

Prof. GIOVANNI DE CRISTOFARO

**PROPOSTA DI EMENDAMENTO DEL COMMA 8 DELL'ART. 1 DELLO SCHEMA DI
DECRETO LEGISLATIVO ATTUATIVO DELLA DIRETTIVA UE 2019/2161:**

I. Premessa.

Il comma 8 dell'art. 1 dello schema di decreto legislativo, onde dare attuazione all'art. 1 della dir. 2019/2161 UE, apporta una serie di modificazioni all'art. 37-*bis* del codice del consumo, disposizione che designa l'Autorità garante della concorrenza e del mercato come autorità competente responsabile (ai fini di cui al regolamento UE 2017/2394) dell'applicazione della concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori e disciplina il procedimento amministrativo nell'ambito del quale l'Autorità può procedere all'accertamento della vessatorietà delle clausole inserite nelle condizioni generali di contratto utilizzate da professionisti nei confronti di consumatori.

Fino al 2022, la Autorità garante della concorrenza e del mercato non poteva spingersi oltre il mero accertamento della vessatorietà delle clausole inserite in standards contrattuali predisposti dai professionisti. La **grande novità** - conseguente all'adeguamento del nostro ordinamento al Regolamento UE 2017/2394 e soprattutto al recepimento dell'art. 1 della direttiva 2019/2161 UE - **consiste nell'attribuzione alla Autorità garante, anche nella materia regolata dalla direttiva 93/13/CEE** (clausole abusive e clausole non trasparenti), **di incisivi poteri di enforcement e soprattutto del potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dei professionisti che utilizzano condizioni generali di contratto contenenti clausole vessatorie.**

Questa relevantissima novità, se per un verso è destinata ad irrobustire e rinforzare l'apparato di misure volte a garantire l'effettivo rispetto delle disposizioni interne attuative della direttiva 93/13/CEE (artt. 33-36 cod. cons.), per altro verso potrebbe dar vita a delicati problemi di coordinamento con le attribuzioni dell'autorità giudiziaria ordinaria, competente in via esclusiva a dichiarare la nullità "di protezione" (art. 36 cod. cons.) delle clausole contenutisticamente vessatorie e/o formulate in termini non chiari e comprensibili.

In considerazione di ciò, si propongono alcuni interventi emendativi delle modifiche dell'art. 37-*bis* cod. cons. contemplate dal comma 8 dell'art. 1 dello schema di decreto legislativo, finalizzati a tenere adeguatamente conto di alcuni aspetti che non sembrano essere stati adeguatamente considerati.

II. L'art. 37-bis del codice del consumo, come modificato dal comma 8 dall'art. 1, comma 8, dello schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva 2161/2019

Si riporta qui sotto il **testo dell'art. 37-bis del codice del consumo**, come modificato dall'art. 1, comma 8, dello schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva 2161/2019, con evidenziate in corsivo le innovazioni apportate da quest'ultimo:

*Art. 37-bis del codice del consumo
(Tutela amministrativa contro le clausole vessatorie)*

1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è designata, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2017/2394, quale autorità competente responsabile dell'applicazione della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. In materia di accertamento e di sanzione delle violazioni della citata direttiva 93/13/CEE, si applica l'articolo 27 del presente codice. L'Autorità, sentite le associazioni di categoria rappresentative a livello nazionale d'ufficio o su denuncia, ai soli fini di cui ai commi successivi, dichiara la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari. Si applicano le disposizioni previste dall'articolo 14, commi 2, 3 e 4, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, secondo le modalità previste dal regolamento di cui al comma 5. In caso di inottemperanza, a quanto disposto dall'Autorità ai sensi dell'articolo 14, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 2.000 euro a 20.000 euro. Qualora le informazioni o la documentazione fornite non siano veritiere, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 4.000 euro a 40.000 euro.

2. Il provvedimento che accerta la vessatorietà della clausola è diffuso anche per estratto mediante pubblicazione su apposita sezione del sito internet istituzionale dell'Autorità, sul sito dell'operatore che adotta la clausola ritenuta vessatoria e mediante ogni altro mezzo ritenuto opportuno in relazione all'esigenza di informare compiutamente i consumatori a cura e spese dell'operatore. In caso di inottemperanza alle disposizioni di cui al presente comma, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 euro a 50.000 euro.

2-bis. Qualora l'Autorità accerti, in alcuno dei contratti di cui al comma 1, l'utilizzo di clausole vessatorie come definite all'articolo 33, comma 1, applica una sanzione amministrativa pecuniaria nella misura prevista dall'art. 27, comma 9, primo periodo. In caso di sanzioni inflitte a norma dell'articolo 21 del Regolamento (UE) 2017/2394 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017, l'importo massimo della sanzione irrogata dall'Autorità è pari al 4 per cento del fatturato annuo del professionista realizzato in Italia ovvero negli Stati membri dell'Unione europea interessati dalla relativa violazione.

2-ter. Ai fini dell'irrogazione delle sanzioni di cui al comma 2-bis, l'Autorità tiene conto, ove appropriato, dei seguenti criteri non esaustivi:

a) la natura, gravità, entità e durata della violazione;

b) le eventuali azioni intraprese dal professionista per attenuare il danno subito dai consumatori o per porvi rimedio;

c) eventuali violazioni commesse in precedenza dal professionista;

d) i benefici finanziari conseguiti o le perdite evitate dal professionista in conseguenza della violazione, se i relativi dati sono disponibili;

e) le sanzioni inflitte al professionista per la medesima violazione in altri Stati membri in casi transfrontalieri, in cui informazioni relative a tali sanzioni sono disponibili attraverso il meccanismo istituito dal Regolamento UE 2017/2394;

f) eventuali altri fattori aggravanti o attenuanti applicabili alle circostanze del caso.

2-quater. Per le sanzioni amministrative pecuniarie inflitte ai sensi del presente articolo si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezione I e negli articoli 26, 27, 28 e 29 della legge 24 novembre 1981, n. 689. Il pagamento delle sanzioni amministrative di cui al presente articolo è effettuato entro trenta giorni dalla notifica del provvedimento dell'Autorità.

3. Le imprese interessate hanno facoltà di interpellare preventivamente l'Autorità in merito alla vessatorietà delle clausole che intendono utilizzare nei rapporti commerciali con i consumatori secondo le modalità previste dal regolamento di cui al comma 5. L'Autorità si pronuncia sull'interpello entro il termine di centoventi giorni dalla richiesta, salvo che le informazioni fornite risultino gravemente inesatte, incomplete o non veritiere. Le clausole non ritenute vessatorie a seguito di interpello non possono essere successivamente valutate dall'Autorità per gli effetti di cui al comma 2. Resta in ogni caso ferma la responsabilità dei professionisti nei confronti dei consumatori.

4. In materia di tutela giurisdizionale, contro gli atti dell'Autorità, adottati in applicazione del presente articolo, è competente il giudice amministrativo. È fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno.

III. Primo gruppo di questioni problematiche (commi 1 e 2 dell'art. 37-bis cod. cons.)

- 1) La proposizione “*In materia di accertamento e di sanzione delle violazioni della citata direttiva 93/13/CEE, si applica l'articolo 27 del presente codice*”, nel comma 1, va eliminata perché resa superflua dalla circostanza che al procedimento amministrativo nell'ambito del quale viene condotto l'accertamento della vessatorietà delle clausole viene dichiarato integralmente applicabile l'art. 27 del codice del consumo (recante la disciplina del procedimento amministrativo nell'ambito del quale l'Autorità accerta la violazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali scorrette).
- 2) Nel primo comma si prevede che “*Si applicano le disposizioni previste dall'articolo 14, commi 2, 3 e 4, della legge 10 ottobre 1990, n. 287*”. Anche questa proposizione va eliminata, essendo resa superflua dalla circostanza che al procedimento amministrativo nell'ambito del quale viene condotto l'accertamento della vessatorietà delle clausole viene dichiarato integralmente applicabile l'art. 27 cod. cons.
- 3) Va chiarito se l'Autorità può e deve controllare soltanto la vessatorietà contenutistica della clausole (art. 33, comma 1, cod. cons.) o anche la trasparenza della formulazione della clausole (art. 35 cod. cons.: le clausole dei contratti dei consumatori debbono essere redatte in termini chiari e comprensibili). L'attuale formulazione testuale induce infatti a ritenere che il controllo dia limitato alla sola vessatorietà contenutistica ma questa limitazione sarebbe un grave errore!!

Proposta di riformulazione dei commi 1 e 2 dell'art. 37-bis cod. cons.:

1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è designata, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2017/2394, quale autorità competente responsabile dell'applicazione della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. ~~In materia di accertamento e di sanzione delle violazioni della citata direttiva 93/13/CEE, si applica l'articolo 27 del presente codice. L'Autorità, d'ufficio o su denuncia di una associazione dei consumatori iscritta nell'elenco di cui all'art. 137 ovvero di una associazione di professionisti rappresentativa a livello nazionale d'ufficio o su denuncia, ai soli fini di cui ai commi successivi, accerta se le clausole, inserite nelle condizioni generali di contratto che un professionista utilizza per regolamentare in modo uniforme i rapporti contrattuali che instaura con consumatori, hanno contenuto vessatorio ai sensi del comma 1 dell'art. 33 ovvero sono formulate in termini non chiari e comprensibili ai sensi dell'art. 35. Al relativo procedimento trova applicazione l'art. 27. Si applicano le disposizioni previste dall'articolo 14, commi 2, 3 e 4, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, secondo le modalità previste dal regolamento di cui al comma 5. In caso di inottemperanza, a quanto disposto dall'Autorità ai sensi dell'articolo 14, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 2.000 euro a 20.000 euro. Qualora le informazioni o la documentazione fornite non siano veritiere, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 4.000 euro a 40.000 euro.~~

2. Il provvedimento che accerta il contenuto vessatorio o la formulazione non trasparente delle clausole ~~la vessatorietà della clausola~~ è diffuso anche per estratto mediante pubblicazione su apposita sezione del sito internet istituzionale dell'Autorità, sul sito dell'operatore che adotta la clausola ritenuta vessatoria e mediante ogni altro mezzo ritenuto opportuno in relazione all'esigenza di informare compiutamente i consumatori a cura e spese dell'operatore. In caso di inottemperanza alle disposizioni di cui al presente comma, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 euro a 50.000 euro.

IV. Secondo gruppo di questioni problematiche (comma 4 dell'art. 37-bis cod. cons.)

In nessun punto si prevede esplicitamente che l'Autorità possa emettere nei confronti del professionista che utilizza condizioni generali di contratto dal contenuto vessatorio un ordine inibitorio con in quale gli viene vietato di continuare ad utilizzare quelle condizioni generali di contratto (per la stipulazione di nuovi contratti) e gli viene altresì vietato di far valere quelle clausole nei contratti già conclusi: prevedere questa misura sarebbe tuttavia molto importante, ovviamente con il corredo di una adeguata sanzione amministrativa per il caso di inottemperanza (a questo fine può bastare dichiarare interamente applicabile l'art. 27 cod. cons.).

Occorrerebbe meglio delineare i contorni dell'illecito amministrativo: quando la condotta di un professionista che utilizza condizioni generali di contratto dal contenuto vessatorio nei rapporti contrattuali che instaura con i consumatori integra gli estremi di un illecito amministrativo sanzionabile dall'Autorità garante? Basta la mera circostanza dell'accertamento che il professionista abbia concluso una pluralità di contratti per adesione contenenti la stessa clausola vessatoria (o le stesse clausole vessatorie) o è necessario che – intervenuto l'accertamento della natura vessatoria della clausola con valore di giudicato – il professionista si sia rifiutato di ottemperarvi e abbia continuato ad utilizzare le clausole di cui sia stata accertata dal giudice o dall'AGCM la vessatorietà e/o la non trasparenza?

Non bisogna infatti dimenticare che il nuovo comma 2 dell'art. 8-ter della direttiva 93/13/CE statuisce che *“Gli Stati membri possono limitare tali sanzioni alle situazioni in cui le clausole contrattuali sono espressamente definite abusive in qualsiasi circostanza nel diritto nazionale o ai casi in cui un venditore o fornitore continui a utilizzare clausole contrattuali dichiarate abusive con una decisione definitiva adottata conformemente all'articolo 7, paragrafo 2”*.

Proposta di riformulazione dei commi 2-bis e 2-ter dell'art. 37-bis cod. cons.

2-bis. Qualora l'Autorità accerti ~~in alcuno dei contratti di cui al comma 1, l'utilizzo di clausole vessatorie come definite all'articolo 33, comma 1, che le condizioni generali di contratto utilizzate dal professionista contengono clausole vessatorie ai sensi dell'art. 33, comma 1, ovvero clausole formulate in termini non chiari e comprensibili ai sensi dell'art. 35, inibisce l'ulteriore impiego di siffatte clausole e vieta al professionista di applicarle e farle valere nei rapporti contrattuali giù instaurati. Nei confronti del professionista che non dovesse ottemperare agli ordini inibitori e ai divieti emessi dall'Autorità, quest'ultima applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 euro a 5.000.000 euro. In caso di sanzioni inflitte a norma dell'articolo 21 del Regolamento (UE) 2017/2394 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017, l'importo massimo della sanzione irrogata dall'Autorità è pari al 4 per cento del fatturato annuo del professionista realizzato in Italia ovvero negli Stati membri dell'Unione europea interessati dalla relativa violazione.~~

2-ter. Ai fini della *quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie* ~~irrogazione delle sanzioni~~ di cui ai commi 9 e 9-bis l'Autorità tiene conto, ove appropriato, dei seguenti criteri *non esaustivi*:

a) la natura, gravità, entità e durata della violazione;

b) le eventuali azioni intraprese dal professionista per attenuare il danno subito dai consumatori o per porvi rimedio;

c) eventuali violazioni commesse in precedenza dal professionista;

d) i benefici finanziari conseguiti o le perdite evitate dal professionista in conseguenza della violazione, se i relativi dati sono disponibili;

e) le sanzioni inflitte al professionista per la medesima violazione in altri Stati membri in casi transfrontalieri, in cui informazioni relative a tali sanzioni sono disponibili attraverso il meccanismo istituito dal Regolamento UE 2017/2394 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017;

f) le condizioni economiche e patrimoniali del professionista;

g) eventuali altri fattori aggravanti o attenuanti applicabili alle circostanze del caso.

V. Terzo gruppo di questioni problematiche (comma 4 dell'art. 37-bis cod. cons.)

Bisognerebbe affrontare *ex professo* il problema della possibile rilevanza giuridica vincolante - nell'ambito del giudizio civile eventualmente instaurato per veder dichiarata la nullità delle clausole vessatorie - del giudicato formatosi sul provvedimento della Autorità garante che abbia accertato la natura vessatoria di clausole inserite nelle condizioni generali di contratto utilizzate da un professionista per regolare in modo uniforme i rapporti con la clientela consumatrice: altrettanto dicasi del rapporto fra giudicato formatosi sull'accertamento compiuto nell'ambito del giudizio inibitorio *ex art. 37 cod. cons.* e giudizio civile individuale promosso dal singolo consumatore nei confronti del singolo professionista....

Proposta di riformulazione del comma 4 dell'art. 37-bis cod. cons.:

In materia di tutela giurisdizionale, contro gli atti dell'Autorità, adottati in applicazione del presente articolo, è competente il giudice amministrativo. E' fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno. *Nell'ambito dei giudizi civili nei quali si controverta in merito alla natura vessatoria o alla trasparenza di una o più clausole inserite nelle condizioni generali di contratto utilizzate da un professionista per regolamentare i rapporti contrattuali instaurati con consumatori, l'accertamento della natura vessatoria o della formulazione non trasparente di una clausola compiuto dall'Autorità con provvedimento sul quale si sia formato il giudicato ha valore vincolante per il giudice civile, il quale può pervenire ad una diversa valutazione soltanto se, alla luce degli elementi di cui al comma 1 dell'art. 34, risulti che la clausola, nello specifico, concreto contratto in cui è inserita, al quale la controversia inerisca, rispettivamente non determina un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto ai danni del consumatore o è formulata in termini chiari e comprensibili per il consumatore che ha stipulato il contratto.*