

VI CONVEGNO NAZIONALE - ASSOCIAZIONE ITALIANA
ANTITRUST

I PRINCIPALI SVILUPPI NEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA
DELL'UNIONE EUROPEA E NAZIONALE

21-22 ottobre 2021

Fausto Caronna

(Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP)

La Direttiva Modernizzazione e l'azione dell'AGCM: un rapporto
circolare?

I. PREMESSA

Il 7 gennaio 2020 è entrata in vigore la **Direttiva (UE) 2019/2161**, anche nota come "*Direttiva Modernizzazione*", poiché modifica una serie di precedenti direttive "*per una migliore applicazione e modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori*".

La Direttiva Modernizzazione è stata adottata come parte del cd. *New Deal per i consumatori*, l'iniziativa con cui il legislatore europeo, nel 2018, si è proposto di rafforzare l'applicazione del diritto europeo in materia di tutela dei consumatori alla luce del crescente rischio di violazioni (si pensi al noto caso *Dieseltgate*), nonché appunto di *modernizzare* la disciplina dell'Unione in questo settore, in funzione dell'intervenuta evoluzione del mercato.

Gli Stati membri hanno tempo fino al **28 novembre 2021** per recepire la Direttiva Modernizzazione nei rispettivi ordinamenti.

Le nuove disposizioni potranno essere applicate a partire dal **28 maggio 2022**¹.

Il *New Deal per i consumatori* è stato definito sulla base degli esiti dell'attuazione del Programma di controllo dell'adeguatezza e dell'efficacia della regolamentazione (*Regulatory Fitness and Performance Programme*, "**REFIT**"), che ha comportato, fra l'altro, una revisione globale delle direttive in materia di tutela dei consumatori, nell'ottica di verificare se la legislazione UE rispondesse ancora, in modo attuale ed efficace, alle esigenze dei cittadini e delle imprese e identificare eventuali ambiti di interventi migliorativi.

¹ V. Direttiva Modernizzazione Art. 7(1).

Oltre alla Direttiva Modernizzazione, rientrano nel programma di riforma oggetto del *New Deal per i consumatori*:

- il **Regolamento (UE) n. 2017/2394**, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori;
- La **Direttiva (UE) n. 2019/770**, sui contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali;
- La **Direttiva (UE) n. 2019/771**, sui contratti di vendita di beni (e relativi aggiornamenti);
- La **Direttiva (UE) n. 2020/1828**, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori.

Con il *New Deal per i consumatori*, il legislatore comunitario ha posto in essere **una profonda riforma** del diritto dei consumatori.

L'intervento riformatore ha seguito una logica binaria:

1. Sono state introdotte norme per un migliore **enforcement** della disciplina consumeristica (tutele giurisdizionali esperibili dai soggetti lesi e poteri sanzionatori esercitabili dalle autorità nazionali);
2. Sono state modificate o introdotte **norme sostanziali**, nell'ottica di "aggiornare" la normativa preesistente.

Delle novità in materia di *enforcement*, purtroppo, non posso occuparmi nel mio intervento, a causa dei tempi contingentati.

Nel tempo a disposizione oggi, mi occuperò invece del secondo profilo della riforma, passando in rassegna alcune delle principali novità di diritto sostanziale introdotte dalla Direttiva Modernizzazione.

In specie, l'obiettivo del mio intervento è:

- 1) illustrare che molte di dette novità codificano principi già declinati nella prassi decisionale dell'AGCM.

Va, infatti, riconosciuto all'AGCM di avere provato a rispondere, talvolta in modo persino coraggioso, alle esigenze di tutela dei consumatori che provenivano dal mercato, specialmente attraverso un'**applicazione dinamica e innovativa** della normativa sulle pratiche commerciali scorrette ("PCS").

- 2) individuare alcuni nodi problematici che questi sviluppi, normativi e di prassi decisionale, sollevano.

* * *

II. TRE ESEMPI DELLA CODIFICAZIONE DI PRINCIPI GIÀ APPLICATI NELLA PRASSI DELL'AGCM

1. Dati personali – i casi WhatsApp e Facebook

La Direttiva Modernizzazione ha introdotto nella Direttiva sulle PCS e nella Direttiva sui Diritti dei Consumatori nuove definizioni:

- nuova nozione di “*prodotto*”, definito come “*qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i servizi digitali e il contenuto digitale*” (nuovo art. 2(1)(c) Direttiva sulle PCS);
- nuova nozione di “**beni**”, che adesso include anche i “*beni con elementi digitali*”, ossia “*qualsiasi bene mobile materiale che incorpora o è interconnesso con un contenuto digitale o un servizio digitale in modo tale che la mancanza di detto contenuto digitale o servizio digitale impedirebbe lo svolgimento delle funzioni del bene*” (nuovo art. 2(1)(3) della Direttiva sui Diritti dei Consumatori, che rinvia all’art. 2 della Direttiva n. 2019/771);

La Direttiva Modernizzazione ha, inoltre, esteso l’ambito di applicazione della Direttiva sui Diritti dei Consumatori a tutti i contratti di fornitura di servizi, inclusi quelli che prevedono, come controprestazione, la comunicazione di dati personali.

- Ad oggi la Direttiva sui Diritti dei Consumatori copre invece soltanto contratti di servizi nei quali il consumatore si impegna a pagare un prezzo².
- Questo limite quindi verrà superato. Ciò risponde alla constatazione del fatto che, sempre più spesso, i contenuti e i servizi digitali sono forniti nell’ambito di contratti che non prevedono il pagamento di un prezzo da parte del consumatore, bensì la comunicazione al professionista di dati personali.

Le richiamate novità legislative codificano orientamenti e riflessioni diffuse in dottrina e giurisprudenza.

² V. Direttiva sui Diritti dei Consumatori, considerando n. 3. Lo si evince anche dall’attuale definizione di “contratti di servizi” di cui all’art. 2, n. 6, della Direttiva sui Diritti dei Consumatori, ai sensi del quale si si qualifica come “contratto di servizi” “*qualsiasi contratto diverso da un contratto di vendita in base al quale il professionista fornisce o si impegna a fornire un servizio al consumatore e il consumatore paga o si impegna a pagarne il prezzo*”.

È stato, infatti, da tempo riconosciuto il valore economico *de facto*, non solo delle informazioni personali, ma anche delle preferenze e degli altri contenuti generati dagli utenti nella loro attività *online*.

Ed è da tempo sotto gli occhi di tutti l'esistenza di un "rapporto di consumo" anche in assenza di una controprestazione pecuniaria da parte dei consumatori.

Il carattere "patrimoniale" della fornitura di dati personali è, in effetti, oggetto di discussione in dottrina.

Schematizzando, si possono in quest'ultima rinvenire due opposte tendenze: da un lato, vi è quella che considera i dati come beni in senso giuridico, suscettibili di valutazione economica; dall'altro, vi è quella che, al contrario, esclude che un diritto della personalità possa essere "degradato" a mero interesse economico del consumatore.

L'AGCM ha affrontato tali questioni in due casi molto noti, quelli relativi a *WhatsApp* (2017) e *Facebook* (2018).

➤ **Il caso *WhatsApp***

- Con il provvedimento PS10601 - *Whatsapp-Trasferimento Dati a Facebook*, l'AGCM ha sanzionato *Whatsapp* per aver indotto i propri utenti ad accettare integralmente le modifiche apportate ai termini di utilizzo dell'*app*, la quale recava preimpostata l'opzione di condivisione con *Facebook* di alcuni dati personali dell'*account WhatsApp*, per l'utilizzo dei medesimi da parte di *Facebook* a fini pubblicitari e di profilazione commerciale;
- Con il provvedimento CV154 - *Whatsapp-Clausole Vessatorie*, l'AGCM ha dichiarato la vessatorietà di una pluralità di clausole contrattuali inserite nei termini d'uso di *Whatsapp*.

➤ **Il caso *Facebook***

Con il provvedimento PS1112 – *Facebook-Condivisione Dati con Terzi* l'AGCM ha sanzionato Facebook per due PCS distinte:

- in relazione agli utenti non ancora registrati, secondo l'AGCM, Facebook aveva diffuso un'informativa ingannevole circa la propria attività di raccolta e utilizzo, a fini commerciali, dei dati degli utenti, soprattutto avendo pubblicizzato il proprio servizio come gratuito ("è gratis e lo sarà per sempre"), omettendo di informare gli utenti che per utilizzare il social network occorreva autorizzare l'utilizzo

dei propri dati (considerati appunto quale “controprestazione” dovuta dagli utenti);

- in relazione agli utenti registrati, invece, veniva contestato a Facebook di aver predisposto un sistema di trasmissione dei dati degli utenti a siti *web* o *app* di terzi, senza preventivo consenso espresso degli interessati, per l’uso degli stessi a fini commerciali e di profilazione.

Il presupposto comune alle decisioni *Whatsapp* e *Facebook* è, appunto, che sussistesse un “rapporto di consumo”, pur in assenza di una controprestazione di natura pecuniaria in capo ai consumatori.

Tuttavia, come già evidenziato, al momento della loro adozione, l’ambito di applicazione della Direttiva sui Diritti dei Consumatori non comprendeva i contratti di servizi nei quali il consumatore non fosse tenuto al pagamento di un *prezzo*.

È dunque evidente come le decisioni in questione (e altre nello stesso filone) abbiano anticipato la qualificazione giuridica di tali rapporti operata con la Direttiva Modernizzazione, tramite le richiamate modifiche apportate alla Direttiva sulle PCS e alla Direttiva sui Diritti dei Consumatori.

Sul punto, la *decisione Facebook* è stata confermata dal TAR Lazio e dal Consiglio di Stato. Quest’ultimo ha infatti tra l’altro confermato che “*la patrimonializzazione del dato personale [...] costituisce il frutto dell’intervento delle società attraverso la messa a disposizione del dato – e della profilazione dell’utente – a fini commerciali*”³.

Il principio giurisprudenziale in questione, frutto del coraggioso intervento dell’AGCM, che è stato adesso codificato con la Direttiva Modernizzazione, solleva tuttavia almeno due problemi rilevanti.

Le richiamate sentenze TAR Lazio e Consiglio di Stato nel caso *Facebook* hanno affermato che tra le previsioni recate dalla Direttiva sulle PCS e quelle contenute nel GDPR intercorra un rapporto, non di esclusione reciproca, ma di “*complementarietà*”, con la conseguenza che non si configura “*alcun rischio di un effetto plurisanzionatorio della medesima condotta in capo al medesimo professionista, dal momento che l’oggetto di indagine da parte delle competenti autorità si concentra su condotte differenti messe in campo dall’operatore*”⁴.

Come noto, secondo l’attuale approdo giurisprudenziale, il tema del rapporto fra normativa sulle PCS e normative settoriali a tutela dei consumatori è invece

³ Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 2631/2021, § 8.

⁴ Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 2631/2021, § 7.

regolato secondo il principio di “*incompatibilità*”, in base al quale in presenza di una PCS, la competenza è sempre dell’AGCM, mentre quella delle autorità di settore è residuale e ricorre soltanto quando la disciplina di settore regoli “*aspetti specifici*” delle pratiche commerciali che rendono le due discipline incompatibili (Cons. St. n. 7296/2019).

In applicazione di tale principio, con la recentissima sentenza del 1.10.2021, n. 6956, *TIM Ricarica+*, il Consiglio di Stato ha annullato una delibera dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

Al riguardo, occorre tuttavia, ricordare che la norma di relazione (che disciplina i rapporti tra Direttiva sulle PCS, da un lato, e normative settoriali o GDPR dall’altro, è sempre la stessa, ossia l’art. 3(4) della Direttiva sulle PCS, ai sensi del quale “*in caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici*”.

Ne consegue che non possono esistere soluzioni diverse in merito al rapporto della Direttiva sulle PCS con dette altre normative.

In secondo luogo, l’apertura dell’azione di *enforcement* dell’AGCM a tutela dei consumatori ad ambiti oggetto della normativa sulla tutela dei dati personali conferma, a mio avviso, vi sia l’esigenza di applicare l’istituto del parere *ex art. 27(1)(bis)*, del codice del consumo anche in tale caso.

La prassi dell’AGCM sul punto, la quale ha, finora, applicato tale istituto solo nei casi di condotte che rilevano anche ai fini delle normative settoriali cui sono preposte le Autorità di regolazione in senso stretto (AGCom, Banca d’Italia, ecc.), contrasta infatti, secondo chi scrive, con la *ratio* dell’istituto del parere *ex art. 27(1)(bis)*, esplicitata nella relazione illustrativa alla legge con cui esso era stato introdotto nel 2014, che l’aveva identificata nell’esigenza di “*regolament[are] le competenze tra le diverse autorità amministrative coinvolte*”, quante volte “*si verificano sovrapposizioni di competenze tra amministrazioni diverse o comunque siano coinvolte le competenze di più amministrazioni statali*”⁵.

Come si vede, correttamente il legislatore aveva fatto riferimento a tutti i casi di sovrapposizioni di competenze tra più amministrazioni statali senza, in alcun modo, restringere il novero di queste ultime. Non vi è, dunque, alcuna ragione per escludere l’applicazione dell’art. 27(1)(bis) anche al *Garante Privacy*.

⁵ V. pag. 10 della relazione illustrativa al d.lgs. 21.2.2014, n. 21, con il quale è stato inserito nell’art. 27 nel codice del consumo il richiamato comma 1 *bis*.

2. Obsolescenza programmata – i casi Apple, Samsung e HP

Un'altra novità introdotta dalla Direttiva Modernizzazione riguarda le nozioni di “*bene con contenuto digitale*”, “*funzionalità*”, “*compatibilità*” e “*interoperabilità*”.

La nozione di “*bene con contenuto digitale*” individua “*qualsiasi bene mobile materiale che incorpora o è interconnesso con un contenuto digitale o un servizio digitale in modo tale che la mancanza di detto contenuto digitale o servizio digitale impedirebbe lo svolgimento delle funzioni del bene*” (nuovo art. 2(1)(3) della Direttiva sui Diritti dei Consumatori, che rinvia all'art. 2 della Direttiva n. 2019/771).

La nozione di “*funzionalità*” si riferisce alla capacità del bene di svolgere tutte le sue funzioni in considerazione del suo scopo (v. nuovo art. 2, punto 20 della Direttiva sui Diritti dei Consumatori, che rinvia all'art. 2, n. 11, Direttiva 2019/770).

La nozione di “*compatibilità*” si riferisce alla capacità del bene di funzionare con *hardware* o *software* con cui sono normalmente utilizzati beni del medesimo tipo, senza che sia necessario convertire i beni, l'*hardware* o il *software* (nuovo art. 2, punto 19 della Direttiva sui Diritti dei Consumatori, che rinvia all'art. 2, n. 10, direttiva 2019/770).

La nozione di *interoperabilità* si riferisce, infine, alla capacità del bene di funzionare con *hardware* o *software* diversi da quelli con cui sono normalmente utilizzati beni dello stesso tipo (nuovo art. 2, punto 21 della Direttiva sui Diritti dei Consumatori, che rinvia all'art. 2, n. 12, direttiva 2019/770).

Allo stesso tempo, la Direttiva Modernizzazione ha previsto che, **anche in relazione ai contratti diversi da quelli a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali**, si applichino obblighi di informazione relativi alla “*funzionalità dei beni con elementi digitali, del contenuto digitale e dei servizi digitali, comprese le misure applicabili di protezione tecnica*”, nonché a “*qualsiasi compatibilità e interoperabilità pertinente dei beni con elementi digitali, del contenuto digitale e dei servizi digitali, di cui il professionista sia a conoscenza o di cui ci si può ragionevolmente attendere che sia venuto a conoscenza*”⁶.

In aggiunta, si rammenti che le caratteristiche di funzionalità e compatibilità rientrano, ai sensi della direttiva n. 2019/771, fra i requisiti oggettivi di conformità dei beni (art. 7, comma 1, lett. *d*), con la conseguenza che la garanzia legale di conformità deve ritenersi estesa anche agli aspetti relativi alla

⁶ Come previsto dall'art. 5, comma 1, lett. *g* e *h*, nella versione modificata dalla direttiva modernizzazione.

funzionalità dei beni, la quale, ove opportuno, deve essere garantita anche tramite il rilascio di aggiornamenti del *firmware*.

Anche gli sviluppi legislativi appena richiamati codificano principi declinati in, o comunque sottostanti ad alcune importanti decisioni dell'AGCM.

Mi riferisco, in primo luogo, alle note decisioni adottate nel 2018 nei confronti di *Apple* e *Samsung* nei casi di c.d. *obsolescenza programmata*⁷:

Con tali decisioni – confermate dal TAR Lazio⁸, ma attualmente oggetto di appelli dinanzi al Consiglio di Stato – l'AGCM aveva contestato ad *Apple* e *Samsung* di avere posto in essere condotte in violazione del divieto di PCS tra l'altro per aver *alterato* la *funzionalità* dei propri dispositivi tramite il rilascio di aggiornamenti *software* in un momento successivo all'acquisto da parte del consumatore, senza averne dato previa adeguata informazione agli utenti e senza avere lasciato loro la possibilità di scegliere se mantenere la precedente configurazione dello *smartphone*.

Ciò che rileva, nella prospettiva del presente intervento, è ancora una volta il rapporto tra l'azione dell'AGCM e gli sviluppi di diritto sostanziale introdotti con la Direttiva Modernizzazione. Anche in questo caso, appare infatti, indubbio che questi ultimi siano stati “anticipati” dall'azione di *enforcement* dell'AGCM.

3. Secondary ticketing – i casi TicketOne e Ticketbis

L'ultima esempio su cui desidero soffermarmi è quello relativo al fenomeno del c.d. *secondary ticketing*.

La Direttiva Modernizzazione ha inteso contrastarlo, introducendo nella Direttiva sulle PCS una nuova pratica *blacklisted*, ossia quella consistente nel “*rivendere ai consumatori biglietti per eventi, se il professionista ha acquistato tali biglietti utilizzando strumenti automatizzati per eludere qualsiasi limite imposto riguardo al numero di biglietti che una persona può acquistare o qualsiasi altra norma applicabile all'acquisto di biglietti*” (nuovo punto 11 bis dell'Allegato 1 alla Direttiva PCS).

È opportuno notare, preliminarmente, come la Direttiva Modernizzazione precisi che tale nuovo divieto “*non pregiudica eventuali misure aggiuntive che gli Stati membri possono adottare a livello nazionale per tutelare i legittimi interessi dei consumatori e garantire la realizzazione della politica culturale e un ampio*

⁷ V. provvedimenti PS11039 Apple-Aggiornamento Software e PS11009 Samsung-Aggiornamento Software.

⁸ V. Tar Lazio nn. 5736/2020 e 656/2021.

*accesso di tutti i cittadini a eventi culturali e sportivi, per esempio regolamentando il prezzo di rivendita dei biglietti*⁹.

In altre parole, la Direttiva Modernizzazione prevede che, in questo ambito, vi sia una deroga alla piena armonizzazione introdotta dalla Direttiva sulle PCS¹⁰, consentendo pertanto agli Stati membri di adottare misure aggiuntive a tutela dei consumatori.

La ragione di tale precisazione si rinviene presumibilmente nella volontà del legislatore europeo di superare le incertezze che sarebbero potute insorgere sulla base dei principi enunciati dalla Corte di Giustizia UE. Ad esempio, in *Mediaprint*¹¹, la Corte aveva sposato un'interpretazione restrittiva delle eccezioni all'armonizzazione piena declinate nell'Art. 3 della Direttiva PCS, concludendo che anche norme che perseguono un *interesse prevalente* diverso dalla tutela della libertà di scelta economica dei consumatori (*in casu*, il pluralismo legislativo) soggiacciono ai limiti imposti dalla piena armonizzazione introdotta con la Direttiva sulle PCS.

Tanto premesso, la nuova pratica *blacklisted* colpisce la “condotta a valle” del fenomeno del *secondary ticketing*, ossia la rivendita di biglietti sul mercato secondario, vietata alle specifiche condizioni fissate nella norma.

In relazione a tale fenomeno, l'intervento dell'Autorità era stato addirittura più ambizioso.

L'Autorità si era infatti già occupata del fenomeno del *secondary ticketing* in due importanti casi risalenti al 2017, che hanno riguardato le società TicketOne¹² e Ticketbis¹³.

In specie, TicketOne era stata sanzionata per aver omesso di predisporre misure idonee a evitare che fosse possibile acquistare un elevato numero di biglietti sui canali di vendita da essa gestiti (mercato primario), così da garantire ai consumatori l'accesso al mercato primario medesimo, piuttosto che a quello secondario. In specie, l'AGCM aveva contestato a TicketOne le seguenti condotte: (i) avere omesso di predisporre efficaci misure di contrasto all'acquisto di biglietti attraverso procedure automatizzate; (ii) non avere attuato controlli *ex post* diretti ad annullare gli acquisti effettuati attraverso procedure automatizzate

⁹ V. Direttiva Modernizzazione, Considerando n. 50.

¹⁰ Così sostiene anche B. DUIVENVOORDE, *The Upcoming Changes in the Unfair Commercial Practices Directive: A Better Deal for Consumers?*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 6/2019, p. 226.

¹¹ Cfr. al riguardo la sentenza del 9.11.2010, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG*, C-540/08, ECLI:EU:C:2010:660.

¹² V. provvedimento PS8035 – *Biglietti non Disponibili*.

¹³ V. provvedimento PS10611-*Ticketbis-Mercato Secondario*.

D'altro canto, Ticketbis – che gestiva una piattaforma per vendite di biglietti sul mercato secondario – era stata sanzionata per aver fornito ai consumatori informazioni svianti sul proprio ruolo e per avere omesso di fornire informazioni rilevanti sulle condizioni dei biglietti (in specie, relative al prezzo dei biglietti nel mercato primario e al *seating*).

Con i due interventi in questione, dunque, l'AGCM ha cercato di contrastare in modo più efficace il fenomeno del *secondary ticketing*, sanzionando “a monte” le condotte dei professionisti che lo rendono possibile o meglio non lo ostacolano.

Va detto che entrambe le decisioni in questione sono poi state annullate dal G.A.

Il provvedimento *TicketOne* è stato annullato in sede di impugnazione per carenza di istruttoria, non avendo, secondo il TAR Lazio e il Consiglio di Stato, l'Autorità dimostrato, né la sussistenza di un reale fenomeno di acquisti massivi in elusione delle misure adottate da Ticketone, né l'omessa adozione di misure adeguate a contrastare tali attività da parte di quest'ultima. Il provvedimento Ticketbis è stato annullato dal Consiglio di Stato, secondo il quale l'AGCM aveva preteso dalla piattaforma il rispetto di obblighi che non rientravano nella sua disponibilità, trattandosi di un *hosting provider* passivo.

III. CONCLUSIONI

L'*enforcement* dell'AGCM ha tenuto fede a uno dei due obiettivi principali della legislazione europea a tutela dei consumatori demandata alla competenza dell'AGCM, ossia quello di garantire un elevato livello di tutela dei consumatori.

A tal fine, l'AGCM ha in particolare attivato la “rete di sicurezza” predisposta dalla Direttiva sulle PCS, al fine di intercettare le condotte lesive degli interessi economici dei consumatori, anche in assenza di norme specifiche che li sanzionino.

Ciò è stato reso possibile dal fatto che la normativa in questione è costruita su clausole generali, essendo la stessa, come noto, imperniata intorno al divieto generale di porre in essere qualsiasi condotta (i) contraria alla diligenza professionale e (ii) idonea a falsare il comportamento economico di un consumatore medio.

Le ampie possibilità di intervento che tale normativa garantisce all'AGCM sono funzionali a rispondere tempestivamente e in maniera duttile alle variegata e imprevedibili esigenze di tutela dei consumatori. Si consente all'AGCM (e al G.A. in sede di revisione giurisdizionale) di declinare specifici precetti e regole delle attività economiche, declinandoli a partire dalle clausole generali contenute nella normativa primaria. È un fenomeno ben noto, già collaudato nel caso del diritto *antitrust*, anch'esso di matrice prettamente giurisprudenziale.

D'altra parte, stante il tumultuoso evolversi delle attività economiche, qualunque intervento legislativo non riuscirà a regolarle definitivamente. Pensiamo ad esempio agli *smart contracts* e alle sfide che pongono rispetto all'approccio consolidato nel diritto dei consumatori fondato sull'ostensione di "informazioni" necessarie a decisioni negoziali dei consumatori.

Le esigenze di un'efficace azione a tutela dei consumatori andrebbero tuttavia temperate con quelle di certezza del diritto e di tutela della libertà di iniziativa economica privata.

Rammento che la direttiva sulle PCS – così come tutte le normative a tutela dei consumatori – ha come suo ulteriore, e primario, obiettivo la realizzazione del mercato interno.

Gli obiettivi di garantire la certezza del diritto e la libertà di iniziativa economica privata dovrebbero, dunque, essere anch'essi centrali nell'applicazione di tale normativa. Ciò tanto più in quanto è ormai pacifica la natura sostanzialmente penale delle sanzioni comminate per tali illeciti.

Un adeguato bilanciamento di queste due opposte esigenze – tutela dei consumatori e tutela libertà di iniziativa economica privata – specie se, come auspico, l'AGCM intenda continuare in un'attività di *enforcement* coraggioso che cerchi di rispondere alle esigenze reali di tutela che sorgono nella società, presuppone a mio avviso, innanzitutto, un serio, e non più procrastinabile, ripensamento delle garanzie procedurali dei diritti di difesa, tanto più in quanto siamo alla vigilia di un significativo inasprimento delle sanzioni, anch'esso dettato dalla Direttiva Modernizzazione. Mi limito qui a richiamare, una per tutte, la questione della c.d. CFI.

In secondo luogo, sarebbe necessario prestare maggiore attenzione in sede di declinazione delle contestazioni mosse alle imprese dall'AGCM, definendole in modo più preciso di quanto non avvenga spesso nella parte motiva dei provvedimenti dell'AGCM. Tale esigenza appare invero imprescindibile per garantire il rispetto dei principi di legalità, determinatezza e tipicità dell'illecito, necessario stante la già richiamata natura sostanzialmente penale delle sanzioni applicabili alle PCS. Esigenza vieppiù sentita, nei casi in cui l'intervento dell'AGCM colpisca, non condotte puntuali, ma processi aziendali e/o modalità di gestione di un'attività imprenditoriale.

In tal senso, un ruolo importante potrebbe essere svolto sia dal richiamato istituto del parere obbligatorio alle altre amministrazioni statali di volta in volta interessate dai provvedimenti dell'AGCM, sia da una più precisa declinazione dei principi che regolano l'onere probatorio e la rilevanza degli effetti delle condotte in sede di accertamento dell'illecito.

Di parte di questi temi si occuperà il prof. Cintioli nel suo intervento, cui lascio la parola.

Vi ringrazio per l'attenzione.