, 100/10/CIR, 132/10/CIR, 138/10/CIR, 2/11/CIR, 10/11/CIR, 12/11/CIR, 36/11/CIR, 40/11/CIR, 44/11/CIR.

[205] Per le peculiarità che caratterizzano tale procedura vd. il par. precedente.

Ebbene, alla luce di quanto emerso circa le differenze presenti tra la vigente disciplina regolamentare e quella comunitaria, che di qui a poco verrà introdotta nell'ordinamento italiano, il quesito che si pone è se, una volta che la nuova Direttiva europea sia stata recepita nell'ordinamento interno, le disposizioni regolamentari debbano essere modificate in modo da risultare pienamente conformi alle disciplina comunitaria (così come recepita nell'ordinamento italiano) ovvero le peculiarità del potere regolamentare attribuito alle Autorità indipendenti giustifichino soluzioni differenti.

6. Le peculiarità che caratterizzano il potere regolamentare delle Authorities e l'eventuale obbligo di conformarsi alle prescrizioni europee

Al fine di verificare l'eventuale possibilità per le Autorità indipendenti di "discostarsi", nell'esercizio del proprio potere regolamentare, da quanto previsto dalla disciplina a carattere generale a tutela degli utenti, occorre soffermasi ad esaminare le peculiarità che caratterizzano il potere regolamentare delle *Authorities* guardando altresì a come esso si sia atteggiato nella prassi[206].

[206] Per un approfondimento sulle ragioni che hanno indotto a rimettere la regolazione di determinare materie alle Autorità indipendenti vd.: M. CLARICH, G. CORSO, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive*, *Nexus*, 2006, p. 18, consultabile sul sito <<*www.luiss.it*>>. Vd. altresì: R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, p. 248; ss; F. SCLAFANI, LAURA ZANETTINI, *Le Autorità amministrative indipendenti*,

Nel corso degli anni, le Autorità di settore, ed in particolare, guardando ai settori presi qui in considerazione l'Agcom e l'Aeeg, hanno introdotto numerose disposizioni regolamentari a tutela dell'utenza, adottando provvedimenti attuativi/integrativi della normativa primaria, sia di quella a carattere settoriale (quale, ad esempio, il Codice delle comunicazioni elettroniche) sia di quella a carattere generale (ossia del Codice del consumo), cui si è fatto ampio cenno nei paragrafi precedenti, contribuendo così ad apprestare una tutela specifica e mirata in favore degli utenti dei singoli servizi.

A seguito dell'adozione della recente Direttiva sui diritti dei consumatori e del conseguente ingresso nel nostro ordinamento della disciplina in essa contenuta, si pone la questione della possibilità per detti organismi di prevedere e/o mantenere disposizioni parzialmente differenti rispetto a quelle contenute nella nuova disciplina europea a tutela dei consumatori.

La suddetta questione sorge anche in considerazione dell'approccio di "armonizzazione massima" adottato dal legislatore europeo nella Direttiva sui diritti dei consumatori con il conseguente vincolo per gli Stati membri di conformarsi ad essa e il divieto, quindi, di discostarsi dalla relativa disciplina anche in senso maggiormente favorevole agli utenti.

---

in *Trattato di diritto amministrativo*, in R. CHIEPPA, G. P. CIRILLO, (a cura di), 2010, Padova, p. 433.

Innanzitutto, appare opportuno esaminare i provvedimenti adottati in passato dalle suddette Autorità con riferimento alle norme già contenute nel Codice del consumo ove, con tutta probabilità, confluiranno anche le norme contenute nella Direttiva sui diritti dei consumatori.

Particolari problemi non si sono posti con riferimento alle disposizioni contenute nel Codice del consumo introdotte, a loro volta, in sede di recepimento di direttive comunitarie ad armonizzazione "minima" e alle quali le Autorità di settore hanno dato attuazione con specifici provvedimenti.

E' il caso ad esempio delle norme in materia di contratti a distanza e di contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali che le Autorità di settore (Agcom e Aeeg) hanno riprodotto, integrandole, nei propri provvedimenti regolamentari, tenendo in considerazione le specificità dei singoli settori. Significativa al riguardo è la disciplina contenuta nella delibera n. 664/06/CONS dell'Agcom e disciplinante la conclusione di contratti a distanza ove, per l'appunto, è stabilito che, in caso di contratti conclusi per mezzo del telefono, la manifestazione di volontà dell'utente all'attivazione di un determinato servizio deve risultare da un documento, anche elettronico (il cd. *verbal ordering*), attestante l'avvenuta prestazione del consenso[207], onere questo non

[207] Cfr. l'art. 2, comma 5, Allegato, della delibera n. 664/06/CONS ove è stabilito: "*La volontà inequivoca del titolare dell'utenza telefonica di concludere il contratto deve risultare da un modulo ovvero altro documento contrattuale, anche elettronico, recante la data e l'ora dell'avvenuto accordo e la relativa sottoscrizione del titolare dell'utenza telefonica. Se è utilizzata la comunicazione telefonica, l'adempimento*

espressamente previsto dal Codice del Consumo, ma che l'Autorità di settore ha ritenuto di introdurre al fine, da un canto, di dissuadere il fenomeno di attivazione di servizi non richiesti, dall'altro, di consentire agli utenti di disconoscere contratti in relazione ai quali non vi sia la prova dell'avvenuta acquisizione del consenso dell'utente.

Ancora, nell'ambito della disciplina regolamentare dell'Aeeg in materia di contratti a distanza, l'avvenuta individuazione del *dies a quo* per l'esercizio del diritto di ripensamento al momento della "*ricezione del contratto*"[208] rappresenta, anch'essa, un esempio della scelta dell'Autorità di introdurre regole di maggior favore per l'utente – rispetto alla disciplina prevista dal Codice del consumo (ove il *dies a quo* è, invece, individuato nella "*conclusione del contratto*") – dal momento che, "spostando in avanti" il *dies a quo* da cui far decorrere il periodo utile per l'esercizio del diritto di recesso, attribuisce un maggiore *spatium deliberandi* all'utente. Anche tale disposizione regolamentare non desta particolari

degli obblighi informativi di cui ai commi 1, 2, 3 e 4, e il consenso informato del titolare dell'utenza telefonica possono risultare dalla registrazione integrale della conversazione". Cfr. altresì il successivo art. 6, comma 2, della medesima delibera ove si prevede che "*Nei procedimenti non giurisdizionali di risoluzione delle controversie relative alla conclusione di un contratto a distanza di fornitura di beni o servizi di comunicazioni elettroniche, l'operatore può fornire prova dell'avvenuta conclusione del contratto solo dimostrando di aver adempiuto gli obblighi di cui all'art. 2, commi 5, 6 e 7 …*"

[208] Cfr. l'art. 12, comma 5 della delibera 104/10 come successivamente integrata (Allegato A) "*Qualora il contratto di fornitura sia stato concluso attraverso forme di comunicazione a distanza, il cliente finale domestico può recedere senza oneri entro 10 (dieci) giorni lavorativi dal ricevimento del contratto. Fatta salva prova contraria, il contratto di fornitura si presume ricevuto trascorsi 10 giorni dall'invio effettuato da parte dell'esercente la vendita*".

problematiche considerando che la disciplina comunitaria in materia di contratti a distanza e contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali adottava un approccio ad armonizzazione "minima", con la conseguente possibilità, quindi, di introdurre una disciplina maggiormente favorevole per i consumatori.

Un discorso a parte deve effettuarsi invece con riferimento alle norme contenute nel Codice del consumo introdotte in sede di recepimento di direttive comunitarie ad armonizzazione "massima" (quale ad esempio la direttiva 2005/29/Ce sulle pratiche commerciali scorrette)[209].

Al riguardo, deve rilevarsi come le Autorità di settore abbiano, anche in tal caso, adottato dei provvedimenti attuativi delle stesse, anche "integrandole" con ulteriori misure a tutela dell'utente, tenendo conto, di volta in volta, delle specificità dei singoli settori. Ne costituisce un esempio la disciplina contenute nella delibera dell'Agcom n. 664/06/CONS ove, con riferimento ai casi di fornitura di beni o servizi non richiesti, detta Autorità, pur riproducendo nelle sue linee essenziali la disciplina contenuta nell'articolo 57 del Codice del consumo (di recepimento della Direttiva 2005/29/Ce), ha previsto garanzie ulteriori a favore degli utenti; in particolare, all'articolo 3 di detta delibera, è previsto, in aggiunta al divieto di prestare beni o servizi non richiesti, il divieto ulteriore di fornire beni o servizi

[209] Cfr. l'art. 57, del Codice del consumo ove è stabilito che "…*ogni fornitura non richiesta di cui al presente articolo costituisce pratica commerciale scorretta ai sensi degli articoli 21, 22, 23, 24, 25 e 26*".

di comunicazione elettronica, "*anche solo supplementari rispetto ad un contratto già in esecuzione*", in mancanza della loro previa ordinazione da parte dell'utente, divieto questo che va ad aggiungersi a quello contenuto nel Codice del consumo riguardante, genericamente, la fornitura di beni o servizi non richiesti[210].

Ancora, nel citato articolo 3, al comma 2, è stato introdotto l'obbligo per gli operatori, in caso di attivazioni servizi non richiesti, di provvedere, a loro cura e spese, al ripristino delle condizioni tecniche e contrattuali pre-esistenti[211] – misura questa di particolare tutela per l'utente e non rinvenibile nel Codice del consumo – come anche di sostenere gli eventuali costi ad esso connessi[212].

---

[210] Cfr. l'art. 3, comma 1, allegato A, della delibera n. 664/06/CONS ove è stabilito: "*Ai sensi dell'art. 57 del Codice del consumo, è vietata la fornitura di beni o servizi di comunicazione elettronica, anche solo supplementari rispetto ad un contratto già in esecuzione, in mancanza della loro previa ordinazione da parte dell'utente. È altresì vietata la disattivazione non richiesta di un servizio di comunicazione elettronica. In ogni caso, la mancata risposta dell'utente ad una offerta di fornitura non significa consenso*".

[211] Cfr. art. 3, comma 2, allegato A, della delibera n. 664/06/CONS: "*In caso di attivazioni o disattivazioni di linee o contratti o di forniture di beni o servizi non richiesti gli operatori non pretendono dagli utenti alcuna prestazione corrispettiva e provvedono, a loro cura e spese, al ripristino delle condizioni tecniche e contrattuali pre-esistenti o al ritiro di detti beni*". Cfr., a tal proposito, alcuni dei provvedimenti di definizione delle controversie adottati dall'AGcom in materia di servizi non richiesti ed, in particolare, le delibere nn. 22/08/CIR, 33/08/CIR, 74/08/CIR, 5/09/CIR**,** 13/10/CIR, 65/10/CIR, 68/10/CIR, 71/10/CIR, 84/10/CIR, 100/10/CIR, 132/10/CIR, 138/10/CIR, 2/11/CIR, 10/11/CIR, 12/11/CIR, 36/11/CIR, 40/11/CIR, 44/11/CIR.

[212] Vd. l'art. 3, comma 2, allegato A, della delibera n. 664/06/CONS ove è espressamente disciplinato altresì il profilo concernente i costi che può comportare la ricostituzione della situazione precedente all'attivazione di servizi non richiesti quali, ad esempio, quelli derivanti dal ripristino della precedente configurazione; essi vengono posti espressamente a carico dell'operatore che ha disposto l'attivazione non richiesta, laddove, invece, nel Codice del consumo è previsto

Dalla disamina delle delibere *supra* richiamate, adottate in attuazione delle norme contenute nel Codice del consumo, risulta che le Autorità di regolazione hanno, nella sostanza, riprodotto, nei propri provvedimenti regolamentari, le garanzie minime previste dalla disciplina a carattere generale, prevedendo, ove opportuno, una tutela maggiormente ampia per i destinatari della relativa disciplina in considerazione delle singole specificità del settore e delle diverse esigenze emerse dal mercato.

A questo punto, resta da comprendere se residuino degli spazi in capo alle Autorità di regolazione per discostarsi dalla disciplina contenuta nella Direttiva sui diritti dei consumatori e, dunque, se esse debbano uniformare appieno le disposizioni regolamentari vigenti ad essa (anche eventualmente modificandole in *pejus*) ovvero se possano discostarsi da esse, mantenendo quelle che risultino differenti ovvero introducendone di nuove, maggiormente favorevoli per gli utenti.

7. L'ampiezza e la portata dei poteri regolamentari delle Authorities in materia di tutela dell'utenza: l'orientamento sul punto della giurisprudenza

Al fine di rispondere al quesito concernente l'eventuale esistenza, in capo alle Autorità di regolazione, di un certo grado

---

esclusivamente che il consumatore, in caso di fornitura non richiesta, non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva.

di autonomia che consenta loro di mantenere o adottare disposizioni eventualmente differenti da quelle contenute nella Direttiva sui diritti dei consumatori, occorre soffermarsi ad esaminare l'ampiezza e la portata dei poteri regolamentari delle *Authorities* in materia di tutela degli utenti.

A ben vedere, difatti, la legge 481/95, istitutiva delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, disciplinante funzioni e poteri dell'Aeeg e dell'Agcom, e la successiva legge 249/97, riguardante, invece, i poteri di quest'ultima, individuano tra le competenze delle due Autorità la promozione della tutela di consumatori e utenti, attribuendo ad esse, a tal fine, i relativi poteri[213].

---

[213] Cfr. l'art. 1 della legge 481/95 ove è stabilito, in generale, che le disposizioni della medesima legge sono volte, tra le altre cose, a promuovere la tutela degli interessi di utenti e consumatori e, in particolare, l'art. 2, comma 12, lett. c) e d) della legge 481/95 ove si stabilisce che ciascuna Autorità "*controlla che le condizioni e le modalità di accesso per i soggetti esercenti i servizi, comunque stabilite, siano attuate nel rispetto dei principi della concorrenza e della trasparenza, anche in riferimento alle singole voci di costo, anche al fine di prevedere l'obbligo di prestare il servizio in condizioni di eguaglianza, in modo che tutte le ragionevoli esigenze degli utenti siano soddisfatte, ivi comprese quelle degli anziani e dei disabili, garantendo altresì il rispetto: dell'ambiente, la sicurezza degli impianti e la salute degli addetti*" nonché "*propone la modifica delle clausole delle concessioni e delle convenzioni, ivi comprese quelle relative all'esercizio in esclusiva, delle autorizzazioni, dei contratti di programma in essere e delle condizioni di svolgimento dei servizi, ove ciò sia richiesto dall'andamento del mercato o dalle ragionevoli esigenze degli utenti, definendo altresì le condizioni tecnico-economiche di accesso e di interconnessione alle reti, ove previsti dalla normativa vigente*"; si vedano inoltre le successive lettere h), l), m) e n), del comma 12, art. 2. Cfr., altresì, la legge 249/97, art. 1, comma 6, lett. b, n. 5, che tra le competenze della Commissione per i servizi e i prodotti dell'Agcom individua, con riferimento alla materia della pubblicità e delle televendite, la sua competenza ad emanare "*i regolamenti attuativi delle disposizioni di legge e regola l'interazione organizzata tra il fornitore del prodotto o servizio o il gestore di rete e l'utente, che comporti acquisizione di informazioni dall'utente, nonché l'utilizzazione delle informazioni relative agli utenti*".

Le suddette leggi attribuiscono, a ben vedere, dei poteri molto ampi alle Autorità di regolazione, i cui contorni sono spesso indefiniti[214].

Significative sono, al riguardo, le disposizioni delle leggi richiamate, nn. 481 del 1995 e 249 del 1997, nelle parti in cui individuano, tra le finalità e gli obiettivi delle Autorità di settore, la promozione della tutela dei consumatori e attribuiscono ad esse i relativi poteri per il loro raggiungimento senza individuarne precisamente però, in alcuni casi, i relativi confini[215].

Al riguardo, parte della dottrina ha evidenziato il rischio di rimettere ad esse – conferendo loro quelle che vengono sovente definite delle vere e proprie "deleghe in bianco" – un potere così ampio da svuotare praticamente di contenuto il principio di legalità "in senso sostanziale"[216].

---

[214] Si è parlato, al riguardo, di conferimento di una sorta di "deleghe in bianco", prive cioè dei criteri e dell'indicazione dei contenuti cui deve uniformarsi l'Autorità delegata e alle quali, dunque, resterebbero ampi margini di azione. Cfr., in particolare, R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, p. 248.

[215] Al riguardo, deve richiamarsi la teoria dei "poteri impliciti", in quanto utilizzata per legittimare un esercizio del potere siffatto; un'ampia disamina sul tema è fornita da P. PANTALONE, *Poteri impliciti delle Authorities e "torsioni" del principio di legalità*, p. 3, consultabile sul sito <<*www.giustamm.it*>>. Sul punto si vedano altresì, F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quad. cost*., 2006, p. 276, ss; G. MORBIDELLI, Il *principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm*. 2007, p. 710. ss.

[216] Il principio di legalità dell'azione amministrativa è stato interpretato in diversi modi: si è parlato di legalità in senso "formale", secondo cui l'attività amministrativa e i relativi atti devono trovare il proprio fondamento nella legge, e di legalità intesa in senso "sostanziale", secondo la quale la legge individua non soltanto il fondamento del potere e la forma degli atti, ma ne determina anche il contenuto. Cfr., in particolare, R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, p. 248; vd. altresì: F. SCLAFANI, LAURA ZANETTINI,

In tale contesto, particolare interesse rivestono le statuizioni adottate a tal proposito dai giudici amministrativi, di cui due recenti, e riferite proprio all'estensione dei poteri regolamentari dell'Agcom e dell'Aeeg nel perseguimento degli obiettivi e delle finalità individuati dalla legge.

Le Autorità amministrative indipendenti, in *Trattato di diritto amministrativo*, in R. CHIEPPA, G. P. CIRILLO, (a cura di), 2010, Padova, p. 433, ove si sottolinea come detta situazione abbia fatto emergere, in dottrina e giurisprudenza, l'esigenza di compensare "*la caduta della legalità sostanziale….con un rafforzamento della legalità procedurale*". Deve rilevarsi come il principio di legalità si atteggi in un maniera particolare con riferimento all'attività amministrativa delle Autorità di regolazione. Al riguardo, parte della dottrina ha parlato di una "torsione" del principio di legalità rispetto all'azione amministrativa con riferimento all'attività delle Autorità di regolazione, affermando come esse non si limitino a dare esecuzione a quanto previsto dalle legge, ma vadano ben oltre, con la conseguenza di "rompere" lo schema tradizionale legge – azione amministrativa, quanto meno per quanto concerne gli specifici contenuti. Cfr. P. PANTALONE, *Poteri impliciti delle Authorities e "torsioni" del principio di legalità*, p. 3, consultabile sul sito <<*www.giustamm.it*>>ove l'A. sottolinea come il principio di legalità possa essere inteso secondo diverse accezioni che risultano non sempre favorevoli all'affermazione "piena" del suddetto principio, Esso può intendersi come "non contrarietà" degli atti amministrativi alla legge, con la conseguenza che risulta invalido ogni atto amministrativo che sia in contrasto con una norma primaria. In secondo luogo, esso può essere inteso come "conformità formale" dell'azione amministrativa ad uno specifico parametro legislativo, con la conseguenza che risulta invalido ogni atto amministrativo che non trovi il proprio fondamento in una norma di legge. In terzo luogo, il principio di legalità può indicare la "conformità sostanziale" dell'azione amministrativa alla fonte di rango primario, con la conseguenza che risulta invalido ogni atto amministrativo che non sia conforme alla forma e al contenuto predeterminati dalla legge. Secondo quest'ultima accezione, precisa quindi l'A., la legge non deve limitarsi ad attribuire il nudo potere, ma deve altresì individuarne il contenuto e i confini. Sottolinea quindi come il principio di legalità inteso in senso sostanziale implichi il contemperamento di due opposte esigenze: da un canto, la delimitazione del contenuto del potere in funzione di garanzia dei privati, dall'altro la necessità che siano lasciati adeguati "spazi di manovra" all'Amministrazione per poter adattare al meglio la propria azione al caso concreto. L'Autore rileva quindi come nei settori in cui operano le Autorità indipendenti si sia adottata una concezione "minimale" del principio di legalità, secondo la quale sarebbe legittimo ogni intervento amministrativo, anche non espressamente disciplinato dalla fonte di rango primario, purché funzionale al raggiungimento delle finalità indicate dalla legge.

Il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sull'estensione del potere regolamentare dell'Aeeg, affermava, già nel 2005, che la legge 481/95 è qualificabile come una "*legge di indirizzo*" che poggia su prognosi incerte, rinvii in bianco all'esercizio del potere, inscritto in clausole generali o concetti indeterminati e che "*spetta all'Autorità concretizzare*" (Cons. di Stato n. 5827/2005)[217].

Più di recente, il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, chiamato a pronunciarsi sull'estensione del potere regolamentare dell'Agcom, ha rilevato che "*il modello cui si*

[217] Il Consiglio di Stato è stato chiamato a giudicare sulla legittimità di una delibera con cui l'Autorità per l'energia elettrica e il gas aveva previsto per tutti i clienti finali l'obbligo assicurativo per i rischi connessi all'utilizzo del gas naturale. La suddetta delibera era stata adottata sulla base dell'art. 2, comma 12, lett. c, della legge 481/95 che assegna all'Autorità il compito di assicurare, nell'erogazione dei servizi di pubblica utilità dell'energia elettrica e del gas, il rispetto dell'ambiente, della sicurezza degli impianti e la salute degli addetti. L'Autorità per l'energia elettrica ed il gas ha fatto presente di avere, con la delibera impugnata, semplicemente provveduto a reiterare un regime assicurativo che aveva, da oltre quindici anni, garantito una doverosa tutela risarcitoria per i danni connessi all'utilizzo del gas naturale e ciò senza incremento di oneri per l'utenza, ma semplicemente, individuando la più opportuna collocazione nella struttura tariffaria di un costo già riconosciuto, posizionandolo nella fase della filiera del gas ritenuta più idonea. Ebbene, il Consiglio di Stato nel ritenere infondata la censura con cui si deduceva la mancata copertura legislativa dell'azione dell'Aeeg, si è soffermata ad esaminare la peculiarità della tecnica seguita dal legislatore nel conferire all'Autorità i poteri di regolazione del mercato elettrico e del gas osservando che "*la legge n. 481/95, come molte leggi istitutive d'Amministrazioni indipendenti è una legge d'indirizzo che poggia su prognosi incerte, rinvii in bianco all'esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti indeterminati che spetta all'Autorità concretizzare. La natura della copertura legislativa è adeguata alla peculiarità dei poteri dell'Amministrazione indipendente quale amministrazione che si "autoprogramma" secondo le finalità stabilite dal legislatore. Se così è, allora non può lamentarsi alcuna carenza di prescrittività del dettato normativo, che, stabiliti i poteri e le finalità dell'Autorità, secondo la tecnica del "programma legislativo aperto", rinvia, al procedimento ed alle garanzie di partecipazione per fare emergere la regola, che dopo l'intervento degli interessati, appaia, tecnicamente, la più idonea a regolare la fattispecie*".

ispira la regolazione dei settori di competenza delle Autorità indipendenti si basa, in sostanza, su norme di indirizzo" che stabiliti i poteri e le finalità delle Autorità, cui sono attribuiti poteri pubblicistici di regolazione, si completano con gli interventi regolatori dalle stesse adottati volti a riempire di contenuto le finalità stabilite dalle norme (Tar Lazio nn. 9707/11 e 9710/11)[218].

La giurisprudenza, con le suddette pronunce, sembra riconoscere alle Autorità di regolazione un ampio margine di azione nel perseguimento degli obiettivi indicati dalla legge – tra cui rientra anche quello di promozione della tutela degli utenti – purché vi sia una norma attributiva dei relativi poteri, ben potendosi configurare in capo a detti organismi il compito e, quindi, il potere, di "*concretizzare*", ovvero di "*completare*" le relative norme, in quanto aventi la consistenza di mere "*norme di indirizzo*".

Ne consegue che appare ipotizzabile, sulla base degli ampi margini di azione ad esse lasciati dal legislatore nel perseguimento dell'obiettivo di promozione della tutela

[218] Con i ricorsi *supra* richiamati, sono state proposte azioni impugnatorie da parte di due operatori radiotelevisivi avverso la delibera dell'Agcom in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori. Nelle pronunce gemelle del Tar Lazio si è riconosciuto il potere dell'Agcom di determinare i criteri di quantificazione degli indennizzi in quanto ritenuto "connaturale" al potere conferito di definire le controversie tra utenti e operatori. Al riguardo, il Tar Lazio ha affermato che il provvedimento gravato trova il proprio fondamento nella legge 481 del 1995 e precisamente nell'articolo 2, comma 12, riguardante l'attribuzione all'Autorità del potere di determinare i casi di indennizzo automatico: su tale potere trova legittimo fondamento la determinazione, di cui alla gravata delibera, inerente ai casi di disservizio in presenza dei quali debba corrispondersi un indennizzo.

dell’utenza – e confermati di recente dalla giurisprudenza – la configurabilità di un potere in capo ad esse di mantenere ovvero adottare una disciplina parzialmente differente (nel senso di maggiormente favorevole agli utenti) da quella contenuta nella nuova disciplina di derivazione europea sui diritti dei consumatori, e ciò, in considerazione e nell’ottica del perseguimento della specifica missione loro affidata, ossia di promuovere la tutela di utenti e consumatori.

.

CAPITOLO 4.

L'IDONEITÀ DELLA DIRETTIVA EUROPEA AD INCIDERE DIRETTAMENTE SUI SETTORI REGOLATI: IL POTERE DELLE *AUTHORITIES* DI DARE DIRETTA ATTUAZIONE AD ESSA

1. La questione dell'eventuale potere delle Authorities di dare diretta attuazione alla Direttiva sui diritti dei consumatori

A seguito all'adozione, nell'ottobre del 2011, della Direttiva sui diritti dei consumatori, alcune delle Associazioni rappresentative degli interessi dei consumatori hanno rilevato, in diverse occasioni, l'opportunità di giungere in tempi brevi al recepimento nell'ordinamento italiano della neointrodotta disciplina europea sui diritti dei consumatori, anche mediante l'inserimento delle relative disposizioni in specifici provvedimenti regolamentari.

In tale contesto si è posta e si pone la questione dell'eventuale sussistenza di un potere delle Autorità di regolazione di dare diretta attuazione alla Direttiva sui diritti dei consumatori[219].

[219] Le Associazioni dei consumatori hanno evidenziato come la suddetta Direttiva preveda maggiori tutele per il consumatore rispetto alla disciplina attualmente vigente – dall'informativa pre-contrattuale alle modalità per l'esercizio del cosiddetto diritto di "ripensamento" – e come quindi sia auspicabile un tempestivo recepimento della stessa al fine di dotare i consumatori di strumenti di tutela maggiormente efficaci. In particolare, alcune delle Associazioni hanno sottoscritto, nel giugno del 2012 (decorsi cioè otto mesi dall'adozione della direttiva a livello europeo) un documento con cui hanno chiesto alle Istituzioni italiane di accelerare il processo di recepimento della direttiva 83/11/UE sottolineando la sua importanza al fine di porre un freno ai dilaganti fenomeni di vendita di beni e servizi non richiesti e di attivazione di servizi difformi da quelli prospettati in sede di offerta commerciale. La lettera inviata dalle Associazioni dei consumatori al Presidente del Consiglio è consultabile sul sito <<*http://www.corrierecomunicazioni.it*>>. Nel medesimo periodo, le Associazioni dei consumatori hanno inviato una lettera aperta (12 giugno 2012) all'Agcom con la quale hanno sottolineato l'opportunità di dare attuazione quanto prima alla Direttiva sui diritti dei consumatori, sottolineando il contributo che esse intendono fornire al fine di "*facilitare il processo di recepimento della direttiva (sui diritti dei consumatori) nell'ambito della discussione in corso*

Al riguardo, deve innanzitutto rilevarsi che la questione dell'attuazione della normativa comunitaria nel nostro ordinamento rileva principalmente per quanto riguarda le direttive, le decisioni, le decisioni quadro e, in parte, per le raccomandazioni, essendo i regolamenti, invece, direttamente applicabili.

In questa sede, giova se pur brevemente rammentare i vari atti normativi che hanno disciplinato, nel tempo, l'adeguamento del nostro ordinamento a quello comunitario.

A seguito della cosiddetta legge Fabbri (legge n. 87 del 16 aprile 1983), che ha regolato l'attuazione del diritto comunitario nel nostro ordinamento in via amministrativa e in via legislativa, è stata emanata la cosiddetta legge La Pergola[220] che, come noto, ha introdotto, nel nostro ordinamento, lo strumento della legge comunitaria, funzionale a consentire il periodico adeguamento alla normativa comunitaria.

Lo strumento della legge comunitaria è ora regolato dalla cosiddetta legge Buttiglione (legge 4 febbraio 2005, n. 11) recante "*Norme generali sulla partecipazione del'Italia al processo normativo dell'Unione Europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari*"[221].

---

sulle modifiche da apportare alle delibere n. 664/06/CONS…". La lettera inviata all'Agcom sul tema illustrato è consultabile sul sito <<*www.assoutenti.it*>>.

[220] Legge 9 marzo 1989 n. 86 recante "*Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari*".

[221] L'articolo 10 della legge n. 11 del 2005 (cd. "Legge Buttiglione", che ha abrogato e sostituito la legge 9 marzo 1989, n. 86) prevede la possibilità di far fronte

La suddetta legge prevede l'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto dell'Unione secondo tre differenti metodi: a) attuazione in via diretta (ad opera della stessa legge comunitaria)[222]; b) delega legislativa al Governo ai sensi dell'articolo 76 della Carta costituzionale, per cui la legge comunitaria assume il contenuto di una legge delega stabilendo, quindi, i principi e i criteri direttivi per l'esercizio della delega[223]; c) autorizzazione al Governo all'attuazione in via regolamentare di direttive (attuazione "in via regolamentare"), purché si tratti di materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato e non oggetto di riserva di legge assoluta (fenomeno di delegificazione in favore di regolamenti governativi emanati in forza della legge comunitaria)[224]; allo stesso modo, le direttive possono essere attuate con regolamento ministeriale o atto amministrativo generale (metodo dell'attuazione "in via

agli obblighi comunitari anche al di fuori del disegno di legge comunitario annuale. In particolare, ai sensi del comma 1 dell'articolo 10 di detta legge, in caso di atti normativi e di sentenze degli organi giurisdizionali delle Comunità europee e dell'Unione europea che comportino obblighi statali di adeguamento e la cui scadenza risulti anteriore alla data di presunta entrata in vigore della legge comunitaria, il Governo può proporre l'adozione di provvedimenti, anche urgenti, necessari a farvi fronte.

[222] Cfr. l'art. 9, comma 1, lett. a e b, della legge 11/2005. Tale metodo può essere seguito allorché le disposizioni statali vigenti siano in contrasto con gli obblighi derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea o siano oggetto di procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea nei confronti della Repubblica italiana.

[223] Art. 9, comma 1, lett. c, legge 11/2005 ove si fa espresso riferimento al conferimento al Governo di una delega legislativa per assicurare l'adeguamento degli obblighi provenienti dall'Unione europea.

[224] Cfr. art. 11, comma 1, legge 11/2005 ove è stabilito che nelle materie di cui all'articolo 117, secondo comma, della Costituzione, già disciplinate con legge, ma non coperte da riserva assoluta di legge, le direttive possono essere attuate mediante regolamento "*se così dispone la legge comunitaria*".

amministrativa"), ove riguardanti materie di competenza esclusiva dello Stato, qualora non disciplinate con legge o regolamento governativo, purché non oggetto di riserva di legge[225].

Pertanto, è ben possibile che alle direttive europee venga data attuazione in via regolamentare e amministrativa, se così dispone la legge comunitaria, tramite atti aventi natura governativa. La trasposizione delle direttive europee è, difatti, una prerogativa governativa-parlamentare.

Ne discende che, deve essere esclusa la possibilità di dare attuazione diretta da parte di un'Autorità di regolazione – quale organismo certamente estraneo all'apparato governativo – alle norme contenute in una direttiva comunitaria e, quindi, alle disposizioni della Direttiva sui diritti dei consumatori.

A fini di completezza deve poi rilevarsi come sia, allo stato attuale, al vaglio del Parlamento il disegno di legge per la legge comunitaria 2012, avente ad oggetto, tra le altre cose, il recepimento della Direttiva sui diritti dei consumatori[226].

---

[225] Cfr. art. 11, comma 5, legge 11/2005 ove è stabilito che nelle materie di competenza legislativa statale esclusiva – non disciplinate dalla legge o da regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, commi 1 e 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400 – e non coperte da riserva di legge, le direttive possono essere attuate con regolamento ministeriale o interministeriale, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n.400, o con atto amministrativo generale da parte del Ministro con competenza prevalente per la materia, di concerto con gli altri Ministri interessati.

[226] La Camera dei Deputati ha approvato il 3 ottobre 2012 in prima lettura il disegno di legge per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (l'annuale Legge Comunitaria per il 2012) che contiene le deleghe ed i principi relativi alle direttive europee da recepire.

Il disegno di legge per la legge comunitaria per il 2012, tra i principi e i criteri direttivi per l'esercizio della delega, stabilisce che al recepimento di direttive europee che vadano a modificare precedenti direttive – a cui sia stata già data attuazione nell'ordinamento italiano – si proceda modificando i testi legislativi in cui è contenuta la relativa disciplina[227].

Ebbene, dal momento che la Direttiva sui diritti dei consumatori va ad incidere proprio su precedenti direttive comunitarie – la cui disciplina è ora contenuta nel Codice del consumo – essa verrà recepita, con tutta probabilità, nel medesimo testo.

In particolare, il suddetto disegno di legge prevede, con riferimento alla Direttiva sui diritti dei consumatori, che ad essa debba essere data attuazione tramite un decreto legislativo, da adottarsi entro due mesi prima del termine fissato dal legislatore comunitario per l'adeguamento da parte degli Stati membri (e dunque entro il termine massimo del 14 ottobre 2012).

[227] Vd. l'art. 2 della delega legislativa recante "*Principi e criteri direttivi generali della delega legislativa*" ove alla lett. b) si prevede che "*ai fini di un migliore coordinamento con le discipline vigenti per i singoli settori interessati dalla normativa da attuare, sono introdotte le occorrenti modificazioni alle discipline stesse*…" e, ancora, alla lett. e) si stabilisce che "*all'attuazione di direttive che modificano precedenti direttive già attuate con legge o con decreto legislativo si procede, se la modificazione non comporta ampliamento della materia regolata, apportando le corrispondenti modificazioni alla legge o al decreto legislativo di attuazione della direttiva modificata*"

2. L'eventuale sussistenza di un potere delle Autorità di dare attuazione ad una direttiva in pendenza del termine di recepimento

Con riferimento alla questione concernente la sussistenza di un potere di un'Autorità di regolazione di dare diretta attuazione ad una direttiva comunitaria "in pendenza" del termine fissato per il recepimento – "anticipando" così, in sostanza, l'operato del legislatore italiano – deve evidenziarsi come, attese le peculiarità che connotano lo strumento della direttiva, essa debba essere esclusa.

La particolarità delle direttive – che vale a distinguerle da altri strumenti normativi comunitari – consiste nel fatto che trattasi di atti che, per definizione, al fine di produrre effetti nell'ordinamento interno, necessitano di essere recepiti da parte degli Stati membri; esse sono configurate come strumenti attraverso cui il legislatore europeo si limita a fissare degli obiettivi, assegnando poi un certo spazio temporale agli Stati membri per la scelta dei mezzi e degli strumenti ritenuti più idonei (art. 288 TFUE).

Ebbene, per tale particolarità, quindi, prima della scadenza del termine per il recepimento, non sembra possibile parlare di una loro "efficacia diretta", con la conseguente inidoneità delle stesse a far sorgere diritti e obblighi in capo ai privati[228].

[228] Così: R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, cit., p. 19.

A ben vedere, l'unico effetto diretto che la direttiva produce in detto arco temporale è quello di obbligare gli Stati membri a recepirla[229].

Pertanto, non risulterebbe privo di criticità un eventuale intervento da parte di un'Autorità di regolazione con cui si giungesse ad introdurre nell'ordinamento interno le disposizioni contenute in una direttiva comunitaria – attraverso il loro inserimento in provvedimenti regolamentari – prima ancora del decorso dello *spatium temporis* attribuito al legislatore per il recepimento; in tal modo difatti, si giungerebbe ad ammettere la produzione di "effetti diretti" da parte di una direttiva prima ancora della scadenza fissata per il suo recepimento laddove, invece, la giurisprudenza comunitaria giunge a riconoscerli soltanto qualora sia scaduto, infruttuosamente, il termine previsto per il recepimento (in relazione alle direttive dettagliate).

3. Il potere delle Autorità di dare attuazione ad una direttiva una volta trascorso infruttuosamente il termine di recepimento

[229] Invero, un altro effetto derivante dall'attuazione di una direttiva comunitari, è rappresentato dall'obbligo per gli Stati membri, prima della scadenza del termine per l'attuazione, di astenersi "*dall'adottare disposizioni che possano compromettere seriamente il risultato prescritto dalla direttiva*". (CGCE 18 dicembre 1997, C129/96, *Inter Environment Wallonie ASBL*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 7411.

La questione del potere di un'Autorità di regolazione di dare diretta attuazione alle disposizioni di una direttiva comunitaria si ripropone, con maggiore intensità, nell'ipotesi in cui sia scaduto infruttuosamente il termine prescritto per il recepimento, dal momento che è ben possibile che, decorso detto termine, esse producano "effetti diretti" nell'ordinamento interno[230].

L'effetto diretto consiste nella capacità della norma comunitaria di far sorgere direttamente diritti ed obblighi nei confronti dei singoli – senza la necessità, cioè, di alcun intervento del legislatore nazionale – e si risolve nella possibilità per i privati di invocare la norma comunitaria dinanzi all'Amministrazione nazionale al fine di ottenerne l'applicazione e la corrispondente tutela giurisdizionale[231].

Del resto, deve rilevarsi come la giurisprudenza comunitaria tenda a riconoscere l'idoneità, per le norme sufficientemente precise contenute in una direttiva "non recepita", a produrre effetti diretti soltanto in senso "verticale", ossia nei soli rapporti tra pubblica autorità e privati e a favore di questi ultimi, nel senso che i privati potranno invocare l'efficacia diretta di una direttiva non ancora recepita nei confronti

---

[230]. Cfr. R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 18, ove gli Autori precisano che l'idoneità di una direttiva comunitaria a produrre effetti diretti è un'indagine che viene svolta dalla Corte di giustizia tramite un attento processo ermeneutico volto ad analizzare la formulazione della norma considerata in relazione allo scopo e al contesto nel quale si inserisce e all'assenza di clausole che ne subordino l'applicazione ad ulteriori interventi normativi.

[231] G. BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione europea*, Padova, 2010, p. 97 ss.

dell'autorità pubblica[232], e non viceversa (essendo esclusa l'"efficacia diretta" nei cd. rapporti verticali invertiti).

Di contro, la giurisprudenza della Corte di Giustizia esclude l'idoneità delle direttive "inattuate" a produrre effetti diretti in senso "orizzontale"[233], ossia nei rapporti tra privati, il che si risolve, a ben vedere, nella impossibilità per il singolo di far valere le norme, che pur risultino sufficientemente dettagliate, nei confronti di altri privati[234].

---

[232] Il fondamento dell'effetto diretto delle direttive in senso "verticale" va ricercato essenzialmente nell'esigenza di impedire che lo Stato inadempiente possa opporre ai singoli, giovandosene, il proprio inadempimento rispetto a norme fondamentali del Trattato (gli artt. 10 e 249 Trattato CE), ed è per questo che le disposizioni provviste di effetto diretto di una direttiva, non tempestivamente o non correttamente trasposta, possono essere fatte valere dai singoli soltanto nei confronti dello Stato (c.d. effetto diretto verticale). Si tratta, tra l'altro, di un'efficacia verticale di tipo *unilaterale*: il cittadino cioè ha il diritto di far valere dinanzi al giudice nazionale i propri diritti derivanti da una direttiva non recepita nei confronti dello Stato, ma non viceversa (cd. effetto verticale inverso).

[233] Il mancato riconoscimento dell'efficacia diretta nei rapporti "orizzontali" è affermato in modo espresso dalla Corte di Giustizia nella pronuncia del 6 febbraio 1986, C-152/84, *Marshall*. Con riferimento all'impatto che detto principio sortisce nell'ordinamento interno, d'interesse è la pronuncia della Corte di Cassazione n. 2275 del 27 febbraio 1995, ove i giudici, dopo aver richiamato il principio della limitazione dell'efficacia diretta di una direttiva europea ai soli rapporti verticali, hanno annullato la sentenza con cui il giudice di merito (con riferimento a fatti anteriori all'entrata in vigore del d.l.vo 50/92) aveva ritenuto l'immediata applicabilità degli articoli 4 e 5 della direttiva 85/577 sul cd. diritto di "ripensamento"; a tale conclusione i giudici della suprema Corte sono giunti considerando che si trattava di una disciplina riguardante i rapporti orizzontali e, dunque, non immediatamente applicabile nell'ordinamento interno.

[234] Giova qui accennare al fatto che il singolo che si senta pregiudicato dalla mancata attuazione di una direttiva europea – priva di efficacia diretta (riguardando rapporti orizzontali) – potrebbe comunque far valere la responsabilità dello Stato per il mancato recepimento della direttiva ed invocare il rimedio risarcitorio nei confronto dello Stato inadempiente. La invocabilità del rimedio risarcitorio da parte del singolo è, del resto, espressamente riconosciuta dalla Corte di Giustizia nelle ipotesi di danno derivante dalla mancata attuazione di una direttiva anche qualora essa, come nel caso prospettato, non abbia efficacia diretta. Tale orientamento è stato inaugurato con la sentenza 19 dicembre 1991, cause riunite C-6/90 e 9/90, *Francovich*. Tale rimedio appare, del resto, indispensabile al fine di assicurare una tutela al singolo (da far valere nei confronti dello Stato inadempiente) che abbia

L'impostazione tendente a negare l'efficacia diretta in senso "orizzontale" è essenzialmente fondata sulla tesi della inettitudine di una direttiva a far sorgere "obblighi" a carico di un soggetto privato dell'ordinamento in assenza di un atto formale di recepimento[235]. Pertanto, soltanto una direttiva comunitaria che riguardi rapporti "verticali", ossia rapporti intercorrenti tra autorità pubblica e privati, deve ritenersi idonea,

---

subito un danno dalla mancata attuazione di una direttiva disciplinante i rapporti orizzontali, specie considerando l'impostazione della Corte di Giustizia tendente ad escludere l'efficacia diretta delle direttive non recepite disciplinanti i rapporti tra privati.

[235] R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, cit., p. 22 ove gli Autori rilevano che il motivo su cui si basa detta scelta risiede nella circostanza che, in questi casi, non è imputabile alcuna responsabilità ai singoli per la mancata attuazione della direttiva comunitaria; a tale conclusione si giunge difatti considerando che certamente non potrebbe imputarsi ai singoli, in capo ai quali la normativa europea pone degli adempimenti, la violazione degli obblighi ivi contenuti, dato che essi non possono ritenersi tenuti a conoscere una norma comunitaria che subordina la sua efficacia al proprio recepimento da parte dello Stato. Cfr. altresì la sentenza della Corte di Giustizia 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*, in *Raccolta*, p. 723**.** Tale questione impone di richiamare la tematica concernente i rapporti tra ordinamento nazionale e comunitario che ha visto e vede fronteggiarsi due fondamentali indirizzi quello della "separazione" e quello della "integrazione" dei due ordinamenti. Per la prima posizione ("dualista"), seguita dalla Corte costituzionale italiana, i due ordinamenti sono "distinti" e reciprocamente autonomi, così che la norma nazionale contrastante con il diritto comunitario è da disapplicare, non potendo, di contro, essere dichiarata invalida (il diritto comunitario, in quanto non destinato a far parte dell'ordinamento cui appartiene l'atto amministrativo nazionale, non ne può costituire parametro di legittimità). Per la tesi dell'integrazione ("monista"), propugnata invece dalla Corte di Giustizia, gli ordinamenti degli Stati membri sono coordinati ed inseriti nell'ordinamento comunitario, che si pone rispetto ad essi (per le materie di competenza) in una posizione di "primazia". Ne discende che la norma comunitaria costituisce parametro di validità della norma nazionale che, ove contrastante con quella comunitaria, dovrà essere considerata invalida. La stessa sorte dovrebbe seguire anche l'atto amministrativo emanato in contrasto con il diritto comunitario. R. GAROFOLI, *Atto amministrativo confliggente con la disciplina europea: presupposti per l'annullamento in autotutela e regime processuale (Cons. Stato, sez. v, 8 settembre 2008, n. 4263)*, in *Speciale Magistrato e Avvocato*, 2008, n. II.

a seguito della scadenza del termine di recepimento, a produrre effetti diretti nell'ordinamento interno.

Nel caso in cui si tratti, invece, di una direttiva disciplinante i rapporti tra singoli – in cui cioè non siano coinvolte Istituzioni pubbliche – che ponga in capo a questi specifici obblighi da assolvere nei confronti di altri privati, si dovrà escludere, per quanto sopra detto, l'idoneità delle norme in essa contenute a produrre "effetti diretti" prima del suo recepimento nell'ordinamento interno[236].

Tornando alla questione principale, ossia all'eventuale potere di un'Autorità di regolazione di inserire nei propri provvedimenti le direttive comunitarie "inattuate" – dando così ad esse, in sostanza, attuazione – deve rilevarsi come un potere siffatto sia condizionato alla idoneità delle stesse a produrre "effetti diretti" nell'ordinamento interno (non essendo, a ben vedere, l'Autorità di regolazione un soggetto deputato a dare

[236] Al riguardo, giova rilevare come l'impostazione che ammette l'idoneità per una direttiva non recepita ad esplicare effetti diretti nei soli rapporti "verticali" – con esclusione quindi dei rapporti orizzontali – sia stata oggetto di critiche, e ciò, sulla base della considerazione che essa determini situazioni di discriminazioni ingiustificate, generando effetti differenti in situazioni analoghe. Un esempio di ciò è quello del rapporto di lavoro pubblico e privato: a ben vedere, difatti, mentre l'eventuale efficacia diretta di una direttiva inattuata potrà essere opposta dal dipendente di un ente pubblico nei confronti dell'Amministrazione, di contro, non potrà essere opposta dal dipendente di una società privata nei confronti del datore di lavoro, nonostante si tratti, anche in tale caso, di un rapporto di lavoro, se pur non alle dipendenze della Pubblica Amministrazione. Tuttavia, allo stato, considerata l'impostazione della Corte di Giustizia, sembra doversi escludere l'idoneità per una direttiva inattuata a produrre effetti diretti nei rapporti "orizzontali", e dunque a far sorgere direttamente obblighi in capo a privati. Cfr. B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Napoli, 2002, p. 334; R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, cit., p. 22; G. BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione europea*, Padova, 2010, p. 97 ss.

diretta attuazione alle direttive comunitarie); soltanto, in tal caso, avendo le suddette norme, e i correlativi diritti e obblighi, fatto ingresso nel nostro ordinamento, appare configurabile un potere in capo ad un'Autorità di regolazione di dare ad esse specifica attuazione, inserendole nei propri provvedimenti regolamentari.

Pertanto, deve rilevarsi come un potere di inserire nei propri provvedimenti eventuali norme comunitarie, contenute in una direttiva non recepita, sia configurabile soltanto in relazione alle norme sufficientemente dettagliate (al punto da non rendere necessario un intervento del legislatore per dare ad esse esecuzione) e riguardanti i rapporti "verticali", ossia tra autorità pubblica e privati (limitatamente agli aspetti che non comportino maggiori obblighi in capo a questi ultimi) in quanto, per quanto sopra detto, esse risultano le sole idonee a produrre "effetti diretti" nell'ordinamento interno; di contro, deve escludersi un potere analogo in relazione alle direttive che, pur sufficientemente dettagliate, comportino maggiori oneri od obblighi a carico di privati, in quanto non idonee, per quanto sin qui detto, invece, sino all'adozione di un atto formale di recepimento, a produrre "effetti diretti".

4. La tendenza registrata nel settore delle comunicazione elettroniche di dare diretta attuazione alle direttive

Sin dai primi anni di attività si sono registrati nel settore delle telecomunicazioni diversi interventi da parte dell'Agcom con cui si è giunti a dare attuazione a quanto disposto a livello comunitario.

Innanzitutto, occorre premettere che già le stesse modalità di recepimento da parte del legislatore nazionale, con riferimento al settore in esame, delle prime direttive comunitarie risultano di particolare interesse (anni 1996-1997), e ciò, sia perché si è data ad esse attuazione non già attraverso la "legge comunitaria", ma attraverso leggi di settore – legge 650 del 1996, legge 189 del 1997 e legge 249/1997 – sia perché con esse si è rimessa la disciplina di contenuti specifici a regolamenti da adottarsi con le forme previste dall'articolo 17, comma 2, della legge 400/88[237].

In particolare, la legge 189/97 prevedeva che, mediante l'adozione di specifici regolamenti da adottarsi ai sensi del richiamato articolo 17, della legge 400/88, potessero essere apportate le modificazioni e le integrazioni eventualmente occorrenti "anche sulla base delle direttive europee nel frattempo emanate" per il completamento e l'aggiornamento della regolazione riguardante il settore delle telecomunicazioni.

Una procedura analoga era prevista dalla legge 249/97 (art. 5, comma 6, ora abrogato)

[237] Il recepimento nell'ordinamento italiano delle prime direttive comunitarie in materia di telecomunicazioni è avvenuto, negli anni 1996-1997, con la legge 23 dicembre 1996, n. 650, che ha dato attuazione alle direttive 95/51/Ce, 95/62/Ce e 96/19/Ce, con la legge 1 luglio 1997, n. 189, che ha esteso le modalità d recepimento della telefonia mobile e, da ultimo, con la legge 31 luglio 1997, n. 249.

Dunque, nei primi anni la disciplina della materia veniva rimessa ai regolamenti di cui alla legge 400/88 e ad essi veniva rimandata l'attuazione anche di direttive comunitarie che, nel frattempo, fossero state adottate.

A sua volta, l'azione dell'Agcom si è inserita, almeno inizialmente, nella disciplina di attuazione dei regolamenti ministeriali adottati sulla base della delegificazione prevista dalla legge 249/97.

In una seconda fase, invece, l'Autorità si è spinta oltre, giungendo a disciplinare la materia – se non proprio in attuazione – conformemente alle direttive comunitarie nel frattempo emanate (dalle prime direttive del 1996-1997 a quelle da ultimo adottate, del 2009)[238].

Nel corso degli anni, l'Agcom si è spesso avvalsa del proprio potere regolamentare al fine di dare attuazione alle direttive comunitarie.

Una tendenza siffatta si rinviene sin dai primi anni di attività. In tal senso può richiamarsi la delibera 3/99/CIR, con la quale l'Autorità ha recepito i contenuti della direttiva 98/61/Ce riguardante la preselezione del vettore. Si trattava, tra l'altro, di una direttiva fondata sull'articolo 95 del TCE, diretta a garantire l'armonizzazione interna del mercato e, dunque, difficilmente

[238] Cfr., al riguardo, F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 86 ove l'A., affermava, già nel 2002, con riferimento alla rilevata tendenza dell'Agcom a disciplinare la materia conformemente alle direttive comunitarie, come si potesse ritenere sussistente, già allora, una prassi in tal senso.

considerabile come direttamente applicabile in assenza di un atto formale di recepimento.

Tuttavia, l'Autorità ha introdotto le norme ivi contenute nella richiamata delibera 3/99/CIR, dando quindi ad essa attuazione.

Ancora, l'Agcom ha dato attuazione, con la delibera 81/99, alla direttiva 97/36/Ce riguardante il coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, indicando una lista di eventi di particolare rilevanza da trasmettere su canali televisivi liberamente accessibili. In detta delibera, l'Agcom non fa cenno al proposito di dare attuazione alla disciplina comunitaria, ma è evidente come il risultato sia proprio quello[239].

Un approccio analogo è stato adottato altresì in materia di pubblicità televisiva e di televendite, in relazione alla quale l'Autorità è intervenuta a dare attuazione alla direttiva 89/552/Ce, riguardante l'esercizio delle attività televisive (come successivamente modificata dalla direttiva 97/36/Ce), con la delibera n. 538/01/CSP, recante il "*Regolamento in materia di pubblicità televisiva e di televendite*".

Sotto un profilo differente rilevante è altresì l'esperienza in materia audiovisiva, avutasi in occasione del passaggio

[239] Così F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 90.

dall'analogico al digitale, in cui l'Autorità ha svolto un ruolo chiave.

Il sistema previsto dalla legge Gasparri, poi trasfuso nel Testo unico sulla radiotelevisione (ora TUSMAR), per il completo passaggio al digitale, consentiva l'accesso al mercato digitale ai soli operatori economici che già esercitassero attività radiotelevisiva al momento dell'entrata in vigore della legge, e ciò, in contrasto con i principi comunitari di apertura e concorrenza nel mercato del digitale terrestre[240].

In conseguenza di ciò, la Commissione europea ha avviato una procedura di infrazione (n. 2005/5086) per mancanza di conformità delle disposizioni della suddette legge Gasparri, che condizionavano la possibilità di accesso al mercato DTT ai soli operatori che già esercitavano l'attività radiotelevisiva, alle direttive comunitarie vigenti in materia[241].

Il Governo italiano è, quindi, intervenuto con il decreto legge 59/08, poi convertito in legge n. 101/08, che agli articoli 8-*novies* e 8-*decies*, ha introdotto delle modifiche alla Legge

---

[240] Cfr., al riguardo, E. BROGI, *Alcune note sui recenti sviluppi della disciplina della televisione digitale terrestre fra diritto interno e comunitario*, in *Mezzi di comunicazione e riservatezza: ordinamento comunitario e ordinamento interno*, in A. Pace, R. Zaccaria, G. De Minico (a cura di), Napoli, 2008, p. 111 ss, ove l'A. evidenzia che la normativa italiana ha creato una situazione di privilegio degli operatori presenti e radicati nel mercato.

[241] Con particolare riferimento alla direttiva 2002/21/CE, che istituisce un quadro comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), alla direttiva 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni) e alla direttiva 2002/77/CE, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica (direttiva concorrenza).

Gasparri e al Testo unico sulla radiotelevisione[242], eliminando però soltanto parte delle censure sollevate dalla Commissione europea.

In questo quadro è intervenuta l'Agcom che, con la delibera n. 181/2009[243], recante i criteri per la completa digitalizzazione delle reti televisive nazionali, ha previsto una "riserva per i nuovi entranti".

Il Governo, in seguito, con legge comunitaria 2008, ha recepito la suddetta delibera n. 181/09/CONS e i relativi contenuti anche sotto il profilo della riserva per i nuovi entranti[244].

Si tratta, in tal caso, di una fattispecie particolare rispetto a quelle esaminate sin'ora, in quanto l'Agcom è intervenuta su un quadro già delineato dal legislatore nazionale, in attuazione del diritto comunitario, ma reputato non conforme, secondo quanto

[242] In particolare, nella legge 101/08 è stato stabilito che fatti salvi i criteri e le procedure specifici per la concessione dei diritti di uso delle radiofrequenze per la diffusione sonora e televisiva previsti dal codice delle comunicazioni elettroniche, in considerazione degli obiettivi di tutela del pluralismo e degli altri obiettivi di interesse generale, la disciplina per l'attività di operatore di rete su frequenze terrestri in tecnica digitale si conforma ai principi della direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, e della direttiva 2002/77/CE della Commissione, del 16 settembre 2002. Tale attività è soggetta al regime dell'autorizzazione generale ai sensi dell'articolo 25 del Codice delle comunicazioni elettroniche.

[243] Con detta delibera è stato avviato il percorso per il definitivo spegnimento delle reti analogiche e la conversione delle reti digitali esistenti.

[244] Detto intervento con una norma primaria (legge comunitaria) è stato necessario al fine di rispettare l'impegno preso con la Comunità nel processo per la chiusura della procedura di infrazione avviata nei confronti dell'Italia.

rilevato dalla Commissione europea, alle direttive comunitarie[245].

Nel preambolo della suddetta delibera n. 181/09/CONS, si legge che "*l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Ministero dello Sviluppo Economico, al fine di assicurare la piena conformità della regolamentazione in materia di assegnazione delle radiofrequenze ai principi stabiliti dal diritto comunitario, alla luce della procedura di infrazione n. 2005/5086, hanno ravvisato l'esigenza di apportare, ciascuno nell'ambito della propria competenza, un affinamento dell'attuale quadro normativo e regolamentare*".

Del resto, l'Autorità, per giustificare detto intervento, ha richiama i principi di cui all'articolo 8-*novies*, comma 4, della legge 101/2008 – ove si fa riferimento genericamente al rispetto dei principi stabiliti dal diritto comunitario – andando però ben oltre, dal momento che individua, in detta delibera, dei criteri idonei a garantire l'ingresso di "nuovi entranti" sul mercato nel passaggio dall'analogico al digitale[246].

A seguito dell'adozione del Terzo Pacchetto di direttive comunitarie in materia di comunicazioni elettroniche (ed, in

[245] Per un approfondimento sul punto cfr. R. ZACCARIA, A. VALASTRO, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit. p. 321 ss.

[246] Cfr. la delibera n. 181/09/CONS (Allegato A) ove, con riferimento al regime di gara, si stabilisce che i cinque lotti messi in gara vengono suddivisi in due parti: parte A - pari a tre lotti, riservati ai nuovi entranti e ad altri operatori esistenti (esclusi gli operatori che prima della conversione delle reti analogiche e della razionalizzazione dei multiplex digitali esistenti DVB-T avevano la disponibilità di due o più reti televisive nazionali in tecnica analogica); parte B - pari a due lotti, aperti a qualsiasi offerente.

particolare, delle direttive 136/09/Ce e 140/09/Ce) e in considerazione del ritardo del legislatore nazionale nel dare ad esse attuazione, l'Agcom ha adottato alcuni provvedimenti che si pongono nel solco di quanto già registrato in precedenza, in quanto volti a dare anch'essi attuazione alle direttive comunitarie.

Volendo innanzitutto analizzare il provvedimento che interessa maggiormente in questa sede, dal momento che riguarda le misure volte ad agevolare il cambio di fornitore del servizio e, dunque, i diritti degli utenti, deve richiamarsi la delibera n. 147/11/CIR, contenente previsioni volte a dare attuazione a quanto previsto dalla "nuova" Direttiva 2002/22/Ce, cosiddetta Direttiva Servizio Universale (a seguito cioè delle modifiche apportate dalla Direttiva 136/2009) in materia di portabilità del numero mobile.

Nella nuova formulazione dell'articolo 30 di detta Direttiva è previsto il diritto degli utenti di ottenere la portabilità del proprio numero mobile entro un giorno lavorativo. In particolare, il comma 4 del suddetto articolo 30, prevede che "*Il trasferimento dei numeri e la loro successiva attivazione sono effettuati nel più breve tempo possibile. In ogni caso, gli abbonati che abbiano concluso un accordo per il trasferimento*

del proprio numero a una nuova impresa ottengono l'attivazione del numero in questione entro un giorno lavorativo"[247].

Ebbene, considerando che al momento dell'adozione da parte dell'Agcom della su richiamata delibera n. 147/11/CIR (del 30 novembre 2011), il legislatore nazionale non aveva ancora provveduto a recepire la direttiva n. 136/209/Ce, e ciò nonostante fosse oramai scaduto il termine fissato dal legislatore comunitario (25 maggio 2011), l'Autorità ha ritenuto di far confluire nella suddetta delibera n. 147/11/CIR, recante la revisione delle norme riguardanti la portabilità del numero mobile, l'obbligo già introdotto a livello comunitario in capo agli operatori di assicurare misure idonee a garantire la possibilità per gli utenti di effettuare la portabilità del numero mobile in un solo giorno lavorativo.

A tale conclusione, tra l'altro, si è giunti, come risulta dal preambolo della delibera *de qua*, considerando altresì la posizione assunta dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia in conseguenza del mancato recepimento delle misure di cui alla Direttiva 136/2009/Ce.

Nelle premesse della delibera n. 147/11/CIR viene espressamente richiamato il parere motivato formulato, in data

[247] Nel considerando n. 47 della Direttiva 136/2009/Ce si sottolinea che "…*la portabilità del numero dovrebbe essere attuata al più presto perché è un elemento chiave della libertà di scelta da parte dei consumatori e della effettiva concorrenza nell'ambito dei mercati concorrenziali delle comunicazioni elettroniche, in modo tale che il numero sia funzionalmente attivato entro un giorno lavorativo e che la perdita del servizio a cui incorre l'utente non abbia una durata superiore a un giorno lavorativo*".

24 novembre 2011, dalla Commissione Europea con il quale viene rilevata la mancata attuazione, entro il termine previsto del 25 maggio 2011, da parte di alcuni Stati membri, tra cui anche l'Italia, delle misure di cui alla direttiva 136/2009/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica, rammentando che essa ha ampliato i diritti degli utenti in materia di telefonia fissa, servizi mobili e accesso a internet, garantendo, tra l'altro, il diritto di cambiare operatore telefonico in un giorno senza la necessità di cambiare numero.

La suddetta circostanza viene posta alla base dell'intervento della stessa Autorità con la quale essa afferma di ritenere necessario "*dare attuazione alle norme comunitarie, per gli aspetti disciplinati dal presente provvedimento (riguardante la MNP), nel più breve tempo possibile*" e, a tal uopo, individua un breve lasso di tempo, non comunque inferiore a tre mesi, per consentire l'effettuazione, anche dal punto di vista tecnico, della portabilità del numero mobile in un solo giorno lavorativo.

Un altro provvedimento che suscita particolare interesse ai fini del presente studio, se pur non avente un diretto impatto sugli utenti, è quello contenuto nella delibera n. 622/11/CONS, concernente i diritti di installazione e condivisione di infrastrutture[248].

[248] Nelle premesse della delibera n. 622/11/CONS si legge che la normativa in materia di comunicazioni elettroniche è orientata a promuovere la diffusione e lo sviluppo delle infrastrutture ed a ridurre il divario digitale. Del resto, le nuove

Nel corso del procedimento volto all'adozione di detta delibera, alcuni operatori di telecomunicazioni hanno sollevato il tema del recepimento del nuovo articolo 12 della Direttiva Quadro, come risultante a seguito della novella apportata dal legislatore europeo con la Direttiva 140/2009/CE.

La questione si è posta dal momento che l'articolo 12 della suddetta Direttiva Quadro, nella sua nuova formulazione, introduce la facoltà per l'Autorità nazionale di "imporre" la condivisione di elementi della rete e risorse correlate ai fornitori di reti di comunicazione elettronica, laddove precedentemente era invece previsto un potere dell'Autorità di semplicemente "incoraggiare" la coubicazione o la condivisione di tali infrastrutture o proprietà.

Nella nuova formulazione, il primo comma stabilisce invece che "*le autorità nazionali di regolamentazione hanno la facoltà di imporre la condivisione di tali strutture o proprietà*" specificando, tra l'altro, possibili elementi di rete da condividere quali "*edifici o accesso a edifici, cablaggio degli edifici, piloni,*

---

tecnologie a banda larga rappresentano un elemento chiave della competitività di un Paese poiché hanno un rilevante impatto sulla produttività, sull'innovazione e la qualificazione del territorio, producendo rilevanti effetti sul benessere sociale e sulla possibilità di sviluppo nazionale. Per tale ragione esse costituiscono una priorità dei governi di tutto il mondo. Si precisa quindi che, al fine di promuovere lo sviluppo delle infrastrutture, è necessario incentivare la realizzazione di reti di comunicazione a larga banda, dorsali e cittadine, in particolare semplificando e velocizzando il rilascio dei permessi e la concessione dei diritti di passaggio, come anche sostenendo il razionale sfruttamento e la condivisione delle infrastrutture esistenti e di quelle future.

antenne, torri e altre strutture di supporto, condotti, guaine, pozzetti e armadi di distribuzione"[249].

Ebbene, in relazione a detto articolo, alcuni operatori, come anticipato, hanno evidenziato la necessità per l'Autorità di tenere in considerazione, nell'adozione della nuova delibera in materia (per l'appunto, la delibera n. 622/11/CONS), l'esistenza di un potere in capo all'Autorità di imporre, e non più soltanto di incoraggiare, la condivisione delle infrastrutture, dovendosi considerare il suddetto articolo 12, attributivo di tale potere in capo alle ANR, come direttamente esecutivo, non occorrendo quindi, per dare ad esso attuazione, un atto formale di recepimento.

Il problema si è posto considerato che, al momento dell'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento, la direttiva 140/2009/CE non era stata ancora recepita a livello nazionale.

Al riguardo, l'Autorità, dopo aver comunque precisato che il nuovo articolo 12 attribuisce una mera "facoltà" all'Autorità di imporre la condivisione delle infrastrutture (da attuarsi nei casi in cui ritenga che le condizioni concorrenziali lo richiedano) – non essendo quindi configurabile alcun obbligo da parte dell'Autorità nazionale di agire in tale senso – ha ritenuto la

[249] Il comma 2 dell'articolo 12, nella nuova versione, ripropone (in conformità alla precedente formulazione) il potere in capo all'Autorità di imporre la condivisione di infrastrutture *"per tutelare l'ambiente, la salute pubblica, la pubblica sicurezza o per realizzare obiettivi di pianificazione urbana o rurale e soltanto dopo un adeguato periodo di pubblica consultazione"*.

suddetta norma sufficientemente dettagliata e, dunque, tale da potere essere direttamente inserita nel nuovo regolamento in materia di installazione e condivisione delle infrastrutture.

In tal caso, quindi, l'Autorità ha ritenuto di dare ad essa attuazione trattandosi di una disposizione sufficientemente dettagliata e idonea, una volta scaduto infruttuosamente il termine prescritto per il recepimento, a produrre effetti diretti nell'ordinamento interno.

5. Le possibili ragioni sottese alle scelte dell'Autorità in relazione all'attuazione in via diretta delle direttive di settore

La tendenza da parte dell'Agcom di dare diretta attuazione alle direttive comunitarie, cui si è fatto riferimento nel paragrafo precedente, conduce ad interrogarsi sulle ragioni per le quali è stata adottata una soluzione simile.

Non è possibile individuare con certezza le singole ragioni che hanno condotto all'adozione di scelte siffatte, tuttavia, sembrerebbe, anche guardando ai rinvii contenuti nei preamboli delle singole delibere "*all'esistenza di una procedura d'infrazione comunitaria in corso*" ovvero "*al decorso infruttuoso del termine assegnato dal legislatore comunitario*", che l'esigenza di dare esecuzione agli obblighi provenienti dall'Unione europea, abbia orientato l'azione dell'Autorità, anche in virtù del principio sancito dagli stessi Trattati delle

Comunità europee – non richiamato, invero, nelle delibere cui si è fatto cenno – di agire in conformità al *principio di leale cooperazione* e in relazione al quale è specificamente previsto, all'articolo 4 del TUE, l'obbligo per gli Stati membri di adottare "*ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione*".

Del resto, deve rilevarsi come un esercizio delle proprie prerogative improntato ai vincoli e ai principi derivanti dall'ordinamento comunitario, da parte delle Amministrazioni statali, permei oramai l'intero ordinamento italiano, a tutti i livelli[250].

Un'altra ragione giustificante un approccio siffatto può rinvenirsi nell'esigenza di far fronte alle nuove esigenze di mercato, già cristallizzate nella normativa comunitaria (si pensi ad esempio all'esigenza di garantire la portabilità del numero mobile nel più breve tempo possibile per favorire la competizione tra gli operatori), considerando, del resto, come la stessa attribuzione di un potere regolamentare alle Autorità indipendenti sia legata, tra le altre cose, altresì all'esigenza di

[250] Al riguardo, si richiamano l'art. 117 della Costituzione, ai sensi del quale "*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario…*" e la legge sul procedimento amministrativo, legge 241/90 ove all'articolo 1, recante i principi generali dell'attività amministrativa è prescritto: "*L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario*".

fare ricorso a strumenti che consentano una maggiore rapidità nell'adeguamento delle regole alle esigenze di mercato[251].

6. La difficile configurabilità in capo alle Authorities del potere di dare diretta attuazione alla nuova Direttiva sui consumatori

Si è detto nei paragrafi precedenti come l'eventuale potere delle *Authorities* di inserire nei propri provvedimenti regolamentari il contenuto delle direttive non recepite debba ritenersi condizionato alla loro idoneità a produrre "effetti diretti" nell'ordinamento interno[252]; soltanto, in tal caso, difatti, avendo le suddette norme, e i correlativi diritti e obblighi, fatto ingresso nel nostro ordinamento, appare configurabile un potere in capo ad un'Autorità di regolazione di dare ad esse specifica attuazione.

Dunque, con riferimento all'eventuale potere delle *Authorities* di recepire nei propri provvedimenti il contenuto di una direttiva comunitaria, esso dovrà comunque escludersi sino a quando sia ancora "pendente" il termine previsto per il recepimento, dal momento che la produzione di "effetti diretti" da parte di una direttiva comunitaria è inscindibilmente legata al "fattore tempo" ed, in particolare, al decorso (infruttuoso) del

[251] Cfr. M. CLARICH, G. CORSO, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive*, cit., 2006, cit., p. 18 ss.; R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit. p. 248 ss.
[252] Vd. *supra* cap. 4, par. 4.

termine prescritto per il recepimento. Nell'ipotesi, invece, in cui sia scaduto il termine per il recepimento, senza il legislatore italiano abbia provveduto a trasporre la direttiva nell'ordinamento interno, il suddetto potere appare configurabile nei soli casi in cui la direttiva disciplini rapporti "verticali" in quanto, soltanto in tal caso, essa risulta idonea a produrre "effetti diretti" nell'ordinamento interno.

Con specifico riferimento ad un eventuale potere delle Autorità di regolazione di dare specifica attuazione alla Direttiva sui diritti dei consumatori, quindi, deve rilevarsi come esso debba essere escluso attesa la inidoneità della stessa a produrre "effetti diretti" nell'ordinamento interno; trattasi difatti di una direttiva disciplinante i rapporti tra privati, ed in particolare, come ampiamente visto in precedenza, quelli tra consumatori e professionisti e facente sorgere specifici obblighi in capo a questi ultimi (nei confronti dei consumatori); ne discende quindi la mancanza di inidoneità della direttiva in esame, pur allorché sia oramai scaduto il termine per il recepimento, a produrre "effetti diretti" e la conseguente impossibilità di configurare un potere delle *Authorities* di recepire il relativo contenuto nei provvedimenti regolamentari, non avendo i relativi diritti e obblighi, fatto ancora ingresso nell'ordinamento.

Conclusioni

La disamina svolta ha permesso di esaminare nel dettaglio le peculiarità che presentano i settori concernenti i servizi di interesse economico generale e le specificità delle relative discipline a tutela degli utenti.

Come evidenziato nell'introduzione al presente lavoro, scopo dell'indagine era analizzare l'impatto della nuova disciplina concernente i diritti dei consumatori sui settori regolati, tematica questa di particolare interesse viste le specificità e l'elevato grado di tutela esistente in alcuni di essi.

A tal fine, si è innanzitutto provveduto a verificare la potenziale idoneità della nuova disciplina europea ad incidere sulla disciplina vigente nei settori presi qui in esame, ovvero quello delle telecomunicazioni e dell'energia elettrica e gas.

Al riguardo, si è in primo luogo constatato il più ristretto ambito di applicazione della Direttiva in esame, circoscritto sotto il profilo soggettivo ai soli consumatori, rispetto a quello preso in considerazione dalle disposizioni regolamentari esaminate, e la sua conseguente incidenza "parziale" sulle discipline prese qui in esame riguardanti, invece, più in generale, i contratti stipulati con gli utenti (a prescindere, quindi, dalla loro riconducibilità alla nozione di consumatore).

Si è, quindi, passati ad esaminare le disposizioni regolamentari vigenti in detti settori al fine di individuare i

profili differenti rispetto alle corrispondenti disposizioni contenute nella recente Direttiva sui diritti dei consumatori e che, quindi, a seguito del suo recepimento nell'ordinamento italiano, potrebbero dover essere oggetto di modifica e/o integrazione.

Dal confronto tra le disposizioni contenute nella Direttiva sui diritti dei consumatori e quelle esistenti nei settori presi qui in esame sono emerse delle differenze dovute, in gran parte, alla presenza di una disciplina maggiormente "dettagliata" nelle seconde e comportante, in alcuni casi, maggiori garanzie per gli utenti. Esemplificative in tal senso sono le disposizioni regolamentari in materia fornitura di energia elettrica e gas, laddove prevedono un regime di decorrenze, per l'esercizio del diritto di ripensamento, "più favorevole" al consumatore rispetto a quello previsto dalla nuova disciplina europea; ancora, rilevanti, a tal proposito, sono altresì le disposizioni presenti nel settore delle telecomunicazioni in relazione ai servizi non richiesti nella parte, ad esempio, in cui pongono in capo al professionista l'obbligo di provvedere al ripristino, a propria cura e spese, delle condizioni tecniche e contrattuali pre-esistenti all'attivazione non richiesta (obbligo questo non invece previsto dalla disciplina europea).

Al fine di verificare se le Autorità di regolazione – una volta che la nuova disciplina europea sia stata trasposta nel nostro ordinamento – debbano necessariamente uniformare le discipline settoriali ad essa, ovvero se residuino degli spazi di

autonomia in capo a detti organismi, ci si è soffermati ad esaminare il profilo riguardante il potere regolamentare delle *Authorities* e la sua estensione, tenendo in considerazione sia le recenti statuizioni giurisprudenziali sul punto sia come esso si sia concretamente atteggiato in passato.

Al riguardo, si è innanzitutto osservato come le singole leggi istitutive delle Autorità di regolazione attribuiscano ad esse dei poteri regolamentari molto ampi, i cui contorni sono spesso indefiniti. In molti casi, difatti, il legislatore si limita ad individuare obiettivi e finalità delle Autorità di regolazione attribuendo ad esse i relativi "poteri", senza però individuarne specificamente gli specifici contenuti, dal che ne discende la configurabilità di ampi margini di azione in capo ad esse.

Significative al riguardo sono la legge n. 481/95 e la legge n. 249/97, specie nelle parti in cui individuano, tra i fini delle Autorità di regolazione, la promozione della tutela di consumatori e utenti e attribuiscono ad esse i relativi poteri senza individuarne, però, precisamente, in taluni casi, i relativi confini.

La giurisprudenza è stata in diverse occasioni chiamata a pronunciarsi sull'estensione dei poteri delle *Authorities* considerando sia la complessità della tematica sia la tendenza del legislatore italiano a conferire ad esse quelle che vengono sovente definite come delle vere e proprie "deleghe in bianco".

Nel corso della presente trattazione si sono richiamate alcune interessanti pronunce in cui i giudici amministrativi

hanno riconosciuto alle Autorità di regolazione un ampio margine di azione nel perseguimento degli obiettivi indicati dalla legge, giungendo a configurare in capo a detti organismi il compito, e quindi il potere, di "concretizzare" ovvero di "completare" – in coerenza con le finalità e gli obiettivi ivi indicati – le norme contenute nelle leggi 481/95 e 249/97, a loro volta definite come "mere norme di indirizzo" (Cons. di Stato n. 5827/2005, Tar Lazio nn. 9707/11 e 9710/11).

All'esito dell'approfondimento compiuto appare, quindi, possibile effettuare alcune considerazioni sull'impatto della nuova Direttiva sui diritti dei consumatori sulla disciplina vigente nei settori regolati.

Si è detto come l'ambito di applicazione della Direttiva in esame sia limitato ai soli contratti stipulati tra professionisti e consumatori. Ne discende, quindi, che la disciplina europea, una volta trasposta nell'ordinamento interno, ben potrebbe dare luogo ad una situazione di "diversificazione della tutela" a seconda della qualificazione soggettiva – consumatori o meno – dei destinatari dei servizi. Le tutele previste dalla neointrodotta disciplina europea potrebbero difatti essere estese ai soli consumatori, con un conseguente *minus* di tutela per i soggetti non qualificabili come tali (è il caso, ad esempio, degli utenti che siano piccoli imprenditori o persone giuridiche) e ciò, si precisa, in settori nei quali i destinatari dei servizi – riconducibili o meno alla nozione di consumatore – sono oramai, invece,

essenzialmente “assimilabili” (quanto alle esigenze di protezione) e “assimilati” (dalla normativa vigente) quanto a grado di tutela.

Tuttavia, le illustrate conseguenze in termini di diversificazione della tutela, collegate al recepimento della direttiva in discorso, potrebbero essere agevolmente superate con l’adozione di interventi *ad hoc* da parte delle *Authorities*, le quali potrebbero estendere le tutele e le garanzie previste dalla neointrodotta disciplina a tutela dei “consumatori” agli altri utenti finali (come del resto già fatto in passato in taluni ambiti), giungendo così anche ad una ricomposizione del quadro regolamentare che, altrimenti, potrebbe risultarne estremamente frammentato.

Con riferimento poi all’eventuale potere delle *Authorities* di mantenere, ovvero adottare, una disciplina parzialmente differente da quella di cui alla Direttiva sui diritti dei consumatori, esso, a ben vedere, risulta ben configurabile in considerazione degli ampi margini di azione ad esse lasciati dal legislatore – di recente confermati anche dalla giurisprudenza – nel perseguimento degli obiettivi e finalità ad esse attribuiti (tra cui rientra anche la tutela di consumatori e utenti).

Si ritiene quindi di potere affermare che detti organismi ben potranno, nell’esercizio del proprio potere regolamentare ed, in particolare, in considerazione del perseguimento dei fini e degli obiettivi ad esse affidati, prevedere norme maggiormente

favorevoli per gli utenti rispetto a quelle contenute nella disciplina europea di prossima introduzione nel nostro ordinamento, ovvero mantenere quelle già esistenti che risultino maggiormente garantiste per gli utenti.

Di contro, giova qui precisare, si dovrebbe escludere un potere in capo alle *Authorities* di mantenere ovvero introdurre disposizioni che prevedano un grado di tutela inferiore rispetto a quello previsto dalla nuova disciplina europea, e ciò sia in coerenza con il quadro legislativo (quale fonte primaria) sia in considerazione della loro *mission* istituzionale nella quale rientra, come più volte rilevato nel presente lavoro, la "promozione" della tutela di utenti e consumatori.

Si può affermare, quindi, che la nuova disciplina europea avrà un impatto circoscritto sulla disciplina vigente nei settori regolati, nei limiti di un innalzamento della tutela esistente (si pensi, ad esempio, alla misura maggiormente favorevole per i consumatori consistente nella introduzione di un termine più lungo per esercitare il diritto di ripensamento), fermo restando la possibilità per le Autorità di regolazione di mantenere ovvero introdurre misure maggiormente garantiste.

Nel presente studio si è poi passati ad approfondire un altro aspetto, connesso al primo sotto il profilo della idoneità della direttiva europea in esame ad incidere, direttamente o meno, sui settori regolati ed, in particolare, il potere di

un'Autorità di regolazione di dare ad essa diretta attuazione, pur in assenza cioè di un atto formale di recepimento.

In particolare, nel corso del lavoro è stata affrontata, in linea generale, la questione della eventuale configurabilità in capo ad un'Autorità di regolazione del potere di dare attuazione ad una direttiva europea allorché sia ancora pendente il termine fissato per il recepimento, ovvero qualora esso sia infruttuosamente trascorso.

Al riguardo, si è innanzitutto passati ad esaminare l'eventuale potere delle Autorità di regolazione, in pendenza del termine fissato per il recepimento, di dare attuazione, con propri provvedimenti, al contenuto delle direttive europee.

A tal proposito, si è rilevato che le peculiarità che connotano le direttive europee – trattandosi di atti che, per definizione, al fine di produrre effetti nell'ordinamento interno, necessitano di essere recepiti da parte degli Stati membri – conducono ad escludere la possibilità per le Autorità di regolazione di dare ad esse ingresso nell'ordinamento italiano allorché sia ancora pendente il termine di recepimento fissato dal legislatore europeo.

Ad una conclusione differente si è giunti, invece, con riferimento alla seconda ipotesi presa in considerazione, ovvero allorché sia trascorso il termine previsto per il recepimento senza che il legislatore italiano abbia dato ad essa attuazione; è ben possibile difatti che, decorso detto termine, una direttiva produca

effetti nell'ordinamento interno pur in assenza di un atto formale di recepimento; è il caso, come noto, della direttiva che possegga i requisiti della sufficiente precisione e della incondizionatezza (sotto il profilo della sua applicazione nell'ordinamento interno).

Ebbene, si è detto come, in tali casi, si potrebbe, in astratto, ipotizzare il potere per un'Autorità di regolazione di recepire nei propri provvedimenti i contenuti di una direttiva europea (pur in assenza di un atto formale di recepimento) essendo essa, nei casi sopra indicati (ossia qualora risulti sufficientemente precisa e incondizionata) – come del resto più volte affermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia – già idonea a produrre "effetti diretti" nell'ordinamento interno; in tal caso, difatti, avendo le relative norme – e i correlativi diritti e obblighi – fatto già ingresso nel nostro ordinamento, ben potrebbe configurarsi un potere in capo ad un'Autorità di regolazione di dare ad essa, con propri provvedimenti, specifica attuazione.

Deve rilevarsi, del resto, che il suddetto potere delle Autorità di regolazione appare incontrare un limite nel caso di direttive disciplinanti, come nel caso di specie, i rapporti tra privati.

Si registra, difatti, la tendenza, da parte della giurisprudenza comunitaria, ad attribuire l'idoneità a produrre effetti diretti (alle direttive non recepite) soltanto in senso "in senso verticale", nell'ambito cioè dei rapporti tra Autorità pubblica e privati (e sempre che esse attribuiscano maggiori

oneri od obblighi in capo all'Amministrazione pubblica); viceversa, la giurisprudenza della Corte di Giustizia tende, invece, ad escludere l'idoneità per le direttive inattuate a produrre effetti diretti "in senso orizzontale", ossia nei rapporti tra privati, e ciò, in considerazione della sostanziale inettitudine di una direttiva a far sorgere obblighi a carico di un privato in assenza di un atto formale di recepimento.

Volgendo quindi lo sguardo alla Direttiva sui diritti dei consumatori, si ritiene di dovere escludere, per le ragioni illustrate, l'idoneità della stessa a produrre "effetti diretti" nell'ordinamento – prima ancora, si intende, dell'adozione di un atto formale di recepimento – disciplinando essa, come si è avuto modo di illustrare nel corso del presente lavoro, i rapporti tra soggetti privati (e precisamente tra consumatori e professionisti). Ne discende, quindi, la difficoltà di configurare, in assenza di un atto formale di recepimento, un eventuale potere delle Autorità di regolazione di "recepire", nei propri provvedimenti, i contenuti della direttiva in esame, non avendo la relativa disciplina, per quanto sopra illustrato, ancora fatto ingresso nell'ordinamento interno.

In conclusione, a seguito dell'approfondimento svolto, nell'ambito del quale si è giunti ad escludere un potere delle *Authorities* di dare diretta attuazione alla direttiva in parola, rimane comunque l'interrogativo su come si orienteranno, nella concreta attività, detti organismi e dunque se, nel solco di quanto

già verificatosi in passato in casi analoghi, provvederanno a dare specifica attuazione, con propri provvedimenti, alla nuova direttiva sui diritti dei consumatori.

Bibliografia

ALPA G., *La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato*, in *Vita notarile* n. 1, gennaio-aprile 2009

ARGIOLAS B., *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2011

ASTONE F., *Ambito di applicazione soggettiva. La nozione di "consumatore" e "professionista"*, in G. Alpa e S. Patti (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milano, 2003

BASSAN F., *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2002

BASSAN F., *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, in *Diritto delle nuove tecnologie*, V. Franceschelli, E. Tosi, (diretto da), Milano, 2010

BASSI N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001

BENACCHIO G., *Diritto privato dell'Unione europea*, Padova, 2010

BROGI E., *Alcune note sui recenti sviluppi della disciplina della televisione digitale terrestre fra diritto interno e comunitario,* in *Mezzi di comunicazione e riservatezza: ordinamento comunitario e ordinamento interno*, in A. Pace, R. Zaccaria, G. De Minico (a cura di), Napoli, 2008

BRUNO G., NAVA F., *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni*, Milano, 2006

CAIAZZO R., L'accesso alla rete:profili giuridici, in F. Bassan (a cura di) *Diritto delle comunicazioni elettroniche. Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, in V. Franceschelli, E. Tosi, (diretto da), Milano, 2010

CARLASSARE L., voce *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, XVIII, 1988

CARTEI G.F., *Il servizio universale*, Milano, 2002

CARTEI G.F., *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005

CASTRONOVO C., MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007

CHIEPPA R., LOPILATO V., *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007

CHIEPPA R., GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011

CLARICH M., BOSO CARETTA A., *Il nuovo sistema delle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*, in *Diritto privato dell'informatica*, 2002

CLARICH M., *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto pubblico*, 1998

COGNETTI S., *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993

CONFORTI B., *Diritto Internazionale*, Napoli, 2002

CRISAFULLI V., *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962

DE CRISTOFARO G., *Contratti a distanza e norma a tutela del consumatore*, in *Studium iuris*, 1999

DELOGU L., *La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori: la situazione a un anno dalla sua presentazione*, in *Osservatorio sul diritto europeo*, 2009

DE MARZO G., *I contratti a distanza, Commento al decreto legislativo, 22 maggio 1999, n. 185*, Milano, 1999

DOGLIANI M., *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Diritto pubblico*, 2008

DONA M., *La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori: luci ed ombre nel futuro della tutela contrattuale*, in *Obbligazioni e contratti, n. 7*, 2009

GALLO D., *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010

GAROFOLI R., *Atto amministrativo confliggente con la disciplina europea: presupposti per l'annullamento in autotutela e regime processuale (Cons. Stato, sez. v, 8 settembre 2008, n. 4263)*, in *Speciale Magistrato e Avvocato, n. II*, 2008

GASPARINI CASARI V., *Il servizio universale*, in *Diritto ed economia*, 2000

GIARDA R., *I diritti degli utenti finali*, in M. Clarich e G. F. Cartei (a cura di) *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004

FOIS S., voce *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto, XXIII*, Milano, 1973

FRATERNALE A., *I contratti a distanza*, Milano, 2002

GOGGIAMANI F., *La doverosità nei servizi pubblici*, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei servizi pubblici*, 2001

IADEVAIA S., *Le vendite a distanza*, in C.Iurilli e G. Vecchio (a cura di) *Il nuovo diritto dei consumatori. Il contratto, la conciliazione, la tutela collettiva*, Torino, 2009

KIRSCHEN S., *Art. 3, Definizioni*, in G. Alpa, L. Rossi Carleo, (a cura di) *Codice del consumo, Commentario,* Esi, Napoli, 2005

LATTANZI F., CANTELLA F., *Il servizio universale*, in F. Bassan (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche. Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Milano, 2010

LOMBARDO M., *I servizi di interesse economico generale nel settore dell'energia tra obblighi di servizio pubblico e regole di concorrenza l'azione dell'Unione nel settore dell'energia*, in *I Quaderni europei*, n. 1, gennaio 2012

MACARIO F., *Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore comune, europea e costituzionale*, in *Obbligazioni e contratti*, novembre 2006

MENGOZZI P., *Diritto comunitario e diritto dell'Unione europea*, in F. Galgano, (diretto da) *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, *Vol. XV*, Padova, 1997

MERUSI F., PASSARO M., *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003

MERUSI F., *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quaderni. Costituzionali*, 2006

MONTAGUTI F., in *Commentario alla legge 14 novembre 1995, n. 481*, (a cura di) A. Bardusco, G. Caia e G. Di Gaspare, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1998

MORBIDELLI G., *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, 2007

NAPOLITANO G., *I rapporti tra organismi di telecomunicazioni e utenti*, in F. Bonelli e F. Cassese (a cura di) *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999

NAPOLITANO G., *Il servizio universale e il diritto dei cittadini utenti*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2000

NAPOLITANO G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001

NAPOLITANO G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005

PERICU A., *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001

PORCHIA O., *Alcune considerazioni sull'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2002

PUTIGNANI L., *La fornitura non richiesta*, in M. Atelli, (a cura di) *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza*, Torino, 2001

RADICATI DI BROZOLO L.G., *L'Unione e i diritti fondamentali: due passi avanti e uno indietro (sui diritti economici?)*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2002

RESCIGNO G. U., *Sul principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 1995

RICCI A., *La fornitura non richiesta (art. 57 d.l.vo 6.9.2005, n. 206)*, in M. Franzoni, (diretto da) *Codice ipertestuale del Consumo*, Torino, 2008

SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969

SCANNICCHIO N., *Consumatori e conclusione dei contratti a distanza tra ordinamenti nazionali, direttive comunitarie e diritto comparato,* in *Rivista critica di diritto civile*, 1994

SCLAFANI F., ZANETTINI L., *Le Autorità amministrative indipendenti,* in *Trattato di diritto amministrativo,* in R. Chieppa, G. P. Cirillo (a cura di), Padova, 2010

SORACE D., *Servizi pubblici e servizi economici di pubblica utilità,* in *Diritto pubblico,* 1999

STAZI A., MULA D., *Il consumatore, la pubblicità e le pratiche commerciali scorrette*, in *Il diritto dei consumatori*, in G. Cassano, M. E. di Giandomenico (a cura di), *Il Diritto applicato - I grandi temi*, Padova, 2010

STAZI C., *art. 57, Fornitura non richiesta*, in E. Minervini e L. Rossi Carleo (a cura di), *Le modifiche al Codice del consumo*, in *Le nuove leggi del diritto dell'economia*, Torino, 2009

STAZI C., *I contratti di telefonia e la tutela dei consumatori*, in *La tutela dei consumatori in internet e nel commercio*

elettronico, collana “Diritto delle nuove tecnologie”, V. Franceschelli ed E. Tosi (a cura di), Milano, 2012

VALASTRO A., *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Milano, 2001

ZACCARIA R., *Diritto dell’informazione e della comunicazione*, Padova, 2007

ZACCARIA R., VALASTRO A., *Diritto dell’informazione e della comunicazione*, Padova, 2010

Sitografia

ALLA L., *Finanziamento degli obblighi di servizio pubblico e disciplina degli aiuti di stato: evoluzione della giurisprudenza e recenti innovazioni normative nella prospettiva dello State Aid Action Plan*, in *Amministrazione in cammino, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza del'amministrazione* (a cura di) Centro di ricerca sulle Amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", consultabile sul sito web <<*www.amministrazioneincammino.luiss.it*>>

CALABRÒ C., *Indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti: audizione del Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, Commissione I Affari costituzionali (Camera dei Deputati), 10 marzo 2010, consultabile all'indirizzo web <<*http://www.agcom.it/AttiviaIstituzionali.aspx*>>

CINTOLI F., *La dimensione europea sei servizi di interesse economico generale*, consultabile all'indirizzo web <<*www.federalismi.it*>>

CLARICH M., CORSO G., ZENO-ZENCOVICH V., *Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive*, *Nexus*, 2006, consultabile sul sito <<*www.luiss.it*>>

LAZZARA P., *I diritti e gli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario. Il nuovo quadro normativo di riferimento e le prospettive di attuazione,* in *Consumerism'* 2011, a cura di *Consumers' Forum* e in collaborazione con Università Roma Tre, consultabile sul sito *<<http://www.consumersforum.it /ricerche.html>>*

MACIOCE F., *Considerazioni generali sul settore del trasporto*, in *Consumerism'* 2011, a cura di *Consumers' Forum* e in collaborazione con Università Roma Tre, consultabile sul sito *<<http://www.consumersforum.it /ricerche.html>>*

PANTALONE P., *Poteri impliciti delle Authorities e "torsioni" del principio di legalità,* consultabile sul sito <<*www.giustamm.it*>>

SANDULLI M., *Il consumatore: una protezione in progress*, in *Consumerism'* 2010, a cura di *Consumers' Forum* e in collaborazione con Università Roma Tre, consultabile sul sito <<*http://www.consumersforum.it /ricerche.html*>>