



UNIVERSITA' CA' FOSCARI VENEZIA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PRIVATO EUROPEO
DEI CONTRATTI CIVILI, COMMERCIALI E DEL LAVORO, 22° CICLO
(A.A. 2006/2007 - 2008/2009)

LE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

SETTORE SCIENTIFICO - DISCIPLINARE DI AFFERENZA: DIRITTO CIVILE

Tesi di dottorato di LAURA TRICOMI, matricola n. 955333

Coordinatore del dottorato
Chiar.mo Prof. Lorenzo De Angelis

Tutore del dottorato
Chiar.mo Prof. Gianluca Sicchiero

Ai miei genitori,
per il loro costante sostegno
e a tutti coloro che hanno dato il loro prezioso contributo
per la realizzazione del presente scritto.

INDICE

CAPITOLO 1.....	6
1.1. LA DIRETTIVA 2005/29/CE: CONSIDERAZIONI PRELIMINARI.....	6
1.2. SCOPI E AMBITO DI APPLICAZIONE.....	7
1.3. LIBRO VERDE SULLA PROTEZIONE DEI CONSUMATORI NELL'UNIONE EUROPEA.....	8
1.4. COMUNICAZIONI DELLA COMMISSIONE RELATIVE ALLA STRATEGIA PER LA POLITICA DEI CONSUMATORI.....	10
1.5. DIRETTIVA 2006/114/CE SULLA PUBBLICITÀ INGANNEVOLE E COMPARATIVA.....	13
1.6. DEFINIZIONE DI PRATICHE COMMERCIALI SLEALI.....	24
1.7. DEFINIZIONE DI CONSUMATORE MEDIO.....	26
1.8. DEFINIZIONE DI COMUNICAZIONI COMMERCIALI.....	29
1.9. DEFINIZIONE DI PROFESSIONISTA.....	32
1.10. DEFINIZIONE DI DILIGENZA PROFESSIONALE E COLPA.....	35
1.10.1. DILIGENZA PROFESSIONALE.....	35
1.10.2. COLPA E PROFILI DI RESPONSABILITÀ.....	41
1.11. DEFINIZIONE DI PRATICHE COMMERCIALI SLEALI "INGANNEVOLI".....	43
1.11.1. LE "AZIONI INGANNEVOLI".....	44
1.11.2. LE "OMISSIONI INGANNEVOLI".....	47
1.12. DEFINIZIONE DI PRATICHE COMMERCIALI SLEALI "AGGRESSIVE".....	49
1.12.1. LE PRATICHE AGGRESSIVE MOLESTE.....	52
1.12.2. LE PRATICHE AGGRESSIVE COERCITIVE.....	53
1.12.3. LE PRATICHE AGGRESSIVE CONDIZIONANTI.....	55
1.13. I CODICI DI CONDOTTA.....	57
CAPITOLO 2.....	61
2.1. RECEPIMENTO DELLE NORME COMUNITARIE: CONSIDERAZIONI PRELIMINARI.....	61

2.1.1 LA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA SULLA PREVALENZA DELLE NORME COMUNITARIE DIRETTAMENTE APPLICABILI SULLE NORME NAZIONALI: BREVE EXCURSUS STORICO	61
2.1.2 LIMITI AL PRIMATO DELLE NORME COMUNITARIE	68
2.2. L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA 2005/29/CE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO	79
2.2.1 GLI ATTI NORMATIVI	79
2.2.2 LA SCELTA OPERATA DAL LEGISLATORE ITALIANO IN MERITO ALL'AUTONOMIA DELLA DISCIPLINA DELLE PRATICHE COMMERCIALI SLEALI RISPETTO A QUELLA DELLA PUBBLICITÀ COMMERCIALE.....	82
2.2.3 RAPPORTO TRA LA DISCIPLINA DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE (TITOLO III DELLA PARTE II COD. CONS.) E LE ALTRE DISCIPLINE NORMATIVE	85
2.2.4 LE CONSEGUENZE DELLA VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE	88
2.2.5 PUBBLICITÀ INGANNEVOLE E PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE	93
2.2.5.1. INTRODUZIONE.....	93
2.2.5.2 DISCIPLINA DELLA PUBBLICITÀ CONTENUTA NEL D.LGS 2 AGOSTO 2007 N. 145	96
2.2.5.3 DEFINIZIONE DI "PROFESSIONISTA" E "OPERATORE PUBBLICITARIO"	98
2.2.5.4 DEFINIZIONE DEGLI INTERESSI TUTELATI DAL D.LGS N. 145/2007	100
2.2.6 GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELLE PRATICHE SCORRETTE.....	102
2.2.7 LE PRATICHE COMMERCIALI INGANNEVOLI	106
2.2.8 LE PRATICHE COMMERCIALI AGGRESSIVE	110
2.2.9 GLI STRUMENTI DI TUTELA INDIVIDUALE E COLLETTIVA	112
2.2.9.1. PROCEDIMENTO AVANTI ALL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO	113
2.2.9.1. PROCEDIMENTO AVANTI ALL'AUTORITÀ GIURISDIZIONALE ORDINARIA E RIMEDI CIVILI.....	121
2.2.9.2.1 LA TUTELA DEL CONSUMATORE.....	122
2.2.9.2.2 LA TUTELA DEI CONCORRENTI.....	129
2.2.10 LE FORNITURE NON RICHIESTE	130
2.2.10.1. VALORE NEGOZIALE DEL SILENZIO, CONCLUSIONE DEL CONTRATTO E PROBLEMATICHE CONNESSE ALLA TUTELA DEL CONSUMATORE IN MATERIA DI "FORNITURE NON RICHIESTE".....	132
2.2.10.2. LA NORMATIVA PRECEDENTE OVVERO LA DIRETTIVA 97/7/CE E IL D.LGS. 22 MAGGIO 1999, N. 185	136
2.2.10.3. L'ARTICOLO 15 DELLA DIRETTIVA 2005/29/CE.....	137

2.2.10.4 IL RECEPIMENTO DEI NUOVI ARTICOLI 9 DELLE DIRETTIVE 97/7/CE E 2002/65/CE	139
2.2.10.5 I SERVIZI NON RICHIESTI	141
CAPITOLO 3	144
PRATICHE COMMERCIALI SLEALI: RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA NEL SISTEMA INGLESE E PRIME PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI	144
3.1 RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA NEL SISTEMA INGLESE: STATUTORY INSTRUMENT N. 1277/2008	144
3.1.1. DIVIETO GENERALE DI PRATICHE COMMERCIALI SLEALI (GENERAL PROHIBITION OF UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES).....	148
3.1.2 GLOSSARIO.....	148
3.1.3. BUONA FEDE TRA COMMON LAW E DIRITTO EUROPEO	156
3.1.4 LISTA NERA DELLE PRATICHE COMMERCIALI SLEALI (BANNED PRACTICES).....	163
3.1.5 MISLEADING ACTIONS AND MISLEADING OMISSIONS	169
3.1.6 RIMEDI	176
3.2. PRIME PRONUNCE E PROVVEDIMENTI DELL'AUTORITÀ GARANTE IN MATERIA DI PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE	186
3.2.1 PROVVEDIMENTO 4 SETTEMBRE 2008 N. 18829 AVVERSO ENEL S.P.A.	186
3.2.2 PROVVEDIMENTO 2 OTTOBRE 2008 N. 18950.....	189
3.2.3 PROVVEDIMENTO 23 NOVEMBRE 2008 N. 19223	191
3.3 CIRCOLARE ASSONIME N. 50 DEL 22 DICEMBRE 2009.....	193
BIBLIOGRAFIA	194

CAPITOLO 1.

PRATICHE COMMERCIALI SLEALI: INQUADRAMENTO GENERALE E ORDINAMENTO INTERNO

1.1. LA DIRETTIVA 2005/29/CE: CONSIDERAZIONI PRELIMINARI

La Direttiva 2005/29/CE, relativa alle cd. “*pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno*”¹ (*Unfair commercial practices directive*), rappresenta un provvedimento di armonizzazione delle legislazioni nazionali dei Paesi membri, che ha lo scopo di “*contribuire al corretto funzionamento del mercato interno*” nonché, in virtù di quanto previsto dall’articolo 153 CE, “*al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori*”. Infatti, come noto, tale Direttiva nasce dall’esigenza di armonizzare la normativa a livello comunitario in un settore caratterizzato da differenze notevoli tra i vari stati membri, differenze che possono tradursi in distorsioni della concorrenza, come pure per promuovere la libera circolazione delle merci e dei servizi, nonché la libertà di stabilimento, sviluppando pratiche commerciali leali all’interno dello spazio senza frontiere europeo.

Di tutta evidenza che l’esistenza di regole e principi uniformi dovrebbe, almeno in linea di principio, impedire che una determinata prassi possa essere considerata lecita in un paese ed illecita in un altro, favorendo il cd. “*forum shopping*” ed inducendo i professionisti a sostenere costi e rischi connessi alle differenze tutt’ora esistenti tra i diversi Paesi membri.

Si badi bene, però, che la Direttiva in esame, diversamente dalla prassi comunitaria, mira ad un’armonizzazione completa delle varie disposizioni nazionali, introducendo essa stessa dei criteri immediatamente vevoli in tutti gli Stati al fine di valutare e identificare la slealtà di una pratica commerciale e di vietarne così la continuazione².

Anche nel Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell’Unione Europea del 2 ottobre 2001 (che si avrà modo di analizzare *infra*) emerge chiaramente l’intento della Commissione di

¹ In Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea del 11 giugno 2005; *La Direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali*.

² Infatti, solitamente, nelle direttive comunitarie a tutela del consumatore è previsto il mantenimento di norme nazionali maggiormente garantiste rispetto ai provvedimenti europei; nella Direttiva in esame, invece, è espressamente prevista “*l’armonizzazione completa*”. In particolare, nella proposta di Direttiva, al paragrafo n. 48 si chiarisce che “*il divieto generale costituisce l’elemento essenziale della Direttiva che permette di realizzare l’armonizzazione necessaria ai fini del superamento degli ostacoli al mercato interno e conseguire un elevato livello comune di tutela. Tale risultato verrà raggiunto sostituendo le clausole generali nazionali vigenti in materia di pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori e introducendo criteri più precisi rispetto a quelli contenuti nelle clausole generali nazionali per determinare ciò che è sleale. Se non fosse previsto un divieto generale, gli Stati membri potrebbero continuare ad applicare le rispettive divergenti clausole generali pregiudicando l’effetto armonizzante della Direttiva*”.

realizzare la piena armonizzazione della normativa comunitaria in relazione alla tutela del consumatore. In particolare, ha rilevato tre punti essenziali attorno ai quali si dovrà sviluppare la politica legislativa comunitaria a tutela dei consumatori: al primo punto, analizza gli ostacoli allo sviluppo del mercato interno; al secondo, le possibili soluzioni che potrebbero essere adottate per armonizzare la normativa comunitaria a tutela dei consumatori ed, infine, al terzo punto, sottolinea la necessità di migliorare la cooperazione tra le diverse autorità pubbliche perché la tutela dei consumatori possa trovare effettiva applicazione all'interno dei singoli Stati membri.

Ebbene, prima di analizzare la struttura ed i contenuti della suddetta Direttiva, per altro già recepita nel nostro ordinamento con il D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 146³, appare opportuno verificare se effettivamente tale provvedimento comunitario sia necessario oppure se, alla luce della normativa interna preesistente, non possa essere considerato superfluo, dimostrando una “modernità” del nostro ordinamento giuridico, già ampiamente in linea con i principi comunitari.

Tale ultimo aspetto potrebbe altresì emergere, alla luce dei principi ispiratori della Direttiva nonché dei termini e delle definizioni utilizzati, con riferimento al richiamo alla cd. “*diligenza professionale*” ed ai principi generali di correttezza e buona fede.

1.2. SCOPI E AMBITO DI APPLICAZIONE

A differenza delle direttive precedenti in materia di concorrenza, la Direttiva in esame si distingue per le parti alle quali è indirizzata e, soprattutto, per la tutela che vuole approntare.

In particolare, il legislatore comunitario, pur mantenendo tra i propri scopi quello di garantire il mercato interno (“*uno spazio senza frontiere interno, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci e dei servizi, nonché la libertà di stabilimento*”⁴) non ha inteso tutelare i legittimi concorrenti, gli altri imprenditori (tutelati invece dalla Direttiva 1984/450/CEE sulla pubblicità ingannevole/comparativa, ormai relegata unicamente a tutela dei rapporti tra professionisti) ma ha rivolto la propria attenzione agli interessi economici dei consumatori⁵.

Infatti, come emerge dai Considerando, la Direttiva ha - come accennato nel punto precedente - come obiettivo quello di ravvicinare “*le legislazioni degli Stati membri sulle pratiche commerciali sleali, tra cui la pubblicità sleale, che ledono gli interessi economici*

³ In Gazzetta Ufficiale n. 207 del 6 settembre 2007. Il presente Decreto legislativo ha sostituito gli articoli da 18 a 27 del Codice del Consumo, D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

⁴ Il Considerando n. 1 prosegue stabilendo che “*lo sviluppo di pratiche commerciali leali all'interno dello spazio senza frontiere interne è essenziale per promuovere le attività transfrontaliere*”.

⁵ Per consumatore si intende qualsiasi persona fisica che agisca per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale. Sulla definizione di consumatore, per completezza, si veda A. Gentili, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *I Contratti*, n. 2/2006, Ipsoa.

dei consumatori” (Considerando n. 6) e di introdurre “*norme uniformi che prevedono un elevato livello di protezione dei consumatori*”, tutelando la fiducia di questi ultimi nel mercato interno.

Inoltre, si può affermare che il bene giuridico protetto dalla disciplina in esame è la libertà di scelta del consumatore, il quale deve poter prendere una decisione di tipo commerciale liberamente e consapevolmente, senza subire influenze o indebiti condizionamenti.

Manifesta l’attenzione per il consumatore.

Per quanto riguarda l’aspetto oggettivo, l’articolo 3 precisa che la Direttiva trova applicazione per tutte e solo quelle condotte che possano essere considerate “*pratiche commerciali*” (articolo 2, lett. d) ovvero qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale (ivi compresa la pubblicità e il marketing) che siano poste in essere “*prima, durante e dopo un’operazione commerciale relativa ad un prodotto*”.

La Direttiva, tuttavia, chiarisce che la disciplina contenuta agli articoli 2-13 ha senz’altro natura sussidiaria: infatti, trova applicazione solamente in quegli ambiti non ancora regolati da altre disposizioni di diritto comunitario, che disciplinino aspetti particolari delle pratiche sleali. In quest’ultima ipotesi le norme specifiche dovranno essere preferite.

Non pregiudica, altresì, le eventuali condizioni relative allo stabilimento o i regimi di autorizzazione, i codici deontologici di condotta o altre norme specifiche che disciplinano le professioni regolamentate, tutti finalizzati a mantenere elevati livelli di integrità professionale.

Tuttavia, come si avrà modo di meglio argomentare nel prosieguo, la dottrina discute circa il ruolo ed i limiti di applicazione dei codici deontologici, soprattutto con riferimento alla clausola generale di buona fede.

Inoltre, non pregiudica l’applicazione del diritto contrattuale, con particolare attenzione alle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto. In tale ultima materia, pertanto, varranno senz’altro le norme interne ai singoli Paesi membri.

1.3. LIBRO VERDE SULLA PROTEZIONE DEI CONSUMATORI NELL’UNIONE EUROPEA

Se si considera che la Direttiva 2005/29/CE nasce dall’esigenza sentita nel Libro Verde sulla protezione dei consumatori nell’Unione Europea, di stabilire un divieto unico, comune e generale delle procedure che alterano il comportamento economico dei consumatori, pare opportuno analizzare brevemente i contenuti, gli scopi e gli sviluppi del Libro Verde stesso.

Obiettivo del Libro Verde è quello di analizzare i possibili orientamenti futuri della tutela dei consumatori nell'Unione Europea, avviando un dibattito con le parti interessate. Esamina, altresì, i diversi ostacoli alla realizzazione del mercato interno a tale settore, la questione della tutela dei consumatori e le soluzioni da adottare in vista di quell'armonizzazione a livello comunitario tanto agognata. Parimenti, il Libro Verde analizza la possibilità di migliorare la cooperazione tra le autorità pubbliche incaricate dell'attuazione pratica di tutti quegli aspetti attinenti alla protezione dei consumatori.

La Commissione, dopo aver rilevato che le norme comunitarie a protezione dei consumatori non sono idonee ad adattarsi allo sviluppo naturale del mercato ed alle nuove prassi commerciali, propone, quale soluzione, la semplificazione delle norme nazionali (e conseguente armonizzazione della normativa nazionale) e il raggiungimento di una garanzia maggiore della protezione dei consumatori. Viene da sé come tale semplificazione normativa favorirebbe non solo i consumatori, ma anche gli stessi imprenditori, i quali potrebbero così ridurre gli oneri a loro carico con conseguente miglioramento della competitività sul mercato.

Per ottenere tale semplificazione il Libro Verde propone due possibili soluzioni: l'adozione da un lato di una serie di direttive nuove, dall'altro di una Direttiva-quadro completata da alcune direttive ancillari e specifiche.

Alcuni hanno ravvisato tutta una serie di vantaggi nell'adozione della Direttiva-quadro, tra i quali la semplificazione della normativa comunitaria sopra prospettata e una maggior facilità nei negoziati.

Tuttavia, la Direttiva-quadro andrebbe ad integrarsi con il processo di autoregolamentazione interno e, ancor di più, con quello delle singole imprese attraverso i cd. codici di autoregolamentazione. Resta inteso che i suddetti codici di autoregolamentazione non potrebbero riguardare, per ovvie ragioni, i settori della sanità e della sicurezza né, tanto meno, questioni di politica sociale (tra i quali, a titolo meramente esemplificativo, l'orario di apertura dei locali commerciali).

Come sopra accennato, uno degli obiettivi principali – e forse anche maggiormente ambiziosi – del Libro Verde è quello dell'armonizzazione o della semplificazione in materia di protezione dei consumatori: infatti, il quadro nel quale ci si dovrebbe muovere è quello di circa 20 direttive comunitarie, alle quali si devono aggiungere la giurisprudenza a livello di Unione Europea e le normative dei diversi Stati membri.

Dopo il Libro Verde, la Commissione ha proseguito la propria attività in materia di protezione dei consumatori, mediante una consultazione pubblica terminata nel gennaio 2002, che è poi sfociata in una comunicazione ed è stata altresì tenuta in debita considerazione nel nuovo piano d'azione sulla Protezione dei consumatori 2002-2006.

1.4 COMUNICAZIONI DELLA COMMISSIONE RELATIVE ALLA STRATEGIA PER LA POLITICA DEI CONSUMATORI

Successivamente all'adozione del Libro Verde, la Commissione ha emesso una Comunicazione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato Economico e Sociale Europeo del 7 maggio 2002⁶, contenente la Strategia per la tutela dei consumatori per gli anni 2002-2006. Gli obiettivi delineati dalla Commissione sono tre:

- (i) un elevato livello di protezione dei consumatori;
- (ii) l'applicazione effettiva delle regole di protezione dei consumatori;
- (iii) la partecipazione delle organizzazioni dei consumatori alle politiche comunitarie.

Ebbene, tali obiettivi – a detta della Commissione – sono destinati a facilitare l'integrazione degli interessi dei consumatori in tutte le altre politiche comunitarie, a massimizzare i vantaggi del mercato unico per i consumatori e a prepararli all'ampliamento. Pertanto, al fine di agevolare in tal senso i consumatori, sono necessarie regole più semplici e uniformi, un grado di applicazione analogo all'interno di tutta l'Unione, misure di informazione e di educazione più accessibili nonché, infine, meccanismi di ricorso efficaci.

Non sfuggirà come la strategia ed i mezzi auspicati dal legislatore comunitario coincidano sempre con la semplificazione e chiarezza, oltre che l'omogeneità, degli strumenti regolatori.

La strategia ravvisata dalla Commissione si applica ai seguenti campi:

- sicurezza dei consumatori;
- questioni economiche e giuridiche che li riguardano sul mercato;
- informazione e educazione dei consumatori;
- promozione delle organizzazioni dei consumatori e il contributo di queste ultime all'elaborazione della politica dei consumatori.

Gli obiettivi della suddetta strategia possono essere riassunti in

- (a) un elevato livello comune di protezione dei consumatori;
- (b) l'applicazione effettiva delle regole di protezione; e
- (c) la partecipazione dei cittadini alle politiche dell'Unione Europea attraverso le competenti organizzazioni dei consumatori.

A questo punto la Commissione ha chiarito come sia necessario un programma a breve termine (5 anni), soggetto a riesame periodico, per il raggiungimento dei suddetti obiettivi, programma che verrà di volta in volta, mediante proposte *ad hoc*, presentato al Consiglio ed al Parlamento.

⁶ COM (2002) 208 def. In Gazzetta Ufficiale C137/2 del 8 giugno 2002, intitolata “*Strategia per la politica dei consumatori dell'UE 2000-2006*”.

Ma possiamo ad esaminare ogni singolo obiettivo individuato dalla Commissione.

(a) Un elevato livello comune di protezione dei consumatori

Il primo obiettivo consiste “nell’armonizzare, attraverso i mezzi più appropriati (Direttiva-quadro, norme, migliori prassi) non soltanto la sicurezza dei beni e dei servizi, bensì gli aspetti di ordine economico e giuridico che danno ai consumatori la fiducia necessaria per effettuare transazioni dappertutto nel mercato interno. Nel quadro di questo obiettivo, le principali azioni consisteranno nel garantire un seguito alle questioni relative alle prassi commerciali esaminate nel Libro Verde sulla protezione dei consumatori nell’Unione Europea e verteranno sulla sicurezza dei servizi”.

(b) Applicazione effettiva delle regole di protezione dei consumatori

Il secondo obiettivo, fondato sulla costante crescita dell’integrazione economica nel mercato interno, si fonda sulla necessità dell’elaborazione di un quadro di cooperazione amministrativo tra gli Stati membri nonché meccanismi di ricorso per i consumatori.

(c) Partecipazione delle organizzazioni dei consumatori alle politiche comunitarie

Infine, con riferimento all’ultimo obiettivo la Commissione, dopo aver rilevato che al fine di rendere effettivamente efficaci le politiche di protezione dei consumatori, è necessario che gli stessi consumatori abbiano la possibilità di contribuire alla definizione delle politiche che li riguardano, ha affermato che “i consumatori ed i loro rappresentanti devono avere la capacità e le risorse necessarie per promuovere i loro interessi su un piede di eguaglianza con le altre parti interessate”.

Pertanto, le istituzioni comunitarie, *in primis*, e quelle nazionali, *in secundis*, avranno il compito di garantire meccanismi partecipativi delle organizzazioni di consumatori alla formulazione delle politiche comunitarie e di istituire progetti di educazione e di rafforzamento delle suddette attività.

Successivamente, e al fine di garantire continuità con gli obiettivi e gli sforzi iniziati nel periodo 2002-2007, la Commissione ha emesso la Comunicazione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato Economico e Sociale Europeo del 13 marzo 2007⁷.

In particolare, in questa sede la Commissione⁸ ha rilevato che, proprio alla luce della sempre crescente complessità dei mercati, ormai legata alla tecnologia a banda larga (da qui il

⁷ COM (2007) 99 definitivo contenente la Strategia per la politica dei consumatori dell’UE 2007-2013, e sottotitolato *Maggiori poteri per i consumatori, più benessere e tutela più efficace*.

⁸ La Commissione inizia rilevando come il mercato interno sia molto frammentato secondo linee nazionali e si componga di 27 minimercati. Pertanto, per migliorare il funzionamento del mercato dei consumatori si deve “non solo affrontare il problema della frammentazione del mercato interno, ma anche conferirgli un più deciso orientamento verso il consumatore. I risultati finali per i consumatori in termini economici e non solo saranno il metro di giudizio per stabilire se i mercati riescono a soddisfare le aspettative dei cittadini. I mercati che rispondono con maggiore efficienza alla domanda dei consumatori otterranno risultati migliori in

commercio elettronico), il commercio elettronico può migliorare il benessere del consumatore, mettendo a disposizione una più ampia gamma di prodotti, incrementando la concorrenza sul prezzo e sviluppando nuovi mercati.

Il commercio elettronico senza dubbio costituisce anche nuove sfide per i consumatori, le aziende e la tutela degli stessi consumatori, indebolendo, di fatto, l'effetto della pubblicità tradizionale e dei canali di vendita al dettaglio sul mercato dei consumatori. In questo nuovo scenario si deve inserire la politica dei consumatori, affinché questi ultimi abbiano gli strumenti necessari per effettuare scelte informate e razionali. La politica dei consumatori, infatti, è volta a garantire la sicurezza dei prodotti e servizi, nonché l'equità e la trasparenza dei mercati.

Infine, la fiducia dei consumatori nel mercato interno riveste un altro e decisivo ruolo: rendere l'UE una destinazione affidabile per il commercio elettronico dal resto del mondo.

Nel periodo 2007-2013 la politica dei consumatori, per aiutare l'UE nella creazione di posti di lavoro e nel ravvicinamento dei cittadini, si è posta tre obiettivi principali:

- (i) dare maggiori poteri ai consumatori dell'UE. Infatti, i consumatori, dotati di maggiori poteri, potranno incentivare sensibilmente la competitività. I consumatori consapevoli possono effettuare scelte libere, ma devono necessariamente disporre di informazioni accurate e di un mercato trasparente;
- (ii) promuovere il benessere dei consumatori dell'UE in termini di prezzi, scelta, qualità, diversità, accessibilità e sicurezza. Infatti, il benessere dei consumatori rappresenta il fulcro vitale dei mercati funzionanti;
- (iii) proteggere efficacemente i consumatori da seri rischi e minacce che non possono essere affrontati dai singoli.

La Commissione ha stabilito una serie di priorità che devono essere attuate nel corso del periodo 2007-2013 al fine di portare a termine gli obiettivi sopra citati, che possiamo qui brevemente riassumere:

- monitoraggio migliore dei mercati dei consumatori e delle politiche nazionali a favore dei consumatori;
- migliore regolamentazione della protezione dei consumatori;
- maggiore rispetto delle norme e dei ricorsi;
- migliore informazione e più corretta educazione dei consumatori;
- mettere i consumatori al centro delle altre politiche e normative dell'UE.

termini di competitività e innovazione [...]. La politica comunitaria a favore dei consumatori [...] può affrontare le insufficienze del mercato che nuocciono al benessere del consumatore [...] e può anche contribuire a garantire i valori centrali europei di equità, apertura, solidarietà, sostenibilità e trasparenza e ad esportarli nel resto del mondo". E ancora "nel periodo 2007-2013 la politica dei consumatori ha l'opportunità di aiutare l'UE ad affrontare le sfide di crescita, della creazione di posti di lavoro e del ravvicinamento dei cittadini".

Ebbene, all'interno dell'ambizioso quadro di intervento disegnato dalla Commissione si pone anche la Direttiva 29/2005, sia con riferimento ai presupposti e obiettivi in questa perseguiti sia con riferimento alla tutela ivi prevista.

1.5 DIRETTIVA 2006/114/CE SULLA PUBBLICITÀ INGANNEVOLE E COMPARATIVA

Ai fini dell'analisi del valore e della necessità o meno della Direttiva 2005/29/CE, pare doveroso procedere all'esame, anche se a grandi linee, della Direttiva 2006/114/CE concernente la pubblicità ingannevole e comparativa⁹.

Scopo della Direttiva qui in commento è quello di *“tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa”*.

La normativa in materia di pubblicità ingannevole¹⁰ ha definito, all'articolo 20, comma 1, lettera a), la pubblicità come *“qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso, in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale, o promozionale, allo scopo di promuovere la vendita di beni mobili o immobili, la costituzione o il trasferimento di diritti ed obblighi su di essi, oppure la prestazione di opere o servizi”*.

Non sfuggirà l'ampiezza di tale definizione, tanto da abbracciare qualsiasi comunicazione commerciale¹¹.

Ne consegue che un messaggio deve essere considerato pubblicitario, quando sia diffuso nell'ambito di un'attività economica e con una finalità evidentemente promozionale, anche indiretta. Resta inteso, tuttavia, che la comunicazione pubblicitaria si distingue da una generica comunicazione commerciale, quando sia destinata alla divulgazione, ossia alla diffusione.

Sotto il profilo soggettivo, l'articolo 18, comma 2, indica come soggetto destinatario della comunicazione pubblicitaria qualunque persona, fisica o giuridica, cui sono dirette le comunicazioni o che, comunque, ne subisce le conseguenze. Invece, per operatore pubblicitario si intende *“il committente del messaggio pubblicitario ed il suo autore nonché, nel caso di mancata identificazione dei primi due soggetti, il proprietario del mezzo con cui*

⁹ Entrata in vigore il 12 dicembre 2007 (pubblicata nella *G.U.U.E.* n. L 376 del 27 dicembre 2006, pag. 21 e ss.), dettata per sostituire i contenuti precettivi quali risultanti dalle modifiche apportate prima dalla Direttiva 97/55/CE e successivamente dall'articolo 4 della Direttiva 2005/29/CE, parzialmente modificando la distribuzione degli articoli ed adeguando la formulazione dei “considerando”.

¹⁰ Ora articoli n. 19 e 20 del Codice del Consumo, già disciplinata dal D.Lgs n. 74 del 1992; si veda, sul punto, G. Casaburi, in *Giur. Merito* 2006, 3, 622.

¹¹ Si tenga presente che le comunicazioni commerciali e pubblicitarie, pur avendo un ruolo ben diverso rispetto all'informazione “educativa”, tuttavia è idonea ad orientare il consumatore ad una determinata percezione del mercato: di conseguenza, non può che essere palese, corretta e veritiera.

il messaggio pubblicitario è diffuso ovvero il responsabile della programmazione radiofonica o televisiva”.

Anche sotto l’aspetto soggettivo, la suddetta normativa fornisce criteri alquanto ampi.

La *ratio* è sicuramente contenuta nell’articolo 19 cod. cons., che indica che lo scopo è quello di “*tutelare dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali i soggetti che esercitano l’attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, i consumatori ed in generale gli interessi del pubblico nella fruizione di messaggi pubblicitari, nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa*”. Evidente la tutela non solo dei consumatori (e la cosa non stupisce), ma soprattutto dei concorrenti.

Infine, all’articolo 20, comma 1, lettera b), il codice del consumo definisce la pubblicità ingannevole come “*qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione, sia idonea a indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, sia idonea a ledere un concorrente*”.

Ormai è pacifico ritenere che la pubblicità ingannevole integri una fattispecie di concorrenza sleale e, in quanto tale, si può affermare che essa comprenda, nella propria struttura, due aspetti caratterizzanti:

- (i) l’idoneità a indurre in errore le persone fisiche e giuridiche;
- (ii) la lesione potenziale dell’interesse del concorrente, riconducibile allo sviamento di clientela, *derivante dall’ingannevolezza del messaggio pubblicitario.*

L’interesse leso, quindi, è quello distintivo.

Altresì è evidente come vittime della comunicazione ingannevole siano anche i consumatori, proprio in virtù dell’impatto che le comunicazioni pubblicitarie hanno su di loro e sul processo decisionale che essi compiono.

In quest’ottica è stato introdotto il D.Lgs 74 del 1992 e successivamente il D.Lgs. 281 del 1998 (inserito nel Codice del Consumo agli articoli 19-32).

L’articolo 2 del Codice del Consumo riconosce il diritto del consumatore ad una corretta pubblicità, diritto strettamente connesso a quello ad avere un’adeguata informazione. Ebbene, tali diritti – di fatto – mirano a sanzionare comportamenti confusori o ingannevoli e che, quindi, si rivolgono a favore del consumatore, pur senza ridurre il collegamento con gli atti ed i comportamenti previsti in materia di concorrenza sleale (si veda l’articolo 2598 c.c.).

La dottrina, proprio alla luce di tale collegamento nonché dell'omogeneità strutturale tra l'illecito pubblicitario e l'illecito concorrenziale, è divisa in merito alla legittimazione attiva all'azione inibitoria di cui all'articolo 2598 c.c., ovvero se tale azione compete unicamente agli imprenditori concorrenti oppure se possa essere iniziata anche dai consumatori.

La questione appare in tutta la sua complessità e di certo fino ad oggi non aveva trovato una soluzione univoca (nonostante la previsione della facoltà delle associazioni di categoria di procedere con lo strumento della *cd. class action*). Ma di questo tema si tratterà ampiamente *infra*.

Si tenga ben presente, tuttavia, che nonostante la sussistenza di rapporti tra i due ambiti coinvolti – pubblicità ingannevole e concorrenza – non vi è piena coincidenza tra la prima e la seconda, ovvero non vi è automaticità nella lesione del consumatore e del concorrente; infatti, non sempre la pubblicità ingannevole connota una concorrenza sleale né gli imprenditori concorrenti possono sempre avere interesse a reprimere singole ipotesi di pubblicità ingannevole.

La disciplina dettata per la pubblicità ingannevole ha una sua autonomia giuridica, finalizzata a creare chiarezza e trasparenza nei rapporti commerciali e professionali, anche senza che vi sia la necessaria qualifica di imprenditore tra le due parti.

Infatti, vi sono atti o attività pubblicitarie che, considerati in sé e per sé, non sono dannose per i consumatori, mentre lo sono (o possono esserlo) per gli imprenditori concorrenti, così come vi sono atti o attività pubblicitarie dannose per i consumatori, ma che esulano dalla disciplina della concorrenza.

Lo stesso discorso può essere fatto anche per la pubblicità comparativa.

Si consideri, infatti, che il consumatore non sempre ha interesse a reagire ad ogni forma di comunicazione pubblicitaria scorretta, dal momento che i suoi interessi – giuridicamente tutelati – possono venir lesi solo qualora tale comunicazione sia idonea ad indurlo in errore e ad alterare la sua libertà di scelta. Così avviene, per esempio, anche in presenza di una pubblicità ingannevole, ma che non si ponga contro le regole della concorrenza, dal momento che si riferisce a prodotti nuovi, per i quali ancora non esistono concorrenti nemmeno potenziali, oppure in caso di monopolio/oligopolio.

Infine, integra comunicazione pubblicitaria ingannevole ma non concorrenza sleale la violazione dell'articolo 24 cod. cons., in materia di pubblicità di prodotti pericolosi.

Lo stesso articolo 19, sopra richiamato, sottolinea la separazione tra le due tutele: il consumatore è tutelato dalla pubblicità ingannevole, mentre gli imprenditori dalle conseguenze sleali della stessa.

Diversamente da quanto disciplinato dalla Direttiva in materia di pubblicità ingannevole, quella contenuta nella Direttiva 29/2005/CE si rivolge unicamente alle pratiche commerciali tra imprese e consumatori: evidente l'intento del legislatore comunitario di prevedere un doppio binario di tutela. Infatti, la Direttiva 29/2005/CE, annoverando la pubblicità tra le pratiche commerciali sleali, si pone a tutela del consumatore, per garantire che quest'ultimo possa operare una scelta consapevole e libera, non influenzata da rappresentazioni false o comunque non veritiere e chiare.

La Direttiva sulla pubblicità ingannevole, invece, avendo principalmente lo scopo di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali, si pone su un piano parallelo a quello della Direttiva sulle pratiche commerciali sleali.

Ne emerge un quadro – almeno in materia di pubblicità ingannevole – a 360 gradi, idoneo, almeno negli intenti, a tutelare entrambe le sfere di interessi, quelle dei consumatori e quelle dei professionisti/concorrenti.

Inoltre, diverso è, anche se solo in parte, il presupposto oggettivo ovvero l'interesse che si vuole tutelare: in caso di pubblicità ingannevole si vuole tutelare esclusivamente l'interesse imprenditoriale, con particolare attenzione ai segni distintivi e a non creare un ingiusto ed immotivato (ossia non fondato su informazioni veritiere) discredito nei confronti dei concorrenti. Diversamente, la Direttiva sulle pratiche commerciali sleali vuole difendere gli interessi collettivi dei consumatori, i quali hanno diritto di poter liberamente e consapevolmente assumere decisioni di natura commerciale¹².

Alla luce di quanto sopra analizzato, pare di poter affermare che la tutela precedentemente prevista in caso di pubblicità ingannevole e comparativa era più indirizzata ad integrazione di quella di cui all'articolo 2598 c.c. e, quindi, a tutela dei segni distintivi nonché della concorrenza, mentre gli utenti/consumatori vedevano una tutela solo riflessa o comunque slegata dal proprio diritto una libera e consapevole libertà nel prendere decisioni di natura commerciale. Probabilmente in un'ottica di riordino per materia (rectius per soggetti) oltre che per motivi di maggiore incisività, il legislatore comunitario ha preferito far confluire la tutela dei consumatori contro le comunicazioni ingannevoli all'interno della più ampia normativa contro le pratiche commerciali sleali.

Da qui la Direttiva 29/2005/CE e la conseguente modifica della Direttiva 84/450/CE e della normativa di recepimento in materia di pubblicità ingannevole e comparativa.

¹² Cfr. G. Casuburi, *La tutela civilistica del consumatore avverso la pubblicità ingannevole dal D.lg. n. 74/1992 al codice del consumo*, in *Giur. Merito* 2006, 3, 622, nota a Giudice di Pace di Avellino, 4 febbraio 2005.

1.5.1. MODIFICHE APPORTATE ALLA DIRETTIVA 84/450/CE SULLA PUBBLICITÀ INGANNEVOLE E COMPARATIVA

A questo punto, per maggior rigore e chiarezza, pare opportuno procedere ad una breve analisi delle modifiche apportate alla Direttiva 84/450/CE, modifiche trasposte anche nella “versione codificata” di cui alla Direttiva n. 2006/11/CE.

Come *supra* accennato, la disciplina della pubblicità ingannevole contenuta nella Direttiva 84/450/CE diviene adesso una regolamentazione finalizzata alla tutela dei soli professionisti¹³, anche se sussistono ancora dubbi circa la reale portata di tali destinatari ovvero se la norma si riferisca ai soli professionisti che vengano raggiunti da messaggi finalizzati ad indurli ad acquistare un determinato bene/prodotto/servizio oppure anche ai professionisti che offrono sul mercato beni o servizi del medesimo genere di quelli pubblicizzati, trovandosi in rapporto di concorrenza con il professionista che commercializza questi ultimi¹⁴.

Come accennato nel paragrafo 1.5 che precede, la tutela dei consumatori nei confronti dei messaggi pubblicitari lesivi dei loro interessi economici adesso è affidata integralmente ed in via esclusiva alla Direttiva 2005/29/CE e, precisamente, agli articoli 2-13, finalizzata alla protezione dei consumatori dalle pratiche commerciali sleali: in tal senso, la pubblicità è considerata e, conseguentemente, trattata come una pratica commerciale posta in essere da un professionista e, in quanto tale, non dovrà mai essere “*sleale*” né “*ingannevole*” né, infine, “*aggressiva*”.

A questo punto si deve delineare il perimetro di applicazione della normativa in materia di pubblicità, soprattutto dal punto di vista soggettivo. Infatti, posto che la definizione di “*pubblicità ingannevole*” non ha subito modifiche, continuandosi a definire come “*ingannevole*” qualsiasi pubblicità che “*in qualsiasi modo, compresa la sua presentazione, induca in errore o possa indurre in errore le persone alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, dato il carattere ingannevole, possa pregiudicare il comportamento economico di dette persone o che, per questo motivo, leda o possa ledere un concorrente*”. È di tutta evidenza come che il dato normativo si riferisce genericamente alle persone, non facendo cenno invece ai soli professionisti.

Si noti, inoltre, che l’articolo 2, n. 1, della Direttiva 84/450/CE, non modificato dalla Direttiva in materia di pratiche commerciali, nella definizione di “*pubblicità*” ricomprende qualsiasi messaggio che venga diffuso al fine di promuovere la fornitura di beni o servizi,

¹³ Nel punto 3 dell’articolo 2 della Direttiva 84/450/CE (adesso lettera d) dell’articolo 2 della Direttiva 2006/114/CE) è stata riportata la definizione di “professionista”, esattamente corrispondente a quella di cui all’articolo 2, lett. B) della Direttiva 2005/29/CE, che verrà analizzata nel successivo paragrafo 1.8.

¹⁴ Per un’analisi approfondita sul punto, si veda G. De Cristofaro in *Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori – La Direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, Giappichelli Editore, 2007, pagg. 36 e ss.

senza limitare i possibili acquirenti (e quindi destinatari del messaggio pubblicitario) ai soli professionisti e non richiede l'esistenza di una "diretta connessione" tra il messaggio pubblicitario e la conclusione – tra professionisti – di contratti aventi ad oggetto il bene o servizio cui il messaggio si riferisce.

Per di più, nonostante le modifiche apportate dalla Direttiva 2005/29/CE, la disciplina contenuta nella Direttiva 84/450/CE all'articolo 3 *bis* (ora trasposta in quella 2006/117/CE, articolo 4) è e rimane una disciplina esaustiva della pubblicità comparativa, alla quale sono soggetti tutti i messaggi pubblicitari: sia quelli rivolti ai consumatori sia quelli indirizzati ai soli professionisti sia quelli, infine, destinati ad entrambe le categorie di soggetti, senza distinzione.

De Cristofaro¹⁵, sul punto ed alla luce delle considerazioni sopra esposte, è giunto a ritenere possibile che *"nell'ambito di applicazione dell'intera Direttiva 84/450/CE (e ora della Direttiva 2006/114/CE) – e quindi non soltanto nei precetti relativi alla pubblicità comparativa, ma anche nei precetti concernenti la pubblicità ingannevole – ricadano tutti i messaggi pubblicitari finalizzati alla promozione di beni o servizi offerti sul mercato da professionisti, a prescindere dalla circostanza che si tratti di (messaggi relativi a) beni o servizi destinati a persone fisiche o a enti collettivi, nonché della circostanza che si tratti di beni o servizi suscettibili o meno di essere impiegati, in via prevalente o esclusiva, nell'ambito di un'attività imprenditoriale o di una libera professione"*. E ancora, proseguendo, propone di riconoscere che *"gli ambiti di operatività delle direttive 2006/114/CE e 2005/29/CE – lungi dall'essere rigidamente contrapposti – sono semplicemente individuati e delimitati come parametri di natura diversa (oggettivi nella prima e soggettivi nella seconda), e proprio in ragione di ciò, seppure soltanto in parte, coincidono e si sovrappongono"*.

Infatti, la Direttiva 2006/114/CE detta una disciplina generale in materia di pubblicità commerciale, che può essere applicata a qualsiasi messaggio pubblicitario, a prescindere dalle caratteristiche del prodotto o servizio pubblicizzato, dalla tipologia (professionale o meno) di utilizzazione del suddetto bene/servizio, dell'identità dei soggetti cui esso viene offerto, nonché dalle finalità in virtù delle quali i soggetti destinatari del messaggio pubblicitario potrebbero essere interessati ad acquistare il bene o servizio cui esso si riferisce.

Invece, la Direttiva 2005/29/CE disciplina le pratiche commerciali sleali tra professionisti e consumatori, in generale, e tutte le condotte (anche la diffusione di messaggi pubblicitari) che presentino un qualche legame con un rapporto giuridico, attuale o solo potenziale, tra un professionista ed un consumatore.

¹⁵ De Cristofaro, *cit.*, pag. 39.

Ebbene, come accennato nel precedente paragrafo 1.5, esistono fattispecie che saranno soggette alla prima Direttiva (messaggi pubblicitari che non mostrino una diretta connessione con – attuali o anche solo potenziali – rapporti contrattuali tra impresa e consumatore), fattispecie soggette solo alla seconda (comportamenti diversi dai messaggi pubblicitari tenuti dai professionisti primo o dopo la stipulazione di contratti con i consumatori e direttamente correlati con i suddetti contratti) e, infine, fattispecie che rientrino nell'area di applicazione di entrambe le direttive (quali messaggi pubblicitari diffusi da professionisti che siano “*direttamente connessi alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori*”).

Resta inteso che in tali ultime ipotesi, al fine di stabilire se il messaggio pubblicitario abbia o meno natura “*ingannevole*” (alla luce della Direttiva 2006/114/CE), si dovrà inevitabilmente far ricorso ai parametri previsti negli articoli 6 e 7 della Direttiva 2005/29/CE.

Secondo De Cristofaro, conseguenza di quanto sopra è che i messaggi pubblicitari che abbiano una diretta connessione con eventuali rapporti contrattuali tra professionisti e consumatori sono e rimangono soggetti alla disciplina della pubblicità ingannevole/comparativa; tuttavia, questi ultimi potranno essere considerati “*ingannevoli*” - ai fini di tale Direttiva - solo se e nella misura in cui mostrino i requisiti richiesti per essere catalogati sotto la definizione di “*pratica commerciale ingannevole*” nel senso di cui agli articoli 6 e 7 della Direttiva 2005/29/CE (ponendosi come pubblicità suscettibile di indurre in errore i destinatari e per questo idonea a ledere gli interessi dei concorrenti).

L'Autore - in maniera assolutamente chiara e condivisibile - ha sottolineato come la distinzione tra le due direttive e, conseguentemente, tra i presupposti (soggettivi) per l'applicabilità dell'una piuttosto che dell'altra, è concretamente e nella maggior parte dei casi superflua e decisamente labile. Di tutta evidenza, infatti, che il divieto di diffondere messaggi pubblicitari ingannevoli tutela contemporaneamente gli interessi dei potenziali destinatari di tali messaggi e quelli dei concorrenti del professionista che potrebbe far ricorso a tali messaggi per promuovere beni o servizi: artificiosa e concretamente poco utile la distinzione, quindi, tra tutela “*diretta ed immediata*” dell'interesse dei secondi e tutela meramente “*indiretta e mediata*” degli interessi dei primi (così come, ormai dai più, riconosciuto che la tutela dei consumatori non sia un mero riflesso della tutela della concorrenza). Tale obiezione ha ragion d'essere sia nel caso di messaggio pubblicitario indirizzato solamente ai professionisti sia nel caso di messaggio pubblicitario indirizzato unicamente ai consumatori sia nel caso di messaggio indirizzato agli uni e agli altri, in quanto in tutte e tre le ipotesi la diffusione di un messaggio pubblicitario ingannevole contrasta con “*l'interesse della generalità dei consociati alla regolarità e alla lealtà della concorrenza*”.

A sostegno troviamo la stessa Direttiva 2005/29/CE che, con il proprio articolo 11, dopo aver previsto l'obbligo per gli Stati membri di disporre di mezzi adeguati ed efficaci per garantire l'osservanza delle previsioni della nuova Direttiva nell'interesse dei consumatori, chiarisce che i suddetti mezzi debbano prevedere anche disposizioni idonee a garantire a tutti i soggetti che abbiamo un interesse a contrastare le pratiche commerciali sleali, "*compresi anche i concorrenti*", di agire in giudizio nei confronti del professionista che le ponga in essere.

Per quanto attiene, invece, la pubblicità comparativa, l'articolo 14, n. 3 della Direttiva 2005/29/CE ha modificato la disciplina dell'articolo 3bis della Direttiva 84/450/Cee (poi trasfuso senza modifiche nell'articolo 4 della Direttiva 2006/114/CE), senza tuttavia incidere sulla sostanza, avendo unicamente adeguato la previsione di cui alla lettera a) al mutato scenario normativo (di fatto, adesso la norma prevede che la pubblicità comparativa non crei confusione anche "*fra i professionisti*", non solo fra operatore pubblicitario e un concorrente). Non muta nemmeno la funzione dell'articolo 3-bis di vera e propria "*norma di armonizzazione*": l'articolo 7, paragrafo 1 (che consente agli Stati membri di mantenere o introdurre disposizioni rivolte ad ampliare la tutela già garantita a professionisti e concorrenti rispetto a quella assicurata dalla Direttiva) fa espresso riferimento solo alla "*pubblicità ingannevole*", non a quella comparativa, con conseguente divieto per gli Stati membri di discostarsi (né *in melius* né *in peius*) dalla previsione del novellato articolo 3-bis della Direttiva 84/450/Cee (ora articolo 4 della Direttiva 2006/114/CE).

Diversamente, invece, per quanto attiene al recepimento della normativa per la pubblicità ingannevole; qualora gli Stati membri lo ritengano opportuno, potranno prevedere regole divergenti rispetto al provvedimento comunitario, purché queste integrino una maggiore tutela degli interessi in gioco.

Si noti, tuttavia, che tale libertà di azione a favore degli Stati membri è fortemente ridimensionata dal limite posto dalla Direttiva 2005/29/CE, ossia, dal limite della mancanza di diretta connessione alla promozione, alla vendita o alla fornitura di beni o servizi a consumatori: infatti, l'ingannevolezza delle comunicazioni commerciali tra imprese e consumatori (ai sensi dell'articolo 2, lett. d) della Direttiva 2005/29/CE) potrà essere valutata esclusivamente a seguito dell'applicazione degli articoli 6 e 7 della Direttiva in materia di pratiche commerciali sleali.

Riassumendo quanto sopra argomentato, per maggior chiarezza ed in conclusione, si riportano per intero le modifiche introdotte dalla Direttiva 2005/29/CE:

"Articolo 1

La presente Direttiva ha lo scopo di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali e di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa.";

2) all'articolo 2,

- il punto 3) è sostituito dal seguente:

"3) "professionista": qualsiasi persona fisica o giuridica che agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale; e chiunque agisca in nome o per conto di un professionista;";

- è aggiunto il punto seguente:

"4) "responsabile del codice": qualsiasi soggetto, compresi un professionista o un gruppo di professionisti, responsabile della formulazione e della revisione di un codice di condotta e/o del controllo del rispetto del codice da parte di coloro che si sono impegnati a rispettarlo.";

3) l'articolo 3 bis è sostituito dal seguente:

"Articolo 3 bis

1. Per quanto riguarda il confronto, la pubblicità comparativa è ritenuta lecita qualora siano soddisfatte le seguenti condizioni: che essa a) non sia ingannevole ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, e degli articoli 3 e 7, paragrafo 1 della presente Direttiva o degli articoli 6 e 7 della 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;

b) confronti beni o servizi che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi;

c) confronti obiettivamente una o più caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative, compreso eventualmente il prezzo, di tali beni e servizi;

d) non causi discredito o denigrazione di marchi, denominazioni commerciali, altri segni distintivi, beni, servizi, attività o circostanze di un concorrente;

e) per i prodotti recanti denominazione di origine, si riferisca in ogni caso a prodotti aventi la stessa denominazione;

f) non tragga indebitamente vantaggio dalla notorietà connessa al marchio, alla denominazione commerciale o ad altro segno distintivo di un concorrente o alle denominazioni di origine di prodotti concorrenti;

g) non rappresenti un bene o servizio come imitazione o contraffazione di beni o servizi protetti da un marchio o da una denominazione commerciale depositati;

h) non ingeneri confusione tra i professionisti, tra l'operatore pubblicitario ed un concorrente o tra i marchi, le denominazioni commerciali, altri segni distintivi, i beni o i servizi dell'operatore pubblicitario e quelli di un concorrente.

4) l'articolo 4, paragrafo 1, è sostituito dal seguente:

"1. Gli Stati membri assicurano che esistano mezzi adeguati ed efficaci per combattere la pubblicità ingannevole e garantire l'osservanza delle disposizioni in materia di pubblicità comparativa nell'interesse sia dei professionisti sia dei concorrenti. Tali mezzi includono disposizioni giuridiche ai sensi delle quali persone od organizzazioni che secondo la legislazione nazionale hanno un legittimo interesse a contrastare la pubblicità ingannevole o la regolamentazione della pubblicità comparativa possano:

a) promuovere un'azione giudiziaria contro tale pubblicità o b) sottoporre tale pubblicità al giudizio di un'autorità amministrativa competente a giudicare in merito ai ricorsi oppure a promuovere un'adeguata azione giudiziaria.

Spetta a ciascuno Stato membro decidere a quali di questi mezzi si debba ricorrere e se sia opportuno che l'organo giurisdizionale o amministrativo sia autorizzato ad esigere che si ricorra in via preliminare ad altri mezzi previsti per risolvere le controversie, compresi quelli di cui all'articolo 5.

Spetta a ciascuno Stato membro decidere:

a) se le azioni giudiziarie possano essere promosse singolarmente o congiuntamente contro più professionisti dello stesso settore economico e b) se possano essere promosse nei confronti del responsabile del codice allorché il codice in questione incoraggia a non rispettare i requisiti di legge."

5) l'articolo 7, paragrafo 1, è sostituito dal seguente:

"1. La presente Direttiva non si oppone al mantenimento o all'adozione da parte degli Stati membri di disposizioni che abbiano lo scopo di garantire una più ampia tutela, in materia di pubblicità ingannevole, dei professionisti e dei concorrenti".

1.5.2. MODIFICHE APPORTATE AD ALTRI ATTI NORMATIVI COMUNITARI

La Direttiva 2005/29/CE è intervenuta a modificare altri atti normativi comunitari, seppur in misura minore e, come si avrà modo di argomentare, non chiara.

In particolare, l'articolo 15 ha riformulato l'articolo 9 della Direttiva 97/7/CE e dell'articolo 9 della Direttiva 2002/65/CE, dettate per disciplinare, rispettivamente, la regolamentazione della fornitura di beni mobili o servizi (diversi dai servizi finanziari) non richiesti e della prestazione di servizi finanziari non richiesti.

Nel nuovo testo di entrambe le direttive, si legge che *"considerato il divieto delle pratiche di fornitura non richiesta stabilito dalla Direttiva 2005/29/CE [...]"*. Tuttavia, in quest'ultima Direttiva non vi è traccia di alcuna disposizione che preveda un divieto di effettuare forniture non richieste, quanto meno paragonabile a quello in precedenza contenuto negli articoli 9 delle Direttive 97/7/CE e 2002/65/CE: pertanto, la questione che

adesso si pone è se il suddetto divieto sia tuttora esistente in quanto implicitamente presupposto del generale divieto di pratiche commerciali sleali o se, piuttosto, la fornitura non richiesta sia adesso vietata non in quanto tale, ma se e nella misura in cui in concreto si presenti come “*pratica sleale*” ai sensi degli articoli 5 - 9 della Direttiva 2005/29/CE.

Tale ultima Direttiva non ha però toccato la previsione, per gli stati, dell’obbligo di adottare delle misure necessarie per esonerare il consumatore da qualsiasi “*prestazione corrispettiva*” o da “*qualsiasi obbligo*” di fronte e forniture non richiesta, fermo restando che “*l’assenza di risposta non implica consenso*”.

Infine, l’articolo 16 integra gli allegati alla Direttiva 98/27/CE (con riferimento agli strumenti di inibitoria a tutela degli interessi collettivi dei consumatori¹⁶) e al Regolamento CE n. 2006/2004 (sulla “*cooperazione per la tutela dei consumatori*”¹⁷) al fine di aggiornare i contenuti dell’intervenuta novità normativa.

Per quanto riguarda l’allegato alla Direttiva 98/27/CE - che contiene l’elenco di quelle direttive la cui violazione può giustificare l’esperienza di un’azione inibitoria collettiva nei confronti del professionista responsabile, qualora ne sia derivato un pregiudizio agli interessi collettivi dei consumatori - la Direttiva 2005/29/CE è stata inserita, sostituendo quella 84/450/Cee (come modificata dalla Direttiva 97/55/CE) in materia di pubblicità ingannevole e comparativa (*supra* analizzata).

Pertanto, i provvedimenti inibitori previsti dalla Direttiva 98/27/CE potranno essere chiesti e irrogati nei confronti di quei professionisti che pongano in essere pratiche commerciali sleali (ai sensi degli articoli 2-13 della Direttiva 2005/29/CE) lesive degli interessi collettivi dei consumatori, non invece nei confronti dei professionisti che facciano uso di messaggi pubblicitari ingannevoli, così come definiti negli articoli 2 e 3 della Direttiva 84/450/Cee ovvero di pubblicità comparativa illecita, in quanto contrastante con le condizioni previste dall’articolo 3-*bis* di quest’ultima Direttiva.

Al contrario, l’inserimento nell’allegato del Regolamento “*sulla cooperazione per la tutela dei consumatori*” da parte della Direttiva 2005/29/CE non è stato seguito dall’eliminazione del richiamo, quali “*norme sulla protezione degli interessi dei consumatori*”, della Direttiva 84/450/Cee e della Direttiva 97/55/CE.

¹⁶ Direttiva 98/27/CE del 19 maggio 1998 relativa ai provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, in *G.U.C.E.* n. 166 del 11 giugno 1998, pagg. 51 e ss.

¹⁷ Regolamento CE n. 2006/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 ottobre 2004, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell’esecuzione della normativa che tutela i consumatori (“*Regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori*”), in *G.U.U.E.* n. 364 del 9 dicembre 2004, pag. 1.

1.6. DEFINIZIONE DI PRATICHE COMMERCIALI SLEALI

La Direttiva, per chiarire i concetti giuridici di maggiore importanza, procede ad elencare la definizione dei termini utilizzati, tra i quali troviamo quelli di consumatore, di professionista, di prodotto, di codice di condotta e, soprattutto, di pratiche commerciali tra imprese e consumatori.

Quanto a quest'ultimo profilo, senza dubbio di portata centrale, la Direttiva definisce le “*pratiche commerciali sleali*” utilizzando una disciplina, per così dire, a piramide: infatti, da subito, dà una definizione di carattere generale, che troviamo nei considerando e, soprattutto, nell'articolo 2 (“*pratiche che limitano considerevolmente la libertà di scelta del consumatore [...], pratiche che comportano il ricorso a molestie, coercizione, compreso l'uso di forza fisica e indebito condizionamento*”). Successivamente, procede ad un'analisi maggiormente dettagliata, attraverso le due norme generali di divieto (articoli 6 e 8) ed, infine, a chiusura, troviamo una cd. “*lista nera*” di pratiche che sono da considerare in ogni caso vietate, perché ingannevoli o aggressive (si veda l'elenco non tassativo contenuto nell'allegato I della Direttiva, di cui si avrà modo di meglio argomentare *infra*).

Ne emerge da subito una definizione ad ampio respiro, comprendente qualsiasi azione od omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale posta in essere da un professionista e diretta ai consumatori. Quali siano le caratteristiche della condotta tenuta dal professionista è irrilevante¹⁸. Infatti, si può trattare di dichiarazioni (con o senza natura negoziale), atti materiali o addirittura mere omissioni; può anche trattarsi di condotte tenute nei confronti di una cerchia indeterminata di destinatari ovvero nei confronti di singoli consumatori. Ciò che conta è la condotta del professionista, ossia che questa sia direttamente connessa alla promozione di un bene o di un servizio offerto da un professionista ad un consumatore.

Sul punto, si precisa che restano escluse le pratiche commerciali sleali che interessano unicamente le imprese, ovvero sono senz'altro esclusi i comportamenti rilevanti sotto il profilo dell'antitrust, fra i quali gli accordi tra imprese contrari alla concorrenza, l'abuso di posizione dominante, le fusioni, ecc¹⁹.

La Direttiva, agli articoli 6, 7, 8 e 9, chiarisce i criteri definitivi e gli elementi caratterizzanti una pratica commerciale come sleale, sia negli aspetti attivi sia in quelli omissivi. In particolare, una pratica può essere o ingannevole (azioni od omissioni) o aggressiva.

¹⁸ Si veda “*La difficile attuazione della Direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*” in *Contratto e Impresa/Europa* 2007, pagg.8 e ss.

¹⁹ Parimenti sono esclusi sia il boicottaggio sia il diniego di fornitura, in quanto rappresentano pratiche commerciali sleali che riguardano esclusivamente i rapporti di concorrenza tra imprese. In tali ultimi casi, troverà invece applicazione la disciplina generale di cui all'articolo 2598 c.c. (Atti di concorrenza sleale).

Ma procediamo con ordine.

L'articolo 6 definisce come ingannevole una pratica commerciale che contenga informazioni false o, in qualsiasi modo ed anche nella presentazione complessiva, l'informazione non risulti corretta, inducendo il consumatore, destinatario dell'informazione, in errore su uno degli elementi ivi elencati.

Il successivo articolo 7 prende in considerazione le omissioni ingannevoli, mettendo evidentemente sullo stesso piano le comunicazioni mendaci o false e le “*informazioni reticenti*”, qualora queste ultime siano rilevanti per il consumatore che voglia prendere una decisione consapevole in merito alla conclusione o meno di un contratto commerciale con il professionista. In particolare, sono da considerare senz'altro ingannevoli le comunicazioni quando non sia indicato l'intento commerciale o comunque siano presentate dal professionista in modo oscuro le informazioni maggiormente rilevanti, elencate al paragrafo 1 del precedente articolo 6²⁰.

Di tutta evidenza l'attenzione del legislatore per la comunicazione nei confronti del consumatore: si potrebbe, addirittura, affermare che il principio di trasparenza ispiri anche la presente Direttiva.

Preme sottolineare, come tale principio non sia estraneo al nostro legislatore, il quale ha già provveduto a farlo proprio e a recepirlo nel nostro ordinamento con riferimento ai contratti conclusi a distanza. In particolare, in virtù di tale normativa, prima della conclusione del contratto, l'imprenditore ha l'obbligo di fornire informazioni utili, in modo chiaro e comprensibile, con ogni mezzo adeguato, nel rispetto dei principi di lealtà in materia di transazioni commerciali e secondo buona fede; è richiesto altresì – come del resto anche secondo la Direttiva in esame – che lo scopo commerciale sia inequivocabile²¹.

Inoltre, la trasparenza contrattuale è stata definita come “*l'esatta determinazione e l'effettiva comprensibilità delle clausole contrattuali da un punto di vista giuridico ed economico, senza che si rendano necessarie competenze tecniche o uno studio attento, che per la sua situazione peculiare (conclusione rapida) e per la normale complessità e articolazione dei regolamenti predisposti, all'aderente è precluso*”²². Pertanto, secondo il principio di

²⁰ L'articolo 6 elenca le informazioni che devono senz'altro essere contenute ed espresse in modo chiaro dal professionista: “*a) l'esistenza o la natura del prodotto, b) le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, ecc.*”.

²¹ Si veda, *ex multis*, P.M. Putti *L'invalidità nei contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo, Vol. III, L'attività e il contratto* a cura di N. Lipari, CEDAM, 2003, pagg. 527 e ss.

²² A. Barenghi, *I contratti per adesione e le clausole vessatorie*, in *Trattato di diritto privato europeo, Vol. III, L'attività e il contratto* a cura di N. Lipari, CEDAM, 2003, pagg. 344 e ss.

trasparenza, l'imprenditore/professionista ha l'obbligo di rendere edotta la controparte (nel caso di contratti per adesione o, comunque, in genere nei contratti conclusi dal consumatore), della portata, diretta ed indiretta, dei diritti e degli obblighi assunti, sia dal punto di vista giuridico sia da quello economico.

Per quanto attiene alle pratiche commerciali aggressive, il legislatore comunitario ne dà una definizione generale all'articolo 8 e una più specifica e dettagliata al successivo articolo 9.

Secondo l'articolo 8, è considerata aggressiva una pratica commerciale che, naturalmente sempre secondo una valutazione del caso concreto, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, limiti o sia idonea a limitare la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto, inducendolo così a prendere una decisione di natura commerciale che, in condizioni diverse, non avrebbe preso.

Il successivo articolo 9, a completamento e specificazione dell'articolo 8, considera come rilevanti, ai fini della determinazione di una pratica sleale aggressiva, che faccia ricorso a molestie, coercizione o indebito condizionamento, rispettivamente:

- a) tempi, il luogo, la natura o la persistenza;
- b) il ricorso alla minaccia fisica o verbale;
- c) lo sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza comunque talmente grave da condizionare la capacità di valutazione del consumatore;
- d) qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso e sproporzionato, imposto dal professionista in capo al consumatore, qualora quest'ultimo voglia esercitare i propri diritti contrattuali;
- e) qualsiasi minaccia di promuovere un'azione legale ove tale azione non sia giuridicamente ammessa.

Ebbene, da una lettura delle norme sopra riportate, emerge chiaramente – come già ampiamente sottolineato – il tentativo di proteggere la libertà contrattuale del consumatore, libertà condizionata sia dalla trasparenza delle informazioni sia dalla mancanza di qualsivoglia elemento coercitivo comunque in grado di limitarla od escluderla.

1.7. DEFINIZIONE DI CONSUMATORE MEDIO

Altro aspetto, che pare di dover analizzare al fine di meglio comprendere il significato ed il valore innovativo o meno della Direttiva (e conseguentemente del successivo Decreto Legislativo di recepimento, di cui si tratterà ampiamente nel secondo capitolo), è senz'altro

quello connesso alla definizione di “*consumatore medio*” ovvero del soggetto cui è prevalentemente dedicata la tutela contro le pratiche commerciali sleali²³.

Sul punto occorre premettere che il concetto di “*consumatore medio*” è stato mutuato dalla letteratura in materia di marketing²⁴, che ormai da tempo non fa più uso di tale terminologia.

Infatti, dopo il boom della concorrenza degli anni „60 ed il suo incremento che ha minacciato gli equilibri di efficienza fondati sulla massa, pian piano l’attenzione delle imprese si è spostata dalla massa ai cd. “*segmenti di massa*” ovvero alle caratteristiche individuali dei singoli consumatori o categorie di consumatori, esaminandone, pertanto, le differenze e le caratteristiche peculiari. Senza con questo voler intraprendere un cammino non di nostra competenza circa le regole seguite dagli esperti di marketing e lo sviluppo di tale materia, pare opportuno, ai fini di una migliore comprensione, sottolineare come ormai si sia arrivati alla cd. “*mass customization*”, ovvero alla logica della personalizzazione anche con riferimento a fenomeni di massa.

In tale ambito, non può che emergere il passo indietro operato dal legislatore comunitario, il quale continua a fare riferimento ad un concetto ormai superato, quale quello di consumatore medio, soprattutto ove si tenga conto della tendenza delle imprese a dirigere la propria attenzione e i propri sforzi di comunicazione e di marketing nei confronti degli individui, più che della massa.

²³ Definizione decisamente più specifica di quella di “*consumatore*” di cui al Codice del Consumo. Su tale ultimo punto, si richiama l’ampia letteratura tra la quale E. Gabrielli, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 4, 1149. Qui l’autore analizza la definizione di consumatore alla luce dell’applicazione delle norme in materia di clausole vessatorie ai sensi degli articoli 1469 *bis* e ss. In particolare, si concentra sullo scopo che muove il consumatore a contrarre ovvero allo scopo estraneo all’esercizio della professione (ne consegue, che se l’atto soddisfa interessi professionali, chi lo ha realizzato non potrà essere considerato consumatore). Poi l’Autore si sofferma sul cd. “*uso promiscuo*” del bene o servizio oggetto del contratto, sottolineandone le problematiche connesse, e prosegue analizzando le differenze tra atti della professione e atti relativi alla professione.

Trib. Roma, 20 ottobre 1999 in *Contratti*, 2000, pagg. 442 e ss. con nota di Maffei, *Ambito soggettivo di applicazione degli articoli 1469 bis e ss. c.c.*, in tema di nozione di “*consumatore*” e contratti a scopi professionali; qui il giudice di merito rileva come la nozione di consumatore non dipenda né da condizioni personali di svantaggio sotto il profilo socio-economico né dal tipo di attività svolta dal soggetto, ben potendo trattarsi (l’avverbio “*eventualmente*” chiarisce l’irrilevanza della circostanza in sé considerata) di un imprenditore o di un professionista; diversamente, deve considerarsi determinante il fatto che egli “*agisca per scopi estranei*”, da leggersi come “*al di fuori dell’esercizio di attività imprenditoriali o professionali*”, come d’altronde si ricava dalla definizione di professionista (figura senza’altro speculare a quella di consumatore) ovvero di colui che “*agisce nel quadro*”.

Si vedano, per completezza, anche Alpa-Chiné, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Enc. Dir.* XV, pag. 540 e ss.; S. Bastianon, *Consumatore ed imprenditore (..futuro) nel diritto comunitario: luci ed ombre di due nozioni dai confini incerti* in *Resp. civ. e prev.* 1998, 1, 62.

²⁴ Sul punto, si veda M. Addis “*Le pratiche commerciali sleali*” in *Le pratiche commerciali sleali*, cit., pagg. 72 e ss.

Tornando alla Direttiva, questa, al Considerando n. 18, precisa che il consumatore medio, secondo la valutazione effettuata dalla Corte di Giustizia, è quello “*normalmente informato e ragionevolmente²⁵ attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici*”.

Quest’ultima definizione, derivante dalla giurisprudenza comunitaria²⁶ rappresenta una vera e propria novità, quanto meno all’interno di un provvedimento comunitario.

Sul punto, la Commissione, nella relazione illustrativa della proposta di Direttiva, ha precisato che “*questo criterio, che è un’espressione del principio di proporzionalità, si applica, quando una pratica commerciale si rivolge a o raggiunge la maggior parte dei consumatori*”²⁷.

Tuttavia, la Direttiva non si ferma alla tutela del consumatore medio, ma estende la propria portata anche a consumatori che, per le loro caratteristiche, risultino particolarmente vulnerabili alle pratiche commerciali sleali, pertanto, ove una pratica commerciale sia specificamente diretta ad un determinato gruppo di consumatori, ogni valutazione circa la slealtà o meno di una pratica sarà effettuata tenendo conto del membro medio di tale

²⁵ E’ stato puntualmente osservato da C. Alvisi, in *Il consumatore ragionevole e pratiche commerciali sleali*, in *Contratto e Impresa*, n. 3/2008, CEDAM, che “*l’aspettativa ragionevole presuppone un soggetto ragionevole*” e che, al fine di definire quando la suddetta aspettativa sia ragionevole, si deve capire se il legislatore comunitario abbia inteso tale aspettativa come un’aspettativa normale, legata ad un uomo normale, perciò astratto, oppure un’aspettativa ragionevole se adeguata a circostanze esterne e alla capacità critica dell’uomo medio. Su tale distinzione, di non poco momento, l’autrice ha rilevato che “*se l’aspettativa fosse l’aspettativa normale, il consumatore ragionevole sarebbe un uomo normale, perciò astratto, senza qualità e difetti particolari: la ragionevolezza sarebbe un criterio in misura fisso, ripetitivo, statistico. Ragionevole significherebbe conforme al mercato Rileverebbero solo le aspettative misurabili in termini statistici [...] il rinvio alla ragionevolezza servirebbe a ridurre il livello di diligenza richiesto in concreto al professionista per la salvaguardia dell’interesse del consumatore, cioè della sua libertà di decisione. Se invece il consumatore è l’uomo reale, la sua aspettativa è ragionevole se è adeguata alle circostanze esterne e alla sua concreta capacità critica. [...]La ragionevolezza sarebbe allora un criterio cognitivo del reale: una misura che si adegua alle circostanze esterne secondo la capacità critica del soggetto raggiunto in concreto. La ragionevolezza come criterio cognitivo del reale è una misura idonea a recepire anche la novità, la marginalità o l’emergenza. [...] Il professionista dovrebbe allora tenere conto non solo della prassi del mercato, ma anche delle persone con cui entra in contatto sul mercato, vale a dire della capacità di percezione dell’uomo e della donna, del bambino e dell’anziano, della persona sana e della persona malata, della persona esperta e di quella inesperta. [...]Il legislatore comunitario adotta, quindi, una definizione mista, in parte realistica e in parte statistica ... si assume che il professionista sia autorizzato a supporre nel consumatore che raggiunge sul mercato un livello normale di informazione. Non sarà, dunque, tutelato il consumatore disadattato, che resta vittima di un errore evitabile sulla base di un livello normale di informazione. Tuttavia, poiché informazione non significa né conoscenza né capacità di comprensione, il legislatore precisa che per valutare l’ingannevolezza di una pratica commerciale o la sua aggressività occorre far riferimento alla “ragionevole attenzione ed avvedutezza” del consumatore raggiunto in concreto, “tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso”.*

Sul punto l’Autorità Garante Italiana è intervenuta con diverse pronunce, delle quali parleremo *infra*.

²⁶ *Ex multis*, Corte di Giustizia Europea, sentenza 13 dicembre 1990, C-238/89; CGE sentenza 2 febbraio 1994, C-315/92; CGE sentenza 16 luglio 1998, C-210/96; CGE sentenza 13 gennaio 2000, C-220/98.

²⁷ Cfr. Commissione delle Comunità Europee, Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio Relativa alle Pratiche Commerciali Sleali tra Imprese e Consumatori nel Mercato Interno, COM (2003) 356 def.

gruppo. Nel successivo considerando 19 aggiunge che “*qualora talune caratteristiche, quali l’età, infermità fisica o mentale o ingenuità, rendano un gruppo di consumatori particolarmente vulnerabile ad una pratica commerciale o al prodotto a cui essa si riferisce, e il comportamento soltanto di siffatti consumatori sia suscettibile di essere distorto da tale pratica*”, la tutela dovrà investire senz’altro il membro medio di tale gruppo.

Sul punto, troviamo anche una Sentenza delle Corte di Giustizia del 16 luglio 1998 che ha affermato che “*per stabilire se una dicitura destinata a promuovere le vendite sia idonea a indurre in errore l’acquirente, il giudice nazionale deve riferirsi all’aspettativa presunta connessa a tale dicitura di un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto*” (CGE, sentenza 16 luglio 1998, C-210/96).

Si noti bene, però, che l’attenzione del consumatore può variare in funzione ed in virtù della categoria dei prodotti o dei servizi offerti dal professionista²⁸.

In pratica, il grado di percezione da parte del consumatore medio, da un punto di vista commerciale, della comunicazione operata dal professionista dipende ed è influenzato dalla presentazione, dalla natura, dalla disponibilità, dalla diffusione e dal target del prodotto, soprattutto in considerazione del marketing e del luogo di vendita e/o fornitura.

Pertanto, come in effetti anche riconosciuto dallo stesso legislatore comunitario nel Considerando n. 7, in sede di applicazione della Direttiva, in particolare delle clausole generali, occorre tenere conto delle circostanze di ogni singolo caso, in altre parole in concreto.

In conclusione, nel valutare la lealtà o meno di una pratica, si dovrà tener presente l’influenza sul consumatore medio comune o sul consumatore medio del gruppo nella particolare situazione concreta. Ne consegue che se in una circostanza concreta il consumatore reale agisse in maniera difforme da come avrebbe fatto il consumatore medio, non troverebbe applicazione la Direttiva (*rectius*, il D.Lgs n. 146/2007), non potendosi ravvisare una pratica commerciale sleale. Resta inteso, comunque, che il consumatore, qualora ne ricorressero i presupposti, potrebbe tutelare i propri interessi e/o diritti secondo le altre tutele a lui garantite.

1.8. DEFINIZIONE DI COMUNICAZIONI COMMERCIALI

A questo punto si rileva come la Direttiva 2005/29/CE dia particolare rilievo alla cd. “*comunicazione commerciale*”, uno di pilastri sui quali l’Unione Europea sta cercando di

²⁸ Cfr. Tribunale di Primo Grado delle Comunità Europee, sentenza 6 ottobre 2004, T-117/03, T-118/03, T-119/03 e T-171/03. Sul punto, per una trattazione più approfondita, si veda A. Saccomani, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella Direttiva 2005/29/CE*, in *Le pratiche commerciali sleali*, cit. pagg. 142 e ss.

fondare il mercato unico, in quanto “*potente fattore di integrazione dei mercati nazionali*”, promovendo l’identità di un marchio, informando potenziali clienti sul prodotto o servizio offerto²⁹.

Tenendo ben presente che la locuzione “*comunicazione commerciale*” è stata mutuata dal linguaggio aziendale e che, inizialmente, si riferiva solo al marketing ed alle vendite, si può a buon diritto affermare che la Commissione ne ha ampliato il significato, facendovi rientrare “*tutte le forme di comunicazione volte a promuovere i prodotti, i servizi, o l’immagine di un’impresa o di un’organizzazione presso i consumatori finali o i distributori*”³⁰. Non sfuggirà la poliedricità di tale definizione, non riconducibile a fattispecie univoche e catalogabili: tuttavia, si dovrebbero tenere ben presenti gli obiettivi ed i destinatari, essendo tali comunicazioni intese per promuovere la circolazione dei beni e dei servizi, in modo tale da incidere sul “*comportamento di consumo*”, ossia sul cd. “*mercato finale*”.

Di tutta evidenza, comunque, come tra tutte queste attività maggior rilievo debba essere accordato alla pubblicità³¹, indubbio mezzo per raggiungere i consumatori. Il Libro Verde, proprio nell’ottica di definire il ruolo della comunicazione commerciale, si sofferma, principalmente, sulla pubblicità.

In particolare, il Libro Verde si pone, almeno all’interno della comunicazione commerciale, come punto di partenza per l’eliminazione delle diversità tra le legislazioni dei diversi paesi europei, pur non cercando di costruire un diritto privato europeo unico, un sistema efficiente ed in grado esso stesso di superare le diversità ed incongruenze.

La libera circolazione della comunicazione commerciale transfrontaliera viene considerata essenziale e funzionale al raggiungimento di altri obiettivi, tra i quali, come noto, la politica di protezione dei consumatori, la politica industriale, la politica della concorrenza, la politica in materia di audiovisivi e la politica culturale.

²⁹ COM (96) 192 def. Come ripreso da L. Rossi Carleo, in “*Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*”, in “*Le pratiche commerciali sleali*”, cit., pagg. 1 e ss. L’autrice, dopo aver ripercorso l’iter seguito dal legislatore comunitario dal Libro Verde alla Direttiva 2005/29/CE, nonché le politiche ispiratrici, procede ad un’analisi della Direttiva stessa, soffermando l’attenzione sull’ambito di applicazione.

³⁰ Secondo il Libro Verde sulla comunicazione commerciale, “*il termine comunicazione commerciale si riferisce a tutte le forme di pubblicità, marketing diretto, sponsorizzazione, promozione delle vendite e relazioni pubbliche. Riguarda inoltre l’uso di tali servizi di comunicazione commerciale da parte di tutte le imprese parastatali, degli istituti di beneficenza e delle organizzazioni politiche*”.

³¹ Corasaniti in *La regolamentazione della pubblicità*, in *Diritto della comunicazione pubblicitaria* a cura di Corasaniti e Vasselli, Torino, 1999, 6, chiarisce che “*il messaggio pubblicitario [...] è il modo, sempre più costante e ormai accettato universalmente, in cui il soggetto che la esercita comunica e quindi si esprime, presentando collettivamente un prodotto o una linea produttiva o semplicemente affermando socialmente il proprio marchio [...]*”.

In particolare, come si può leggere nel Considerando n. 5 della Direttiva in esame, *“in assenza di norme uniformi a livello comunitario, gli ostacoli alla libera circolazione di servizi e di merci transfrontaliera o alla libertà di stabilimento potrebbero essere giustificati, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, purché volti a tutelare obiettivi riconosciuti di interesse pubblico e purché proporzionati a tali obiettivi”*. Per superare i suddetti ostacoli, il legislatore comunitario propone di introdurre a livello comunitario *“norme uniformi che prevedono un elevato livello di protezione dei consumatori e chiarendo alcuni concetti giuridici, nella misura necessaria per il corretto funzionamento del mercato interno e per soddisfare il requisito della certezza del diritto”*. Un difficile cammino per raggiungere quell’equilibrio tanto aspirato tra concorrenza e protezione dei consumatori, cammino che coinvolge anche le comunicazioni tra professionisti e consumatori, attraverso la tutela diretta di ciascuna politica, caratterizzante la strutturazione del mercato integrato comunitario.

A questo punto, si rende necessario procedere ad una precisazione in merito all’ambito di applicazione della presente Direttiva e della sua eventuale integrazione o completa sostituzione della disciplina previgente. Ebbene, tenendo ben presente che la Direttiva 2005/29/CE si applica nei rapporti tra professionisti (imprese) e consumatori³², di tutta evidenza come la disciplina previgente in tema di pubblicità, comunque modificata, non viene sostituita. Per di più, la stessa Direttiva all’articolo n. 3, punto 2, chiarisce – come sopra accennato - che non verrà pregiudicata l’applicazione del diritto contrattuale, con particolare riguardo delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto, ovvero alla normativa di cui al Codice del Consumo (D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206), che armonizza e riordina le normative in materia di acquisto e consumo.

Non sfuggirà di certo lo sviluppo che hanno subito e stanno subendo le contrattazioni e le comunicazioni prodromiche alla conclusione di contratti tra i consumatori e i professionisti, non più caratterizzate da immediatezza del rapporto interpersonale: ormai, ruolo fondamentale per le suddette comunicazioni risulta affidato all’intera operazione commerciale³³. Così come è cambiato lo scenario dei mezzi di comunicazione utilizzati: l’uso di internet, che rende più veloci e diffuse le comunicazioni commerciali, di fatto indebolendo le difese e la percezione delle reali intenzioni degli offerenti nei consumatori. Di conseguenza, con il mutare dei rapporti tra produttori/imprese/professionisti e consumatori, muta anche la posizione dei consumatori, ora sempre più parti attive nel mercato anche se, non per forza, soggetti più consapevoli ed informati.

³² Cfr. Considerando n. 8 che precisa *“la presente Direttiva tutela direttamente gli interessi economici dei consumatori delle pratiche sleali tra imprese e consumatori. Essa, quindi, tutela indirettamente le attività legittime da quelle dei rispettivi concorrenti che non rispettano le regole previste dalla presente Direttiva e, pertanto, garantisce nel settore da esso coordinato una concorrenza leale”*.

³³ Come rilevato da L. Rossi Carleo, cit., pag. 12.

In questo contesto è stata pensata la Direttiva ed in questo contesto si dovrebbe cercare di valutare la portata innovativa e utile di questa stessa Direttiva, cercando di superare gli inevitabili limiti che pone a carico degli Stati membri.

1.9. DEFINIZIONE DI PROFESSIONISTA

La Direttiva, sempre al fine di raggiungere quell'armonizzazione completa nel campo delle pratiche commerciali sleali, dà una definizione che vorrebbe essere univoca, alla quale per altro possiamo dire di essere già abituati, di "professionista". In particolare, l'articolo 2, lett. b) identifica il professionista come "*qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto della presente Direttiva, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisca in nome o per conto di un professionista*".

Di tutta evidenza la netta contrapposizione tra la figura del professionista e quella di consumatore, contrapposizione resa particolarmente manifesta a seguito di una lettura sistematica del Codice del Consumo, nonché, a fini di rigore scientifico, della normativa precedente in materia (ora ricompresa nel Codice del Consumo stesso).

L'ormai abrogato articolo 1469 *bis* c.c. definiva il professionista come "*la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che utilizza il contratto nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale*".

Ebbene, come noto e rilevato da molti, la sopraccitata nozione faceva sorgere da subito una questione in merito alle soggettività non personificate. In particolare, l'interrogativo si poneva, essenzialmente, per le associazioni non riconosciute che esercitano attività d'impresa³⁴. Sul punto è stato rilevato che "*premesso che la soluzione negativa, privilegiando un'interpretazione formalistica del dato normativo, sottrarrebbe un gran numero di contratti alla tutela del consumatore, si può ritenere che anche tali organizzazioni siano ricomprese nella nozione di professionista. Infatti, secondo una giurisprudenza consolidata, gli enti non personificati possono svolgere attività d'impresa; e se la esercitano in via principale o esclusiva, si applica loro lo statuto dell'imprenditore commerciale, comprensivo della disciplina fallimentare*³⁵. *Se invece la conducono in via accessoria, si applica loro lo statuto dell'imprenditore in generale, ossia la normativa dei contratti formulata in riferimento a questa figura, come, ad esempio, gli articoli 1330; 1341*

³⁴ F. Di Marzio, *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore: Prime riflessioni sulla previsione generale di vessatorietà*, in *Gius. Civ.* 1996, 11, 513.

³⁵ Si vedano Corte Cass. 18 settembre 1993, n. 9589, in *Giust. Civ.* 1994, I, 65, con nota di Lo Cascio; Cass. 9 novembre 1979, n. 5770, in *Dir. fall.* 1980, II, 279, con nota di Farenga.

e 1342; 1368, comma 2; 1400; 1510, comma 1; 1824, comma 2, c.c.³⁶. Gli articoli 1469-bis e ss. rientrano nella categoria dei contratti dell'imprenditore, quindi possono ritenersi applicabili agli enti, anche non personificati, che esercitano, anche solo in via accessoria, attività imprenditoriale. La stessa conclusione vale, a maggior ragione, per le altre imprese collettive non personificate: società di persone e consorzi con attività esterna”.

Per quanto attiene alla natura privatistica o pubblicistica del soggetto ritenuto professionista, il Tribunale di Palermo³⁷ ha sottolineato la precisa scelta operata in tal senso dal legislatore comunitario ovvero di ricomprendere nella nozione di professionista tanto il soggetto privato quanto quello pubblico, richiedendo come requisito necessario e sufficiente lo svolgimento di una prestazione economica o intellettuale in forma stabile e durevole, in netta contrapposizione con il concetto di occasionalità ovvero escludendo espressamente quei soggetti che svolgono l'attività di prestazione di servizi e cessione di beni senza un apparato organizzativo durevole.

La giurisprudenza³⁸ ha inoltre affermato che “nella figura del professionista il legislatore ha quindi ricompreso espressamente sia colui che esercita un'attività imprenditoriale, caratterizzata dal fine primario di produrre reddito, sia colui che svolge un'attività professionale, cioè un'attività di prestazione di servizi e cessione di beni non necessariamente finalizzata alla produzione di utili ma che in ogni caso si avvale di un'organizzazione stabile e duratura”.

Altro aspetto centrale può essere raffigurato nell'antitesi “esigenze di consumo privato” e “attività professionale” o comunque “uso per scopi professionali/non di consumo”: pertanto, di importanza fondamentale sarà definire – per quanto possibile – la natura degli scopi perseguiti dal contraente, alla luce di una propria eventuale attività professionale o imprenditoriale.

In tale quadro si pone, quindi, la questione (che ci limiteremo solamente ad accennare) attinente alla definizione dei cd. “atti a scopi professionali” (ovvero gli atti che il professionista utilizza nel quadro della propria attività professionale)³⁹. Ebbene questi sono stati individuati esclusivamente negli atti della professione, cioè gli atti che rientrano nel genere di quelli compiuti dal soggetto nell'esercizio della professione che gli è propria.

³⁶ In questo senso, Galgano, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario del codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma 1967, sub articoli 36-38, 100 ss. Altro orientamento dottrinale contesta la differenziazione prospettata sostenendo l'applicabilità in ogni caso dello statuto dell'imprenditore commerciale. Fra gli altri, Campobasso, *Associazioni e attività di impresa*, in *Riv. dir. civ.* 1994, II, 589 e ss.

³⁷ Trib. Palermo, ord. 4 luglio 2000, in *Danno e resp.*, 2000, 181.

³⁸ Trib. Palermo 3 febbraio 1999, in *Foro It.* 1999, 2085.

³⁹ Criteri di logica ermeneutica inducono a credere che l'espressione “atto a scopo non professionale” non possa che considerarsi equivalente a quella di atto utilizzato nel quadro della propria attività professionale e che, perciò entrambe le espressioni si riferiscano al professionista.

Infatti, non ogni atto compiuto dal soggetto è in grado di soddisfare scopi (in senso oggettivo) professionali, ma tecnicamente solo l'atto con cui il soggetto esplica la propria professione di qualunque genere essa sia, perché soltanto ponendo in essere tale atto il soggetto realizza i propri interessi professionali⁴⁰.

Secondo la dottrina maggioritaria⁴¹, conforme anche alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'indagine sulla natura degli scopi del contraente in relazione all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta, deve essere eseguita alla luce di parametri oggettivi, non dell'intenzione soggettiva (ovvero dei motivi) che lo ha indotto a contrarre.

Tuttavia, sorgono problematiche di non poco momento in merito alla applicabilità della tutela prevista per il consumatore nei casi di "uso promiscuo" (professionale e non) dei beni di consumo. Più specificamente, la questione di particolare interesse è se l'acquisto di un

⁴⁰ Si vedano L. Gatt in "L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole" vessatorie, in *Giust. civ.* 1998, 9, 2341, nota a Giudice di pace, 3 novembre 1997; "contrae come professionista l'imprenditore quando vende i prodotti della sua azienda; l'avvocato quando stipula il contratto d'opera intellettuale con il proprio cliente; l'artigiano quando vende l'opera da lui prodotta, ecc". Parte della dottrina italiana che ha affrontato il problema dell'individuazione del soggetto consumatore in relazione ad altri provvedimenti normativi appare mossa dalla medesima concezione sostenuta nel testo. Cfr. Biscontini, *sub.* articolo 5, in *Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma 19 giugno 1980), Commentario*, a cura di C.M. Bianca e Giardina, in *Le nuove leggi civili commentate* 1995, 972: "se consumatore è chi acquista il prodotto finito, anche il produttore intermedio è "consumatore" allorché reperisce gli elementi da utilizzare nel proprio ciclo produttivo. Non esistono prodotti finiti per definizione in quanto essi possono essere finiti e allo stesso tempo beni strumentali per la produzione di un altro bene di differente natura. Si pensi ad un pneumatico che è certamente un prodotto finito per l'automobilista ma non lo è altrettanto per l'industria automobilistica". Cfr. anche Carriero, *Trasparenza bancaria credito al consumo e tutela del contraente debole*, in *Foro it.* 1992, II, c. 361; Nappi, *Bürgerschaft (e fideiussione) "a prima richiesta" tra diritto comune e disciplina delle condizioni generali di contratto*, in *Banca, borsa*, 1993, 538: "allo scopo di escludere l'applicabilità della Direttiva occorre verificare se rientri nel quadro dell'attività professionale non l'utilizzazione del bene acquistato, se il contratto riguarda l'acquisto di beni, ovvero le ragioni dell'assunzione dell'obbligazione, quando dal contratto derivi un effetto, ma la stessa attività di stipula di contratti del genere di quelli in cui sia contenuta la clausola onerosa o abusiva. Del resto è evidente che il soggetto da tutelare debba essere considerato come contraente e non come utilizzatore di beni o servizi. Quindi, procedendo ad una esemplificazione, dovrà ritenersi rientrante nell'area di competenza della Direttiva l'acquisto di un'automobile da parte di un rappresentante di commercio anche se l'auto sarà utilizzata (almeno prevalentemente) per l'esercizio dell'attività professionale, senza che possano sorgere dubbi circa l'applicazione della Direttiva in considerazione di un eventuale uso promiscuo". Tra i commentatori delle nuove norme codicistiche sembrano andare verso la direzione indicata: Astone, *sub.* articolo 1469-bis, comma 2°, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di Alpa e S. Patti, cit. I, 106, 111, 116-121. Favorevole ad un ampliamento della sfera soggettiva di applicazione è anche Ruffolo, *Le "clausole vessatorie", "abusiva", "inique" e la ricodificazione negli articoli 1469-bis - 1469-sexies c.c.*, in *Clausole "vessatorie" e "abusiva"*, a cura di Ruffolo, cit. 27. V., "occorre accertare lo scopo per cui è stato concluso il contratto, onde valutarne il collegamento con l'attività professionale (...)".

⁴¹ Cian, *Il nuovo capo XIV bis (Titolo II, Libro IV) del Codice Civile sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in *Studium iuris* 1996, 414; Alpa e Chiné, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Digesto disc. Priv. Sez. Civ.*, XV, Appendice, Torino 1997, 541. Per un'analisi approfondita in merito ai contratti a scopi professionali, si veda Corea, *Sulla nozione di "consumatore": il problema dei contratti stipulati a scopi professionali*, in *Giust. Civ.* 1999, 1, 13; dello stesso autore, *Ancora in tema di nozione di "consumatore" e contratti a scopi professionali: un intervento chiarificatore*, in *Giust. Civ.*, 2000, 7-8, 2117;

bene o un servizio strumentale debba essere ricompreso tra gli atti rientranti nella propria attività professionale ovvero stipulati per scopi ad essa non estranei.

La questione è stata analizzata dalla dottrina maggioritaria e da parte della giurisprudenza, alla quale si rimanda⁴².

Adesso, con il Codice del Consumo, all'articolo 3 lett. c), per professionista⁴³ intende “*il soggetto che utilizza il contratto con il consumatore nel quadro della sua attività imprenditoriale⁴⁴ o professionale⁴⁵ ovvero un suo intermediario*”.

Non sfuggirà che la definizione di professionista, oggi contenuta nel Codice del Consumo, non si discosta da quella prevista precedentemente nella normativa in materia di clausole vessatorie, ma ne rappresenta unicamente una modifica formale e non sostanziale: il professionista è e rimane la controparte del consumatore.

Unica novità pare essere il riferimento all'intermediario, anche se già in precedenza la giurisprudenza aveva ritenuto che dovessero essere considerati professionisti quei soggetti che svolgano un'attività economica o intellettuale in forma stabile e durevole (in netta contrapposizione con il concetto di “*occasionalità*”⁴⁶) e che agiscano, piuttosto che direttamente, tramite loro intermediari.

1.10. DEFINIZIONE DI DILIGENZA PROFESSIONALE E COLPA

1.10.1. DILIGENZA PROFESSIONALE

Non sfuggirà il tentativo del legislatore comunitario di mantenere un ampio raggio di applicazione della norma in esame, facendo sovente ricorso a clausole generali, quali, appunto, il concetto di “*buona fede*”, “*correttezza*” e “*diligenza professionale*”.

⁴² *Ex multis*, si veda Gabrielli, *Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato: i contraenti*, in *Giust. civ.* 2005, 5, 183. L'Autore sottolinea come, sul punto, l'alternativa che si pone sia tra l'adozione del criterio dell'uso prevalente e l'esclusione in ogni caso della qualifica di professionista. Sul punto si vedano, tra gli altri, Astone, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori* a cura di Alpa e Patti, I, Milano 1997, sub. articolo 1469-bis, comma 2, pag. 110, il quale conclude nel senso della natura professionale dell'acquirente; Minervini E., *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli 1999, 42, il quale, diversamente, accoglie il criterio della prevalenza.

⁴³ Dal francese “*professionel*” per definire la controparte del consumatore.

⁴⁴ Come già osservato *supra*, si deve far riferimento alla nozione civilistica di impresa che muove dall'articolo 2082 c.c. precisando, tuttavia, che deve essere ricompreso sia il soggetto pubblico sia quello privato.

⁴⁵ Tale termine è stato utilizzato in senso ampio, tanto da includere qualsiasi attività economica, ivi comprese le prestazioni intellettuali, d'opera, di lavoro autonomo: si ricorda, infatti, come l'ordinamento italiano tenga distinte (anche se in rapporto di *species* a *genus*) attività imprenditoriale ed attività economica.

⁴⁶ Cfr. Trib. Palermo, ord. 18 settembre 2000, in *Danno e resp.*, 2001, 177.

Il legislatore comunitario, proprio nel tentativo di evitare che gli Stati membri si nascondessero dietro l'interpretazione di tale clausola generale, ha cercato – almeno nei suoi intenti - di dare un'interpretazione il più possibile uniforme di *“diligenza professionale”*. In particolare, l'articolo 2, lett. h) definisce *“diligenza professionale”* come il *“rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista, il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori”*⁴⁷.

Tuttavia, non si possono che sollevare dubbi circa la rilevanza di una tale definizione, soprattutto tenendo come riferimento il concetto di *“normalità”*, un concetto senz'altro *“statico”* come è stato definito da alcuni⁴⁸. Infatti, il far riferimento alla normale diligenza, connaturata con elementi definiti nel tempo (passato), non pare possa educare i professionisti nella ricerca di standard di diligenza sempre più elevati, adottando atteggiamenti e comportamenti innovativi.

Ma non solo.

In passato si è dibattuto non poco in dottrina circa la corretta definizione e l'ambito nel quale trovava riscontro la diligenza professionale e il concetto, naturalmente correlato di *“colpa”*, alla cui trattazione *infra* si rinvia.

Ebbene, il legislatore italiano, nell'attuazione della Direttiva di cui in argomento, ha preferito procedere ad una propria definizione di diligenza professionale, indicandola nel *“normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto a principi generali di correttezza e di buona fede nel settore dell'attività del professionista”*.

Ebbene, le regole di diligenza professionale null'altro sono se non regole di condotta corrispondenti ad un particolare grado di conoscenze ed abilità specialistiche, di attenzione e di cura che ogni professionista ha l'obbligo di osservare nel porre in essere pratiche commerciali indirizzate ai consumatori.

Senz'altro non di facile applicazione ed identificazione tale diligenza, se non con riferimento al caso concreto ed, in particolare, della specifica attività esercitata dal professionista, proprio in virtù del richiamo operato dal legislatore al grado di cura e

⁴⁷ La Commissione Europea (Direzione Generale Salute e Tutela dei Consumatori), in un opuscolo informativo, finalizzato a spiegare ai consumatori ed ai cittadini europei in genere la portata della Direttiva 29/2005/CE, ha definito la diligenza professionale come *“la misura della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente ci si deve aspettare da parte di un professionista conformemente ai requisiti dell'onesta pratica di mercato e/o del principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista”*.

⁴⁸ Cfr. M. Addis in *Le pratiche commerciali sleali e le risorse di fiducia delle imprese: aspetti positivi e questioni irrisolte* in *Le pratiche commerciali sleali*, Giuffrè, 2007, pagg. 71 e ss.

competenza che ci si può *“ragionevolmente attendere”*. Tali ultime aspettative sono state collegate da un lato alle *“pratiche di mercato oneste”* e dall’altro al principio generale di buona fede.

Resta inteso che i suddetti parametri operano cumulativamente e non alternativamente. Pertanto, una pratica commerciale che rispetti i requisiti di cura e competenza richiesti dalle *“pratiche di mercato oneste”*, potrebbe invece non rispettare quelli richiesti dalla *“diligenza professionale”*, se il grado di competenza e cura non sia in linea al principio di buona fede (oggettiva). In altre parole, laddove la buona fede oggettiva imponga al professionista un livello di competenza e cura superiore a quello che potrebbe sembrare sufficiente ed adeguato secondo le pratiche di mercato oneste in uso presso il proprio settore di attività, il professionista agirà in maniera *“leale”* solo qualora si conformi al grado di cura e competenza dovuto in virtù del principio di buona fede.

Non sfuggirà, tuttavia, come il richiamo a questi principi generali comporti problemi di non poco momento qualora si cerchi una definizione univoca e chiarificatrice del concetto di *“contrarietà alle norme di diligenza professionale”*.

Per quanto attiene il principio generale di buona fede⁴⁹ è indubbio che il legislatore intendesse riferirsi alla *“buona fede oggettiva”*, con conseguente richiamo degli articoli 1337, 1175 e 1375 c.c., dettati, rispettivamente, in tema di trattative precontrattuali e di esecuzione del contratto.

⁴⁹ La *“buona fede”* è stata definita recentemente dalla Suprema Corte, la quale ha chiarito, anche se con riferimento all’esecuzione del contratto che *“la buona fede si atteggia come un impegno ed obbligo di solidarietà – imposto tra l’altro dall’articolo 2 della Costituzione – tale da imporre a ciascuna parte comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali, ed a rescindere altresì dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, siano idonei (senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico) a preservare gli interessi dell’altra”*, con la precisazione che si può parlare di violazione del principio di buona fede in sede di esecuzione del contratto *“non solo nel caso in cui una parte abbia agito con il doloso proposito di recare pregiudizio all’altra, ma anche qualora il comportamento da essa tenuto non sia stato, comunque, improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociali, che integrano, appunto, il contenuto della buona fede”* (Cass. Civ. 16 ottobre 2002, n. 14726, in *Danno e responsabilità*, 2003, 16, con nota di R. Partisani, *L’integrazione del contratto come correttivo delle disfunzioni sinallagmatiche prodotte dall’inosservanza della clausola di buona fede*).

In dottrina, recentemente si veda C. Scognamiglio, il quale identifica la buona fede con la diligente correttezza ed al senso di solidarietà - *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto*, in *Europa e diritto privato*, Giuffrè, 2003, pagg. 798 e ss.

Con riferimento, invece, alla “*diligenza professionale*”, non si può che richiamare⁵⁰ la “*diligenza nell’adempimento delle obbligazioni inerenti l’esercizio dell’attività professionale*” prevista all’articolo 1176, 2° comma, c.c. (ovvero la “*diligenza del buon padre di famiglia*”).

Tale ultima norma, tutt’altro che lineare e semplice, nasconde una lunghissima elaborazione. Per diligenza del buon padre di famiglia s’intende l’impegno adeguato di energie e di mezzi utili al soddisfacimento dell’interesse del creditore, tipico dell’uomo medio. Tuttavia, l’articolo 1176 c.c., che si presenta come il riferimento normativo del dovere di diligenza, persegue l’ulteriore fine di indicare i criteri di valutazione della colpa⁵¹.

Il legislatore, nel tentativo di dare una definizione di colpa, si richiama a quella prevista dall’articolo 43 c.p. qualificandola come “*negligenza, imprudenza, imperizia, inosservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline*”; ebbene, dal confronto delle due norme, ovvero tra l’articolo 43 c.p. e l’articolo 1176 c.c., emerge chiaramente il collegamento della seconda rispetto alla prima.

L’articolo 1176 c.c. si pone in ulteriore relazione con l’articolo 1218 c.c. che, in tema di inadempimento, prevede la responsabilità del debitore nel caso in cui l’impossibilità sopravvenuta derivi da causa a lui imputabile.

Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza il criterio dell’imputabilità si identifica con quello della colpa⁵² benché l’idea della colpa come fondamento della responsabilità per inadempimento sia stata oggetto, in dottrina, di accesi dibattiti.

Un’ampia parte di studiosi ha, in passato, sostenuto la tesi cd. soggettiva, alla luce della quale l’articolo 1176 c.c. avrebbe una portata sistematica in quanto indica la diligenza dovuta in caso di adempimento, ponendosi, anche se in maniera indiretta, quale fondamento della responsabilità per inadempimento sulla violazione di tale obbligo. Il codice, infatti,

⁵⁰ Sul punto, si veda G. De Cristofaro, *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale “sleale” e i parametri di valutazione della “slealtà”* in “*Le pratiche commerciali sleali*” tra imprese e consumatori, Giappichelli, 2007, pagg. 119 e ss.

Le prime pronunce in materia di pratiche commerciali scorrette adottate dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si sono soffermate sulla definizione dei limiti della “*diligenza professionale*” intesa alla luce dei principi stabiliti dalla Direttiva 2005/29/CE, articolo 2, lettera h. Si veda, in particolare, AGCM Provvedimento 13 novembre 2008, n. 19223.

⁵¹ Cfr. Cannata, *Le obbligazioni in generale in Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, 1999, op. cit., p. 57 nel quale si dà conto del passaggio logico giuridico che ha visto affermarsi la norma in esame come metro di valutazione della colpa.

⁵² Sul punto, si vedano, *ex multis*, Cottino, *L’impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955; Bianca *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. del cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, articolo 1218 e 1229, Bologna Roma, 1979.

presenta una serie di norme che richiedono la diligenza definita dall'articolo 1176 c.c. che, se violate, sono fonte della responsabilità.

A mero titolo esemplificativo si ricordano le norme relative al mandato, all'esecutore testamentario, alla gestione di affari altrui, all'amministrazione di società.

Di recente, la dottrina ha preferito abbracciare l'interpretazione oggettiva degli articoli 1176 e 1218 c.c., considerando l'inadempimento come un fatto oggettivo e, di conseguenza, attribuendo all'articolo 1218 c.c. un ruolo prevalente rispetto a quella dell'articolo 1176 c.c.⁵³.

In conclusione, qualcuno ha sostenuto che, in sede di diritto applicato, la norma di cui all'articolo 1176 c.c. sarebbe stata, di fatto, abrogata, trovando applicazione unicamente la norma di cui all'articolo 1218 c.c., proprio in virtù del fondamento oggettivo riconosciuto alla responsabilità del debitore (come si avrà modo di meglio argomentare nel paragrafo successivo)⁵⁴.

Infine, nel tentativo di analizzare sotto molteplici profili la norma in apparenza così lineare, ma nei fatti decisamente problematica, contenuta nell'articolo 1176 c.c., pare opportuno spendere ancora poche parole in merito al possibile significato, contenuto nel secondo comma, della diligenza del cd. "*buon professionista*", con riferimento all'attività particolare prestata.

Qui si pongono numerosi problemi in merito al grado di colpa per la quale il professionista sia chiamato a rispondere.

Ebbene, in merito alle obbligazioni alle quali sia tenuto il professionista si suole distinguere tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato⁵⁵: nel primo caso, al debitore viene

⁵³ Cfr per la teoria soggettiva in base alla quale è necessario il requisito soggettivo, si vedano, tra gli altri, Giorgianni, *Lezioni di diritto civile* (a.a. 1955- 56), Bologna p. 163 e ss.; Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, II, p. 235; Barbero, *Sistema istituzionale di diritto privato, II*, Torino, 1951; Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in Comm. Cod. Civ., a cura di Scialoja e Branca, Bologna Roma, 1979; Bianca, *La colpa* in *Diritto civile – V La responsabilità*, Giuffrè, 1994, pagg. 575 e ss.

Per la concezione oggettiva in base alla quale è ritenuto sufficiente il solo requisito oggettivo dell'inadempimento ovvero "*l'obiettiva in attuazione o difettosa attuazione della prestazione contrattuale*", si vedano Gorla, *Sulla cd. causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze*, in *Studi in onore di A. Cicu*, I, Giuffrè, 1951; Mengoni, voce "*Responsabilità contrattuale*", Enc. Dir., Milano, 1988, p. 1072 e ss.; Mengoni, in *Rivista di diritto commerciale*, 1954, pagg. 185-209, pagg. 280-304 e pagg. 305-320; Galgano, *La responsabilità contrattuale: i contrasti giurisprudenziali*, in *Contratto ed impresa*, 1989, p. 32 e ss.

⁵⁴ Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni* in Commentario del cod. civ. a cura di Scialoja - Branca, op. cit.; Bianca, *La colpa* in *Diritto civile – V La responsabilità*, op. cit.; Bianca, *La responsabilità*, pagg. 11 e ss.

⁵⁵ Tra i massimi esponenti in merito alla distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato troviamo Mengoni, in *Rivista di diritto commerciale*, 1954. L'Autore, ripercorrendo la ricostruzione fatta dai più autorevoli giuristi in merito alla distinzione tra "*obbligazioni di mezzo*" ed "*obbligazioni di risultato*", arriva a ridefinire le fattispecie, le differenze ed i limiti tra le due macro categorie nelle quali possono essere

richiesta soltanto l'osservanza del comportamento pattuito, indipendentemente dal raggiungimento di determinati obiettivi (ovvero alla sua fruttuosità) rispetto allo scopo perseguito dal creditore, nell'obbligazione di risultato, invece, nella quale il soddisfacimento effettivo dell'interesse di una parte è assunto come contenuto essenziale della prestazione, l'adempimento coincide con la piena realizzazione dello scopo perseguito dal creditore, indipendentemente dall'attività e dalla diligenza spiegate dall'altra parte per conseguirlo. Ne consegue che l'obbligazione di risultato può considerarsi adempiuta solo quando si sia realizzato l'evento previsto, in forza dell'attività e dalla diligenza impiegate dal debitore; al contrario, non può ritenersi adempiuta dal debitore, anche se diligente, se la sua attività non sia valsa all'ottenimento del risultato previsto.

Le obbligazioni inerenti l'esercizio di attività professionale sono considerate, generalmente, obbligazioni di mezzi e non di risultato, in quanto il professionista, assumendo l'incarico, si impegna alla prestazione della propria opera per il raggiungimento del risultato desiderato, ma non al suo conseguimento. Pertanto, l'inadempimento del professionista alla propria obbligazione non può essere desunto, *ipso facto*, dal mancato raggiungimento del risultato utile avuto di mira dal proprio cliente, ma deve essere valutato alla stregua dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale e, in particolare, del dovere di diligenza (valutato alla luce della diligenza media ossia del professionista di preparazione professionale e di attenzioni medie).

Dopo la breve (e non di certo esaustiva) analisi della normativa codicistica e delle maggiori teorie sorte in dottrina per definire a livello generale il concetto di "diligenza", torniamo alla Direttiva in materia di pratiche commerciali sleali.

Ebbene, attualmente emergono ben quattro criteri alternativi di individuazione di una pratica come sleale, riconducibili, rispettivamente, agli usi del settore commerciale, oppure alla cd. best practice del settore stesso, alle norme di deontologia professionale ed, infine, a regole oggettive "esterne" di valutazione dei comportamenti imprenditoriali.

Occorre precisare che la giurisprudenza comunitaria, sul punto, ha chiarito e definito l'ambito di applicazione delle regole deontologiche: queste, in particolare, in caso di conflitto con regole dettate in materia di concorrenza, dovranno cedere il passo a queste ultime. Volendo indicare un ordine gerarchico tra questi criteri, senza dubbio primaria importanza deve essere concessa al criterio oggettivo "esterno", ovvero al criterio di tutela della libertà di scelta del consumatore. Non sfuggirà, infatti, come gli altri criteri siano idonei a fornire un'indicazione presuntiva e che questi non siano in grado di meglio tutelare,

fatte rientrare le obbligazioni facenti capo al debitore. Sul punto, tuttavia, non pare opportuno spendere ulteriori parole data la complessità della materia e l'impossibilità, nel presente scritto, di trattare compiutamente ed esaustivamente l'argomento.

appunto, la libertà di scelta del consumatore, in linea con gli scopi della Direttiva 29/2005/CE.

1.10.2. COLPA E PROFILI DI RESPONSABILITÀ

Al fine di meglio comprendere la definizione, i confini e il valore della diligenza professionale, pare opportuno spendere alcune parole – senza avere tuttavia la presunzione di voler trattare approfonditamente ed esaustivamente il tema – sulla concezione di “colpa”⁵⁶.

Doveroso, sul punto, ripercorrere brevemente le teorie più importanti⁵⁷.

Una parte autorevole della dottrina⁵⁸ ha dato una definizione obiettiva di colpa, individuandola come “*la deficienza dello sforzo diligente dovuto nell’interesse altrui. La colpa extracontrattuale è l’inosservanza della diligenza dovuta nei rapporti della vita di relazione*”. Inoltre, la colpa è “*l’inosservanza della diligenza dovuta secondo adeguati parametri sociali o professionali di condotta*”.

Ne consegue che ciò che influisce sulla colpevolezza o meno di un soggetto non è tanto la circostanza che questi abbia fatto del suo meglio per evitare il danno, senza tuttavia riuscirci a causa della sua inettitudine personale, ma il fatto che abbia tenuto un comportamento non conforme ai canoni oggettivi della diligenza⁵⁹. Qui le qualità soggettive/personali del

⁵⁶ Per un’approfondita ricostruzione storica del concetto di “colpa”, si rimanda a Sicchiero, *Il requisito della colpa*, in *La risoluzione per inadempimento artt. 1453-1459*, in Commentario Codice Civile, Giuffrè, pagg. 160 e ss., Talamanca, alla voce *Colpa civile. A) Diritto Romano e intermedio*, in *Enciclopedia del diritto – VII* – Giuffrè, 1960, pagg. 517 e ss., dove l’autore inizia ad analizzare le fonti giustinianee, per poter ricostruire il significato del concetto di colpa, mettendolo poi in relazione alla responsabilità, analizzando gli elementi costitutivi della colpa e i diversi gradi di quest’ultima.

⁵⁷ Osti, rilevando una confusione in letteratura tra la nozione oggettiva e quella soggettiva di responsabilità (legata sin dai codici ottocenteschi alla concezione di colpa), definì la prima come “*l’impossibilità costituita da un impedimento inerente all’intrinseca entità di tale contenuto della prestazione, da un impedimento, cioè, che si opponga all’eseguimento di una prestazione in sé e per sé considerata, astrazione fatta da ogni elemento estrinseco alla medesima e in specie, in quanto sia tali, dalle condizioni particolari del soggetto obbligato; impossibilità subiettiva, all’incontro quella che dipenda da queste condizioni particolari del debitore, da un impedimento insorto nella sua persona o nella sfera della sua economia individuale, senza essere necessariamente collegato al contenuto intrinseco della prestazione*”, in *Revisione Critica della teoria dell’impossibilità della prestazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1918, pagg. 313 e ss. Da qui ne discende:

- la necessità che il debitore organizzi la propria attività al fine di adempiere ai propri obblighi;
- il rifiuto dell’idea che la mera mancanza di colpa, intesa come prova della diligenza media, sia idonea ad escludere la responsabilità;
- la rilevanza di eventi che incidono direttamente sulla possibilità di eseguire la prestazione;
- l’incapacità sopravvenuta del debitore;
- la perdita non imputabile della prestazione infungibile;
- l’intervento violento dei terzi, ecc.

⁵⁸ Bianca, *La colpa* in *Diritto civile – V La responsabilità*, op. cit., pagg. 575 e ss.

⁵⁹ Maiorca, *Colpa civile (teoria gen.)*, in *Enciclopedia del diritto – VII* – Giuffrè, 1960, pagg. 575 e ss. definisce la diligenza come la “*valutazione che opera la trasposizione dal piano naturale (ove la diligenza si*

soggetto agente rivestono una rilevanza solo qualora integrino una capacità di intendere e volere del soggetto stesso o se causate da infermità improvvise idonee – per le modalità, la gravità e l’insorgenza repentina – ad impedire l’adozione di cautele sufficienti per evitare il danno.

Altri⁶⁰, aderendo a tale ricostruzione oggettiva, *rectius* obiettiva, di colpa ed analizzando le fonti giustinianee, ha ritenuto di poter ravvisare la colpa nella mancanza di diligenza dovuta secondo adeguati parametri sociali e professionali.

Altra parte della dottrina⁶¹, invece, rimane ancorata ad una visione decisamente soggettiva di colpa, legata ad un giudizio morale di condanna del soggetto. In particolare, la colpa viene ravvisata in un atteggiamento psicologico carente: tale ultima concezione, tuttavia, ha trovato poco seguito nella pratica ed in particolare non è stata accolta in giurisprudenza. Infatti, la giurisprudenza rimane legata ad un giudizio di colpa basato su standard obiettivi di adeguatezza, misurati su criteri sociali e tecnici, senza tener in considerazione la buona o cattiva volontà del soggetto.

In tale ottica, come rilevato da Bianca⁶², *“la rilevanza della colpa ha ragione nell’esigenza di delimitare il dovere di rispetto altrui entro limiti di normalità e ragionevolezza, e nella idoneità della diligenza ad offrire modelli di condotta improntati a tali limiti”*. E, ancora, la colpa *“fa riferimento alla deficienza dello sforzo diligente quale criterio di responsabilità, ossia allo sforzo diligente inteso a salvaguardare l’interesse altrui nelle concrete circostanze del contatto sociale. La mancanza di colpa così intesa esclude la responsabilità del soggetto, ma non esclude l’obiettiva antiggiuridicità del comportamento se questo contrasti col modello di comportamento astrattamente appropriato alla salvaguardia dell’interesse altrui”*. In conclusione, secondo l’autore, la colpa è considerata criterio di responsabilità (o imputabilità nel diritto penale) in quanto il soggetto agente risponde del fatto dannoso dal momento che questi non ha usato la diligenza dovuta per salvaguardare

definisce come una realtà psicologica) al piano giuridico. Anche nel comune linguaggio la diligenza richiede una determinazione quantitativa e qualitativa. [...] Appare quindi ovvia la necessità di un “modello”. [...] è in colpa chi poteva prevenire l’evento con la diligenza occorrente; diligenza che è quella che fa capo al modello, e viene valutata con riguardo ad un certo ambito e alle circostanze del caso”.

L’autore procede con un’analisi dettagliata delle diverse teorie in merito alla definizione di colpa, tra le quali ricordiamo la concezione normativa imperativistica e quella, contrapposta, normativa causalistica.

⁶⁰ Talamanca, Cit., pag. 519.

⁶¹ Cfr. Cian, *Antigiuridicità e colpevolezza, Saggio per una teoria dell’illecito civile*, Padova, 1966, 169: l’autore sostiene che *“la nozione psicologica della colpa discende dall’idea imperativa della legge: intanto si può parlare di un dovere di diligenza e di una sua violazione, in quanto si tenga conto delle concrete capacità del soggetto, se è vero che la legge può comandare solamente atti di volontà”*.

Tale momento psicologico, per l’autore, può essere rinvenuto nella “colpa cosciente”, nella quale si trova *“colui il quale, intraprendendo un’azione, ha sì coscienza della probabilità dell’evento, ma si è deciso ad agire solo in quanto sperava che questo non avesse a verificarsi”*.

⁶² Bianca, *Diritto Civile - La responsabilità*, cit., pag. 577.

l'interesse altrui. E salvaguardare l'interesse altrui null'altro significa se non prevenire il danno⁶³.

La colpa è stata distinta secondo i diversi gradi di diligenza violata ovvero in lieve o grave: la colpa lieve è la violazione della diligenza ordinaria, mentre quella grave è la violazione della diligenza minima. Inoltre, la colpa può avere ulteriori graduazioni a seconda della sua maggiore o minore gravità⁶⁴.

Ai sensi dell'articolo 1176 c.c. – come *supra* anticipato – per realizzare un illecito è ritenuta sufficiente la colpa lieve, ossia una condotta non conforme alla normale diligenza, alla diligenza del buon padre di famiglia.

Si consideri che la normale diligenza, pur senza raggiungere la diligenza massima, rappresenta pur sempre un livello elevato di diligenza. Il riferimento al buon padre di famiglia (e in campo professionale al buon professionista) non si riferisce ad un livello di mediocrità ma ad uno standard considerato quale modello di condotta.

Tuttavia, vi sono casi eccezionali (e specifici) in cui la responsabilità viene limitata alle ipotesi di colpa grave, ossia ai casi di inosservanza delle elementari regole di prudenza o delle elementari regole tecniche di una data professione. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla responsabilità a favore dei professionisti intellettuali, i quali si trovino a dover prestare la propria attività a soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà: la responsabilità è limitata ai casi di dolo o colpa grave.

Infine, si ricorda che, qualora la tutela degli interessi altrui non rivesta carattere di ordine pubblico, la responsabilità del soggetto può essere preventivamente esclusa per il caso di colpa lieve.

1.11 DEFINIZIONE DI PRATICHE COMMERCIALI SLEALI “INGANNEVOLI”

La Direttiva 2005/29/CE definisce, oltre alle clausole generali delle pratiche generali definite all'articolo 2 (*supra* analizzate), le clausole che possiamo definire di “specie”, tra le quali, agli articoli 6 e 7, i due tipi di pratiche commerciali sleali ingannevoli: le azioni e le omissioni ingannevoli⁶⁵.

⁶³ Cfr. Maiorca, cit., pag. 572, il quale semplicemente conclude che “è in colpa chi è in grado di prevenire il danno usando una certa diligenza (e non lo previene)”.

⁶⁴ Per un'analisi approfondita della problematica dei gradi della colpa, si veda Talamanca, in op. cit., pag. 520.

⁶⁵ Sul punto, si vedano R. Calvo, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune* in *Contratto e Impresa/Europa*, n. 1/2007, pagg. 63 e ss.; lo stesso autore, anche in *Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori*, cit., pagg. 147 e ss.

1.11.1 LE “AZIONI INGANNEVOLI”

Ai sensi dell'articolo 6, comma 1, “è considerata ingannevole una pratica commerciale che contenga informazioni false e sia pertanto non veritiera o in qualsiasi modo, anche nella sua rappresentazione complessiva, inganni o possa ingannare il consumatore medio, anche se l'informazione è di fatto corretta, riguardo a uno o più dei seguenti elementi e in ogni caso lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”.

Ebbene, gli elementi costitutivi della fattispecie possono essere riassunti in:

- a) la falsità dell'informazione;
- b) la sua capacità recettiva, ossia l'idoneità a trarre in errore il consumatore di media diligenza.

Si noti che l'elemento fondamentale dell'articolo 6 è, senza dubbio, il riferimento al consumatore medio, nel senso che le informazioni non veritiere devono essere idonee ad ingannare una persona di normale avvedutezza: tale riferimento è segno di un'attenzione del legislatore alla tutela della generalità dei consumatori, tutela attuabile attraverso il ricorso ad azioni inibitorie da parte delle associazioni di categoria, a prescindere dall'episodio isolato. Si noti, infatti, come la Direttiva in esame non si preoccupi di tutelare individualmente il consumatore, prediligendo, invece, una tutela collettiva della categoria dei consumatori.

Non sfuggirà, tuttavia, come il singolo consumatore, ingannato da un'informazione commerciale, potrà sempre agire alla luce degli articoli 1439 e 1440 c.c. dettati in materia di annullamento del contratto per errore.

Partendo dai principi generali previsti in materia di dolo, al fine di verificare la natura illecita (o sleale) di una pratica commerciale, si deve preliminarmente verificare la sussistenza del cd. nesso causale tra la falsità della notizia e il convincimento del consumatore all'adozione della decisione di natura commerciale.

A questo punto, ci si domanda se il legislatore comunitario si riferisca al solo dolo-vizio determinante oppure se ricomprenda anche il dolo incidente.

La lettera della norma ritiene ingannevole una pratica quando il consumatore, per effetto dell'inganno, abbia assunto una decisione che “non avrebbe altrimenti preso”.

Sembrerebbe che il legislatore comunitario abbia voluto escludere il cd. dolo incidente.

Ma la dottrina ritiene di non condividere tale ultima lettura, proprio alla luce del significato da attribuire alla “decisione di natura commerciale”. Infatti, qui ravvisa non solo il “se” concludere il contratto, ma anche “il come” ovvero le condizioni alle quali concluderlo (anche se pare a dir poco fantasioso che un singolo consumatore abbia forza e influenza tali

da poter autonomamente decidere le sorti del proprio contratto, incidendo sulle previsioni contenute in contratti predisposti in serie).

Pare opportuno sottolineare come il destinatario della tutela qui apportata non sia solamente il consumatore, ma anche il professionista concorrente, il quale viene compromesso dal deficit informativo in cui si trovano i consumatori a seguito delle pratiche commerciali disoneste.

L'esame dell'articolo 6 fa emergere un altro interrogativo ossia se integri o no un'azione sleale il cd. *dolus bonus*, la semplice millanteria o l'iperbolica esagerazione, inidonea ad ingannare il consumatore di media diligenza (ma che, in concreto, abbia fatto cadere in errore un consumatore sprovveduto e non attento).

Ebbene, la teoria in base alla quale il *dolus bonus*, per le sue caratteristiche di millanteria ed esagerazione talmente grossolane ed evidentemente esagerate, è tale da non far cadere in errore il consumatore sufficientemente avveduto ed attento e, pertanto, non può essere considerato come elemento idoneo ad invalidare il contratto eventualmente concluso dal consumatore "*credulone*", è stata recentemente criticata e superata, sulla base di una serie di ragioni.

In particolare, è stato sostenuto che il dolo rilevi in sé e per sé, in quanto vi sia un nesso eziologico tra il raggirio e l'effetto dello stesso sul consumatore, a prescindere dal fatto che quest'ultimo appartenga o meno alla categoria ipotetica del soggetto di ordinaria diligenza. È stato, tuttavia, precisato che non qualsiasi vanteria può essere considerata come integrante il presupposto per l'annullabilità del contratto per vizio del consenso, ma vengono considerate prive di valore giuridico le affermazioni basate su canoni di valutazione personali, non basate su criteri oggettivi⁶⁶. Pertanto, il dolo, rilevando in sé e per sé, dovrebbe suscitare la disapprovazione dell'ordinamento perché nel singolo caso concreto ha tratto in errore la vittima del raggirio. La variabile del grado di vulnerabilità della "vittima" del raggirio diventa irrilevante negli stessi termini in cui non assume significato l'eventuale inescusabilità dell'errore provato.

Per quanto attiene alle pratiche sleali, tuttavia, pare evidente come l'articolo 6 della Direttiva in esame non prenda in considerazione il cd. *dolus bonus*, dal momento che, tra gli elementi costitutivi la fattispecie, vi è l'idoneità dell'azione ingannevole di trarre in errore il consumatore mediamente accorto, il quale pertanto non è influenzabile dalle suggestioni esercitate e dalle iperboliche vanterie, prive di ragionevole attendibilità.

⁶⁶ Esempio chiarificatore è senz'altro quello fatto da H. Köeler, *BGB, Allgemeiner Teil*, 23^a Edizione, München, 1996, pag. 146, in base al quale non può essere considerato viziato da dolo il contratto di acquisto di un capo di abbigliamento, nel caso in cui l'acquirente sia stata indotta a stipulare il contratto sulla base delle rassicurazioni provenienti dalla commessa, la quale affermò che lo indossava benissimo, se in seguito il marito abbia manifestato il proprio disappunto per la scelta, ritenendola di dubbio gusto.

Ciò detto, si procede con l'analisi dell'articolo 7 della Direttiva, che non prevede espressamente la categoria del dolo, ma la condotta (attiva o omissiva) ingannevole.

Secondo un'opinione ormai radicata nel diritto europeo, il dolo-vizio ha come presupposto la coscienza e volontà dell'azione illecita o, quanto meno, la sua rappresentazione (dolo eventuale). Di conseguenza, per integrare l'illecito precontrattuale, si deve accertare la sussistenza dell'elemento soggettivo, del cd. *animus decipiendi*, che altro non è se non la coscienza e volontà di distorcere il vero e simulare il falso per indurre in errore il soggetto passivo della frode⁶⁷, a prescindere dalla malignità dell'azione o dei sentimenti che hanno guidato il soggetto agente.

Contro tale teoria è stato obiettato⁶⁸ che la nozione civilistica di dolo non deve per forza essere ricompresa nella truffa contrattuale (fattispecie che per definizione è caratterizzata dall'elemento soggettivo dell'*animus decipiendi*).

Ebbene, secondo la generale definizione data in diritto civile, per dolo si deve intendere il raggirio, ossia la condotta che ha indotto in errore il soggetto passivo della macchinazione, viziandone così il consenso.

L'intenzione di manipolare l'altrui volontà mediante artificiosi espedienti perde peso nell'integrazione degli elementi costitutivi del dolo-vizio, mentre risalto viene attribuito ad un elemento oggettivo, ossia all'obiettiva idoneità della condotta ad ingannare i terzi.

Ammettendo che la condotta ingannatrice lede l'interesse generale alla formazione della volontà negoziale, si deve per forza di cose far ricorso a criteri interpretativi idonei a separare la definizione civilistica di dolo da quella penalistica di truffa. Alla luce di questa ricostruzione, però, per integrare gli elementi strutturali dell'inganno sembrerebbe sufficiente la semplice colpa, con la conseguenza dell'annullabilità del contratto a prescindere dall'effettiva conoscenza delle circostanze di fatto, punendo così la mancanza di cautela del soggetto agente⁶⁹. Ne consegue che la coscienza e la volontà dell'azione ingannatrice finalizzata a trarre in errore la vittima perde la qualifica di elemento costitutivo del dolo (nell'accezione civilistica).

La Direttiva 2005/29/CE semplifica la questione, abbandonando la categoria del dolo per considerare la condotta ingannevole.

⁶⁷ Cfr. Trabucchi, voce *Dolo (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, Vol. VI, pag. 150, il quale ritiene che, per potersi parlare di "intenzione di ingannare è necessaria la conoscenza della falsità delle rappresentazioni che si producono nella vittima, e la credenza che sia possibile determinare con quegli artifici la volontà".

⁶⁸ Cfr. Corte di Appello di Milano, 24 marzo 1995, in *Gius.*, 1995, pag. 3986; R. Calvo, *cit.*, pagg. 68 e ss.

⁶⁹ Parte della dottrina condivide questa chiave di lettura, ammettendo il raggirio colposo: si vedano Gentili, voce *Dolo (diritto civile)*, in *Enc. Giur.*, Vol. XII, Roma, 1989, pag. 2; Roppo, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2001 - XLI, pag. 818; Sacco, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, *cit.*, pag. 550 e ss.

1.11.2 LE “OMISSIONI INGANNEVOLI”

L'articolo 7, comma 1, della Direttiva in esame considera ingannevole anche quella pratica che *“nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, ometta informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induca o sia idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”*.

Elementi costitutivi della fattispecie sono sicuramente:

- a) omissione di informazioni rilevanti;
- b) l'idoneità dell'omissione ad indurre il consumatore a prendere una decisione di natura contrattuale che non avrebbe preso.

Il comma 4 prosegue elencando una serie di informazioni che sono fondamentali al fine di superare l'asimmetria informativa in capo al consumatore, la cui omissione integra una pratica commerciale sleale.

Si badi bene che anche lo sfruttamento (doloso o colposo) della situazione preesistente di errore non provocato dal professionista può essere considerata un'omissione ingannevole.

Pertanto, la sleale *“chiusura del canale informativo”*⁷⁰, che incrementa l'ignoranza della vittima della condotta scorretta, può essere ravvisata quando induca la vittima stessa alla conclusione di un contratto che non avrebbe mai stipulato oppure a concluderlo a condizioni diverse rispetto a quello che avrebbe accettato nel caso in cui fosse stato reso edotto delle circostanze chiarificatrici (in quanto fondamentali) ai fini della corretta rappresentazione della realtà.

L'articolo 7, comma 2, prescrive che una pratica commerciale è considerata un'omissione ingannevole quando *“un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui al paragrafo 1, tenendo conto degli aspetti di cui a detto paragrafo, o non indica l'intento commerciale della pratica stessa, qualora non risultino già evidenti dal contesto e quando, in uno o nell'altro caso, ciò induce o è idoneo ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”*.

Si premette che in questo caso non si fa riferimento al cd. dolo omissivo, dal momento che la disposizione appena riportata si fonda su una condotta attiva, che in quanto tale porta

⁷⁰ Cfr. R. Calvo, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, cit., pag. 73.

all'occultamento o alla presentazione in maniera oscura, ambigua o intempestiva delle informazioni necessarie per garantire che il consumatore presti il proprio consenso informato.

In quest'ottica, occultare significa porre in essere un comportamento finalizzato a nascondere determinate informazioni oppure l'informazione è sì divulgata, ma in maniera tale da sfuggire all'attenzione del consumatore medio (proprio in ragione degli accorgimenti usati dal professionista). Un esempio può essere ravvisato nel riportare un'informazione - utile a condizionare o determinare il consenso del consumatore - all'interno del contratto o del messaggio pubblicitario con caratteri grafici di dimensioni ridotte rispetto alle restanti clausole, così da ridurre l'attenzione del consumatore su tali previsioni.

Si consideri che il professionista può indurre in errore il consumatore utilizzando, altresì, un linguaggio tecnico o un lessico comprensibile solo per gli "iniziati" oppure può riportare le clausole in maniera sconnessa o disorganica, allo scopo di creare confusione.

La confusione, così creata, a sua volta genera il cd. effetto sorpresa, che diviene percepibile quando il consumatore, resosi conto tardivamente del reale contenuto contrattuale, è ormai vincolato ad obbligazioni diverse rispetto a quelle che si era inizialmente rappresentato.

Altra pratica omissiva ingannevole è senz'altro la mancata illustrazione della natura commerciale della pratica posta in essere dal professionista, sempre che tale natura non fosse comunque conoscibile dal consumatore medio.

A questo punto, ci si domanda se il silenzio possa essere considerato quale pratica omissiva, quanto meno in presenza di un obbligo di svelare il vero stato delle cose.

Il codice civile prevede diverse ipotesi di obbligo d'informazione (e.g. gli articoli 1482, 1489, 1490, comma 2, 1167, comma 1, 1749, comma 1, 1892, 1893 e 1894, oltre alla Legge n. 129 del 2004 in tema di *franchising*, che prevede tutta una serie di obblighi di *disclosure*, proprio per superare o quanto meno ridurre le asimmetrie informative di potere informativo dall'affiliante all'affiliato/i).

Resta inteso che, in assenza di norme specifiche, opera sempre e comunque l'articolo 1337 c.c.: la mancata comunicazione di circostanze utili per creare il consenso della parte che non ha materialmente la disponibilità delle informazioni costituisce senz'altro contrarietà ai canoni di buona fede nelle trattative.

La giurisprudenza di maggioranza, che abbraccia la tesi equiparante il dolo-vizio al reato di truffa contrattuale, ritiene che il mero silenzio sia irrilevante quando non sia accompagnato da elementi tali da rilevare l'intenzione del reticente di indurre in errore la vittima del

silenzio. Infatti, tale giurisprudenza⁷¹ ha più volte ritenuto il dolo quale *“vizio della volontà e causa di annullamento del contratto, può consistere nell’ingannare con notizie false la parte interessata, ma il mendacio configura un comportamento doloso soltanto se, valutato in relazione alle circostanze di fatto ed alle qualità e condizioni dell’altra parte, sia accompagnato da una condotta costituita da malizie ed astuzie volte a realizzare l’inganno voluto e idonee in concreto a sorprendere una persona di normale diligenza”*.

1.12 DEFINIZIONE DI PRATICHE COMMERCIALI SLEALI “AGGRESSIVE”

La Direttiva, oltre alle clausole generali delle pratiche generali definite all’articolo 2, nonché a quelle di specie di cui al precedente paragrafo 1.12, prevede – all’articolo 8 - una terza ed innovativa⁷² clausola di specie. In particolare, considera aggressiva una pratica commerciale che, in concreto e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, limiti o sia idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induca o sia idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso⁷³.

Si noti che qui elemento centrale è la libertà di scelta del consumatore, che null’altro è se non il bene giuridico protetto dalla Direttiva.

La tipologia di pratica sleale prevista dall’articolo 8 pone l’accento sull’autodeterminazione del consumatore, anche su un piano non negoziale: qui, più che altrove, è sentita la necessità di garantire al consumatore di poter scegliere liberamente, senza condizionamenti. Infatti, mentre nelle pratiche ingannevoli hanno una portata decettiva rispetto alla decisione commerciale, quelle aggressive invece hanno una valenza estorsiva più generale della libertà di scelta. Mediante le pressioni psicologiche e/o fisiche, le pratiche ingannevoli sfruttano le debolezze caratteriali, emotive e culturali del consumatore per costringerlo a prendere certe decisioni positive o negative che altrimenti non avrebbe preso.

⁷¹ Cfr. Cass. Civ., 28 ottobre 1993, n. 10718, in *Foro It.*, 1994, I, c. 423 ss.

⁷² Il “considerando” n. 11, dopo aver precisato che *“la Direttiva introduce un unico divieto generale di quelle pratiche commerciali sleali che falsano il comportamento economico dei consumatori”*, sottolinea la circostanza che la stessa *“stabilisce inoltre norme riguardanti le pratiche commerciali aggressive, che attualmente non sono disciplinate a livello comunitario”*.

⁷³ Per una prima analisi comparatistica, anche se solo a livello formale, si riportano le principali versioni codificate dagli altri paesi: *“A commercial practice shall be regarded as aggressive if, in its factual context, taking account of all its features and circumstances, by harassment, coercion, including the use of physical force, or undue influence, it significantly impairs or is likely to significantly impair the average consumer’s freedom of choice or conduct with regards to the product and thereby causes him or is likely to cause him to take a transactional decision that he would not have taken otherwise”*; *“Une pratique commerciale est réputée aggressive si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, elle altère ou est susceptible d’altérer de manière significative, du fait du harcèlement, de la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou d’une influence injustifiée, la liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen à l’égard d’un produit, et, par conséquent, l’amène ou est susceptible de l’amener à prendre une décision commerciale qu’il n’aurait pas prise autrement”*:

Si noti che le pratiche aggressive⁷⁴ del professionista possono addirittura consistere nel limitare la libertà personale del consumatore, ad esempio impedendogli di uscire dai locali commerciali o rifiutandosi di lasciare l'abitazione del consumatore stesso, se non previa sottoscrizione del contratto.

Alla luce dell'importanza di tali pratiche, in realtà mai disciplinate prima nel dettaglio, si è reso indispensabile una tutela *ad hoc* contro tali forme "aggressive", idonee a limitare la libera determinazione, negoziale e non, dei consumatori.

Le pratiche aggressive possono essere divise in tre diverse tipologie, ossia (a) le pratiche moleste, (b) quelle coercitive e (c) quelle condizionanti. Tali ultime fattispecie sono costituiti da due elementi: il primo è caratterizzato da quegli atti che consistono in molestie, coercizioni tra le quali il ricorso alla forza fisica o, comunque, lo sfruttamento di una posizione di potere nei confronti del consumatore, al fine di esercitare pressioni fisiche o psicologiche, e che nella loro portata limitino o siano idonee a limitare considerevolmente la libertà di scelta consapevole o di comportamento del consumatore medio per quanto attiene il bene o servizio offerto, alla luce delle circostanze del caso concreto; il secondo, invece, è caratterizzato dalla capacità di indurre attualmente o anche solo potenzialmente il consumatore medio a prendere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Pare opportuno spendere alcune parole sulle caratteristiche che le pratiche commerciali "aggressive" devono avere per poter essere considerate tali e, pertanto, vietate.

Una pratica è "aggressiva" quando ha una portata limitativa della sua capacità di autodeterminarsi liberamente tale da indurre in potenza o in atto il consumatore medio a scegliere.

La disciplina di cui all'articolo 8 della Direttiva in esame elenca anche gli elementi che caratterizzano l'aggressività o meno di una pratica.

Come primo riferimento, la norma si richiama espressamente alla "*fattispecie concreta*" in cui si esplica la pratica e indica quale criterio imprescindibile per la sua qualificazione il tener conto "*di tutte le caratteristiche e circostanze del caso*". Sulla scia di tale riferimento concreto si pone il successivo articolo 9, che stabilisce che "*nel determinare se una pratica commerciale comporti molestie, coercizione compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento*" (integrando appunto una pratica aggressiva, ai sensi dell'articolo 8) "*sono presi in considerazione i seguenti condizionamenti:*

a) *i tempi, il luogo, la natura o la persistenza;*

⁷⁴ per un'analisi senz'altro approfondita della materia, si veda L. Di Nella, in *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori*, a cura di G. De Cristofaro, *cit.*, pagg. 215 e ss.

- b) *il ricorso alla minaccia fisica o verbale;*
- c) *lo sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto;*
- d) *qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista;*
- e) *qualsiasi minaccia di promuovere un'azione legale ove tale azione non sia giuridicamente ammessa”.*

La sopraccitata elencazione di elementi che indicano l'aggressività di una condotta tenuta dal professionista dà la possibilità di procedere ad una precisazione relativa al numero di pratiche aggressive effettivamente previste dalla normativa in esame.

È stato sostenuto⁷⁵ che la figura dell'ostacolo non contrattuale potrebbe non essere un indice della ricorrenza delle tre tipologie di pratiche aggressive, *supra* definite, ma integrerebbe una quarta fattispecie, autonoma rispetto alle prime.

Infatti, la fattispecie in esame si verifica quando il professionista frappone un qualsiasi ostacolo defatigante di natura non contrattuale, gravoso o comunque sproporzionato, all'esercizio da parte del consumatore dei suoi poteri negoziali o di fonte legale.

L'espressione "*natura non contrattuale*" si riferisce a qualsiasi comportamento materiale o giuridico connesso all'attuazione di diritti e doveri contrattuali: non sfuggirà come tale accezione distingue nettamente queste pratiche dalle clausole vessatorie, introdotte dalla Direttiva 93/13/Cee, in quanto queste ultime sono vere e proprie pattuizioni, contenute nel testo del contratto, che determinano un significativo squilibrio tra i rispettivi diritti ed obblighi delle parti.

L'ostacolo frapposto dal professionista può consistere nell'esigere l'esibizione di documenti quantitativamente eccessivi, non pertinenti, inutili o difficili da reperire, quale condizione per ottenere la prestazione cui ha diritti il consumatore, oppure la semplice inerzia nei confronti delle richieste del cliente.

Evidente che in tali ultime fattispecie non vi sono molestie, coercizioni o indebito condizionamento; tuttavia, una siffatta condotta ha la capacità e/o l'idoneità di limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio sia di indurlo attualmente o potenzialmente ad assumere decisioni favorevoli al professionista. Infatti, l'impedimento attivo o passivo posto in essere dal professionista all'esercizio dei

⁷⁵ L. Di Nella, *cit.*, pagg. 234 e ss.

diritti facenti capo al consumatore rappresenta decisamente un deterrente contro le pretese di quest'ultimo, tanto da indurlo a rinunciare alla realizzazione dei suoi intenti.

Ne consegue che il legislatore comunitario ha di fatto previsto e regolato una quarta fattispecie di pratiche sleali aggressive, distinta dalle altre. A sostegno di quest'ultima chiave di lettura si pone il punto n. 27 della seconda parte dell'Allegato I, che, tra le pratiche aggressive, prevede l'imporre al consumatore che intenda presentare una richiesta di risarcimento in virtù di una polizza d'assicurazione di esibire documenti che non potrebbero ragionevolmente essere considerati pertinenti per stabilire la validità della richiesta o omettere sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza, al fine di dissuadere una consumatore dall'esercizio dei suoi diritti contrattuali.

1.12.1 LE PRATICHE AGGRESSIVE MOLESTE

Ma possiamo ad analizzare, seppur brevemente, le singole categorie nelle quali sono state divise le pratiche commerciali aggressive.

Per quanto riguarda le pratiche aggressive moleste, si noti come queste consistono in quei comportamenti che, per modalità, tempo, luogo e durata devono essere potenzialmente o attualmente idonei a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio, con riferimento al prodotto o al servizio, ed essere idoneo ad indurlo, in potenza o in atto, a prendere decisioni non volute.

Come ampiamente sottolineato, la portata limitativa di queste pratiche deve essere considerevole con riferimento al consumatore medio, escludendo dal novero delle pratiche aggressive quelle – seppur insistenti – che vengano comunemente tenute dal professionista per convincere il consumatore ad acquistare. Pertanto, si potrà parlare di pratiche sleali solo ove tale soglia di normale insistenza sia superata.

Alcuni esempi di pratiche moleste si trovano nella seconda parte dell'allegato I, dove si trova l'elencazione delle pratiche che devono sempre essere considerate aggressive (articoli 24-31). Vi rientrano, tra le altre, le visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi (articolo 26) oppure le ripetute e sgradite sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza (articolo 25), attività perpetuate almeno finché il consumatore, esasperato, non decida di acquistare o concludere il contratto proposto.

Si precisa che; dal momento che le pratiche moleste possono essere attuate con le modalità sopra accennate, tali fattispecie devono senz'altro essere lette alla luce di e coordinate con le

previsioni di cui all'articolo 13 della Direttiva 2002/58/CE relativa alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche⁷⁶ (attuata con il D.Lgs n. 196/2003).

1.12.2 LE PRATICHE AGGRESSIVE COERCITIVE

Le pratiche coercitive consistono in minacce verbali o costrizioni fisiche dirette al consumatore con lo scopo di “estorcergli” una decisione (di tipo contrattuale). Le minacce verbali possono riguardare, ad esempio, la prospettazione di mali ingiusti inflitti dal professionista o derivanti dal non avere acquistato anche altri prodotti rivolti a ridurre o evitare determinati rischi definiti come gravi oppure umiliazioni fronte agli altri consumatori in contesti pubblici di vendita oppure di presentazione dei prodotti. Le minacce rivolte possono riferirsi alla vita privata del consumatore o di altre persone a quest'ultimo legate, e non solo da vincoli di parentela, nel caso in cui non faccia quanto richiesto. Resta inteso che le minacce devono essere di tale intensità da fare impressione sul consumatore medio, tanto da indurlo a prendere determinate scelte per evitare il verificarsi degli eventi prospettati.

Le costrizioni fisiche, invece, consistono in comportamenti materiali rivolti contro il consumatore e diretti ad ottenere quanto desiderato dal professionista. Alcuni esempi sono elencati nell'allegato I, che considera pratiche aggressive coercitive il creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto (n. 24) oppure l'effettuare visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando le richieste di quest'ultimo di lasciare la sua residenza, fino a quando quest'ultimo (esasperato) non presti il proprio consenso. Da qui la classica scelta tra il male minore, ovvero l'adozione della scelta o la realizzazione del male minacciato.

⁷⁶ L'articolo 13 della Direttiva 2002/58/CE dispone che l'uso di sistemi automatizzati di chiamata senza intervento di un operatore, del telefax o della posta elettronica a fini di commercializzazione diretta è consentito soltanto nei confronti degli abbonati che abbiano preliminarmente espresso il proprio consenso in tal senso (articolo 1). Ciò detto, allorché una persona fisica o giuridica ottiene dai propri clienti l'indirizzo e-mail nel contesto della vendita di un prodotto o servizio – ai sensi della Direttiva 95/46/CE relativo alla tutela dei dati personali delle persone fisiche – la medesima persona fisica o giuridica potrà utilizzare tale dato a scopi di commercializzazione dei propri prodotti o servizi, similari a quelli già forniti, a condizione, però, che ai clienti sia offerta in modo chiaro e distinto al momento della raccolta dei dati e ad ogni messaggio la possibilità di opporsi, gratuitamente ed in maniera agevole, l'uso del suddetto indirizzo di posta elettronica (articolo 2).

Naturalmente gli Stati membri devono garantire, adottando le misure ritenute idonee, che le comunicazioni diverse da quelle permesse ai sensi degli articoli 1 e 2, non siano permesse in caso di mancato espresso consenso dei clienti oppure qualora questi ultimi abbiano dichiarato di non essere interessati a ricevere chiamate di questo genere (articolo 3).

In ogni caso, la Direttiva in questione vieta la prassi di inviare messaggi di posta elettronica con lo scopo di commercializzazione diretta camuffando o celando l'identità del mittente da parte del quale la commercializzazione è effettuata, o senza fornire l'indirizzo valido cui il destinatario possa inviare la richiesta di cessazione di tali comunicazioni (articolo 4).

Resta inteso che le disposizioni di cui agli articoli 1 e 3 si applicano agli abbonati che siano persone fisiche (articolo 5).

Non sfuggirà un richiamo ai vizi del consenso (conosciuto sia a livello di ordinamento italiano - che verrà meglio analizzato nel prosieguo - sia a livello comunitario), dal quale discende il diritto di impugnare il contratto a favore del soggetto che lo abbia concluso sotto l'effetto di una costrizione, provocata da una minaccia, dalla creazione di un timore fondato, dalla violenza, dalla coazione morale, dalla situazione nella quale l'incolumità fisica, morale, l'onore o il patrimonio del soggetto minacciato o di persone a questo vicine siano in pericolo.

L'articolo 1438 del codice civile italiano richiede, ai fini dell'annullamento del contratto per violenza (morale, mentre in caso di violenza fisica il contratto sarà nullo), che le minacce siano dirette a conseguire vantaggi ingiusti.

Si tenga ben presente che le coercizioni possono consistere anche nella minaccia di promuovere un'azione legale che non sia giuridicamente ammessa: il problema che qui si pone è di individuare la portata effettiva di “*non giuridicamente ammessa*”.

Una soluzione potrebbe essere ravvisata nel senso di (a) non esistente nell'ordinamento interno o comunque non pertinente con riferimento alla situazione concreta (ad esempio, la minaccia di procedere alla richiesta di fallimento di un consumatore, evidentemente in assenza dei requisiti previsti *ex lege* dall'articolo 1 della Legge Fallimentare, oppure di farlo condannare per truffa qualora non paghi un determinato bene o servizio) oppure (b) un'azione sostanzialmente infondata (ad esempio la risoluzione per inadempimento di un contratto non ancora concluso) o, ancora, in assenza della legittimazione ad agire.

Se si sposasse la prima tesi (lettera a), allora si ridurrebbe notevolmente l'effettiva tutela del consumatore; diversamente avviene alla luce della soluzione prospettata alla lettera (b), che pertanto merita di essere accolta⁷⁷. Infatti, la minaccia di agire legalmente sembrerebbe indirizzata non tanto a prospettare la facoltà di esercitare un diritto, del quale il professionista potrebbe essere astrattamente titolare, ma ad ottenere illegittimamente una decisione da parte del consumatore a seguito di una pressione psicologica (di doversi difendere in un processo, sopportandone i costi e il rischio di essere condannato).

⁷⁷ Si veda sul punto Cass, Civ. 23 luglio 1997, n. 6900, in *Foro It.*, 1998, I, c. 1582 e ss., in base alla quale non può ritenersi conforme a buona fede il comportamento del creditore che, attraverso il frazionamento delle azioni giudiziarie, prolunghi arbitrariamente il vincolo coattivo cui deve sottostare il debitore, sacrificando ingiustamente l'interesse di quest'ultimo a liberarsi del vincolo assunto nella sua interezza.

In particolare, la suprema Corte ha stabilito che deve essere considerato contrario a buona fede e, quindi inammissibile in quanto illegittimo per abuso del diritto, il comportamento del creditore il quale, potendo agire per l'adempimento di tutta l'obbligazione, frazioni, senza alcuna ragione evidente, la richiesta di adempimento in una serie di giudizi davanti a diversi giudici, ciascuno competente per ogni singola parte. Tale giudizio di sfavore non può essere superato dalla circostanza che il creditore non tragga alcun vantaggio economico. Infatti, quello che conta è l'esistenza di un qualsivoglia pregiudizio per il debitore, non giustificato da un corrispondente vantaggio - meritevole di tutela - per il creditore.

In conclusione, caratteristica peculiare delle pratiche coercitive è il creare consapevolmente una situazione di costrizione e il relativo sfruttamento da parte del professionista al fine unico di indurre il consumatore a concludere il dato contratto.

1.12.3 LE PRATICHE AGGRESSIVE CONDIZIONANTI

Le pratiche condizionanti, così come definite nell'articolo 2, lett. J) della Direttiva 2005/29/CE, sono quelle che integrano lo sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, pur senza il ricorso alla forza fisica o alla minaccia, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione libera e consapevole (cd. *"indebito condizionamento"*⁷⁸). Si badi bene che lo sfruttamento della posizione di potere avviene su un duplice piano: su quello giuridico ma, prima ancora, su quello di mero fatto. Tale ultima posizione di supremazia del professionista nei confronti del consumatore dipende, senza dubbio, dalle circostanze concrete, dalle asimmetrie informative a suo vantaggio, dagli eventuali rapporti giuridici e di fatto in cui si trova il consumatore concreto, nonché dalle qualità e caratteristiche del consumatore medio, soggetto alla pressione indebita.

L'approfittamento del professionista avviene sul piano dei sentimenti, delle emozioni, delle caratteristiche cognitive, del livello culturale, del profilo linguistico o addirittura delle paure del cliente.

In via esemplificativa, possono ritenersi pratiche indebitamente condizionanti quei comportamenti posti in essere dal professionista che sfruttano un qualunque evento tragico o circostanza di particolare gravità, tale da indurre ad alterare la capacità di valutazione del consumatore, al fine di indurlo a prendere una determinata decisione in merito al bene e/o servizio offerto.

1.12.4 LA CD. "LISTA NERA"

Passando alla cd. "lista nera" contenuta nella seconda parte dell'allegato I – con numerazione progressiva rispetto alla prima parte – relativa all'elencazione delle pratiche ritenute comunque aggressive, ossia quelle moleste, quelle coercitive e quelle condizionanti, troviamo:

- "24) creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto.*
- 25) Effettuare visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi, fuorché nelle circostanze*

⁷⁸ Le diverse traduzioni indicano come indebito condizionamento *"exploiting a position of power in relation to the consumer so as to apply pressure, even without using or threatening to use physical force, in a way which significantly limits the consumer's ability to make an informed decision"* e *"l'utilisation d'une position de force vis-à-vis du consommateur de manière à faire pression sur celui-ci, même sans avoir recours à la force physique ou menacer de la faire, de telle manière que son aptitude à prendre une décision en connaissance de cause soit limitée de manière significative"*.

e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale.

- 26) *Effettuare ripetute e sgradite sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale, fatti salvi l'articolo 10 della Direttiva 97/7/CE e le direttive 95/45/CE⁷⁹ e 2002/58/CE.*
- 27) *Imporre al consumatore che intenda presentare una richiesta di risarcimento in virtù di una polizza di assicurazione di esibire documenti che non potrebbero ragionevolmente essere considerati pertinenti per stabilire la validità della richiesta, o omettere sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza, al fine di dissuadere un consumatore dall'esercizio dei suoi diritti contrattuali.*
- 28) *Includere in un messaggio pubblicitario un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri adulti ad acquistare loro i prodotti reclamizzati. Questa disposizione non osta all'applicazione dell'articolo 16 della Direttiva 89/552/Cee, concernente delle attività televisive.*
- 29) *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 di beni di sostituzione di cui all'articolo 7, paragrafo 3, della Direttiva 97/7/CE (fornitura non richiesta).*
- 30) *Informare esplicitamente il consumatore che se non acquista il prodotto o il servizio sarà in pericolo il lavoro o la sussistenza del professionista.*
- 31) *Dare la falsa impressione che il consumatore abbia già vinto, vincerà o vincerà compiendo una determinata azione un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti:*
 - *non esiste alcun premio né vincita equivalente;*
 - *qualsiasi azione volta a reclamare il premio o altra vincita equivalente è subordinata al versamento di denaro o al sostenimento di costi da parte del consumatore”.*

Alla luce di tutto quanto argomentato *supra*, possiamo concludere che – nonostante le varie tipologie di pratiche aggressive e le differenze tra le stesse – emergono alcune linee generali che caratterizzano la base dell'istituto.

Ebbene, in tutte le fattispecie analizzate emerge una qualche manifestazione di pressione psicologica o fisica creata dal professionista o preesistente e da quest'ultimo sfruttata.

⁷⁹ Direttiva 95/46/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riferimento al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (G.U. L. 281 del 23 novembre 1995, pag. 31). Direttiva modificata dal regolamento CE n. 1882/2003 (G.U. L. 284 del 31 ottobre 2003, pag. 1).

È evidente come la pressione presenti diverse gradazioni e attuazioni nei casi di molestie, coercizione, di ostruzionismo e di *undue influence*, ma ogni caso è in grado di influenzare negativamente la libertà di autodeterminazione, di scelta da parte del consumatore. Caratteristica comune per la ricorrenza delle pratiche non è di certo la circostanza che il contratto sia particolarmente svantaggioso per il consumatore.

Il principio alla base della norma di cui all'articolo 9 della Direttiva in esame – come di tutta la Direttiva – è senza dubbio quello di lealtà; accanto a questo, vi sono i principi di equilibrio contrattuale e del divieto di abuso del diritto (*rectius*, di abuso del potere contrattuale da parte del contraente strutturalmente forte).

Ne consegue che le pratiche aggressive possono concretarsi nei modi più svariati. Le pratiche aggressive – come è stato notato da Di Nella – costituiscono una nuova figura di illecito, che racchiude in sé parte dei caratteri di altri istituti, quali gli illeciti extracontrattuali, la rescissione, l'inadempimento e i vizi della volontà. Da qui la complessa normativa appena analizzata.

In concreto, potremo trovare fattispecie sia nuove sia riconducibili a figure non nuove al nostro sistema.

1.13 I CODICI DI CONDOTTA

La Direttiva 2005/29/CE attribuisce un ruolo centrale ai codici di autodisciplina⁸⁰ che, nei singoli settori di applicazione delle pratiche commerciali, dettino regole deontologiche rivolte ai professionisti.

⁸⁰ Il rinvio a regole deontologiche e la sollecitazione a che vengano create, ove non esistenti, è ormai presente in numerosi interventi del legislatore comunitario: sulle vendite a distanza (cfr. Direttiva 97/7/CE, ove il Considerando 18 stabilisce che “è importante che le regole fondamentali vincolanti della presente Direttiva siano completate, ove opportuno, da regole di autodisciplina professionale conformemente alla raccomandazione 92/295/Cee della Commissione, del 7 aprile 1992, relativa ai codici di comportamento per la tutela dei consumatori in materia di contratti negoziati a distanza”, il Considerando 19 dichiara che “ai fini di una tutela ottimale dei consumatori, è importante che il consumatore sia sufficientemente informato sulle disposizioni della presente Direttiva e sugli eventuali codici di comportamento esistenti in materia” e, infine, l'articolo 16 recita che “gli Stati membri adottano misure appropriate per informare il consumatore della legge nazionale che recepisce la presente Direttiva ed incoraggiano, se del caso, le organizzazioni professionali ad informare i consumatori dei loro codici di autoregolamentazione”.

Sul tema, si veda anche la Direttiva sul commercio elettronico, 2000/31/CE, con particolare attenzione al Considerando 32 (“i codici di condotta a livello comunitario sono lo strumento privilegiato per enunciare regole deontologiche sulla comunicazione commerciale. Occorre incoraggiare la loro elaborazione, o il loro eventuale aggiornamento, fatta salva l'autonomia delle organizzazioni ed associazioni professionali”), al Considerando 49 (“gli Stati membri e la Commissione incoraggiano l'elaborazione di codici di condotta; ciò lascia impregiudicati il carattere volontario di siffatti codici e la possibilità per le parti interessate di decidere liberamente di aderirvi”), l'articolo 8 (“fatta salva l'autonomia delle associazioni e organizzazioni professionali, gli Stati membri e la Commissione le incoraggiano a elaborare codici di condotta a livello comunitario che precisino le informazioni che possono essere fornite a fini di comunicazioni commerciali, nel rispetto del paragrafo 1”), l'articolo 10 (“gli Stati membri provvedono affinché, salvo diverso accordo tra parti diverse dai consumatori, il prestatore indichi gli eventuali codici di condotta pertinenti cui aderisce nonché come accedervi per via elettronica”) e, infine, l'articolo 16, intitolato “codici di condotta”.

L'opportunità di adottare tali codici è espressa nel "considerando" n. 20⁸¹ e si fonda su due considerazioni.

La prima consiste nella convinzione che, ponendo regole di autodisciplina, si permette ai professionisti di applicare in maniera efficace i principi della Direttiva negli specifici settori economici.

La seconda, invece, si fonda su basi di tipo preventivo, ossia l'autodisciplina - con il conseguente controllo effettuato da parte dei soggetti titolari dei diversi codici, a livello nazionale o comunitario - "può evitare la necessità di esperire azioni giudiziarie o amministrative".

Il considerando 20 accenna anche alla procedura di formazione dei codici di condotta, che prevede il coinvolgimento, nella formulazione, delle associazioni dei consumatori proprio per poter raggiungere quel livello tanto agognato di tutela dei consumatori stessi.

Il testo della Direttiva fa diversi cenni ai codici deontologici:

- l'articolo 2 ("definizioni") fa riferimento al "codice di condotta" e al "responsabile del codice";
- l'articolo 3, comma 8, stabilisce che *"la presente Direttiva non pregiudica [...] i codici deontologici di condotta o altre norme specifiche che disciplinano le professioni regolamentate, volti a mantenere livelli elevati di integrità dei professionisti, che gli Stati membri possono, conformemente alla normativa comunitaria, imporre a questi ultimi"*;
- l'articolo 6, lettera b), considera *"il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare"* come indice di ingannevolezza della pratica, nella misura in cui *"i) non si tratti di una semplice aspirazione ma di un impegno fermo e verificabile; e ii) il professionista indichi in una pratica commerciale che è vincolato al codice"*. Sempre su questo

Oggi stiamo anche assistendo ad un intensificarsi della creazione di normative di formazione negoziale - accanto a quelle legali - predisposte ed approvate dalle categorie interessate. Si pensi, in materia societaria, al codice di autodisciplina delle società quotate. Per un approfondimento sul punto, in dottrina, si vedano Conte, *Codici etici e attività d'impresa nel nuovo spazio globale del mercato* in *Contr. Impresa*, 2006, pagg. 108 e ss., Zano, *La nuova versione del Codice di autodisciplina delle società quotate: alcune osservazioni alla luce delle contestuali esperienze nazionali in materia di corporate governance*, in *Contr. Impr.*, 2004, pagg. 391 e ss., N. Brulotti, *Codici di comportamento e società quotate*, in *Giur. Comm.* 2007, Vol. 2, pagg. 236 e ss.; P. Fabbio, *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali*, in *Giur. Comm.*, 2008, pagg. 706/I e ss.

⁸¹ Il considerando n. 20 recita che *"è opportuno prevedere un ruolo per i codici di condotta che consenta ai professionisti di applicare in modo efficace i principi della presente Direttiva in specifici settori economici. Nei settori in cui vi siano obblighi tassativi specifici che disciplinano il comportamento dei professionisti, è opportuno che questi forniscano altresì prove riguardo agli obblighi di diligenza professionale in tale settore. Il controllo esercitato dai titolari dei codici a livello nazionale o comunitario per l'eliminazione delle pratiche commerciali sleali può evitare la necessità di esperire azioni giudiziarie o amministrative e dovrebbe pertanto essere incoraggiato. Le organizzazioni dei consumatori potrebbero essere informate o coinvolte nella formulazione dei codici di condotta, al fine di conseguire un elevato livello di protezione dei consumatori"*.

punto, l'allegato I considera come pratica senz'altro sleale ingannevole l'affermazione, da parte del professionista, di essere firmatario di un codice di autodisciplina oppure che un certo codice ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura, qualora tali affermazioni sono assolutamente false;

- l'articolo 10 consente agli Stati membri di incoraggiare il controllo da parte dei responsabili dei codici sulle pratiche commerciali sleali e non esclude che *“le persone o le organizzazioni di cui all'articolo 11 (ossia che secondo la legislazione nazionale hanno un legittimo interesse a contrastare le pratiche commerciali sleali, compresi i concorrenti) possano ricorrere a tali organismi qualora sia previsto un procedimento dinanzi ad essi, oltre a quelli giudiziari o amministrativi di cui al medesimo articolo”*. Si noti come il ricorso agli organi di autodisciplina non integri affatto rinuncia al ricorso alle forme di tutela giurisdizionale o amministrativa, garantite dai singoli Stati membri;
- l'articolo 14, n. 2, aggiunge la nozione di responsabile del codice alle definizioni già contenute nella Direttiva sulla pubblicità ingannevole e, al n. 4, coordina la disciplina preesistente con quella nuova prevista per gli aspetti meramente processuali;
- infine, l'articolo 17 sottolinea come i codici di condotta abbiano anche un valore informativo; infatti, agli Stati membri è richiesto di predisporre *“misure appropriate per informare il consumatore”* ed, eventualmente, di *“incoraggiare i professionisti e i responsabili del codice ad informare i consumatori in merito ai propri codici di condotta”*.

A questo punto, pare doveroso procedere, seppur brevemente, ad un'analisi delle definizioni date dal legislatore comunitario, recepite *sic et simpliciter* dal legislatore nazionale, come si avrà modo di argomentare nel prossimo capitolo.

Il legislatore comunitario definisce *“codice di condotta”* come *“un accordo o una normativa che, pur non imposta da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, i professionisti si sono impegnati a rispettare in relazione a una o più pratiche commerciali o a uno o più settori imprenditoriali o professionali”* e come *“responsabile del codice”* *“qualsiasi soggetto, compresi un professionista o un gruppo di professionisti, responsabile della formulazione e della revisione di un codice di condotta e preposto al controllo del rispetto di tale codice da parte di coloro che si sono impegnati a sottostarvi”*.

Dalla lettera della Direttiva si può ammettere che il legislatore comunitario voglia suggerire agli Stati membri di incoraggiare il controllo delle pratiche commerciali sleali da parte dei responsabili dei codici nonché che i codici siano predisposti da parte delle associazioni di categoria di volta in volta interessate.

Non sfuggirà come, a conti fatti, ben poca autonomia sia lasciata alle associazioni di categoria nella redazione dei codici di condotta, codici che devono necessariamente riprendere principi stabiliti per legge, se non addirittura abbracciare una cd. *“linea dura”*, dal

momento che il legislatore comunitario fa espressamente salvi quei codici che siano volti “*a mantenere livelli elevati di integrità dei professionisti*”.

Inoltre, la violazione delle regole deontologiche, oltre ad avere implicazioni all'interno dell'ordinamento di appartenenza, ha senz'altro valenza per quanto concerne l'individuazione di una pratica commerciale come sleale.

Infatti, la circostanza che una determinata condotta commerciale non sia vietata dal codice di autodisciplina non è indice sufficiente ad escluderne la slealtà, potendo ben ricadere nella previsione di cui all'articolo 5 della Direttiva.

Diversamente, il mancato rispetto da parte del professionista delle previsioni del codice deontologico, da quest'ultimo sottoscritto, rappresenta una vera e propria presunzione di slealtà (*rectius* di ingannevolezza) della pratica. Tuttavia, affinché ciò avvenga, si devono verificare due circostanze:

- (i) l'impegno assunto dal professionista al rispetto della pratica deve essere fermo e verificabile e deve indicare - in una pratica commerciale - che aderisce ad un codice di condotta;
- (ii) la pratica commerciale, nel caso concreto e alla luce di tutte le circostanze del caso. Deve indurre o essere idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale, che non avrebbe altrimenti preso.

Pertanto, il rispetto delle disposizioni contenute nei vari codici di condotta è sicuramente presupposto essenziale per la valutazione della lealtà di una pratica commerciale, ma non è mai condizione sufficiente⁸².

⁸² Tale tema è stato analizzato da E. Bargelli *I codici di condotta*, in *Le “Pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori*, cit., pagg. 261 e ss.

CAPITOLO 2.

PRATICHE COMMERCIALI SLEALI: RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA

2.1. RECEPIMENTO DELLE NORME COMUNITARIE: CONSIDERAZIONI PRELIMINARI

La Direttiva 29/2005/CE è stata recepita nell'ordinamento italiano attraverso tre distinti provvedimenti normativi: i decreti legislativi n. 145 e 146 del 2 agosto 2007⁸³ e gli articoli 2, 4 e 8 del 23 ottobre 2007, n. 221.

Prima di procedere all'analisi delle norme di recepimento, pare opportuno fare alcune brevi premesse, seppure senza presunzione di voler trattare l'argomento in maniera esaustiva ed approfondita, in merito al recepimento della normativa comunitaria all'interno dell'ordinamento italiano, con particolare attenzione al primato della prima⁸⁴, nonché alle eventuali conseguenze nel caso in cui il legislatore italiano a) non ottemperasse nei termini prescritti o lo facesse in maniera parziale; b) successivamente, abrogasse o modificasse la normativa interna.

2.1.1 LA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA SULLA PREVALENZA DELLE NORME COMUNITARIE DIRETTAMENTE APPLICABILI SULLE NORME NAZIONALI: BREVE EXCURSUS STORICO

Il diritto prodotto dalle fonti comunitarie è destinato principalmente a produrre i propri effetti all'interno degli Stati membri, inserendosi direttamente - e con effetto dirompente - negli ordinamenti giuridici nazionali: di conseguenza le norme comunitarie si trovano ad operare accanto - spesso addirittura in conflitto - con le norme interne dei singoli Stati.

A livello normativo non vi sono specifiche disposizioni *ad hoc* per dirimere tali conflitti tra norme comunitarie e norme nazionali: è spettato così ai giudici e a tutti gli operatori del diritto, con il supporto della dottrina, affrontare e risolvere tale aspetto essenziale dei rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno (italiano).

⁸³ Sui quali, oltre ai commenti in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, IV Edizione ed Appendice di aggiornamento, a cura di L.C. Ubertazzi, Cedam, 2008, si vedano, *ex multis*, Battelli, *Nuove norme in materia di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in *Contratti*, 2007; A. Leone, *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, in *Il Diritto Industriale*, n. 3 del 2008, pagg. 255 e ss.; A. Genovese, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. Comm.*, Luglio-Agosto, 2008, Vol. I, pagg. 763 e ss.; De Cristofaro, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 5, Cedam, 2008, pagg. 1057 e ss.

⁸⁴ Per una trattazione approfondita del tema, si rimanda a P. Mengozzi, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione Europea*, Cedam, 2006; sempre P. Mengozzi, *Casi e materiali di Diritto Comunitario e dell'Unione Europea*, Cedam, 2006; A. Celotto, "L'efficacia delle fonti comunitarie nell'ordinamento italiano - normativa giurisprudenza e prassi", Utet, 2003; Tesaurò, *Diritto Comunitario*, Cedam, 2008.

Come si avrà modo di ripercorrere *infra*, i percorsi seguiti dalla giurisprudenza italiana “sono stati tortuosi, disagiati e, talora, confusi, scontando una resistenza di fondo del nostro ordinamento nazionale ad una apertura incondizionata al sistema comunitario, resistenza che ha complicato non poco il rinvenimento di soluzioni plausibili per tali antinomie”⁸⁵. Del resto, gli operatori nazionali potevano agire solamente tenendo presente l’esigenza di garantire la diretta ed immediata efficacia delle norme comunitarie, con conseguente prevalenza di queste ultime sulle norme interne incompatibili. Infatti, se non fosse garantito il primato del diritto comunitario sul diritto nazionale, si consentirebbe a ciascuno Stato membro di potersi sottrarre, con il proprio diritto interno, al diritto comunitario e al legale cui si sono voluti sottoporre con l’adesione ai Trattati.

Ma procediamo con ordine alla ricostruzione del percorso giurisprudenziale.

Prima di analizzare gli orientamenti della giurisprudenza italiana sul contrasto tra norma comunitaria e norma interna, pare opportuno evidenziare la caratteristica principale dell’ordinamento comunitario ovvero l’autonomia di quest’ultimo rispetto agli ordinamenti dei Stati membri: questo principio è stato elaborato dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, già nel 1963 con la famosa sentenza *Van Gend en Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*⁸⁶, ha dichiarato che “lo scopo del Trattato CEE [...] implica che il trattato è più che un accordo creante obbligazioni reciproche tra le parti contraenti [...] la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini; pertanto il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri, nello stesso modo in cui pone ai singoli degli obblighi attribuisce loro dei diritti soggettivi”.

In successive sentenze la Corte ha avuto modo di precisare meglio la portata del principio dell’autonomia del diritto comunitario, ormai divenuto uno dei principi cardine su cui si regge tutta la costituzione comunitaria.

Sul punto, è intervenuta la celebre sentenza *Costa c. Enel*⁸⁷ nella quale è precisato che “differentemente dagli ordinari accordi internazionali, il trattato istitutivo della Comunità

⁸⁵ Cfr. A. Celotto, *cit.*, pag. 195.

⁸⁶ Sentenza *Van Gend en Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Racc.* 1963, pag. 3.

⁸⁷ Sentenza *Costa c. Enel*, 15 luglio 1964, causa 6/64, *Racc.* 1129. In particolare, la Corte ha affermato e ribadito con forza il principio dell’autonomia del diritto comunitario al fine di impedire che quest’ultimo potesse essere svuotato nei suoi contenuti da disposizioni nazionali e garantire così un’uniforme applicazione su tutto il territorio comunitario. La Corte, infatti, prosegue dichiarando che “il diritto nato dal trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità”.

Economica Europea ha creato il suo proprio sistema giuridico quando il Trattato è entrato in vigore e come tale è vincolante per essi [...] Gli Stati membri hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro diritti sovrani e creato quindi un complesso di diritti vincolante per i loro cittadini e per loro stessi. L'integrazione nel diritto di ciascuno degli Stati membri di disposizioni aventi la loro fonte nella Comunità, e più in generale lo spirito e i termini del trattato, hanno come conseguenza l'impossibilità per gli Stati di far prevalere contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità un provvedimento unilaterale ulteriore il quale pertanto non potrà essere opponibile all'ordine comune".

Con il susseguirsi delle proprie decisioni, la Corte ha sviluppato il proprio pensiero configurando sempre di più il diritto comunitario come un sistema indipendente, creando situazioni giuridiche soggettive per i singoli e affermando, altresì, l'impossibilità per gli Stati membri di far prevalere un provvedimento unilaterale posteriore rispetto ad una norma di diritto comunitario precedente.

Nelle prime decisioni, la Corte ha mostrato un atteggiamento prudente, che faceva riferimento alla prevalenza del diritto comunitario in senso negativo, ossia sottolineando come gli Stati non potessero far prevalere un provvedimento unilaterale su una norma comunitaria (ma senza assumere la prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale).

Con il tempo, la Corte di Giustizia ha superato tale atteggiamento prudente, tanto che ha preso posizione sui seguenti temi:

- a) ha ritenuto direttamente applicabili, e quindi invocabili da individui ed imprese davanti a giudici nazionali, anche disposizioni comunitarie che non lasciavano direttamente trasparire la volontà di creare situazioni giuridiche attive anche sui singoli individui;
- b) ha rilevato la diretta applicabilità di dette disposizioni comunitarie in quanto prevalenti sul diritto nazionale - precedente o successivo - prevalenti anche sulle norme costituzionali nazionali;
- c) ha precisato - sin dal 1976 - che la suddetta prevalenza vale non soltanto per gli Stati membri ma anche per i relativi organi, tanto da imporre (con sentenza del 22 giugno 1989⁸⁸) di “*disapplicare*” le norme poste dal legislatore nazionale in contrasto con il diritto comunitario non solo ai giudici nazionali, ma a “*tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti locali territoriali*”.

Dopo tale precisazione da parte della Corte di Giustizia, non ha tardato a farsi sentire la riposta dei giudici nazionali. La nostra attenzione a questo punto deve volgere alla Corte Costituzionale Italiana, che ha modificato il proprio atteggiamento in due fasi: la prima va

⁸⁸ Sentenza della Corte del 22 giugno 1989, Fratelli Costanzo S.p.A. c. Comune di Milano, Causa 103/89, Racc. 1989, pag. 1839.

dal 1973 al 1975, la seconda è identificata con la sentenza Granital (8 giugno 1984, della quale si tratterà nel prosieguo).

Durante la prima tappa, la Corte Costituzionale ha affermato:

- a) l'illegittimità costituzionale, per indiretto contrasto con l'articolo 11 della Costituzione, di atti normativi statali meramente ripetitivi di regolamenti comunitari non bisognosi di integrazione da parte dei singoli legislatori nazionali (ovvero in quanto in contrasto con il principio di uniforme applicazione del diritto comunitario);
- b) l'illegittimità costituzionale, sempre per indiretto contrasto con l'articolo 11 della Costituzione, di qualunque legge ordinaria dello Stato che, pur essendo successiva ad una norma comunitaria, risulti con quest'ultima del tutto incompatibile (e ciò alla luce della violazione degli impegni comunitari dello stato italiano che deriverebbero da detta incompatibilità).

Tuttavia, nonostante tale atteggiamento non si era ancora giunti alla realizzazione della effettiva prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale, come invece ritenuto necessario dalla Corte di Giustizia. Infatti, richiedendosi ai giudici nazionali ordinari (i quali si trovassero di fronte ad una legge ordinaria incompatibile con una precedente norma comunitaria) di rimettersi alla Corte Costituzionale e attendere una pronuncia di illegittimità per poter poi applicare la norma comunitaria, non si assicurava di certo al diritto comunitario l'uniforme applicazione anche temporalmente.

Per risposta, la Corte di Giustizia, con la causa Simmenthal del 1978⁸⁹, ha precisato che *“il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme disapplicando, all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”*. Il principio di cooperazione di cui all'articolo 5 del Trattato CEE (attualmente 10 CE)⁹⁰ è visto dalla Corte come idoneo a conferire direttamente al giudice nazionale un ruolo nuovo che essa identifica con la “liberazione” di quest'ultimo, quando deve interpretare e applicare il diritto comunitario, dalle regole costituzionali interne, sia dalle regole costituzionali che

⁸⁹ Causa Simmenthal, 9 marzo 1978, causa 106/77, *Racc.* 629 e *Casi e mat.* 540). Nel caso in esame, il Pretore di Susa, promovendo una pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 234 CE, aveva domandato alla Corte di Giustizia di precisare se i giudici nazionali possono garantire i diritti attribuiti ai singoli da norme comunitarie in presenza di norme statali successive con esser incompatibili senza che, come all'epoca ritenuto dalla Corte Costituzionale italiana, *“si debba attendere la loro rimozione ad opera dello stesso legislatore nazionale (abrogazione) o di altri organi costituzionali (dichiarazione di incostituzionalità)”*.

⁹⁰ Tale norma prevede che gli Stati membri facilitino la Comunità nell'adempimento dei propri compiti e si astengano da qualsiasi misura che rischi di compromettere gli scopi del Trattato.

presiedono al suo rapporto con il Parlamento nazionale sia da quelle che disciplinano il giudizio di legittimità costituzionale.

La seconda tappa dell'evoluzione della posizione della Corte Costituzionale italiana è rappresentata dalla sentenza Granital dell'8 giugno 1984⁹¹, nella quale la Corte, rivedendo la propria posizione, ha ammesso in via generale la possibilità per i giudici ordinari di procedere - di fronte ad un contrasto tra un regolamento comunitario e una norma statale successiva - all'applicazione del primo senza dover attendere una pronuncia di illegittimità costituzionale della seconda. E' evidente come, di conseguenza, la Corte Costituzionale abbia attribuito all'operare congiunto dell'articolo 11 della Costituzione e della legge che ha dato esecuzione ai Trattati istitutivi delle Comunità effetti giuridici rilevanti. In altre parole, la Corte ha configurato la diretta applicabilità del diritto comunitario (all'interno degli spazi lasciati liberi da sistemi nazionali e come non destinato a integrarsi nel sistema delle fonti del diritto nazionale) come caratteristica intrinseca di gran parte delle sue norme, così che il giudice nazionale, nell'applicare il diritto comunitario, non deve fare i conti con il principio della sovranità del Parlamento e con quelli che disciplinano i conflitti di legge nel tempo⁹².

La differenza tra l'atteggiamento della Corte di Giustizia e quello della Corte Costituzionale⁹³ italiana risiede nel fatto che, mentre la prima ritiene il diritto nazionale incompatibile con quello comunitario (pur rimanendo integro e valido) è inapplicabile *ipso iure*, la seconda fonda la suddetta inapplicabilità sulla convinzione che l'ordinamento nazionale, per effetto dell'articolo 11 della Costituzione e della legge che ha dato esecuzione a ciascuno dei Trattati istitutivi, lasci che le norme comunitarie abbiano vigore nel territorio italiano in quanto emanate dagli organi competenti.

⁹¹ Sentenza Granital, 8 giugno 1984, 170/84, *Casi e mat.* 913. In tale occasione, la Corte Costituzionale si è pronunciata su una questione di legittimità costituzionale, che era sollevata dal Tribunale di Genova sulla base dell'assunto che in conformità alla precedente giurisprudenza costituzionale i giudici non potevano mai "disapplicare" le disposizioni di legge inequivocabilmente contrarie ad un regolamento comunitario posto in essere precedentemente, ma dovevano sottoporle al sindacato di costituzionalità.

⁹² Concludendo, la sentenza della Corte Costituzionale ha subito l'influenza della Corte di Giustizia la quale ha ritenuto che vigesse il principio della "*preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere ipso iure*" e indipendentemente dall'intervento del giudice "*inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente*", ma anche - in quanto le suddette disposizioni e atti formano parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli Stati membri - "*di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con le norme comunitarie*".

⁹³ La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 389/89, 4-11 settembre 1989 (*Casi e mat.* 922) ha fatto accidentalmente riferimento alla "disapplicazione" e ha precisato che l'appartenenza del nostro paese al processo di integrazione europea ha avuto per effetto che "*tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza di legge) sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili*" con il diritto comunitario direttamente applicabile.

Successivamente, con la sentenza n. 168/91 8-18 aprile 1991 (Giampaoli, *Casi e mat.* 928) ha parlato di "non applicazione" delle norme interne in contrasto con quelle comunitarie.

Ulteriore passo in avanti compiuto dalla giurisprudenza costituzionale è rappresentato dalla sentenza 10 novembre 1994, n. 384⁹⁴, che, al fine di garantire la prevalenza del diritto comunitario, ha operato una differenziazione tra i vari meccanismi di possibile intervento nella soluzione dell'antinomia: infatti, oltre alla tradizionale *disapplicazione/non applicazione* da parte di ciascun operatore (salva la successiva abrogazione), alla quale si ricorre nei casi di norme nazionali già vigenti in contrasto con il diritto comunitario, introduce anche la *diretta dichiarazione di incostituzionalità* da parte della Corte, per le ipotesi di norme interne non ancora in vigore. Tale ultimo intervento rappresenta un ulteriore passo verso il *massimo adeguamento* del diritto interno al diritto comunitario.

Ebbene, nella sentenza in esame, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della delibera legislativa regionale sottoposta al suo controllo e configgente con il diritto comunitario, così ha dovuto implicitamente ammettere che la norma nazionale fosse viziata, in quanto la potestà di annullamento della Corte è espressione dell'operare dei criteri gerarchico e/o della competenza che comportano l'invalidità della norma e quindi un suo vizio.

Una volta riconosciuta l'invalidità e, quindi, il vizio della norma interna non ancora vigente in contrasto con il diritto comunitario, è diventata una scelta obbligata l'ammettere che anche la norma interna, già in vigore, confliggente con il diritto comunitario sia viziata: pertanto, ne consegue che il singolo giudice ordinario deve eliminarla mediante disapplicazione.

Questa soluzione è stata tuttavia messa in crisi nell'arco di pochi mesi.

Infatti, con la sentenza 30 marzo 1995 n. 94⁹⁵, la Corte Costituzionale riprende e sviluppa le affermazioni contenute nella sentenza n. 384 del 1994 sulla possibilità di un controllo della Corte sul contrasto tra norme comunitarie e norme interne nell'ambito del giudizio di legittimità instaurato in via principale, estendendola anche al caso in cui l'impugnativa sia

⁹⁴ Corte Costituzionale 10 novembre 1994, n. 384, in *GiC*. 1994, 3449 e ss. Nel caso in esame, la Corte è chiamata ad esaminare un contrasto tra il diritto comunitario ed una deliberazione legislativa di un consiglio regionale, in forza di un ricorso governativo in via principale. In particolare, si tratta di una norma non ancora in vigore per la quale non vi può essere un giudizio di legittimità in via incidentale e, di conseguenza, un potenziale giudice *a quo* che possa direttamente far prevalere il diritto comunitario mediante la cd. non applicazione. In questo caso, pertanto, la Corte deve risolvere la questione facendo ricorso ad argomentazioni e ricostruzioni diverse, affermando così che, volendo perseguire “*l'esigenza di assicurare l'immediata ed uniforme efficacia del diritto comunitario [...] nel caso delle leggi regionali impugnate in sede di controllo governativo, la declaratoria di illegittimità costituzionale produrrebbe l'effetto di interdire l'entrata in vigore delle leggi in questione configgenti con il diritto comunitario. E quindi sarebbe proprio la declaratoria d'incostituzionalità pronunciata nei confronti di leggi regionali ad assicurare l'effettiva vigenza delle norme comunitarie non rispettate*”.

⁹⁵ La Corte Costituzionale, nella sentenza 30 marzo 1995 n. 94, in *GiC*, 1995, 788 e ss., ha esaminato nuovamente un caso di conflitto tra diritto comunitario ed una norma interna non ancora in vigore, ugualmente arrivando a dichiararne l'illegittimità costituzionale (nella specie, una delibera legislativa siciliana in materia di aiuti alle imprese).

mossa da una ragione avverso una legge statale (trattandosi quindi di norma nazionale già in vigore).

Nel far ciò la Corte ribadisce che nei giudizi in via incidentale non può essere la Corte Costituzionale ad intervenire, in quanto si tratta di questioni irrilevanti dal momento che non si applica la norma nazionale antinomia. Abbandonando la distinzione tra norme interne già vigenti e norme interne non ancora in vigore, ne fa discendere rispettivamente la disapplicazione o l'illegittimità costituzionale nel contrasto con le norme comunitarie. Inoltre, distingue le modalità di ricorso alla Corte:

- a) *giudizi in via principale*: è possibile un controllo accentrato con eventuale declaratoria di incostituzionalità della norma interna;
- b) *giudizi in via incidentale*: il conflitto deve essere risolto dallo stesso giudice a quo mediante la non applicazione delle norme interne.

In sintesi, si può ritenere che, alla luce della giurisprudenza costituzionale italiana, i conflitti tra norme comunitarie direttamente applicabili (che possono derivare da regolamento, da Direttiva, da sentenza o da decisione) e norme interne sono risolti da tutti gli operatori giuridici, in primo luogo dai giudici "comuni", facendo prevalere le prime in sede di interpretazione mediante la "non applicazione" (o la *disapplicazione*) delle seconde, cui deve comunque seguirne l'abrogazione legislativa⁹⁶. Unica "eccezione" in tale procedura di prevalenza del diritto comunitario è rappresentata dal caso in cui il singolo giudice abbia dubbi sulla portata applicativa della norma comunitaria oppure sulla sua diretta applicabilità: in questo caso, il giudice investirà della questione la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sollevando la *cd. pregiudiziale comunitaria* ai sensi dell'articolo 234 (già articolo 177) del Trattato CE⁹⁷.

⁹⁶ Si vedano anche C. Cost. 16 giugno 1995, n. 249 in *GiC*, 1995, 1827 e ss., dove si qualifica la prevalenza in termini di "non applicazione", anche se una volta utilizza il termine "disapplicazione"; C. Cost. 7 novembre 1995, n. 482, *GiC*, 1995, spec. 4419, secondo la quale "il rapporto fra fonti comunitarie e fonti nazionali è di competenza e non di gerarchia o di successione nel tempo, con l'effetto che la norma nazionale diviene non applicabile se e nei limiti in cui contrasti con le disposizioni comunitarie precedenti o sopravvenute".

⁹⁷ Accanto alla modalità generale di prevalenza del diritto comunitario, se ne sono poste altre ipotesi in cui la Corte Costituzionale ha comunque affermato la propria competenza nella soluzione dei conflitti in commento:

- a) antecedentemente alla riforma del Titolo V della Costituzione - attuata con la L. Cost. n. 3 del 2001 - un'ipotesi riguardava i casi in cui, in sede di controllo preventivo, il Governo eccedeva il contrasto di delibere legislative regionali con il diritto comunitario (cfr. C. Cost. 23 marzo 1999, n. 85, *GiC*, 1999, 856 ss.). Oggi la previsione del novellato articolo 127 della Costituzione prevede la possibilità da parte del Governo o della Regione di proporre una questione di legittimità costituzionale entro 60 giorni dalla pubblicazione della legge regionale;
- b) quando le Regioni impugnino leggi dello Stato che, contravvenendo al diritto comunitario, allo stesso tempo ledano o invadano le proprie competenze (cfr. le già richiamate sentenze della C. Cost. n. 94, 482 e 520 del 1995);

In conclusione, i rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale tendono al cd. “*monismo*”, anche se la nostra Corte Costituzionale cerca ancora di salvaguardare in un certo senso l’impostazione dualistica, per resistere ad una definitiva apertura verso il sistema comunitario, da cui discenderebbe inevitabilmente una “*degradazione*” del suo ruolo.

Ogni dubbio sulla prevalenza delle norme comunitarie direttamente applicabili sulle norme interne incompatibili è stato fugato; i giudici ordinari configurano quale disapplicazione la prevalenza delle norme comunitarie su quelle interne in caso di contrasto.

2.1.2 LIMITI AL PRIMATO DELLE NORME COMUNITARIE

La prevalenza delle norme comunitarie direttamente applicabili sulle norme nazionali incompatibili ormai si può considerare un dato acquisito del nostro ordinamento, proprio alla luce del consolidamento degli orientamenti giurisprudenziali sopra accennati.

Tuttavia, da una lettura più attenta dei suddetti orientamenti giurisprudenziali emerge che il primato del diritto comunitario non è assoluto ed incondizionato, ma si possono avere ipotesi in cui dovrebbero prevalere le norme interne: ciò dovrebbe accadere quando (si noti che il concreto verificarsi di tali ipotesi è assai remoto) le norme comunitarie si pongano in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o i diritti inviolabili della persona umana.

In queste ipotesi si parla dei cd. “*controlimiti*” alle limitazioni di sovranità accettate in forza dell’articolo 11 della Costituzione e, quindi, all’ingresso delle norme comunitarie.

Gli orientamenti della Corte Costituzionale in merito alla salvaguardia dei principi e dei diritti fondamentali nei confronti della Comunità Europea si sono originati dalla sentenza 27 dicembre 1965 n. 98⁹⁸. L’accenno all’esistenza di un nucleo di norme costituzionali italiane che comunque resistono alle norme comunitarie è sviluppato anche nella sentenza n.

-
- c) quando le norme nazionali violino norme comunitarie non direttamente applicabili (direttive) oppure recependole in maniera impropria o errata (cfr. C. Cost. 16 giugno 1993 n. 285, *GiC*, 1993, 2026 e ss.);
 - d) quando una legge interna impedisca o pregiudichi la perdurante osservanza dei Trattati, in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei loro principi (cfr. C. Cost. 23 dicembre 1986 n. 286 in *GiC*, 1986, I, 2309 e ss.).

In tutte queste ipotesi (alle quali si devono anche aggiungere i casi dei cd. “*controlimiti*” alla prevalenza del diritto comunitario di cui si dirà *infra*) la Corte Costituzionale, se ritiene fondato il contrasto, risolve l’antinomia dichiarando l’illegittimità costituzionale della norma confliggente con quella comunitaria.

⁹⁸ C. Cost. 27 dicembre 1965 n. 98, in *GiC*, 1965, 1322, spec. 1339 (par. 2, *Cons. diritto*). La Corte, chiamata a pronunciarsi sulle attribuzioni giurisdizionali della Corte di Giustizia della Comunità Europea, ha ammesso che anche in quest’ambito possano essere attribuite alle Comunità competenze nazionali, purché ciò avvenga “*senza pregiudizio del diritto del singolo alla tutela giurisdizionale, [in quanto] questo diritto è tra quelli inviolabili dell’uomo, che la Costituzione garantisce all’articolo 2 Cost.*”.

183 del 1973⁹⁹, la quale afferma che *“in base all’articolo 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve comunque comportare per gli organi della CEE un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all’art. 189 (ora articolo 249) una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali”*.

Tale riserva all’apertura dell’ordinamento italiano a quello comunitario è confermata anche nella successiva sentenza n. 170 del 1984¹⁰⁰, che stabilisce che *“le osservazioni fin qui svolte non implicano, tuttavia, che l’intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno sia sottratto alla competenza della Corte, [la quale] ha, nella sentenza n. 183 del 1973, già avvertito come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana”*.

Questa posizione assunta dalla Corte si giustifica sul timore (remoto) che una norma comunitaria possa intaccare il nucleo fondamentale dei valori del nostro ordinamento e, forse, anche dalla volontà della Corte Costituzionale italiana di non spogliarsi completamente di ogni potere relativamente all’immissione del diritto comunitario nel nostro ordinamento, anche nel tentativo di mantenere un’impostazione dualista nei rapporti tra ordinamenti. Tale posizione, naturalmente, ha evidenziato problemi sostanziali soprattutto con riguardo agli effetti di un’eventuale pronuncia di incostituzionalità: infatti, il sindacato della Corte - non potendosi riferire direttamente al regolamento comunitario - dovrebbe vertere sulla legge italiana di esecuzione del Trattato CE, nella parte in cui ammette l’articolo 249 (già 189) del Trattato, che a sua volta ha dato efficacia diretta a quel regolamento comunitario confliggente con i principi fondamentali o i diritti inviolabili¹⁰¹.

Dall’ammissione della Corte Costituzionale che le norme comunitarie direttamente applicabili devono essere considerate - almeno in linea teorica - recessive rispetto ai principi fondamentali della Costituzione e ai diritti inviolabili dell’uomo se ne desume che le norme comunitarie possono prevalere su norme interne di rango formalmente costituzionale che non appartengano al gruppo dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili dell’uomo. Pertanto, le norme comunitarie direttamente applicabili, in caso di contrasto, prevalgono non solo sulle norme di rango legislativo ma anche su quelle di rango costituzionale, salvo le limitazioni appena sottolineate.

⁹⁹ C. Cost. 183 del 1973, in *GiC*, 1973, specie 2420 (par. 9, *Cons. diritto*).

¹⁰⁰ C. Cost. 170 del 1984, *GiC*, 1984, specie 1116 (par. 7, *Cons. diritto*).

¹⁰¹ Tale ipotesi è stata esaminata dalla Corte Costituzionale unicamente in un’ipotesi, ossia con la sentenza 21 aprile 1989 n. 232 (in *GiC.*, 1989, I, 1001 e ss.).

Tale forza è stata confermata dalla giurisprudenza costituzionale con particolare riguardo soprattutto alle norme costituzionali relative al riparto di competenze tra Stato e Regioni¹⁰². Anche la dottrina ha fatto propria questa ricostruzione, rilevando come le fonti comunitarie avessero *“una efficacia sostanziale pari a quella di cui sono provviste le norme costituzionali o [...] un’efficacia quodammodo “assimilabile” a quelle espressa dalle norme costituzionali”*¹⁰³.

Ebbene, dal riconoscimento dell’idoneità a derogare a disposizioni costituzionali interne (sempre che non ledano i principi fondamentali dell’ordinamento) sembra che ne consegua che le norme comunitarie abbiano forza costituzionale in senso attivo, ossia quella stessa forza che avrebbe una legge costituzionale nazionale.

A questa ricostruzione però si contrappongono due considerazioni.

La prima precisa come la stessa Corte Costituzionale abbia negato che le norme comunitarie entrino a far parte del sistema normativo italiano e che quindi debbano essere valutate secondo i canoni propriamente interni.

La seconda ricorda come le norme comunitarie abbiano unicamente la capacità di derogare alle norme costituzionali e non anche di abrogarle, interpretarle, decostituzionalizzarle e sospenderle.

Ci si domanda se le norme comunitarie possano derogare anche a norme interne di rango costituzionale che non rientrino nel Titolo V della Parte II della Costituzione (appunto riguardanti il riparto di competenze tra Stato e Regioni).

Nella sentenza n. 117 del 1994 la Corte, pur trattando una questione inerente il riparto di competenze tra Stato e Regioni, ha affermato, in via apparentemente generale, l’idoneità delle norme comunitarie a *“derogare a norme interne di rango costituzionale (purché non contenenti principi fondamentali o diritti inalienabili della persona umana)”*, lasciando

¹⁰² Sentenza C. Cost. 19 novembre 1987 n. 399, afferma che *“si sostituiscono a quelle della legislazione interna e, se hanno derogato a disposizioni di rango costituzionale, debbono ritenersi equiparate e queste ultime, in virtù del disposto dell’articolo 11 Cost., il quale consente la limitazione di sovranità nazionale al fine di promuovere e favorire organizzazioni internazionali tra cui, com’è ius receptum, le Comunità europee”* e che quindi le norme costituzionali relative alla potestà regionali (articoli 117 e 118, comma 1, Cost.) *“valgono ai fini interni ed è perciò consentito alla disposizione comunitaria, sulla base del già citato articolo 11 Cost., di distribuire in modo diverso le competenze per singoli casi da essa considerati”*. In più occasioni la Corte ha ribadito il concetto di cui alla sentenza n. 399/87, precisando l’idoneità del diritto comunitario ad incidere sulla distribuzione delle competenze tra Stato e Regioni (cfr. *ex multis*, C. Cost. 10 giugno 1988 n. 632, *FI*, 1988, I, 1018 ss; C. Cost. 16 luglio 1991 n. 349, *GI*, 1992, I, 1, 1232 ss; C. Cost. 10 febbraio 1997 n. 20, *GiC.*, 1997, 147 ss.; C. Cost. 11 dicembre 1998 n. 398, *GiC.*, 1998, 3389 ss.).

¹⁰³ Ruggeri, *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. n. 170 del 1984, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla “teoria” della separazione alla “prassi” dell’integrazione intersistemica*, *GiC.*, 1991, 1589.

quindi supporre che, almeno in linea di principio, il diritto comunitario possa incidere su norme di rango costituzionale non solo nella ristretta materia regionale.

Infine, pur senza pretesa di aver trattato l'argomento in maniera approfondita ed esauriente, pare opportuno spendere poche ulteriori parole in merito all'impatto che possono avere le norme comunitarie nel nostro ordinamento nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi¹⁰⁴.

Ebbene, il giudizio di legittimità costituzionale, come qualsiasi altro giudizio di legittimità, comporta un confronto tra le norme oggetto del giudizio e le norme alla stregua delle quali deve essere verificata la legittimità o l'illegittimità. L'articolo 134 della Costituzione delinea l'oggetto di tale giudizio e, precisamente *"la Corte Costituzionale giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni"*. Le norme cd. norme parametro (ovvero le norme di raffronto) non possono che essere quelle contenute nella Costituzione (o le leggi costituzionali che si assumono violate). La giurisprudenza, del resto, ha fissato ulteriori parametri, avendo fatto riferimento anche alla cd. violazione indiretta della Costituzione, laddove una norma formalmente costituzionale affidi ad una norma non formalmente costituzionale il compito di fissare criteri di validità di successive leggi ed atti aventi forza di legge (qui le norme che integrano il parametro di legittimità costituzionale sono definite *"norme interposte"*).

A seguito degli ulteriori passi compiuti dalla giurisprudenza, è intervenuto lo stesso legislatore di revisione costituzionale, precisando nel nuovo articolo 117 Cost., comma 1, che *"la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto [...] dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario"*.

2.1.3. L'ATTUAZIONE DELLE NORME COMUNITARIE NON DIRETTAMENTE APPLICABILI

Come noto, le direttive - tralasciando le ipotesi di efficacia diretta - si rivolgono agli Stati membri della Comunità, fissando dei principi, più o meno generali, cui i singoli legislatori nazionali si devono adeguare: conseguentemente, sono necessari atti di recepimento e di esecuzione.

In particolare, le direttive comunitarie comportano solamente un'obbligazione di risultato, dal momento che è lasciata al singolo Stato la discrezionalità sulle forme e le modalità con le quali perseguire il risultato prestabilito. Qualora l'attuazione della Direttiva incidesse su leggi preesistenti, allora sarebbe necessaria una norma, puntuale e completa, idonea a risolvere i problemi di successione cronologica tra norme.

¹⁰⁴ Per una trattazione esauriente della materia si vedano, *ex multis*, A. Celotto, *cit.*, pagg. 220 e ss.; P. Mengozzi, *cit.*

In Italia il sistema attuativo delle direttive - non è certamente un mistero - è sempre apparso tortuoso e sordinato, tanto che si sono avuti ritardi e numerose inadempienze, con conseguenti ripetute condanne a livello comunitario.

Tralasciando di ripercorrere l'*iter*¹⁰⁵ che ha portato allo stato corrente, procederemo - seppure brevemente - ad analizzare l'impianto attuale, che permette al nostro ordinamento di avviarsi verso una concreta integrazione europea: la legge comunitaria annuale, introdotta dalla cd. "*legge La Pergola*" (L. 9 marzo 1989, n. 86).

La legge La Pergola rappresenta senza dubbio il primo intervento del legislatore italiano in materia comunitaria con cui non si provvede *tout court* all'attuazione di un certo numero di direttive, ma si detta la disciplina degli strumenti di recepimento delle disposizioni comunitarie: in breve, essa rappresenta una legge sulla produzione.

Tale sistema si fonda su una legge annuale (la "*legge comunitaria*") con la quale verificare periodicamente lo stato di conformità dell'ordinamento interno a quello comunitario e disporre, così, le necessarie attuazioni. In tale contesto, lo stesso Parlamento viene maggiormente coinvolto anche nella fase di formazione del diritto comunitario, con accentuazione dei doveri informativi del Governo¹⁰⁶.

Caratteristica peculiare della legge comunitaria è rappresentata dal suo essere solo in parte un provvedimento attuativo degli obblighi comunitari, ma piuttosto il punto di riferimento per tutti i soggetti coinvolti nel progetto di attuazione.

Tuttavia, si fa presente come la Legge La Pergola sia stata abrogata e sostituita dalla Legge 4 febbraio 2005 n. 11 (detta anche "*Legge Buttiglione*", dettata per disciplinare le procedure di esecuzione degli obblighi comunitari nonché di partecipazione al processo normativo), la quale ha però conservato lo strumento della legge comunitaria.

In particolare, gli articoli 8 e 9 della Legge 11 del 2005 prevede che il Governo presenti annualmente alle Camere, entro il 31 gennaio, un disegno di legge in grado di disciplinare le modalità di attuazione della normativa comunitaria nell'ordinamento italiano. Tale disegno deve recare la dicitura "*Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee*", completata dall'indicazione "*legge comunitaria*" seguita dall'anno di riferimento.

Con la legge comunitaria si provvede soprattutto a dare attuazione alle direttive attraverso:

¹⁰⁵ Dall'iniziale amplissimo uso della delega legislativa alla Legge Fabbri (L. 16 aprile 1987 n. 183, che ha formalizzato e dettato la disciplina degli Organi per il coordinamento delle politiche comunitarie, nonché ha coinvolto maggiormente gli organi nazionali nel circuito comunitario, mediante la previsione della comunicazione degli atti comunitari alle Camere, alle Regioni ed alle Province autonome, sia in sede di progetto sia una volta approvate).

¹⁰⁶ Lo scopo è quello di far recuperare alle Camere un ruolo centrale nei rapporti comunitari.

- la *normazione diretta*. In questo caso si abrogano o si modificano le norme interne in contrasto con quelle comunitarie direttamente attraverso la legge comunitaria (questo metodo viene solitamente utilizzato per il recepimento di disposizioni di non rilevante complessità);
- la delega al governo. In questa ipotesi, dopo aver ricevuto le necessarie autorizzazioni, l'esecutivo emana disposizioni di attuazione delle direttive comunitarie tramite decreto, regolamento o altro atto amministrativo, a seconda della materia oggetto della norma comunitaria.

Tutte le direttive contenute nelle leggi comunitarie sono suddivise in diversi allegati in base al tipo di provvedimento utilizzato per la loro attuazione, distinguendo tra:

- a) direttive da attuare con delega legislativa;
- b) direttive da attuare con delega legislativa, previo parere delle commissioni parlamentari competenti per materia;
- c) direttive da attuare in via regolamentare;
- d) direttive da attuare in via regolamentare, previo parere delle commissioni parlamentari competenti per materia;
- e) direttive da attuare in via amministrativa (cfr. *delegificazione*).

L'ultimo comma dell'articolo 8 della Legge Buttiglione prevede che il Governo presenti, in allegato alla legge comunitaria, una relazione annuale nella quale:

- a) riferisce sullo stato di conformità dell'ordinamento interno al diritto comunitario e sullo stato delle eventuali procedure di infrazione (meglio descritte *infra*) dando conto, in particolare, della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee relativa ad eventuali inadempienze e violazioni degli obblighi comunitari da parte della Repubblica italiana;
- b) elenca le direttive attuate o da attuare in via amministrativa;
- c) indica le ragioni dell'eventuale omesso inserimento delle direttive il cui termine di recepimento è già scaduto e di quelle il cui termine di recepimento scade nel periodo di riferimento, in relazione ai tempi previsti per l'esercizio della delega legislativa;
- d) elenca le direttive attuate con regolamento, nonché indica gli estremi degli eventuali regolamenti di attuazione già adottati;

- e) elenca gli atti normativi con i quali le singole Regioni hanno provveduto a fare attuazione nelle materie di loro competenza. Tale elenco deve essere preparato dalla Conferenza dei presidenti delle Regioni e delle Province autonome e trasmesso alla Presidenza del Consiglio dei Ministri non oltre il 25 gennaio di ogni anno.

2.1.4 Il mancato ottemperamento all'obbligo di recepire le norme comunitarie non direttamente applicabili

Prima di procedere all'analisi delle conseguenze della mancata ottemperanza all'obbligo per il legislatore nazionale di recepire le norme comunitarie non direttamente applicabili (le direttive), si rende opportuno premettere che le direttive stesse spesso pongono a carico degli Stati membri obblighi specifici: l'obbligo di comunicare periodicamente, a scadenze prestabilite, alla Commissione le misure di attuazione adottate e, in alcuni casi, anche valutazioni e precisazioni in merito alla stato di attuazione. In questo modo, si permette alla Commissione di esercitare il proprio controllo e, in caso di inadempimento, promuovere un procedimento di cd. infrazione¹⁰⁷ avanti la Corte di Giustizia, ai sensi dell'articolo 226.

A questo punto si pone il problema di stabilire se le norme comunitarie non direttamente applicabili (e in quanto tali hanno un'efficacia mediata) siano idonee a produrre effetti diretti nel caso in cui non fossero tempestivamente o adeguatamente attuate.

La Corte di Giustizia ha affrontato il tema in diverse sentenze, nelle quali ha cercato di garantire la maggiore efficacia possibile alle norme comunitarie.

¹⁰⁷ Il testo dell'articolo 226 Trattato CE (ex art. 169) recita che “*la Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù del presente Trattato, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni. Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di Giustizia*”. Ebbene, la procedura di inadempimento- delineata dall'articolo 226 Trattato CE - distingue due fasi:

- a) una *fase pre-contenziosa*, che si instaura avanti alla Commissione e che termina, una volta ricevute le osservazioni e in assenza di alcun accordo tra le parti, con un *parere motivato* della Commissione. Attraverso tale parere, la Commissione sottolinea l'inadempimento ed invita lo Stato a conformarsi agli obblighi del Trattato, al fine di eliminare il comportamento illecito. Qualora lo Stato, invece, non si conformi al parere motivato, allora avrà inizio la fase contenziosa;
- b) una *fase contenziosa*, avanti alla Corte di Giustizia, avente ad oggetto l'inadempimento dello Stato agli obblighi del Trattato.

Si badi bene che il ricorso per inadempimento può essere promosso anche da uno Stato membro, ai sensi dell'articolo 227 Trattato CE. In questo caso, tuttavia, lo Stato membro agente dovrà prima rivolgersi alla Commissione, pena l'irricevibilità del ricorso.

Riconoscimento della potenziale efficacia diretta delle direttive è stato sostenuto dalla Corte di Giustizia sulla base delle disposizioni del Trattato. La Corte, nella propria sentenza 41/74¹⁰⁸ nel caso Van Duyn, ha rilevato che:

- a) l'articolo 249 non esclude in assoluto che le direttive abbiano efficacia diretta;
- b) *“sarebbe in contrasto con la forza obbligatoria attribuita all'articolo 249 alla Direttiva escludere, in generale, la possibilità che l'obbligo da essa imposto sia fatto valere da eventuali interessati”*;
- c) *“l'articolo 234 autorizzando i giudici nazionali a domandare alla corte di giustizia di pronunciarsi sulla validità e sulla interpretazione di tutti gli atti compiuti dalle istituzioni, senza distinzione, implica il fatto che i singoli possano far valere tali atti dinanzi a detti giudici”*.

Pertanto, la Corte ha affermato la necessità di esaminare caso per caso se un obbligo posto a carico di uno Stato o di più Stati membri - pur non essendo contenuto in una disposizione avente forza diretta - possa porre di per sé in capo ai singoli diritti invocabili in giudizio in quanto *“sufficientemente preciso ed incondizionato”*.

Tale posizione è stata ribadita in una successiva pronuncia (causa C-246/94 e C-249/94¹⁰⁹) ove si legge che una disposizione di una Direttiva è

- a) incondizionata *“allorché enuncia un obbligo che non è accompagnato da alcuna condizione né subordinato nella sua esecuzione o nei suoi effetti all'intervento di alcun atto sia delle istituzioni della Comunità sia degli Stati membri”* e
- b) precisa quando *“enuncia un obbligo in termini non equivoci”*.

Inoltre, sempre in questa pronuncia, la Corte ha chiarito che il fatto che disposizioni di una Direttiva concedano un certo margine di discrezionalità ai legislatori nazionali *“non incide sul carattere preciso ed incondizionato del loro disposto”*.

Tra le varie pronunce, si deve menzionare il famoso caso Marshall¹¹⁰, dove la Corte ha effettuato la distinzione tra effetti verticali ed effetti orizzontali di una Direttiva non attuata da uno Stato che di essa sia destinatario. Per effetti verticali ha inteso quelli che si possono produrre nei rapporti tra uno Stato membro e le persone fisiche o giuridiche, mentre per effetti orizzontali quelli eventualmente idonei a prodursi nei confronti dei rapporti tra queste ultime.

¹⁰⁸ Sentenza 4 dicembre 1974, causa 41/4, *Racc.* 1337 e *Casi e mat.* 649.

¹⁰⁹ Corte di Giustizia, sentenza 17 settembre 1996, causa C-246/94 e C-249/94, *Cooperativa agricola zootecnica S. Antonio c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, *Racc.* I-4373.

¹¹⁰ Causa 152/84, 26 febbraio 1986, *Racc.* 723 e *Casi e mat.* 546.

La Corte mentre ha ritenuto impossibile riconoscere effetti orizzontali ad una Direttiva perché questa non può, di per sé, essere invocata fino a che non sia stata attuata, invece ha ammesso che disposizioni della stessa sufficientemente chiare, precise e determinate possono essere invocate ad effetti verticali¹¹¹.

In pratica, la Corte ha aumentato l'efficacia diretta ad effetti verticali di disposizioni di una Direttiva, ammettendo la possibilità di una loro invocazione nei confronti di imprese pubbliche operanti in regime di monopolio, di autorità fiscali, di enti territoriali, di autorità indipendenti, incaricate di mantenere l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza, nonché di pubbliche autorità che prestano servizi di sanità pubblica.

Tenendo ben presente, del resto, l'assunto secondo il quale devono essere accordati effetti verticali ad una Direttiva al fine di *“evitare che uno Stato possa trarre vantaggi dalla sua trasgressione del diritto comunitario”*, la Corte ha puntualizzato che una Direttiva non può avere l'effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni.

Successivamente, la Corte ha ulteriormente ampliato il rilievo che può essere attribuito alle direttive non attuate (nel caso *Marleasing*, sentenza 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Racc. I-4135*), precisando che nelle materie interessate da una Direttiva non tempestivamente o non adeguatamente attuata, il giudice nazionale, nell'applicare le disposizioni del proprio ordinamento, è tenuto ad interpretarle *“alla luce della lettera e dello scopo della Direttiva”*.

Tuttavia, si sono avuti anche casi nei quali non è stato possibile attuare i criteri stabiliti nelle sentenze *Marshall* e *Marleasing*. Ebbene, il cittadino comunitario che si trovi ad avere un rapporto con uno Stato membro potrà comunque far valere la diretta applicabilità di tali disposizioni quando risultino sufficientemente chiare, precise e determinate; tuttavia, lo stesso trattamento non sarà riservato al cittadino che abbia rapporti con altri cittadini di Stati membri. Per risolvere quest'ultimo problema, la Corte, nel famoso caso *Francovich*¹¹², ha stabilito un principio generale di responsabilità dello Stato membro nei confronti dei privati per violazione del diritto comunitario. In particolare, ha chiarito che *“sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro. La possibilità di risarcimento a carico dello Stato membro è particolarmente indispensabile qualora [...] la piena efficacia delle norme comunitarie sia*

¹¹¹ Questo è il principio cd. *clean hands* secondo il quale chi si sia sporcato le mani trasgredendo ad una regola di diritto non può trarre vantaggio dalla propria trasgressione.

¹¹² Caso *Francovich*, sentenza 19 novembre 1991, cause C-6/90 e C-9/90, *Racc. I-5357 e Casi e mat. 556*.

subordinata alla condizione di un'azione da parte dello Stato, di conseguenza, i singoli in mancanza di tale azione, non possano far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto comunitario". Secondo la Corte, l'applicazione di tale principio è compito dei singoli giudici nazionali. La Corte ha precisato altresì, proprio al fine di evitare possibili elusioni, che esiste un obbligo di "prendere tutti i provvedimenti necessari a conseguire il risultato prescritto da una Direttiva, la piena efficacia di questa norma di diritto comunitario esige che sia riconosciuto un diritto di risarcimento" qualora ricorrano le seguenti condizioni:

- a) *"il risultato prescritto dalla Direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore di singoli";*
- b) *"il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della Direttiva"; e*
- c) *esista "un nesso di causalità tra violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi".*

Successivamente, in data 5 marzo 1996, la Corte di Giustizia si è pronunciata in merito ai procedimenti riuniti "Brasserie du pêcheur SA" e "Queen c. Secretary of State for Transport ex parte: Factortame Limited e altri"¹¹³. In tale occasione, la Corte di Giustizia, dopo aver chiarito che il principio della responsabilità dello Stato *"trova applicazione allorché l'inadempimento contestato e riconducibile al legislatore nazionale"*, ha precisato che *"nell'ipotesi in cui una violazione del diritto comunitario da parte di uno Stato membro sia imputabile al legislatore nazionale che operi in un settore nel quale esso disponga di un ampio potere discrezionale in ordine alle scelte normative, i singoli hanno diritto al risarcimento qualora la normativa comunitaria violata sia preordinata ad attribuire loro diritti, la violazione sia manifesta e grave e ricorra un nesso causale diretto tra violazioni e il danno subito dai singoli"*. La Corte ha continuato poi affermando che anche con riferimento a violazioni del diritto comunitario non risultanti dalla mancata attuazione di direttive, il giudice nazionale deve riconoscere ai singoli un *"risarcimento adeguato al danno subito"*. Ebbene, l'esclusione totale del lucro cessante dal danno risarcibile non può essere ammessa in caso di violazione del diritto comunitario rilevando che, soprattutto con riferimento a controversie in materia di diritto commerciale o comunque economica, una tale esclusione totale del lucro cessante di fatto rende impossibile il risarcimento del danno. A maggior ragione questo vale nel caso di mancata attuazione di una Direttiva comunitaria.

¹¹³ Rispettivamente, sentenza C-46/93 e C-48/93, *Racc.* I-1029 e *Casi e mat.* 562. In queste sentenze, la Corte si è trovata a dover precisare il regime di responsabilità dello Stato nei confronti dei privati, risultante dal caso Francovich in merito a violazioni di disposizioni sostanziali del Trattato (articoli 28 e 43 CE). In prima battuta, la Corte si è dovuta pronunciare sull'*an*.

Infine, la Corte di Giustizia, proprio per porre rimedio alle gravi conseguenze che sarebbero derivate agli Stati membri con l'applicazione *tout court* della liquidazione del lucro cessante in caso di risarcimento dei danni, ha previsto¹¹⁴ che questo avvenga solo a fronte di una “grave e manifesta” violazione del diritto comunitario (ovvero a fronte della circostanza che uno Stato membro non adotti provvedimenti necessari per il raggiungimento del risultato prescritto da una Direttiva entro il termine fissato da quest'ultima). In caso di inadeguata attuazione della Direttiva, onere della prova per ottenere il risarcimento in questione incomberà sul soggetto che pretenda di essere risarcito.

2.1.5 Considerazioni conclusive

Alla luce delle considerazioni svolte in questa prima parte, possiamo affermare che lo Stato membro, che non prenda alcun provvedimento necessario per il raggiungimento del risultato prescritto da una Direttiva entro il termine fissato da quest'ultima, viola in modo grave e manifesto i limiti imposti all'esercizio dei suoi poteri. Di conseguenza, in risposta al quesito formulato all'inizio del paragrafo 2.1, possiamo riassumere le conseguenze per il legislatore inadempiente agli obblighi di recepimento delle normative non direttamente applicabili come segue:

- a) sottoposizione dello Stato italiano al giudizio di infrazione;
- b) tutela dei singoli cittadini nei confronti dello Stato, qualora dal mancato recepimento di una determinata Direttiva derivino dei danni per i primi;
- c) nell'ultimo caso, obbligo per lo Stato italiano di risarcire i danni, nelle misure e con i limiti *supra* analizzati.

Discorso analogo per il caso in cui il legislatore italiano decidesse di abrogare o modificare (*in peius*) la normativa di attuazione delle direttive comunitarie. Infatti, a meno che, tale abrogazione o modificazione sia diretta conseguenza dell'introduzione di una norma comunitaria successiva, lo Stato italiano si renderebbe inadempiente all'obbligo previsto dall'articolo 249 del Trattato CE non solo con riferimento all'Unione Europea ma anche nei confronti dei cittadini italiani (che si vedrebbero trattati in maniera diversa rispetto agli altri cittadini europei), con le conseguenze sopra analizzate.

¹¹⁴ Sentenza Dillenkofer, 8 ottobre 1996, causa C-178/94, *Racc. I-4845 e Casi e mat. 570*.

2.2. L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA 2005/29/CE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

2.2.1 GLI ATTI NORMATIVI

Come già anticipato *supra*, la Direttiva in commento è stata recepita nel nostro ordinamento attraverso i decreti legislativi n. 145 e 146 del 2 agosto 2007 e gli articoli 2, 4 e 8 del 23 ottobre 2007, n. 221¹¹⁵.

La legge comunitaria del 2005¹¹⁶ aveva conferito delega al Governo di adottare, entro i successivi 18 mesi dall'entrata in vigore, i decreti legislativi contenenti le disposizioni necessarie per attuare una serie di direttive comunitarie, elencate negli allegati A e B alla legge medesima, tra le quali anche la Direttiva 2005/29/CE.

Si fa presente come la legge comunitaria del 2005 non abbia provveduto a dettare principi e criteri direttivi specifici per il recepimento della Direttiva 2005/29/CE, così che il Governo ha dovuto rispettare unicamente i principi ed i criteri direttivi generali previsti dall'articolo 3 della Legge 29/2006 (con particolare riferimento a quelli di cui alle lettere b), c) ed e¹¹⁷). In particolare, la legge delega non forniva indicazione alcuna in merito ai contenuti che avrebbe dovuto riportare il Governo nell'attuazione della Direttiva: non chiariva se, a quali condizioni e in quale modo il legislatore italiano avrebbe potuto operare nei limiti dei margini di discrezionalità concessi con riferimento alla disciplina sostanziale delle pratiche commerciali sleali così come non aveva definito le modalità con le quali colmare le lacune relative ai procedimenti nei confronti dei professionisti di cui agli articoli 11 e 12 della Direttiva 2005/29/CE, né dettava i criteri cui gli Stati membri si sarebbero dovuti ispirare

¹¹⁵ Sul punto, si rinvia a De Cristofaro, *Il "cantiere aperto" codice del consumo: modificazioni e innovazioni apportate dal D.Lgs 23 ottobre 2007 n. 221*, in *Studium iuris*, 2008, pagg. 265 e ss. L'autore procede ad una sapiente ed approfondita analisi critica della materia anche in *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, in *Le nuove leggi civile commentate*, Cedam, 2008, pagg. 1057 e ss.; *Le pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, il recepimento della Direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, Giappichelli, 2008.

¹¹⁶ Legge 25 gennaio 2006 n. 29, pubblicata in *Supplemento ordinario* n. 34 alla *G.U.* n. 32 dell'8 febbraio 2006.

¹¹⁷ Nella lettera b) si prevedeva che "ai fini di un migliore coordinamento con le discipline vigenti per i singoli settori interessati dalla normativa da attuare" il legislatore avrebbe dovuto apportare le dovute modifiche alle discipline preesistenti al fine di poter dare attuazione alle direttive da recepire.

Nella lettera e) si prevedeva che "all'attuazione di direttive che modificano precedenti direttive già attuate con legge o con decreto legislativo" si sarebbe dovuto procedere, se la modifica non avesse implicato un "ampliamento della materia regolata", "apportando le corrispondenti modificazioni alla legge o al decreto legislativo di attuazione della Direttiva modificata".

La lettera c) autorizzava il Governo a comminare nei confronti di quelli che avessero violato le disposizioni dei decreti legislativi attuativi delle direttive comunitarie cui si riferiva la legge delega, sia sanzioni amministrative sia sanzioni penali. Tale norma precisava che le sanzioni penali sarebbero dovute essere previste solamente per le infrazioni che "ledano o espongano a pericolo interessi costituzionalmente protetti", mentre nel caso di infrazioni idonee a ledere o ad esporre a pericolo interessi non protetti a livello costituzionale, si sarebbero dovute prevedere unicamente sanzioni amministrative aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro di ammontare "non inferiore a euro 150 e non superiore ad euro 150.000". Conseguentemente, il Governo poteva punire i soggetti che avessero posto in essere pratiche commerciali sleali solamente per mezzo di sanzioni amministrative, dal momento che gli interessi tutelati dalla Direttiva 2005/29/CE non rientravano di certo tra quelli costituzionalmente garantiti.

(ossia - per esempio - tra controllo giudiziario e controllo amministrativo) né, infine, chiariva se le sanzioni pubblicistiche destinate ad essere comminate nei confronti dei professionisti sarebbero state affiancate o meno da sanzioni di natura privatistica.

Questa delega quasi “*in bianco*”, conferita dalla Legge comunitaria 2005, è stata esercitata dal Governo con i D.Lgs. n. 145 e n. 146 del 2 agosto 2007. Il primo decreto¹¹⁸ contiene la disciplina generale della pubblicità ingannevole e comparativa e, quindi, anche le norme di recepimento della Direttiva 84/450/CEE (con le modifiche apportate dalla Direttiva 97/55/CE e dall’articolo 14 della Direttiva 2005/29/CE, come si è avuto modo di meglio argomentare nel capitolo precedente). Il secondo decreto¹¹⁹, invece, contiene le disposizioni di recepimento degli articoli 1-13 e 15-17 della Direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Si fa presente come entrambi i suddetti decreti siano entrati in vigore il quindicesimo giorno successivo alla relativa data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale - avvenuta il 6 settembre 2007 - dal momento che il legislatore italiano ha deciso di non avvalersi della facoltà di differire l’entrata in vigore della normativa attuativa fino al 12 dicembre 2007.

Il D.Lgs. 145/2007 contiene non solo le norme indispensabili per recepire le norme contenute nell’articolo 14 della Direttiva 2005/29/CE in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, ma anche l’intero *corpus* normativo originariamente inserito nel D.Lgs. 74 del 28 gennaio 1992 (con il quale era stata inizialmente recepita la Direttiva concernente la pubblicità ingannevole) e successivamente trasfuso negli articoli 18-27 del Codice del Consumo (che ha abrogato il D.Lgs. 74/92), il tutto alla luce delle modifiche introdotte dall’articolo 14 della Direttiva 2005/29/CE.

Il D.Lgs. 146/2007, invece, è composto da 5 articoli.

L’articolo 1 ha sostituito completamente il Titolo III della Parte II del codice del consumo (ovvero gli articoli da 18 a 27) inserendo le previsioni di cui agli articoli 1-13 della Direttiva 2005/29/CE nonché i contenuti dell’allegato 1 alla Direttiva stessa.

Gli articoli 2 e 3 del D.Lgs. 146/2007 hanno apportato agli articoli 57 del codice del consumo e all’articolo 14 del D.Lgs. 19 agosto 2005 n. 190, le modifiche necessarie per adeguare tali norme a quanto introdotto dall’articolo 15 della Direttiva 2005/29/CE (contenente le modifiche delle direttive 97/7/CE e 2002/65/CE in materia di forniture non richieste).

¹¹⁸ D.Lgs. 145 del 2 agosto 2007 recante l’”*Attuazione dell’articolo 14 della Direttiva 2005/29/CE che modifica la Direttiva 84/450/CE sulla pubblicità ingannevole*”:

¹¹⁹ D.Lgs. 146 del 2 agosto 2007 contenente la normativa in materia di “*Attuazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/Ce, 98/27/CE, 2002/65/CE e il Regolamento (CE) n. 2006/2004*”.

L'articolo 4 ha stabilito che il regolamento destinato ad essere adottato, ai sensi del nuovo articolo 27, comma 11, del codice del consumo (in materia di tutela amministrativa e giurisdizionale), dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato per la disciplina istruttoria di competenza dell'autorità stessa, sarebbe dovuto essere emanato entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo¹²⁰.

Infine, l'articolo 5 contiene una previsione che, al fine di coordinare la disciplina delle vendite piramidali con il nuovo regime delle pratiche commerciali scorrette (e quindi con la nuova previsione dell'articolo 23, n. 14 del codice del consumo), stabilisce l'abrogazione dell'articolo 5, comma 1, della L. 17 agosto 2005 n. 173.

L'attuazione della Direttiva 2005/29/CE è stata successivamente completata con il D.Lgs. 23 ottobre 2007, n. 221 relativo alle *“disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206, recante Codice del consumo”*¹²¹. Gli articoli 2, 4 e 8 del D.Lgs. 221/2007 hanno introdotto nel codice del consumo innovazioni indirizzate all'integrazione del *corpus* normativo già inserito nel codice del consumo stesso dal D.Lgs. 146/2007.

In particolare, questo decreto legislativo per così dire “correttivo” ha, di fatto, introdotto le seguenti modifiche/integrazioni al testo del codice del consumo:

- (a) L'articolo 4 del D.Lgs n. 221/2007 ha modificato la rubrica del Titolo III della Parte II del codice del consumo, che adesso è intitolato *“Pratiche commerciali”, pubblicità e altre comunicazioni commerciali*;
- (b) L'articolo 8 del D.Lgs n. 221/2007 ha sostituito il comma 2 dell'articolo 57 (*fornitura non richiesta*), rendendo omogenei i richiami normativi nonché la stessa formulazione testuale ai quali si considerano soggette sia le forniture previste dall'articolo 57 cod. cons. sia quelle previste dall'articolo 67 *quinquies - decies* cod. cons. (*Servizi non richiesti*);
- (c) L'articolo 2 del D.Lgs n. 221/2007 ha inserito nell'elenco dei diritti riconosciuti ai consumatori e agli utenti *“come fondamentali”*, contenuti nell'articolo 2, comma 2, del cod. cons., il diritto *“all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà”*, ora contenuto nella lettera c-bis) del medesimo articolo, anche se - non si comprende per quale motivo - non ha eliminato dalla lettera c le previsione del *“diritto ad una corretta pubblicità”* (ormai divenuta superflua alla luce dell'introduzione della lettera c-bis).

¹²⁰ Il termine è stato effettivamente rispettato. Infatti, tale regolamento è stato emesso mediante deliberazione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato n. 17589 del 15 novembre 2007 - *Procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette* in G.U. n. 283 del 5 dicembre 2007.

¹²¹ Il D.Lgs. 23 ottobre 2007 n. 221 è stato pubblicato nella G.U. n. 278 del 29 novembre 2007.

2.2.2 LA SCELTA OPERATA DAL LEGISLATORE ITALIANO IN MERITO ALL'AUTONOMIA DELLA DISCIPLINA DELLE PRATICHE COMMERCIALI SLEALI RISPETTO A QUELLA DELLA PUBBLICITÀ COMMERCIALE

Ebbene, il legislatore italiano, nel recepimento della normativa in materia di pratiche commerciali sleali nonché di pubblicità commerciale, ha optato per una netta separazione e distinzione delle relative discipline, che sono state appunto affidate a due provvedimenti normativi distinti.

Tuttavia, mentre la parte sostanziale delle discipline delle pratiche commerciali sleali (*rectius* scorrette, come si avrà modo di argomentare *infra*) e della pubblicità ingannevole e comparativa risultano pienamente in linea con i contenuti delle due direttive e presentano, così, le medesime differenze nonché il grado di autonomia che caratterizzano appunto le rispettive direttive, invece non può essere sostenuto anche per quanto concerne la parte procedimentale (contenuta nell'articolo 27 cod. cons. e nell'articolo 8 del D.Lgs. 2 agosto 2007 n. 145). Infatti:

- la competenza ad accertare la violazione di entrambe le discipline e ad adottare i conseguenti provvedimenti sanzionatori ed inibitori fa capo, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato;
- entità, natura e tipologia delle sanzioni amministrative (che si avrà modo di analizzare *infra*) comminate ai professionisti che pongano in essere pratiche commerciali sleali o diffondano pubblicità ingannevole o comparativa illecita sono state definite e regolate con le medesime modalità;
- la disciplina del procedimento seguito dall'Autorità garante per accertare le infrazioni, per irrogare le sanzioni e adottare gli opportuni provvedimenti inibitori e/o sanzionatori è la medesima per le due discipline;
- quasi identici sono anche i regolamenti attuativi adottati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato rispettivamente per i procedimenti di cui all'articolo 27 cod. cons.¹²² e per i procedimenti di cui all'articolo 8 del D.Lgs n. 145/2007¹²³.

Nonostante il mantenimento dell'autonomia formale e contenutistica delle due discipline, il legislatore ha concentrato in capo alla medesima autorità la competenza a portarne a termine l'esecuzione, superando così ogni problema attinente alla delimitazione dei rispettivi ambiti di operatività nonché all'individuazione degli interessi tutelati dalle due discipline.

¹²² Delibera n. 17589 del 15 novembre 2007 - *Procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette* - in *G.U.* n. 283 del 5 dicembre 2007, commentata da Falce in *Dir. Ind.*, 2008, pagg. 57 e ss.

¹²³ Delibera n. 17590 del 15 novembre 2007 - *Procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita* - in *G.U.* n. 283 del 5 dicembre 2007, commentata da Falce in *Dir. Ind.*, 2008, pagg. 57 e ss.

Per quanto attiene alla delimitazione sostanziale della disciplina delle pratiche commerciali sleali (*rectius*, scorrette) e di quella della pubblicità ingannevole e comparativa illecita, si rinvia a quanto argomentato nel capitolo 1.

Tornando alla disciplina delle pratiche commerciali ed, in particolare, alla relativa collocazione all'interno del codice del consumo, sono state sollevate perplessità¹²⁴ in merito alla collocazione che è stata data alle disposizioni attuative degli articoli 1-13 della Direttiva 2005/29/CE.

È stato fatto notare come *“la nozione di “pratica commerciale” includa qualsiasi condotta rivolta a promuovere l’acquisto di beni o servizi offerti ai consumatori o comunque correlata a contratti stipulati (o da stipularsi) da professionisti con consumatori”*, pertanto, da un punto di vista sistematico e contenutistico, le nuove norme in materia di pratiche commerciali scorrette sarebbero dovute essere inserite nella parte III del codice del consumo (intitolata appunto *“Il rapporto di consumo”*), che appunto disciplina i contratti (anche nella fase precontrattuale nonché lo svolgimento vero e proprio del rapporto contrattuale fino al suo eventuale scioglimento) conclusi da consumatori con professionisti.

Ebbene, proprio in virtù dello stretto rapporto tra l’instaurazione e l’attuazione di rapporti contrattuali (sempre tra consumatore e professionista) ed il divieto di porre in essere pratiche commerciali sleali, il legislatore avrebbe dovuto propendere per introdurre le nuove norme attuative degli articoli 1-13 della Direttiva 2005/29/CE all’interno del Titolo II della Parte III del codice del consumo (articolo 39) e per eliminare le regole relative al credito al consumo (che meriterebbe una trattazione unitaria nel T.U.B.).

Alla luce delle valutazioni appena espresse, è stato proposto, altresì, di collocare il Titolo dedicato alle pratiche commerciali sleali all’inizio della Parte III, inserendo in un Titolo II le disposizioni attuative della Direttiva 92/13/Cee. Quest’ultima proposta è stata ritenuta preferibile *“non solo perché più coerente con l’intitolazione stessa della Parte III (la quale si sarebbe in tal modo aperta proprio con l’individuazione dei principi generali cui i professionisti debbono uniformare la propria condotta nei “rapporti di consumo”, id est nei rapporti contrattuali che promuovono, instaurano ed intrattengono coi consumatori), ma anche perché idonea ad evitare una “censura” fra le disposizioni concernenti “i contratti dei consumatori in generale” e quelle relative alle “modalità contrattuali”, incluse nel Titolo III”*¹²⁵.

¹²⁴ Si veda G. De Cristofaro, *L’attuazione della Direttiva 2005/29/CE nell’ordinamento italiano: profili generali*, op. cit., Giappichelli, pagg. 73 e ss.; sempre De Cristofaro, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, cit., pagg. 1067 e ss.

¹²⁵ De Cristofaro, *L’attuazione della Direttiva 2005/29/CE nell’ordinamento italiano: profili generali*, in op. cit., Giappichelli, pag. 75.

Il legislatore, invece, ha preferito inserire la nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette nella Parte II del codice del consumo, ove erano situate le norme in materia di pubblicità ingannevole e comparativa. L'Autore, più volte citato, ha ritenuto *“errata e fuorviante”* tale scelta perché *“incoerente con i restanti contenuti della Parte II del codice del consumo, la quale impone ai professionisti un insieme di regole di condotta (da rispettare in sede di predisposizione ed effettuazione dell'offerta di beni e servizi a consumatori, nonché promozione della stipulazione di contratti con questi ultimi) che attengono esclusivamente alla fase che precede la (possibile) stipulazione di contratti con consumatori, laddove per contro le disposizioni attuative degli artt. 2-13 della Direttiva 2005/29/CE si applicano a qualsiasi pratica commerciale posta in essere anteriormente, contestualmente o anche posteriormente alla instaurazione di rapporti contrattuali intercorrenti fra professionisti e consumatori”*.

L'articolo 1 del D.Lgs n. 146/2007 ha integralmente sostituito i contenuti del Titolo III della Parte II del codice del consumo, che adesso risulta suddiviso in tre capi:

- i. il primo (*“disposizioni generali”* articoli 18 e 19) contiene una serie di definizioni e individua l'ambito di applicazione e la portata del nuovo corpus normativo, definendone anche i rapporti con le altre discipline e sottolineandone (come già visto nel testo della Direttiva) la natura sussidiaria;
- ii. il secondo (*“pratiche commerciali scorrette”* articoli 20-26) contiene le disposizioni attuative degli articoli da 5 a 9 della Direttiva e riproducono il contenuto del suo Allegato I;
- iii. il terzo (*“applicazione”* articoli 27-27 *quater*) contiene le norme di recepimento degli articoli 10-13 della Direttiva 2005/29/CE.

Si fa presente come - e la cosa non stupisce - la lettera delle disposizioni previste negli articoli sopraccitati quasi sempre riproduce pedissequamente il testo italiano delle corrispondenti disposizioni della Direttiva, senza cercare di risolvere e/o chiarire le questioni tutt'ora aperte per il nostro ordinamento; nei pochi casi in cui ha cercato di innovare il testo, il legislatore ha spesso operato scelte non chiare e che hanno sollevato non poche perplessità (si pensi, per esempio, alla sostituzione dell'aggettivo *“sleali”* con quello *“scorrette”*).

Anche all'interno delle definizioni si sono rinvenute non poche scelte opinabili, soprattutto alla luce del fatto che le nozioni *“generali”* del codice del consumo non sono state raccordate e coordinate con quelle *“speciali”* contenute nella parte relativa alle pratiche commerciali scorrette.

Ma di tutto questo si avrà modo di parlare più avanti.

2.2.3 RAPPORTO TRA LA DISCIPLINA DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE (TITOLO III DELLA PARTE II COD. CONS.) E LE ALTRE DISCIPLINE NORMATIVE

Leggendo i lavori preparatori dei due decreti legislativi n. 145 e 146 del 2007 emerge come il Governo non abbia rivisto attentamente la legislazione previgente al fine di non violare il divieto, imposto ai Paesi membri dalla Direttiva 2005/29/CE, di mantenere disposizioni interne idonee ad assicurare ai consumatori un livello di tutela diverso (sia *in pieus* sia *in melius*) rispetto a quello garantito dalla stessa Direttiva.

Si sottolinea come nessuna modifica sia stata operata dai decreti legislativi n. 146/2007 e 221/2007 a provvedimenti diversi dal codice del consumo già presenti nel nostro ordinamento ed idonei ad interferire con la disciplina della pratiche commerciali.

Si pensi, in particolare, alla disciplina delle “*vendite piramidali*” contenuta negli articoli 5, 6 e 7, comma 1, della Legge 17 agosto 2005 n. 173¹²⁶ (“*Disciplina della vendita diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali*”) che è rimasta intatta, anche se solo dal punto di vista formale, dal momento che la sua operatività è stata considerevolmente ridotta dall’abrogazione parziale operata dall’articolo 5 del D.Lgs. 146/2007 (*Disposizioni finali*)¹²⁷.

Inoltre, nessuna modifica è stata apportata alla disciplina generale della concorrenza sleale contenuta nel codice civile, alla legge sul diritto d’autore (L. 22 aprile 1941 n. 633) o al codice della proprietà industriale (D.Lgs 10 febbraio 2005 n. 30) e non vi sono state nemmeno inserite apposite disposizioni di coordinamento.

Naturalmente questo non significa che alle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori non si applicheranno le sopraccitate normative, dal momento che l’articolo 27, comma 15, del cod. cons. fa comunque salva la giurisdizione ordinaria in materia di atti di concorrenza sleale, nonché di atti compiuti in violazione del diritto d’autore, dei marchi, delle denominazioni d’origine riconosciute e protette in Italia e di altri segni distintivi.

Pertanto, una pratica commerciale compiuta da un imprenditore nei confronti di consumatori che sia idonea ad integrare anche un “*atto di concorrenza*” ai sensi dell’articolo 2598 c.c., dovrà essere qualificata come “*atto di concorrenza sleale*” ogni qualvolta integri

¹²⁶ Legge 17 agosto 2005 n. 173 intitolata *Disciplina della vendita diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali*, pubblicata in G.U. n. 204 del 2 settembre 2005.

¹²⁷ L’articolo 5 recita “*dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo gli articoli 5, comma 1, e 7, della legge 17 agosto 2005, n. 173, recante disciplina della vendita diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali, sono abrogati nella parte in cui riguardano forme di vendita piramidali tra consumatori e professionisti come definite all’articolo 23, comma 1, lettera p), del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante Codice del consumo in cui e’ previsto o ipotizzabile un contributo da parte di un consumatore come definito dall’articolo 18, comma 1, lettera a), del predetto codice. I suddetti articoli 5, comma 1, e 7, restano applicabili pertanto alle forme di promozione piramidale che coinvolgono qualsiasi persona fisica o giuridica che agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale*”.

una delle fattispecie elencate nello stesso articolo 2598 c.c. Conseguentemente, in tali casi, qualora nel comportamento del professionista/imprenditore sia ravvisabile anche “*una pratica commerciale scorretta*” ai sensi dell’articolo 20 cod. cons., il professionista/imprenditore - oltre che davanti all’Autorità garante della concorrenza e del mercato - potrà anche essere convenuto davanti al giudice ordinario con un’azione inibitoria promossa da un concorrente, da una associazione di professionisti o da una camera di commercio, così come previsto agli articoli 2599 e 2601 c.c., oltre ad un’eventuale azione risarcitoria ai sensi dell’articolo 2600 c.c. da parte di un concorrente che asserisca di essere stato danneggiato dalla pratica commerciale scorretta.

L’articolo 19, comma 2, cod. cons. prosegue alla lettera a) dicendo che il Titolo III possa pregiudicare “*l’applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità ed efficacia del contratto*”. Da qui sorgono i primi dubbi: infatti, dal tenore letterale della norma, tutt’altro che chiara, si potrebbe desumere che l’interpretazione e l’applicazione, ai contratti conclusi dai consumatori con professionisti, delle regole contenute nel codice civile in materia di conclusione, validità ed efficacia del contratto non potrà essere influenzata dalle nuove norme; diversamente, si potrebbe anche desumere che il nuovo Titolo III non intenda apportare direttamente modifiche o deroghe alle regole generali sul contratto dettate dal codice civile, le quali continueranno ad essere applicate ai contratti con i consumatori senza che si creino antinomie con le norme in materia di pratiche commerciali scorrette.

L’articolo 19, comma 2, cod. cons. alla lettera b) prosegue chiarendo che il Titolo III non pregiudica nemmeno “*l’applicazione le disposizioni normative, comunitarie o nazionali, in materia di salute e sicurezza dei prodotti*”¹²⁸: ebbene, se pensiamo alle norme contenute negli articoli 102-113 cod. cons.¹²⁹, attuative della Direttiva 2001/95/CE relativa alla sicurezza dei prodotti, è evidente come queste debbano continuare a trovare applicazione anche a seguito del D.Lgs n. 146/2007 (che non le ha modificate né derogate). Tuttavia, ci si domanda quali sanzioni debbano essere irrogate nel caso in cui una pratica commerciale posta in essere in violazione delle norme di cui agli articoli 102-113 cod. cons. sia anche “*scorretta*” (se solamente le sanzioni speciali di cui all’articolo 112 cod. cons. oppure anche le sanzioni generali di cui all’articolo 27 cod. cons.).

Con riferimento alla disposizione di cui alla lettera c) della norma in esame, non si può che sottolineare come tale richiamo sia del tutto superfluo con riferimento alla “*giurisdizione internazionale*”, dal momento che nelle disposizioni in materia di pratiche commerciali scorrette non si fa riferimento alcuno di qualsivoglia regola *ad hoc* dettata per individuare il

¹²⁸ Pare opportuno sottolineare come il legislatore, nel richiamare all’articolo 19, comma 2, lett. b) il concetto di “*salute*” abbia manipolato, arbitrariamente, il testo della Direttiva, ove si faceva invece riferimento alle disposizioni “*relative agli aspetti sanitari e di sicurezza dei prodotti*”.

¹²⁹ Parte IV, Titolo I, *Sicurezza e qualità*, dettata per garantire che i prodotti immessi nel mercato siano sicuri.

giudice nazionale competente in caso in cui vi fossero elementi di collegamento con due o più Stati; nel caso in cui avesse voluto far riferimento invece alla giurisdizione italiana su controversie meramente interne, il riferimento sarebbe assolutamente poco chiaro a meno che non lo si voglia leggere come anticipazione del contenuto dell'articolo 27, comma 15, cod. cons.¹³⁰.

Con riferimento alla disposizione di cui alla lettera d)¹³¹ sembra che questa debba essere letta nel senso che le norme giuridiche italiane dettate in materia di stabilimento, di regimi di autorizzazione e di attività relativa ad una professione regolamentata nonché disposizioni dei codici deontologici eventualmente adottati per l'esercizio di una professione trovano applicazione, anche se le relative regole divergono rispetto a quelle previste dagli articoli 20.16 cod. cons., purché le prime “*garantiscono livelli elevati di correttezza professionale*” ossia assicurino il rispetto di livelli di correttezza dell'attività del professionista (e quindi del consumatore) superiori rispetto a quelli la cui osservanza sarebbe sufficiente a consentire ad una pratica di non essere considerata “*scorretta*” alla luce dell'articolo 20 cod. cons. Resta inteso che la lettera d) trova applicazione solamente con riferimento alle norme italiane in materia di professioni regolamentate che non siano attuazione di direttive comunitarie.

Il terzo comma dell'articolo 19 prosegue stabilendo che “*in caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici*” ossia il cd. *criterio di specialità* per risolvere l'eventuale conflitto tra le nuove disposizioni generali sulle pratiche commerciali scorrette e le regole speciali dettate da altre normative comunitarie per singole fattispecie di pratiche commerciali.

Sul piano sostanziale, si pongono una serie di quesiti, assolutamente legittimi, in merito alle conseguenze nel caso in cui una pratica commerciale “*scorretta*” - ai sensi dell'articolo 20 cod. cons. - si ponga in contrasto anche di norme specifiche contenute in discipline settoriali di derivazione comunitaria.

Inoltre, in caso di conflitto tra le disposizioni contenute nel Titolo III del cod. cons. e quelle speciali già vigenti nel nostro ordinamento, che non siano però attuative di norme

¹³⁰ L'articolo 27, comma 15, cod. cons. recita che “*è comunque fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale, a norma dell'art. 2568 c.c., nonché, per quanto concerne la pubblicità comparativa, in materia di atti compiuti in violazione della disciplina sul diritto d'autore protetto dalla L. 22 aprile 1941 n. 633, e successive modificazioni e dei marchi d'impresa protetto a norma del D.Lg. 10 febbraio 2005 n. 30, e successive modificazioni, nonché delle denominazioni di origine riconosciute e protette in Italia e altri segni distintivi di imprese, beni e servizi concorrenti*”.

¹³¹ La norma di cui all'articolo 19, comma 2, cod. consumo continua stabilendo che il Titolo III “[...] non pregiudica: d) l'applicazione delle norme relative allo stabilimento, o ai regimi di autorizzazione, o i codici deontologici o altre norme specifiche che disciplinano le professioni regolamentate, per garantire livelli elevati di correttezza professionale”.

comunitarie e non attengono a “*professioni regolamentate*”, in mancanza di indicazioni specifiche in tal senso, è stato proposto¹³² di risolvere i suddetti conflitti dando sempre la prevalenza alle norme generali del codice del consumo riguardanti le pratiche commerciali scorrette. In questo modo, si favorirebbe la necessaria rilettura delle disposizioni “speciali” in conformità con il diritto comunitario ed interpretandole in maniera tale da non mantenere nel nostro ordinamento disposizioni (non di derivazione comunitaria) in conflitto con la Direttiva 2005/29/CE.

2.2.4 LE CONSEGUENZE DELLA VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

A questo punto, ci si domanda quali siano le conseguenze per il professionista, sia sul piano pubblicistico sia sul piano privatistico, della violazione del divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette.

Tutte le volte in cui la violazione abbia carattere “collettivo” (ossia non si esaurisca in un comportamento isolato nei confronti di un singolo consumatore), ci sarà il legittimo intervento “*a tutela degli interessi collettivi dei consumatori*” delle associazioni dei consumatori iscritte nell’elenco di cui all’articolo 137 cod. cons., le quali agiranno avanti il giudice ordinario, ai sensi dell’articolo 140 cod. cons.¹³³, per ottenere la pronuncia, da parte del tribunale, di un provvedimento che inibisca al professionista di continuare la pratica ritenuta scorretta e adotti le misure idonee a correggere o eliminare, ove possibile, gli effetti dannosi che abbia prodotto.

È stato sottolineato come la prevenzione e la repressione delle pratiche commerciali scorrette, di fatto, saranno affidate in via prevalente all’Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Infatti, il legislatore ha ritenuto opportuno incrementare le competenze dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di pubblicità ingannevole e comparativa anche al settore delle pratiche commerciali scorrette, facendo sì che queste siano combattute nell’ambito di procedimenti disciplinati con le stesse modalità. Qualche dubbio, tuttavia, è stato sollevato in merito all’esclusività di competenza dell’Autorità garante nell’irrogazione

¹³² Cfr. De Cristofaro, *L’attuazione della Direttiva 2005/29/CE nell’ordinamento italiano: profili generali*, in cit. pag. 83.

¹³³ L’articolo 140 cod. cons., disciplinante la *procedura* per agire nei confronti dei professionisti a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti, stabilisce che le associazioni dei consumatori e degli utenti potranno richiedere al tribunale:

- a) *di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti;*
- b) *di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate;*
- c) *di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate”.*

di sanzioni amministrative, non solo per motivazioni di carattere preminentemente pratico (l'AGCM a fronte del potenziale incremento di attività potrebbe risultare sommersa dalle richieste di intervento) soprattutto alla luce della maggior complessità che caratterizza le pratiche commerciali rispetto ai messaggi pubblicitari.

Si precisa, però, che la disciplina del procedimento per l'accertamento della scorrettezza o meno di una pratica commerciale e per l'eventuale adozione di misure inibitorie e sanzionatorie appare molto diversa rispetto a quella che era inizialmente prevista per i procedimenti in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita (così come disciplinata dal vecchio testo dell'articolo 26 cod. cons.).

La prima novità si riferisce ai presupposti per instaurare il procedimento: infatti, mentre da un lato la legittimazione a presentare l'istanza all'Autorità garante viene adesso riconosciuta ad *“ogni soggetto o organizzazione”* che vi abbia interesse, estendendo così di gran lunga la categoria dei soggetti abilitati a richiedere l'intervento dell'Autorità, dall'altro lato, è adesso prevista l'iniziativa d'ufficio dell'AGCM.

Il secondo comma dell'articolo 22 prosegue prevedendo che l'AGCM, nello svolgimento della sua attività, si può avvalere della Guardia di Finanza, la quale agisce coi poteri ad essa assegnati per l'accertamento dell'imposta sul valore aggiunto e di quella sui redditi. Inoltre, l'intervento dell'Autorità è indipendente dal fatto che i consumatori interessati si trovino nel territorio dello Stato membro in cui è stabilito il professionista o in un altro Stato membro.

Altra novità è l'estensione dei poteri adesso concessi all'AGCM, la quale può disporre con provvedimento motivato la sospensione provvisoria delle pratiche commerciali scorrette, richiedere informazioni non solo al professionista e al committente, ma anche al proprietario del mezzo che ha diffuso la pratica commerciale nonché a imprese, enti o persone che siano in possesso di informazioni e documenti rilevanti; può altresì disporre ispezioni al fine di controllare i documenti aziendali e acquisirne copia, disporre la realizzazione di perizie ed analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in merito a qualsiasi elemento potenzialmente rilevante; può avvalersi inoltre dei poteri investigativi ed esecutivi garantiti dal Regolamento 2006/2004/CE¹³⁴ (sulla cooperazione tra le autorità nazionali

¹³⁴Il Paragrafo 1 del Regolamento *“definisce le condizioni in base alle quali le autorità competenti dello Stato membro designate in quanto responsabili dell'esecuzione della normativa sulla tutela degli interessi dei consumatori collaborano fra di loro e con la Commissione al fine di garantire il rispetto della citata normativa e il buon funzionamento del mercato interno e al fine di migliorare la protezione degli interessi economici dei consumatori”*.

I Paragrafi 3 e 4 del Regolamento prevedono che i poteri investigativi ed esecutivi di cui le Autorità nazionali dispongono comprendano almeno:

- a) poter accedere a qualsiasi documento pertinente, in qualsiasi forma, relativo all'infrazione intracomunitaria;
- b) richiedere che qualsiasi persona sia tenuta a fornire le informazioni pertinenti, relative all'infrazione intracomunitaria;
- c) effettuare le necessarie ispezioni in loco;

responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori) anche per le pratiche commerciali che non rappresentano “*infrazioni transfrontaliere*”¹³⁵ (ovvero che siano state poste in essere da un professionista che abbia sede in Italia e ledano interessi di consumatori residenti in Italia).

Si precisa che adesso, con il nuovo comma 4 dell'articolo in commento, il legislatore ha previsto che le sanzioni possano essere comminate nei confronti non solo del proprietario dei mezzi di diffusione del messaggio (che non avesse permesso l'identificazione del committente del messaggio) e dell'operatore pubblicitario o del proprietario del mezzo di diffusione, che si fossero rifiutati di fornire copia del messaggio richiesta dall'Autorità, ma anche nei confronti di chiunque non ottemperi a quanto richiesto o disposto dall'Autorità nell'esercizio dei suoi poteri. Tra l'altro, la sanzione amministrativa pecuniaria prevista è pari ad una somma che varia da Euro 2.000,00 ad Euro 20.000,00. Qualora le informazioni o la documentazione fornite non siano veritiere, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da Euro 4.000,00 ad Euro 40.000,00.

Si sottolinea, altresì, la notevole entità delle sanzioni amministrative pecuniarie previste nei confronti dei professionisti che violino il divieto di pratiche commerciali scorrette: infatti, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da Euro 5.000,00 ad Euro 500.000,00, tenuto conto della gravità e della durata della violazione. Nel caso di pratiche commerciali scorrette ai sensi dell'articolo 21, commi 3 e 4¹³⁶, la sanzione non può essere inferiore a Euro 50.000,00. Per quanto attiene invece alle sanzioni previste per l'inottemperanza ai provvedimenti d'urgenza e a quelli inibitori o di rimozione degli effetti, queste possono raggiungere un massimo di Euro 150.000.

Tuttavia, a fronte di un tale inasprimento delle sanzioni pecuniarie, il legislatore ha previsto una nuova forma di “conciliazione”: infatti, il comma 7 dell'articolo 27 cod. cons. stabilisce che “*ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale, l'Autorità può ottenere dal professionista responsabile l'assunzione dell'impegno di porre*

-
- d) chiedere per iscritto che il venditore o fornitore interessato ponga fine all'infrazione intracomunitaria;
 - e) ottenere dal fornitore o venditore responsabile delle infrazioni intracomunitarie l'impegno di porre fine all'infrazione intracomunitaria e, laddove opportuno, disporre la pubblicazione delle relative decisioni;
 - f) esigere la cessazione o vietare qualsiasi infrazione intracomunitaria e, laddove opportuno, disporre la pubblicazione delle relative decisioni;
 - g) richiedere alla parte incriminata di effettuare il versamento di un indennizzo allo stato o a un beneficiario designato o previsto dalla legislazione nazionale, nel caso di mancata osservanza della decisione.

¹³⁵ Ad essere precisi, i poteri elencati nel Regolamento 2006/2004/CE si riferiscono unicamente alle infrazioni intracomunitarie ossia a condotte in violazione delle norme a tutela dei consumatori che ledano o possano ledere gli interessi collettivi dei consumatori che risiedono in uno o più Stati membri diversi da quello in cui hanno avuto origine o si sono verificati l'atto o l'omissione in questione o, ancora, in cui è stabilito il venditore o il fornitore se responsabile o in cui si rinvergono prove o beni riconducibili all'atto o all'omissione.

¹³⁶ Ovvero rispettivamente, per le pratiche che, riguardando prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori, omettano di darne notizia così che i consumatori siano indotti a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza; nonché per quelle che, in quanto suscettibili di raggiungere bambini ed adolescenti, possano - anche indirettamente - minacciarne la sicurezza.

fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità. L'Autorità può disporre la pubblicazione della dichiarazione dell'impegno in questione a cura e spese del professionista. In tali ipotesi, l'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può renderli obbligatori per il professionista e definire il procedimento senza procedere all'accertamento dell'infrazione". Il comma 12 dell'articolo in commento stabilisce che "in caso di mancato rispetto degli impegni assunti ai sensi del comma 7° l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 150.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa per un periodo non superiore a trenta giorni".

Dubbi sono stati sollevati¹³⁷ in merito alla stessa scelta di introdurre la procedura conciliativa di cui al comma 7: infatti, è stato osservato come la possibilità di poter far ricorso ad una procedura che eviti l'accertamento dell'infrazione (e di conseguenza l'irrogazione della sanzione amministrativa) da parte dell'Autorità garante attraverso l'assunzione dell'impegno di cui al comma 7, potrebbe indurre i professionisti a violare di continuo - anche se con condotte non ritenute "di manifesta scorrettezza e gravità" - il divieto di pratiche commerciali scorrette, senza il timore inoltre di incorrere nelle pesanti sanzioni amministrative sopra elencate né tanto meno di veder accertata la natura scorretta di una pratica commerciale da un provvedimento dell'AGCM, che potrebbe ben essere successivamente utilizzato da parte dei consumatori e/o delle associazioni dei consumatori all'interno di un eventuale giudizio risarcitorio ex articolo 140 *bis* cod. cons. avanti all'autorità giudiziaria ordinaria.

A questo punto, occorre procedere all'analisi delle eventuali conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette.

De Cristofaro ha addirittura parlato di "assordante" silenzio del legislatore italiano davanti alla mancata previsione di sanzioni di tipo privatistico in caso di violazione del divieto di cui all'articolo 20, comma 1, cod. cons.

Ebbene, come osservato in maniera sapientemente critica dall'Autore, l'articolo 19, comma 2, lett. (a), cod. cons. fa espressamente salve le disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare quelle sulla formazione, validità o efficacia del contratto; tuttavia, rimane oscura la effettiva portata di tale previsione.

A fronte del silenzio del legislatore interno pare di doversi escludere che la natura scorretta di una pratica, di per sé sola, possa portare alla nullità del contratto eventualmente concluso dal consumatore a seguito della suddetta pratica né quest'ultimo sarà legittimo a recedere *ad nutum* dall'accordo contrattuale. Stesso discorso potrebbe essere fatto con riferimento al

¹³⁷Si veda il commento di De Cristofaro, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit., pag. 90.

rimedio dell'annullamento, dal momento che - come noto - le cause di invalidità del contratto sono unicamente quelle previste per legge.

A questo punto, si può solo auspicare che quanto meno le nozioni tradizionali di “*raggiri*” e di “*minacce*” vengano rilette alla luce delle ipotesi previste dagli articoli 21 - 26 cod. cons., con particolare attenzione alla questione del dolo omissivo, proprio per poter almeno permettere l'annullamento dei contratti conclusi dai consumatori che siano stati influenzati da pratiche commerciali scorrette.

Ulteriore problema sorge con riferimento al diritto del consumatore di agire per ottenere il risarcimento dei danni derivanti da una pratica scorretta.

De Cristofaro ha cercato di ricostruire tale diritto al risarcimento come derivante dal “*diritto fondamentale*” all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di “*buona fede, correttezza e lealtà*” previsti dall'articolo 2, comma 2, lett. (c *bis*), un interesse giuridicamente rilevante e tutelato a favore di consumatori *uti singuli*. Di conseguenza, ravvisando gli estremi del danno ingiusto ex articolo 2043 c.c. nella violazione delle norme previste dagli articoli 20 e 39 cod. cons. Tuttavia, il consumatore che volesse chiedere il risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 2043 c.c. si vedrebbe costretto a dover provare (i) la natura scorretta della pratica, (ii) la colpevolezza del professionista convenuto, (iii) le conseguenze dannose da lui subite e, soprattutto, (iv) il nesso di causalità tra la condotta ed i danni.

L'articolo 27 *ter*, comma 2, cod. cons. prevede espressamente che in ogni caso il ricorso - proposto dai consumatori, anche tramite le loro associazioni o organizzazioni - nei confronti del professionista, a prescindere dall'esito della procedura, “*non pregiudica il diritto del consumatore di adire l'Autorità, ai sensi dell'articolo 27, o il giudice competente*” (ossia del giudice ordinario). I rimedi esperibili avanti all'autorità giudiziaria ordinaria potrebbero essere quelli risarcitori.

L'articolo 140 *bis* cod. cons. (*Azione collettiva risarcitoria*) legittima le associazioni dei consumatori “*ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al Tribunale del luogo in cui ha sede l'impresa l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti*” “*in conseguenza delle pratiche commerciali scorrette*”.

Tuttavia, sarà la giurisprudenza a dover stabilire se le ricostruzioni sopra formulate siano idonee a fondare gli estremi del danno ingiusto ex articolo 2043 c.c.

Fatte salve le considerazioni sopra espresse, si potrebbe ritenere che il riconoscimento di una pratica commerciale come “*scorretta*” avrà una notevole influenza sulle valutazioni cui l'interprete sia chiamato (tra i quali con ogni probabilità il giudice ordinario al quale il

consumatore si sia rivolto), con particolare attenzione al fatto che il professionista, nel corso di una trattativa, si sia comportato “*secondo buona fede*”, ai sensi dell’articolo 1337 c.c., ovvero, nel caso in cui la pratica sia stata posta in essere a contratto già concluso, se il professionista abbia eseguito il contratto “*secondo buona fede*”, ai sensi dell’articolo 1375 c.c.

2.2.5 PUBBLICITÀ INGANNEVOLE E PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

2.2.5.1. INTRODUZIONE

Come si è più volte sottolineato, la Direttiva 29/2005/CE e le norme di recepimento hanno apportato diverse modifiche alla normativa in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, individuando altresì un nuovo ambito soggettivo di applicazione delle norme in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita.

Infatti, le nuove disposizioni “*hanno lo scopo di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa*”: ne emerge uno spostamento dal piano *Business to Consumer* a quello *Business to Business*.

Si può affermare che esista un doppio binario di tutela in materia ovvero:

- i. il divieto di pratiche commerciali scorrette rilevante esclusivamente nei rapporti tra imprese e consumatori (regolato dal D.Lgs. n. 146/2007);
- ii. il divieto di pubblicità ingannevole e comparativa illecita rilevante nei rapporti fra imprese disciplinato dal D.Lgs. 145/2007 (che abroga tutte le norme contenute precedentemente nel codice del consumo in materia di pubblicità ingannevole e comparativa).

La disciplina in materia di pubblicità esce così dal Codice del Consumo e torna ad essere, come del resto era inizialmente, una legge speciale, collocata fuori del Codice stesso.

Sono state sollevate¹³⁸ diverse perplessità in merito alla nuova collocazione da chi ha dato un’interpretazione che vuole le norme contenute in un Codice come leggi generali (nel nostro caso sul rapporto di consumo) e, in quanto tali, suscettibili di interpretazione analogica anche a fattispecie non rientranti in quelle codicistiche, mentre ciò non sarebbe possibile alle leggi speciali (di per sé non suscettibili di applicazione analogica). Tuttavia, tale ultimo discorso pare non possa essere fatto per il Codice del Consumo, che non si è rivelato come un vero e proprio codice, ma semmai come un testo unico.

¹³⁸ Si veda R. Rolli, *Codice del Consumo, commentato articolo per articolo con dottrina e giurisprudenza*, Casa Editrice La Tribuna, 2008, pagg. 204 e ss.

Altri¹³⁹, invece, hanno salutato con favore la nuova collocazione della normativa in materia di pubblicità commerciale, esprimendo tale scelta del legislatore italiano come il “*rimedio ad un errore commesso due anni orsono, quando inopinatamente si decise di introdurre nel D.Lgs. 206/2005 [...] un complesso di disposizioni dichiaratamente finalizzate a tutelare, oltre ai consumatori, anche i professionisti nonché, più in generale, “gli interessi del pubblico nella fruizione dei messaggi pubblicitari”*”.

Tornando al rapporto tra disciplina delle pratiche commerciali sleali e disciplina sulla pubblicità, si precisa come tra le prime si possano rinvenire molte pratiche pubblicitarie di induzione all’acquisto. Si precisa, però, richiamando le valutazioni svolte nel precedente capitolo 1, che tale ultimo collegamento pare essere stato superato: la Direttiva sulle pratiche commerciali si riferisce alle pratiche commerciali sleali (tra le quali anche quelle di pubblicità ingannevole) e come tali lesive degli interessi dei consumatori e, contestualmente anche se indirettamente, lesive anche degli interessi dei concorrenti leali. Tuttavia, l’interesse di questi ultimi viene tutelato solo in via mediata, in quanto e nella misura in cui coincida con quello dei consumatori, unici veri destinatari della protezione normativa.

A protezione dei concorrenti, invece, è posta in via esclusiva la tutela della disciplina di cui al D.Lgs. 145/2007 sulla pubblicità: il relativo scopo è quello di tutelare “*i professionisti*” dalla pubblicità ingannevole, nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa. Dalla disciplina della pubblicità che, prima, era rivolta a proteggere gli interessi di tutti i soggetti (utenti) coinvolti, è stata adesso estromessa la tutela dei consumatori e, più in generale, la tutela degli interessi di coloro che non sono concorrenti.

Il comma 3 dell’articolo 19 cod. cons., come già anticipato, stabilisce che “*in caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano gli aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici*”: ciò implica il primato di ogni disciplina speciale rispetto a quella generale del Codice del Consumo sulle pratiche commerciali scorrette, che rimane applicabile solo in caso di assenza di altre disposizioni speciali - sempre ovviamente di derivazione comunitaria - ossia relative ad “*aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette*”.

Tuttavia, tale ultimo primato appare difficilmente applicabile alla normativa in materia di pubblicità proprio a causa della separazione tra gli interessi dei consumatori e quelli dei professionisti, separati in maniera artificiosa e tutt’altro che agevole. Sembrerebbe non

¹³⁹ Cfr. G. De Cristofaro, *La disciplina “generale” della pubblicità contenuta nel D.Lgs. 145/2007*, in *op. cit.* pag. 490. L’Autore sostiene come la disciplina della pubblicità ingannevole e comparative rappresenti un “*corpo estraneo*” al codice del consumo, non tanto perché rivolta a proteggere anche i professionisti (ovvero rilevi dal punto di vista soggettivo), ma piuttosto perché, indipendentemente dalla qualità dei soggetti, essa “*è disciplina dell’attività, mai dei rapporti*”, mentre - al contrario - la disciplina trasposta nel codice del consumo ha lo scopo di disciplinare i rapporti tra consumatori e professionisti.

possibile la sovrapposizione tra le due discipline, che devono invece rimanere distinte e separate sulla base del criterio distintivo dell'interesse tutelato: qualora si tratti di interesse del consumatore, si applicherà la disciplina delle pratiche commerciali, mentre quando si tratti dell'interesse dei concorrenti, si applicherà la disciplina sulla pubblicità, così come modificata dall'articolo 14 della Direttiva 29/2005/CE. Del resto, è stato giustamente sottolineato come sia possibile una integrazione/permeabilità delle due discipline (ed in particolare dei rispettivi principi), in quanto la Direttiva in materia di pratiche sleali è di armonizzazione massima, mentre quella in materia di pubblicità è una Direttiva di armonizzazione minima (facendo emergere come il legislatore italiano abbia avvertito l'esigenza di disciplinare tale materia anche con una disciplina più puntuale e di dettaglio). Naturalmente ne emerge l'esigenza di procedere ad una valutazione caso per caso che misuri i precetti contenuti nella legge speciale, secondo le regole di interpretazione ed applicazione seguite dall'Autorità preposta al controllo nella prospettiva di una tutela più generale ossia, in sintesi, se la normativa speciale corrisponda a quanto regolato nella disciplina quadro di armonizzazione massima.

Ebbene, si precisa come l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha sempre espresso un orientamento secondo il quale, nell'ambito della pubblicità ingannevole e/o trasparente, non si può parlare di ingannevolezza se non c'è lesione degli interessi dei consumatori, con espressa esclusione di uno spazio residuale di alcuna pubblicità ingannevole in cui possano risultare lesi solamente gli interessi dei professionisti. E, infatti, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, una volta accertata la portata ingannevole del messaggio pubblicitario verso i consumatori, ha ritenuto in *re ipsa* il pregiudizio economico nei confronti dei concorrenti: questi ultimi, infatti, risentono “*dello sviamento di clientela provocato dall'errore in cui dovessero incorrere i destinatari al momento di orientare le proprie scelte*”¹⁴⁰.

A questo punto ci si domanda quando la normativa speciale prevalga sulle norme generali in materia di pratiche sleali, se tale eventuale prevalenza si ponga solo in caso di contrasto tra la normativa speciale e quella generale oppure se sia ammessa anche nel caso in cui le due normative concordino tra di loro.

Partendo dalla considerazione della normativa sulle pratiche sleali come disciplina generale e sussidiaria da applicarsi in caso di mancanza di una disciplina specifica, si arriva alla logica conclusione che la normativa in materia di pubblicità, in quanto speciale, debba prevalere. Ciò a maggior ragione ove si ipotizzi una “*permeabilità*” tra le due discipline in commento. Tuttavia, si consideri che tale prevalenza non può di certo mettere in pericolo il principio di massima armonizzazione, che ha imperniato tutta la Direttiva 2005/29/CE. Pertanto, almeno in materia di pubblicità, ogni volta si rende necessaria una valutazione in

¹⁴⁰ Cfr. Caso Chiusini Mario Cirino Pomicino, PI/2144, Provv. 12175, in *Boll.* 27/2003.

concreto¹⁴¹. Si consideri, inoltre, come l’Autorità Garante abbia sempre operato tenendo ben presente gli orientamenti espressi in tema di pubblicità dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione Europea e, comunque, come gli indirizzi sono, ad oggi, espressi dalla stessa Autorità Garante possano essere utilizzati per eventualmente interpretare le numerose clausole generali in tema di valutazione della slealtà e/o ingannevolezza e/o diligenza professionale cui fa espresso rinvio la disciplina delle pratiche sleali (*rectius*, scorrette).

2.2.5.2 DISCIPLINA DELLA PUBBLICITÀ CONTENUTA NEL D.LGS 2 AGOSTO 2007 N. 145

Il D.Lgs 2 agosto 2007 n. 145, già più volte citato, contiene sicuramente le norme indispensabili per recepire nell’ordinamento interno l’articolo 14 della Direttiva 2005/29/CE, ma contiene inoltre previsioni decisamente più ampie. In tale decreto legislativo, infatti, è riportato l’intero *corpus* normativo inizialmente contenuto nell’ormai abrogato D.Lgs. 28 gennaio 1992, n. 74 (per l’analisi maggiormente approfondita si veda il precedente Capitolo 1) e successivamente trasfusa negli articoli 18-27 cod. cons.

E’ stato rilevato come la disciplina in materia di pubblicità, oggi contenuta negli articoli 1-7 del D.Lgs. 145/2007, sarebbe dovuta essere inserita all’interno del codice civile, Capo I (“della disciplina della concorrenza”) del Titolo X del Libro V, nella stessa sezione dedicata alla concorrenza sleale oppure in un’apposita sezione creata *ad hoc*: in questo modo, la disciplina generale della pubblicità avrebbe potuto essere integrata (e coordinata) con la disciplina della concorrenza sleale. Tuttavia, a fronte della ristrettezza dei tempi concessi al legislatore per esercitare la delega nonché in assenza di norme esplicite che autorizzassero tale intervento sul codice civile, hanno indotto il Governo alla creazione di un provvedimento *ad hoc*, esterno rispetto al codice civile e al codice del consumo.

Il D.Lgs. 145/2007 si divide in due parti:

- (a) la prima per così dire sostanziale prevede un insieme di precetti comportamentali e di divieti imposti ai professionisti che predispongono, utilizzano e diffondono messaggi pubblicitari per promuovere i beni e i servizi che offrono sul mercato;

¹⁴¹ Pare opportuno procedere ad un’esemplificazione: si consideri la “lista nera” delle pratiche comunque sleali di cui all’allegato della Direttiva 2005/29/CE. Il punto 10 fa riferimento al “presentare i diritti conferiti ai consumatori dalla legge come una caratteristica dell’offerta fatta dal professionista” (poi trasposta nell’articolo 23 cod. cons., lett. l). A tale previsione può essere affiancata la regola, già precedentemente espressa dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, relativa alla “pubblicità trasparente” e più specificamente all’utilizzo di termini come “*garanzia*” e “*garantito*” secondo la quale le garanzie “*non possono mai essere le garanzie che per legge sono collegate al contratto (i.e., garanzia di buon funzionamento, recesso obbligatorio presentato come garanzia, ecc.), ma solo quelle particolari garanzie specifiche aggiuntive offerte volontariamente dall’operatore pubblicitario, produttore dei beni e servizi oggetto di pubblicità come un quid pluris*” (Autorità Garante, Provv., 4674, in *Boll.* 7/1997, 9129, in *Boll.* 3/2001).

- (b) la seconda, invece, procedurale prevede la regolamentazione dei procedimenti speciali (di competenza dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) in virtù dei quali si svolge l’accertamento della natura ingannevole o comunque illecita di un messaggio pubblicitario e sono adottati, di conseguenza, i provvedimenti inibitori, ripristinatori e sanzionatori nei confronti dei professionisti che abbiano predisposto e diffuso tra il pubblico tale messaggio (articolo 8).

La parte sostanziale, a sua volta, si suddivide in tre parti:

- i. un gruppo di previsioni generali in materia di pubblicità (articolo 1, comma 2, e articoli 5-7 del decreto), stabilite dal legislatore italiano anche se non rappresentano il recepimento di alcuna normativa comunitaria;
- ii. i precetti che si riferiscono specificatamente alla pubblicità ingannevole (articolo 2, lettera b) e articolo 3 del decreto) e recepiscono gli articoli 2, lettera b) e 3 della Direttiva 2006/114/CE;
- iii. la disposizione che individua i requisiti di liceità della pubblicità comparativa (articolo 4 del decreto) e attua l’articolo 4 della Direttiva 2006/114/CE.

Si noti che l’ambito di applicazione di tutti e tre i gruppi di regole di cui ai precedenti punti i), ii) e iii) è il medesimo: infatti, unico comune denominatore dei tre gruppi è la definizione di “*pubblicità*” contenuta nell’articolo 2, lettera a) del decreto in oggetto.

Requisiti necessari perché un messaggio possa qualificarsi come “*pubblicità*” (e di conseguenza essere assoggettato alla disciplina di cui al D.Lgs. 145/2007) sono le seguenti circostanze:

- (1) il messaggio deve essere destinato alla “*diffusione*” ossia rivolto ad una cerchia più o meno ampia di soggetti che potrebbero - almeno in potenza - essere interessati al bene o al servizio cui il messaggio fa riferimento;
- (2) la diffusione del messaggio deve essere strumentale alla promozione di beni o servizi ossia essere finalizzata allo stimolo ed induzione dei destinatari a concludere contratti aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà dei beni (mobili ed immobili) cui il messaggio si riferisce o la costituzione di diritti reali o personali su tali beni, ovvero contratti aventi ad oggetto le prestazioni di *facere* funzionali alla realizzazione delle opere o alla fornitura dei servizi previsti nel messaggio;
- (3) la diffusione del messaggio deve avvenire nell’esercizio di un’attività imprenditoriale o professionale (intendendosi sia l’attività di diffusione del messaggio esercitata

direttamente dal professionista/imprenditore sia quella svolta su commissione di un professionista/imprenditore).

Irrilevante, invece, è il contenuto e la forma del messaggio, così come lo sono le modalità con le quali il messaggio è stato formulato ed i mezzi di comunicazione attraverso i quali esso è stato diffuso. Del pari sono irrilevanti la natura e le caratteristiche del bene (mobile o immobile, materiale o immateriale, ecc.) o del servizio cui il messaggio si riferisce, così come la tipologia di utilizzazioni cui esso si presta ad essere adibito; ancora, è irrilevante la circostanza che sia diretto ad un pubblico generico e indistinto oppure ad una cerchia di destinatari più limitata ed individuata e, in quest'ultima ipotesi, la tipologia e la connotazione dei soggetti destinatari del messaggio.

Ne consegue che tutte le disposizioni previste dal D.Lgs. 146/2007, comprese quelle concernenti la pubblicità ingannevole (salvo quanto si preciserà nel prosieguo), saranno applicabili a qualsiasi messaggio pubblicitario: a prescindere dalla natura dei beni, dei servizi o dei diritti dei quali venga promosso l'acquisto o il trasferimento, la natura dei soggetti cui è indirizzato e/o che ne siano raggiunti, nonché la natura (professionale o privata) degli scopi in vista dei quali tali beni o servizi si prestano ad essere impiegati, ogni messaggio pubblicitario, comunque formulato e diffuso, ricade sotto la disciplina del D.Lgs. 145/2007.

Evidente come nel nostro ordinamento vi sia un'unica disciplina generale in materia di pubblicità commerciale, anche se vi è comunque la presenza di alcune discipline più specifiche caratterizzate da una limitazione del relativo ambito di applicazione (ossia per i messaggi pubblicitari sono indirizzati a soggetti qualificabili come "consumatori" ovvero per i soli messaggi diffusi attraverso determinati mezzi di comunicazione - ad esempio attraverso la radiotelevisione).

2.2.5.3 DEFINIZIONE DI "PROFESSIONISTA" E "OPERATORE PUBBLICITARIO"

Novità introdotta dal D.Lgs. 145/2007 è la previsione della definizione di "professionista". A quest'ultimo soggetto, adesso, si fa riferimento all'interno della disciplina dei procedimenti avanti all'Autorità Garante (cfr. articolo 8) ed alla tutela dei professionisti è finalizzata la disciplina del D.Lgs. 145/2007.

Per quanto riguarda la portata della definizione, quest'ultima ricalca quella generale contenuta nell'articolo 3, lettera c) cod. cons., identificando il professionista con la persona fisica o giuridica (nell'accezione più ampia del termine, comprensivo anche degli enti collettivi non riconosciuti) che agisce nell'ambito della propria attività imprenditoriale o professionale. Tuttavia, si precisa che rispetto alla definizione generale vi sia una differenza di un certo peso: l'articolo 3, lettera c) cod. cons., infatti, include nella definizione di

“professionista” anche “l’intermediario” del soggetto che agisce nell’esercizio della propria attività professionale o imprenditoriale, mentre l’articolo 2, lettera c) del D.Lgs 145/2007 prevede, accanto alla persona fisica o giuridica che agisce nell’esercizio della propria attività professionale, anche la persona che agisce “*in nome o per conto di un professionista*”.

Si noti come il riferimento all’ “*agire*” operato dal legislatore, di fatto, renda la definizione di “*professionista*” particolarmente elastica e idonea ad essere adattata a seconda del contesto normativo nel quale sia di volta in volta impiegata; tuttavia, non si possono escludere alcune difficoltà interpretative.

Infatti, negli articoli 1 e 4, lettera g), è evidente come i “*professionisti*” siano gli imprenditori (individuali e collettivi) e liberi professionisti destinatari di messaggi pubblicitari relativi a beni o servizi suscettibili di essere utilizzati nell’ambito delle rispettive attività professionali od imprenditoriali; tale evidenza non è invece riscontrabile nell’accezione di cui all’articolo 8 del decreto.

È pacifico che tale debba essere ritenuto il professionista o imprenditore (individuale o collettivo) che abbia commissionato e finanziato la realizzazione e la divulgazione del messaggio pubblicitario. Tale qualificazione può essere adattata anche alla persona fisica che, agendo in nome e per conto di una società o di un ente collettivo, abbia stipulato coi terzi i contratti necessari? Oppure si può forse dire che l’agenzia pubblicitaria che, dietro incarico del professionista, abbia creato il messaggio pubblicitario e lo abbia successivamente diffuso, abbia agito “in nome e per conto del professionista”, rientrando così nella definizione di cui all’articolo 8 del decreto?

La risposta a tali quesiti avrebbe risvolti di non poco momento nella prassi: infatti, se fosse affermativa, farebbe sì che anche i soggetti sopramenzionati possano essere considerati come parti nei procedimenti di competenza dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e, di conseguenza, destinatari dei provvedimenti da quest’ultima adottati.

La definizione di “*operatore pubblicitario*” - rimasta immutata dal vecchio articolo 20, lett. d) del codice del consumo - pone diversi problemi, soprattutto alla luce della sua ampiezza. Invero, tali problemi sarebbero stati superati nel caso in cui il Governo avesse eliminato - cosa che invece non ha fatto - la definizione di “*operatore pubblicitario*” in fase di redazione del D.Lgs n. 145/2007. Infatti, lo stesso articolo 8 relativo alla disciplina del procedimento davanti all’Autorità Garante non fa più riferimento all’ “*operatore pubblicitario*” ma unicamente al “*professionista*”, facendo così venir meno qualsiasi necessità di mantenere una previsione così ampia. Ciò è tanto più vero se si considera che il Decreto Legislativo in commento prende in considerazione l’ “*operatore pubblicitario*” solamente nell’articolo 3 lettera c) (*Elementi di valutazione*) e nell’articolo 4 lettera d)

(*Condizioni di liceità della pubblicità comparativa*), disposizioni che rappresentano l'attuazione della Direttiva 2006/114/CE.

In tali ultime disposizioni, tuttavia, pare ovvio come il riferimento sia ai soli professionisti che commissionano la diffusione presso il pubblico al fine di pubblicizzare i beni o servizi offerti sul mercato: un'interpretazione ispirata alla Direttiva potrebbe portare, di conseguenza, ad una sostanziale abrogazione di tale definizione di “operatore pubblicitario”¹⁴².

Si noti che, tra le definizioni contenute nell'articolo 2 del D.Lgs. 145/2007 non vi rientra quella di “consumatore”: tale mancanza non preoccupa in quanto la disciplina in esame è generale e trova applicazione per qualsiasi messaggio pubblicitario, indipendentemente dal soggetto destinatario dello stesso.

Tra l'altro, il nuovo testo dell'articolo 18 cod. cons. alla lettera a) prevede una definizione “speciale” di “consumatore”, definizione che però si può dire identica a quella “generale” di cui all'articolo 3 cod. cons. Questo significa che l'ampia definizione di “consumatore” prevista dalla precedente versione dell'articolo 18 (in base alla quale era considerato consumatore - alla luce della Direttiva 84/450/CE - ogni “*persona fisica o giuridica cui sono dirette le comunicazioni commerciali o che ne subisce le conseguenze*”) è stata eliminata, forse grazie all'intervento della dottrina¹⁴³ la quale ne ha dimostrato in più occasioni l'inutilità.

2.2.5.4 DEFINIZIONE DEGLI INTERESSI TUTELATI DAL D.LGS N. 145/2007

A questo punto, pare opportuno spendere poche parole in merito agli interessi tutelati dalle disposizioni del D.Lgs. 145/2007.

Ebbene, l'articolo 1 del decreto afferma che le disposizioni ivi contenute “*hanno lo scopo di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali*” e di “*stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa*”.

Tuttavia, nonostante il testo dell'articolo 1, il D.Lgs ha come obiettivo la tutela dei soli professionisti unicamente nelle norme relative alla pubblicità ingannevole in senso proprio,

¹⁴² Interpretazione proposta da G. De Cristofaro, *La disciplina “generale” della pubblicità contenuta nel D.Lgs. n. 145/2007*, in op. cit., pag. 498.

¹⁴³ Cfr. Gentili, Gentili, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *I Contratti*, n. 2/2006, Ipsoa, pag. 165; G. De Cristofaro, *Il “codice del consumo”: un'occasione perduta?*, in *Studium iuris*, 2005, pag. 1141. Infatti, con riferimento alla disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa contenuta negli articoli 19 e 20 cod. cons. - che era finalizzata alla tutela non solo dei consumatori, ma anche dei soggetti che svolgevano attività professionali o imprenditoriali e gli interessi del pubblico in generale - la previsione dell'articolo 18 oltre che superflua risultava anche confusoria.

cioè gli articoli 2 lettera c) e 3 del decreto. Pertanto, qualche dubbio in merito agli intenti del legislatore sorgono.

È stato ipotizzato¹⁴⁴ che i “*professionisti*” nominati nell’articolo 1 del decreto non siano i concorrenti del professionista che realizza e diffonde il messaggio pubblicitario, ma piuttosto i professionisti che sono raggiunti dai messaggi pubblicitari finalizzati a promuovere l’acquisto di beni o servizi suscettibili di essere utilizzati nell’ambito dell’attività imprenditoriale o professionale svolta dai soggetti destinatari. Questa è senza dubbio l’accezione in cui viene utilizzato il termine “professionista” nella Direttiva 84/450/Cee (e nella versione codificata di cui alla Direttiva 2006/114/CE) da parte del legislatore comunitario.

Infatti, quanto sopra è dimostrato dalla lettera del considerando n. 5 della Direttiva 2006/114/CE, che afferma che *“la difformità delle disposizioni degli Stati membri in materia di pubblicità che induce in inganno le imprese ostacola la realizzazione di campagne pubblicitarie oltre i confini nazionali e quindi incide sulla libera circolazione di merci e servizi”*. Inoltre la Direttiva 2006/114/CE all’articolo 5, comma 1 (*“gli Stati membri assicurano la disponibilità di mezzi adeguati ed efficaci per combattere la pubblicità ingannevole e garantire l’osservanza delle disposizioni in materia di pubblicità comparativa nell’interesse dei professionisti e dei concorrenti”*), e all’articolo 8, comma 1 (*“la presente Direttiva non osta al mantenimento o all’adozione da parte degli Stati membri di disposizioni che abbiano lo scopo di garantire una più ampia tutela, in materia di pubblicità ingannevole, dei professionisti e dei concorrenti”*) prevede accanto ai “*concorrenti*” i “*professionisti*”; ebbene, risultando evidente che il legislatore comunitario abbia utilizzato i due termini come sinonimi, ne emerge che quest’ultimo abbia fatto rientrare nella definizione di “*professionisti*” anche i “*concorrenti*”.

Naturalmente è indubbio che dalla disciplina della pubblicità commerciale caratterizzata da una serie di precetti e divieti finalizzati a garantire correttezza, trasparenza e lealtà traggano beneficio gli imprenditori (e i liberi professionisti) nel rapporto con i loro concorrenti, così come, traggono giovamento anche dalla disciplina attuativa della Direttiva 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali sleali (pur non essendo i destinatari diretti di tale normativa).

In conclusione, gli articoli 2 lettera b) e 3 del D.Lgs. n. 145/2007 relativi alla pubblicità ingannevole sono sicuramente posti a tutela degli interessi dei concorrenti, così come le disposizioni generali sulla pubblicità e di quella comparativa, anche se - diversamente da queste ultime - sono contemporaneamente rivolti a protezione degli interessi solamente dei destinatari “*professionali*” di messaggi pubblicitari, dal momento che la tutela dei

¹⁴⁴ G. De Cristofaro, *La disciplina “generale” della pubblicità contenuta nel D.Lgs. n. 145/2007*, in op. cit., pag. 500 e ss.

destinatari “*non professionali*” (ossia dei consumatori) dei messaggi pubblicitari nei confronti della pubblicità ingannevole è perseguita dalla normativa speciale degli articoli 20-23 cod. cons.

2.2.6 GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELLE PRATICHE SCORRETTE

Sulla falsariga dell’analisi effettuata nel primo capitolo in merito alle pratiche sleali, in questa sede si cercherà di ripercorrere gli aspetti essenziali e caratterizzanti delle pratiche scorrette, così come delineate dal legislatore italiano (sempre se vi si possa scorgere un qualche sforzo).

Si precisa che il divieto relativo alle pratiche scorrette è caratterizzato, sin dalla disciplina delineata dal legislatore comunitario nei considerando n. 11 e 13 della Direttiva 29/2005/CE, quale “unico”, “generale” e “comune”. Per quanto riguarda il primo aspetto, ossia l’unicità, il legislatore ha previsto un divieto unico ma che, tuttavia, assorbe una molteplicità di fattori particolari (le pratiche omissive, le pratiche ingannevoli, ecc.).

Il carattere generale del divieto sorge dalla definizione di pratiche commerciali scorrette idonea a comprendere tutte le azioni, omissioni, condotte o dichiarazioni poste in essere da un professionista “*in relazione alla promozione, alla vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori*”, indipendentemente da natura, tipologia e modalità di realizzazione

Ma non solo.

Il divieto opera altresì su diversi livelli dal momento che copre l’intero rapporto contrattuale, disciplinando le condotte poste in essere dal professionista “*prima, durante e dopo un’operazione commerciale*”, così come previsto dall’articolo 19 cod. cons.

Infine, la qualifica di “*comune*” attribuita al divieto dal considerando n. 13 della Direttiva in commento sorge dalla circostanza che il precetto opera ed è finalizzato ad essere rispettato da tutti i professionisti operanti nel territorio di uno Stato membro appartenente all’Unione Europea.

A questo punto pare doveroso spendere alcune ulteriori parole in merito alla disciplina di recepimento, almeno per quanto attiene al divieto posto dal legislatore italiano (quanto da quello comunitario prima con la Direttiva 29/2005/CE) ossia al divieto di porre in essere “*pratiche commerciali scorrette*” (cfr. articolo 20, comma 1, cod. cons.).

Ad oggi non è dato comprendere per quale ragione il nostro legislatore abbia deciso di utilizzare l’aggettivo “*scorrette*” anziché quello “*sleali*”, presente nella versione italiana della Direttiva 29/2005/CE.

È stato ipotizzato¹⁴⁵ che il legislatore abbia voluto evidenziare anche a livello lessicale la diversità di ratio, gli obiettivi posti a tutela e l'ambito di applicazione delle disposizioni attuative della Direttiva in commento rispetto alla disciplina generale della concorrenza sleale contenuta negli articolo 2598 c.c. e ss.

Se veramente questo è stato l'intento del legislatore non si può di certo dire che abbia sortito il suo effetto: infatti, mentre da un lato la norma di cui all'articolo 2598 c.c., comma 3, prevede che "*compie atti di concorrenza sleale chiunque si avvalga di mezzi non conformi ai principi della correttezza professionale [...]*", dall'altro all'interno del codice del consumo i termini "*lealtà*" e "*correttezza*" vengono utilizzati entrambi a volte individualmente a volte congiuntamente, sempre unitamente alla locuzione "buona fede", senza che all'uno possa essere dato un significato ed una operatività ben distinto da quelli dell'altro. Per di più, pare proprio che non possano essere ricondotte ripercussioni o conseguenze di particolare rilievo al termine "*scorretto*" piuttosto che "*sleale*", sia nell'ambito dell'intero *corpus* normativo sia all'interno di ogni singola disposizione.

Considerando che la "*scorrettezza*" di una pratica di cui all'articolo 20 cod. cons. deve essere valutata e misurata non solo sulla base del principio di "*diligenza professionale*" di cui allo stesso articolo 20, comma 2, cod. cons., ma anche sulla base dei principi generali di "*buona fede, correttezza e lealtà*" di cui all'articolo 39 cod. cons.¹⁴⁶ e all'articolo 2 cod. cons., a questo punto si pongono alcuni problemi di coordinamento tra i vari principi ispiratori.

Ebbene, non pare esservi dubbio che i "*principi di buona fede, correttezza e lealtà*" di cui all'articolo 2, comma 2 lett. c *bis*, cod. cons. siano gli stessi cui si riferisce l'articolo 39 cod. cons. In particolare, se si considera che, alla luce della Relazione Illustrativa del Codice del Consumo – l'articolo 39 cod. cons. "*introduce regole generali nelle attività commerciali, conformi ai principi generali di diritto comunitario in tema di pratiche commerciali sleali*" e che – alla luce della Relazione Illustrativa del D.Lgs. n. 221/07 che l'ha inserita nell'articolo 2, comma 2, cod. cons. – la lettera c *bis*) contiene "*una disposizione di richiamo ai principi di correttezza, lealtà e buona fede, conformemente con quanto previsto dalla Direttiva 29/2005/CE in materia di pratiche commerciali sleali recepita con il decreto n. 146 del 2007*", emerge chiaramente lo stretto collegamento fra la disciplina comunitaria delle pratiche commerciali sleali e le due citate disposizioni del Codice del Consumo.

Da quanto sopra pare di poter trarre due conclusioni:

¹⁴⁵ Cfr. De Cristofaro, *Il divieto di pratiche commerciali "scorrette" dettato dall'articolo 20, comma 1, e le statuizioni dell'articolo 2, comma 2, lett. C bis) dell'articolo 39 cod. cons.*, in *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, op. cit., pag. 1079.

¹⁴⁶ L'articolo 39 cod. cons. (*Regole nelle attività commerciali*) prevede che "*le attività commerciali sono improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori*".

- a) la locuzione “*pratiche commerciali*” di cui alla lettera c *bis*) dell’articolo 2, comma 2. cod. cons. deve essere interpretata nell’accezione di cui al successivo articolo 18, lett. d), cod. cons. (così come deve essere intesa anche la locuzione “attività commerciali” di cui all’articolo 39 cod. cons.¹⁴⁷);
- b) la qualificazione in termini di “*scorrettezza*” di una pratica commerciale – alla luce delle norme di cui agli articolo 20 e ss. cod. cons. – esprime la non rispondenza di tale comportamento ai “*principi di buona fede, correttezza e lealtà*”, di cui agli articoli 2, comma 2, e 39 cod. cons. in questo modo, pertanto, il professionista che dovesse violare il precetto di cui all’articolo 20, comma 1, cod. cons. violerebbe, con il suo comportamento, anche il precetto previsto dall’articolo 39 cod. cons. e , a maggior ragione, violerebbe il diritto riconosciuto ai consumatori come “*fondamentale*” dall’articolo 2, comma 2, cod. cons. ossia il diritto previsto dal medesimo articolo alla lettera c *bis*).

Al fine di una maggior comprensione della portata innovativa della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette, pare opportuno soffermarsi – seppur brevemente – su quanto accennato in precedenza sul rapporto che lega/separa la “*scorrettezza*” di una “*pratica commerciale*” (ai sensi ed ai fini dell’articolo 20 e ss. cod. cons.) e la “*slealtà*” di un “*atto di concorrenza*” (ai sensi ed ai fini degli articoli 2598 e ss. c.c.).

Orbene, alla luce delle considerazioni tutte svolte nel primo capitolo del presente scritto, si deve precisare che le due classificazioni appena riportate sono da considerarsi assolutamente distinte ed autonome, in quanto, appunto, la disciplina della concorrenza sleale e quella delle pratiche commerciali scorrette hanno ambiti di applicazione ben diversi e, soprattutto, hanno obiettivi, fondamenti giustificativi e apparati rimediali distinti.

Per quanto riguarda le norme sulle pratiche commerciali sleali, si ribadisce che attengono unicamente ai comportamenti tenuti da imprenditori o professionisti in relazione ai rapporti contrattuali tra gli stessi ed i consumatori, non solo anteriormente ma anche contestualmente e posteriormente alla instaurazione di tali rapporti. Di questi ultimi rapporti, invero, sono suscettibili di rientrare nella normativa di cui agli articoli 2598 c.c. e ss. solamente quei comportamenti che il professionista ponga in essere allo scopo di promuovere e favorire

¹⁴⁷ In questo senso, G. De Cristofaro, *Il divieto di pratiche commerciali “scorrette” dettato dall’articolo 20, comma 1, e le statuizioni dell’articolo 2, comma 2, lett. C bis) dell’articolo 39 cod. cons.*, in *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, op. cit., pag. 1080; e Sandulli, in Aa. Vv., *Codice del Consumo. Commentario a cura di Alpa e Rossi Carleo*, Napoli 2005, *sub.* Articolo 39, pagg. 289 e ss.

l'instaurazione di rapporti contrattuali tra professionisti e consumatori, ma nei limiti in cui questi siano lesivi degli interessi dei concorrenti¹⁴⁸.

Questo perché il nostro ordinamento ha predisposto e tutt'ora mantiene¹⁴⁹ una disciplina della concorrenza sleale che è funzionale esclusivamente alla tutela degli interessi dei concorrenti, così che ci troviamo di fronte al cd. “*sistema binario*” ordinato a tutelare, in maniera ben distinta, da un lato gli interessi dei consumatori e, dall'altro, quelli dei professionisti.

Di tutta evidenza che i parametri, la ratio e gli obiettivi della valutazione di “*slealtà*” di un atto di concorrenza ai sensi dell'articolo 2598 c.c. sono necessariamente diversi da quelli propri della valutazione di “*scorrettezza*” di una pratica commerciale, che è invece legata all'idoneità della condotta del professionista (o imprenditore) a “*ledere gli interessi economici dei consumatori*”(e a turbare la sua libertà di scelta nell'instaurare o meno rapporti contrattuali).

Questo tuttavia non esclude che le due fattispecie non si possano intersecare tra di loro; ma anche in queste ipotesi, le qualificazioni giuridiche (ossia di “*slealtà*” ai sensi dell'articolo 2598 c.c. e di “*scorrettezza*” ai sensi degli articoli 20 e ss. cod. cons.) devono comunque rimanere debitamente distinte¹⁵⁰, in quanto le conseguenze che ne derivano sono diverse e si producono contemporaneamente e cumulativamente. Da un lato, infatti, la possibilità per i singoli concorrenti di agire avanti all'autorità giudiziaria ordinaria con l'azione risarcitoria ai sensi dell'articolo 2600 c.c. (o con l'azione inibitoria ai sensi degli articoli 2599 e 2601 c.c.); dall'altro, la possibilità di agire avanti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercati con un procedimento ai sensi dell'articolo 27 cod. cons. (del quale si tratterà *infra*) ovvero per le associazioni dei consumatori di agire avanti al giudice ordinario ai sensi dell'articolo 140 cod. cons. (azione inibitoria) o dell'articolo 140 *bis* cod. cons. (con un'azione di gruppo).

¹⁴⁸ Pertanto, pur integrando gli estremi di un atto di concorrenza sleale, non costituisce invece una pratica commerciale scorretta, ai sensi dell'articolo 18 cod. cons.) il comportamento tenuto dal professionista esclusivamente allo scopo di promuovere l'instaurazione di rapporti contrattuali fra professionisti.

¹⁴⁹ Evidente che il nostro legislatore, ancora una volta, non ha colto l'occasione di creare un unico provvedimento in grado di riordinare e rendere unica e ben coordinata la disciplina in materia di pratiche commerciali, sia tutelando i consumatori e gli interessi generali del mercato sia i concorrenti, mediante il recepimento della Direttiva 2005/29/CE e di quella 2006/114/CE.

¹⁵⁰ Si precisa che, comunque, in concreto difficilmente un comportamento imprenditoriale che intergi gli estremi di una “*pratica commerciale scorretta*” ai sensi degli articoli 20 e ss. cod. cons. potrebbe evitare di essere ritenuto come atto di concorrenza sleale ai sensi dell'articolo 2598 c.c., laddove, al contrario, potrebbe darsi che un comportamento imprenditoriale costituente atto di concorrenza sleale non integri gli estremi di una pratica commerciale scorretta (i.e. in quanto dannoso per i concorrenti ma inidoneo a ledere gli interessi dei consumatori).

2.2.7 LE PRATICHE COMMERCIALI INGANNEVOLI

Senza voler ripetere le considerazioni generali già svolte nel capitolo 1 in merito di pratiche commerciali ingannevoli, pare opportuno spendere poche parole in merito a quelle appartenenti alla *cd.* lista nera, di cui all'articolo 23 cod. cons., ossia alle pratiche considerate in ogni caso ingannevoli e, per ciò stesso, vietate senza necessità di una valutazione in concreto. L'elenco di pratiche ingannevoli elencate nell'articolo 23 cod. cons., pur essendo tassative, di certo non esauriscono il giudizio di scorrettezza, dal momento che una pratica commerciale che non rientri nell'elenco in discussione può in ogni caso essere ritenuta scorretta e vietata in base al combinato disposto degli articoli 21, 22, 24 e 25 del codice del consumo, nonché dell'articolo 20.

Le pratiche ingannevoli elencate nell'articolo 23 cod. cons. possono essere suddivise fondamentalmente in due gruppi principali ovvero in pratiche che si fondano

1. “*sull’inganno dell’apparenza*” (lettere a-; i; l; n; r, s, h; bb; o; aa);
2. “*sull’ingannevolezza della propaganda*” (lettere e, f, v, p, t, u, z, m, g, q).

2.2.7.1 *Le pratiche commerciali fondate sull’inganno dell’apparenza*

All'interno del primo gruppo, si trovano le pratiche mediante le quali il professionista cerca di carpire il consenso del consumatore, ponendo in essere una condotta lesiva del suo affidamento. In particolare:

- l'affermazione falsa del professionista di essere firmatario di un codice di condotta (lett. a);
- l'esibizione di “*un marchio di fiducia, un marchio di qualità o un marchio equivalente senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione*” (lett. b);
- l'affermazione falsa che “*un codice di condotta ha l’approvazione di un organismo pubblico o di altra natura*” (lett. c);
- l'affermazione mendace “*che un professionista, le sue pratiche commerciali o un suo prodotto sono stati autorizzati, accettati o approvati, da un organismo pubblico o privato o che sono state rispettate le condizioni dell’autorizzazione, dell’accettazione o dell’approvazione ricevuta*” (lett. d);

ossia si tratta di pratiche mediante le quali il professionista fraudolentemente collega la propria attività a codici di condotta, marchi, organismi pubblici o privati al fine di guadagnarsi con l'inganno la fiducia del consumatore. Infatti, soprattutto la dichiarazione del professionista di aderire a codici di condotta, è in grado di ingenerare nel consumatore

un elevato grado di affidabilità derivante proprio dalla presunzione di adeguamento della condotta del professionista a quella prevista nel codice¹⁵¹.

Proseguendo con l'elenco delle pratiche che si fondano “*sull'inganno dell'apparenza*” si trovano quelle che riguardano l'inganno sulla natura del prodotto, ossia di pratiche che violano l'obbligo primario del professionista di adeguare la propria condotta ai requisiti di lealtà previsti dalla clausola generale di buona fede. Il professionista, in questi casi subdolamente sfrutta la sfera emotiva del consumatore, il quale viene così indotto ad acquistare il prodotto per paura, infondata, di non tutelare la propria salute e quella dei propri cari in casi di mancato acquisto del prodotto. A queste sono riconducibili, ad esempio, l'affermazione falsa in merito alla liceità della vendita del prodotto o anche il solo comportamento idoneo a creare una tale impressione (lett. i).

Rientrano nella fattispecie delle “*pratiche basate sull'inganno dell'apparenza*” anche le pratiche con le quali il professionista cerca di far leva su consumatori più fragili deboli, affermando che alcuni prodotti possono facilitare la vincita in giochi basati sulla sorte (lett. r) oppure, contrariamente al vero, che un prodotto ha la capacità di curare malattie, disfunzioni, malformazioni (lett. s); tali previsioni ricalcano la norma prevista nell'articolo 8 del Codice dell'Autodisciplina Pubblicitaria, il quale prevede che “*la pubblicità deve evitare ogni forma di sfruttamento della superstizione, della credulità e, salvo ragioni giustificate, della paura*”¹⁵².

Il legislatore prosegue includendo nell'elenco anche le condotte, aventi carattere fraudolento, che fanno esplicito riferimento alla garanzia post-vendita (ossia alla garanzia contrattuale ex articolo 133 cod. cons. non a quella legale ex articolo 128 cod. cons.), ed, in particolare, quelle con le quali il professionista

- si impegna a fornire assistenza post-vendita in una lingua diversa rispetto a quella del consumatore, senza preventiva comunicazione (lett. h);
- prospetta i diritti già riconosciuti ai consumatori dalla legge come caratteristica propria dell'offerta da questi presentata (lett. l); oppure
- nei servizi di scambio transfrontaliero, induca il consumatore a credere che i servizi post-vendita relativi a un prodotto siano disponibili in uno Stato membro diverso da quello in cui è venduto (lett. bb).

¹⁵¹ Cfr. F. Lucchesi, in *Educazione, informazione, pratiche commerciali, pubblicità*, in *Codice del Consumo – Aggiornamento*, op. cit., pagg. 54; R. Calvo, *Le pratiche commerciali sleali “ingannevoli”*, in *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, a cura di G. De Cristofaro, op. cit., pagg. 210 e ss.

¹⁵² Cfr. Calvo, *Le pratiche commerciali sleali “ingannevoli”*, op. cit., pag. 214.

Infine, tra le pratiche ingannevoli fondate sull'inganno dell'apparenza, si trovano quelle che tendono ad incidere sul processo di autodeterminazione del consumatore, generando confusione sulla figura del venditore attraverso

- la promozione di *“un prodotto simile a quello fabbricato da un altro produttore”* già noto nel mercato *“in modo tale da fuorviare deliberatamente il consumatore inducendolo a ritenere, contrariamente al vero, che un prodotto è fabbricato dallo stesso produttore”* (lett. o);
- comportamenti o dichiarazioni menzognere idonee a far credere al consumatore di non agire *“nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale”* o attraverso la propria presentazione contrariamente al vero, come consumatore al fine di privarlo della tutela riconosciutagli dalla normativa esistente (lett. aa).

2.2.7.2 Le pratiche commerciali fondate sull'ingannevolezza della propaganda

Diversamente da quanto visto sopra, le pratiche commerciali fondate sull'ingannevolezza della propaganda si basano su una campagna pubblicitaria fraudolenta.

Certamente, tra le pratiche in oggetto si trovano quelle che ingannano il consumatore sul prezzo quale elemento essenziale sul quale si fonda la propaganda del bene, in particolare quelle pratiche con le quali il professionista:

- invita *“all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo senza rivelare l'esistenza di ragionevoli motivi che il professionista può avere per ritenere che non sarà in grado di fornire o di far fornire da un altro professionista quei prodotti o prodotti equivalenti a quel prezzo entro un periodo e in quantità ragionevoli in rapporto al prodotto, all'entità della pubblicità fatta del prodotto e al prezzo offerti”* (lett. e);
- invita *“all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo e successivamente:*
 - 1) *rifiutare di mostrare l'articolo pubblicizzato ai consumatori, oppure*
 - 2) *rifiutare di accettare ordini per l'articolo o di consegnarlo entro un periodo di tempo ragionevole, oppure*
 - 3) *fare la dimostrazione dell'articolo con un campione difettoso, con l'intenzione di promuovere un altro prodotto”* (lett. f);
- dichiara, *“contrariamente al vero, che il prodotto sarà disponibile solo per un periodo molto limitato o che sarà disponibile solo a condizioni particolari per un periodo di tempo molto limitato, in modo da ottenere una decisione immediata e*

privare i consumatori della possibilità o del tempo sufficiente per prendere una decisione consapevole” (lett. g);

- *presenta “un prodotto come gratuito o senza alcun onere, se il consumatore deve pagare un supplemento di prezzo rispetto al normale costo necessario per rispondere alla pratica commerciale e ritirare o farsi recapitare il prodotto” (lett. v).*

All'interno della categoria delle pratiche commerciali fondate sull'ingannevolezza della propaganda rientrano anche quelle che sono volte ad ingannare il consumatore sulle condizioni di mercato, ovvero quelle mediante le quali il professionista

- *comunica “informazioni inesatte sulle condizioni di mercato o sulla possibilità di ottenere il prodotto allo scopo d'indurre il consumatore all'acquisto a condizioni meno favorevoli di quelle normali di mercato” (lett. t);*
- *afferma “in una pratica commerciale che si organizzano concorsi o promozioni a premi senza attribuire i premi descritti o un equivalente ragionevole” (lett. u);*
- *include “nel materiale promozionale una fattura o analoga richiesta di pagamento che lasci intendere, contrariamente al vero, al consumatore di aver già ordinato il prodotto” (lett. z). Tale ultima fattispecie rientra nella più ampia categoria delle cd. “forniture non richieste”, che si avrà modo di analizzare nel prosieguo.*

Il legislatore prosegue nel divieto delle pratiche che prevedono la cd. “vendita piramidale”, sanzionando come ingannevole la condotta finalizzata ad “avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti” (lett. p). Come noto, tali vendite si concretizzano in vere e proprie “catene”¹⁵³, in

¹⁵³ Cfr. Legge 17 agosto 2005 n.173 (in Gazz.Uff., 2 settembre, , n. 204), “Disciplina della vendita diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali”. L'articolo 5 di questa legge, così come modificato dall'articolo 5 del D.Lgs. 146/2007, prevede che “sono vietate la promozione e la realizzazione di attività e di strutture di vendita nelle quali l'incentivo economico primario dei componenti la struttura si fonda sul mero reclutamento di nuovi soggetti piuttosto che sulla loro capacità di vendere o promuovere la vendita di beni o servizi determinati direttamente o attraverso altri componenti la struttura. E' vietata, altresì, la promozione o l'organizzazione di tutte quelle operazioni, quali giochi, piani di sviluppo, “catene di Sant'Antonio”, che configurano la possibilità di guadagno attraverso il puro e semplice reclutamento di altre persone e in cui il diritto a reclutare si trasferisce all'infinito previo il pagamento di un corrispettivo”.

L'articolo 7 della Legge 173/2005 prevede le sanzioni applicabili in caso di violazione del divieto di cui all'articolo 5 ossia “salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque promuove o realizza le attività o le strutture di vendita o le operazioni di cui all'articolo 5, anche promuovendo iniziative di carattere collettivo o inducendo uno o più soggetti ad aderire, associarsi o affiliarsi alle organizzazioni od operazioni di cui al medesimo articolo, e' punito con l'arresto da sei mesi ad un anno o con l'ammenda da 100.000 euro a 600.000 euro.

cui il principale incentivo economico è costituito dal maggior reclutamento possibile di ulteriori venditori, piuttosto che dalla propria effettiva capacità di vendere o promuovere la vendita di beni e servizi.

Infine, si riconducono alla fattispecie delle pratiche commerciali fondate sull'ingannevolezza della propaganda quelle mediante le quali il professionista:

- dichiara “*contrariamente al vero, che il prodotto sarà disponibile solo per un periodo molto limitato o che sarà disponibile solo a condizioni particolari per un periodo di tempo molto limitato, in modo da ottenere una decisione immediata e privare i consumatori della possibilità o del tempo sufficiente per prendere una decisione consapevole*” (lett. g);
- “*salvo quanto previsto dal decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177¹⁵⁴, e successive modificazioni*”, impiega “*contenuti redazionali nei mezzi di comunicazione per promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati sostenuti dal professionista senza che ciò emerga dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore*” (lett. m);
- afferma “*contrariamente al vero, che il professionista e' in procinto di cessare l'attività' o traslocare*” (lett. q).

2.2.8 LE PRATICHE COMMERCIALI AGGRESSIVE

L'articolo 24 cod. cons. di individua le caratteristiche costitutive perché una pratica debba essere considerata aggressiva.

Analizzando la norma, emerge chiaramente che è necessario che il professionista (o imprenditore) abbia fatto ricorso, nella pratica commerciale posta in essere nei confronti del consumatore, a molestie, coercizione (compreso l'uso della forza fisica) o l'indebito condizionamento¹⁵⁵.

Per le violazioni di cui al comma 1 si applica la sanzione accessoria della pubblicazione del provvedimento con le modalità di cui all'articolo 36 del codice penale e della sua comunicazione alle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale.

All'impresa che non rispetti le disposizioni di cui all'articolo 4, commi 2, 3, 5, 6 e 9, si applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 1.500 euro a 5.000 euro”.

In dottrina si vedano, A: Plaia, “*Organizzazioni «piramidali» e interessi del consumatore: il giudice ordinario e la l. n. 281 del 1998*”, in *Giust. civ.* 2001, 3, 816; F. Lucchesi, op. cit., pag. 57; G. De Cristofaro, *Il “cantiere aperto” codice del consumo: modificazioni e innovazioni apportate dal d.lgs. 23.10.2007 n. 221*, in *Studium iuris*, 2008, 265 ss.; Iurilli, *Le vendite piramidali nella nuova disciplina delle pratiche commerciali sleali. Dal business to consumer al business to business*, *ivi*, 665 ss. e 792 ss.

¹⁵⁴ D.Lgs. n. 31 luglio 2005, n. 177 “*Testo Unico della radiotelevisione*” in *Gazzetta Uff.* 7 settembre 2005, n. 208.

¹⁵⁵ L'articolo 18, lett. l) definisce l'indebito condizionamento come “*pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione,*

Inoltre, è necessario che, proprio perché il professionista ha fatto ricorso agli strumenti di cui sopra, la pratica sia “*idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto*”.

Infine, altro elemento costitutivo della fattispecie è che quest’idoneità della pratica commerciale a limitare la libertà del consumatore medio sia tale da indurre il consumatore stesso ad “*assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso*”.

Si precisa, a questo punto, che l’accertamento dei presupposti per la qualifica di una pratica come “*aggressiva*” deve essere condotto in concreto, tenendo conto di tutte le specifiche circostanze del caso e di tutte le caratteristiche specifiche di ogni singola fattispecie. In particolare, per determinare se una pratica commerciale è “*aggressiva*” si deve tener conto degli elementi tassativamente elencati nell’articolo 25 cod. cons. (*Ricorso a molestie coercizione o indebito condizionamento*)¹⁵⁶.

Sul punto, al fine di meglio chiarire quanto appena argomentato seppur brevemente, pare particolarmente utile e chiarificatore portare un esempio concreto ossia riportare un recente provvedimento dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Sul punto, l’Autorità si è recentemente espressa¹⁵⁷, dichiarando che “*integrano una fattispecie scorretta, ancorché aggressiva, quei comportamenti posti in essere da Enel Energia s.p.a. e da Enel s.p.a. che si sono sostanziate nel cercare il passaggio dei clienti residenziali dal regime di maggior tutela (regolamentato) al mercato libero, attraverso proposte di tariffe contrattuali particolarmente vantaggiose, nella vendita d’energia elettrica e/o nella fornitura di gas naturale: i suindicati comportamenti rappresentano una fornitura non richiesta di energia elettrica e/o di gas naturale, che si è risolta in taluni casi*

compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o e’ idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o e’ idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”. Tuttavia, il legislatore non rende nessuna definizione di “*molestie*” e “*coercizione*”.

¹⁵⁶ La norma contenuta nell’articolo 25 cod. cons. prevede che “*nel determinare se una pratica commerciale comporta, ai fini del presente capo, molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, sono presi in considerazione i seguenti elementi:*

a) i tempi, il luogo, la natura o la persistenza;

b) il ricorso alla minaccia fisica o verbale;

c) lo sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto;

d) qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista;

e) qualsiasi minaccia di promuovere un’azione legale ove tale azione sia manifestamente temeraria o infondata”.

¹⁵⁷ Cfr. Provvedimento AGCOM 4 settembre 2008 n. 18829, PS91-Enel Energia s.p.a. - Richiesta cambio fornitore, in *Giust. Civ.* 2009, 2, 515.

anche con la falsa sottoscrizione del contratto di fornitura da parte degli agenti incaricati dalla società elettrica; nell'imposizione di ostacoli all'esercizio del diritto di ripensamento, come ad esempio, il rallentamento dei reclami e delle comunicazioni dei consumatori, presentate, pur tuttavia, nei termini e riportando il cliente nel mercato regolamentato di fornitura del servizio dal primo giorno del secondo mese successivo a quello nel quale è pervenuta la comunicazione, richiedendo comunque il pagamento, in quanto il servizio di fornitura di energia, nelle more dell'esercizio di diritto di ripensamento, era stato tempestivamente attivato; nella diffusione di comunicazioni commerciali ingannevoli; nell'adozione di forme di marketing aggressive, come ad esempio, vendite del servizio mediante numerosi e insistenti contatti telefonici del cliente attraverso i call center della società”.

2.2.9 GLI STRUMENTI DI TUTELA INDIVIDUALE E COLLETTIVA

Come analizzato, seppur brevemente *supra*, i profili rimediali e sanzionatori nonché l'applicazione delle norme di cui al Titolo II del Codice del Consumo (“*Informazioni ai consumatori*” in tema di “*Educazione, informazione, pratiche commerciali, pubblicità*”) in materia di pratiche commerciali sleali sono disciplinati dall'articolo 27 cod. cons. - nel testo modificato dal D.Lgs. n. 146/2007.

Tale norma individua gli organi competenti, definendone i relativi poteri, i provvedimenti e le sanzioni irrogabili oltre a delimitare i rapporti tra l'autorità amministrativa e l'autorità giurisdizionale ordinaria.

Ripercorrendo quanto già anticipato *supra*, in particolare, l'articolo 27 cod. cons., non disciplinando in maniera compiuta tutti i rimedi esperibili dai soggetti danneggiati dalle pratiche scorrette, si limita a riprendere gran parte delle disposizioni già previste nel testo dell'articolo 26 del cod. cons., nella versione precedente al D.Lgs. 146/2007 ovvero il sistema binario di tutela¹⁵⁸. In particolare, tale sistema cd. binario prevede, da un lato, la competenza dell'AGCM ad applicare le norme in materia di pratiche commerciali scorrette e ad irrogare le sanzioni - di natura amministrativa - previste nello stesso articolo 27 cod. cons.; dall'altro, la giurisdizione del giudice ordinario in materia di concorrenza sleale, ai sensi dell'articolo 2598 c.c., nonché in materia di atti compiuti in violazione della normativa sul diritto d'autore, dei marchi d'impresa, delle denominazioni di origine protette e di altri segni distintivi di imprese e beni; infine, fa salva l'applicazione della normativa in materia contrattuale.

¹⁵⁸ Cfr. G. Taddei Elmi, *Artt. 27 - 27 quater, in Codice del Consumo - Aggiornamento - Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, a cura di G. Vettori, Cedam, 2009, pagg. 115 e ss. Per un'analisi approfondita sul tema, si rinvia anche a A. Ciatti, *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, op. cit.*, a cura di G. de Cristofaro, pagg. 383 e ss.

Ne consegue che mentre l'AGCM ha il compito di tutelare l'interesse generale al corretto funzionamento del mercato, mediante il ricorso a provvedimenti sanzionatori amministrativi, invece i giudici ordinari hanno il compito di provvedere alla tutela civilistica dei singoli soggetti danneggiati dalle pratiche commerciali scorrette.

Dopo l'introduzione svolta *supra* e nel presente paragrafo, pare opportuno svolgere una, seppur breve, analisi dei procedimenti volti a tutela, da un lato dell'interesse generale avanti all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, e dall'altro degli interessi civilistica avanti all'autorità giudiziaria ordinaria.

2.2.9.1. PROCEDIMENTO AVANTI ALL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

I poteri istruttori e sanzionatori riconosciuti all'AGCM¹⁵⁹, in materia di pratiche commerciali sleali, sono definiti dallo stesso articolo 27 cod. cons., il quale fa espresso rinvio al Regolamento 2006/2004/CE sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori. Inoltre, tale procedura istruttoria è disciplinata anche dal Regolamento interno della stessa Autorità indipendente (ossia con delibera n. 17589 del 15 novembre 2007, adottata ai sensi dell'articolo 27, comma 11, cod. cons.), che ha sostituito il D.P.R. 11 luglio 2003 n. 284, ora abrogato, avente ad oggetto la procedura istruttoria in tema di pubblicità ingannevole e comparativa,

¹⁵⁹ L'AGCM è un organo istituito dalla L. 10 ottobre 1990 n. 287 ed opera in piena autonomia ed indipendenza nei propri giudizi e valutazioni, ai sensi dell'articolo 10, comma 2 della stessa legge istitutiva. Infatti, l'imparzialità e l'indipendenza di quest'istituto sono garantiti dalle modalità di nomina dei suoi membri (ossia d'intesa dai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, tra persone di notoria indipendenza dotate di grande professionalità in materia giuridica ed economica) e dall'autonomia organizzativa e contabile. Di conseguenza, pare soddisfatto il requisito dell'imparzialità dell'organo competente in materia di pratiche commerciali scorrette, richiesto dall'articolo 11 della Direttiva 29/2005/CE. Infatti, l'AGCM rientra a buon diritto tra le Autorità amministrative indipendenti, con compiti para-giurisdizionali, il cui ordinamento interno ed organizzativo è disciplinato dagli articoli 10 e 11 della Legge 287/90.

Nel primo anno di attività, l'AGCM ha

- ricevuto oltre 5.000 segnalazioni;
- avviato circa 2.000 procedimenti;
- accertato, in via provvisoria o definitiva, oltre 50 infrazioni;
- irrogato nel complesso sanzioni pecuniarie per oltre Euro 5 milioni.

Di seguito, per meglio comprendere in concreto l'attività svolta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, si riporta un elenco relativo alla tipologia di illeciti amministrativi contestati ex articolo 18 ss. cod. cons.:

- azioni/omissioni ingannevoli relative ai costi e alle altre caratteristiche servizio o del prodotto;
- forniture non richieste e attivazione servizi non richiesti;
- ostacoli alla disdetta o all'esercizio di diritti contrattuali o prerogative legali (per esempio, portabilità del mutuo ipotecario);
- marketing aggressivo;
- vincite facili;
- vincite fasulle;
- prestazioni "gemellate" idonee a determinare pregiudizio economico o ad alterare le scelte del consumatore.

regolamento con il compito principale di garantire il contraddittorio, la piena cognizione degli atti e la verbalizzazione.

Come già anticipato supra, l'articolo 27 cod. cons. prevede (in maniera assolutamente innovativa rispetto alle previsioni di cui all'articolo 26 cod. cons. previgente) che il procedimento dell'AGCM per l'accertamento delle pratiche commerciali scorrette sia avviato "d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse".

Sul punto si sottolinea l'importanza del potere di agire di ufficio, di cui l'AGCM già godeva in sede antitrust. Competente sotto questo aspetto è, ai sensi dell'articolo 3 della delibera AGCM 11 novembre 2007 n. 17589, il responsabile del procedimento¹⁶⁰ il quale ha il compito di valutare gli elementi comunque in suo possesso e quelli eventualmente portati a sua conoscenza con l'istanza dei soggetti interessati e di avviare l'istruttoria volta alla verifica dell'esistenza di pratiche commerciali scorrette.

Con riferimento all'iniziativa di parte, il testo dell'articolo 27, comma 2, cod. cons. è differente rispetto a quello del precedente articolo 26, anche se non paiono esservi modifiche sostanziali in merito ai soggetti legittimati. Infatti, l'articolo 26 cod. cons. faceva riferimento ai "concorrenti, consumatori, le loro associazioni e organizzazioni, il Ministero delle attività produttive nonché ogni altra pubblica amministrazione che ne abbia interesse in relazione ai propri compiti istituzionali", anche se poi il testo veniva interpretato in maniera decisamente più estensiva, ricomprendendovi, di fatto, qualunque interessato, in quanto nella categoria dei consumatori venivano fatti rientrare tutti i destinatari dei messaggi pubblicitari e in quella dei concorrenti tutti coloro che subivano un pregiudizio, anche a prescindere da un rapporto di concorrenza in senso stretto¹⁶¹.

In effetti, non emergono grosse differenze con quanto previsto dall'attuale articolo 27, comma 2, cod. cons., che legittima chiunque vi abbia interesse, ossia i consumatori e le imprese concorrenti. Ebbene, per quanto vi sia la disciplina *ad hoc* dettata a favore dei concorrenti in tema di pubblicità ingannevole e comparativa, ciò non toglie che i concorrenti possano comunque avviare un procedimento davanti all'AGCM per una pratica

¹⁶⁰ L'articolo 3 della delibera in oggetto prevede che "responsabile del procedimento è il dirigente preposto all'unità organizzativa competente per materia, istituita ai sensi dell'art. 10, comma 6, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, o altro funzionario dallo stesso incaricato" e che il responsabile "provvede all'avvio del procedimento nonché agli adempimenti di competenza per lo svolgimento dell'attività istruttoria".

Il responsabile del procedimento ha competenza anche in una fase pre-istruttoria, ove "acquisisce ogni elemento utile alla valutazione della fattispecie. A tal fine può richiedere informazioni e documenti ad ogni soggetto pubblico o privato, anche al fine di individuare il professionista. Ad eccezione dei casi di particolare gravità, qualora sussistano fondati motivi tali da ritenere che una pratica commerciale sia scorretta, il responsabile del procedimento, informato il Collegio, può invitare il professionista, per iscritto, a rimuovere i profili di possibile scorrettezza".

¹⁶¹ Cfr. Taddei Elmi, op. cit. pag. 118 e in *Codice del Consumo. Commentario*, a cura di G. Vettori, Cedam, 2007, pag. 185; L. C. Ubertazzi, in *Concorrenza sleale e pubblicità. Estratto da Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, 4° Edizione, Cedam, 2008, pagg. 344 e ss.

commerciale scorretta, proprio in virtù di quanto affermato dall'articolo 11 della Direttiva 29/2005/CE e dall'articolo 27 ter cod. cons., seppur qui in via indiretta¹⁶².

Si precisa, del resto, che le conseguenze qui appena delineate non sono in contrasto con tutto quanto argomentato *supra*; infatti, l'intervento di AGCM è previsto in funzione della tutela dell'interesse generale del mercato, e non per la tutela delle singole posizioni soggettive danneggiate, così che si può ben ammettere l'iniziativa dei concorrenti e di qualunque soggetto del mercato.

Analogo discorso può essere fatto per quanto riguarda la legittimazione non solo delle organizzazioni dei consumatori, ma anche di quelle delle imprese concorrenti e di ogni altra organizzazione interessata.

Indubbio che l'unico limite alla legittimazione è costituito dalla presenza di un interesse all'inibizione della pratica commerciale scorretta.

L'attendibilità dell'istanza viene determinata immediatamente dal Collegio dell'AGCM (ovvero il Presidente e i 4 componenti) sulla base degli elementi prodotti e di quanto comunque acquisito dal responsabile del procedimento: se non sussistono i presupposti per un approfondimento in via istruttoria, l'AGCM archivia la richiesta, dandone comunicazione al richiedente, altrimenti dà avvio all'istruttoria vera e propria, con contestuale comunicazione (a cura del responsabile del procedimento) al professionista e ai soggetti che abbiano presentato l'istanza di intervento¹⁶³. Con la medesima comunicazione sono indicati l'oggetto del procedimento, il termine per la sua conclusione, l'ufficio e la persona responsabile del procedimento, l'ufficio presso cui si può accedere agli atti, la possibilità di presentare memorie scritte o documenti ed il termine entro cui le memorie e i documenti possono essere presentati.

Per quanto riguarda il potere di archiviazione in capo all'AGCM, occorre precisare che l'Autorità gode di un'ampia discrezionalità, non avendo l'obbligo ma solamente la facoltà di procedere in tal senso¹⁶⁴.

Dopo l'inizio dell'istruttoria il procedimento, ai sensi dell'articolo 7 del Regolamento AGCM in commento, il procedimento deve concludersi entro il termine di "*centoventi giorni, decorrenti dalla data di protocollo della comunicazione di avvio e di centocinquanta*

¹⁶² Il testo del primo comma fa riferimento alla possibilità per i concorrenti di convenire il professionista di adire preventivamente il soggetto responsabile del controllo del codice di condotta, prima di avviare la procedura di cui all'articolo 27.

¹⁶³ Cfr. articolo 27, comma 3, cod. cons. e articoli 5 e 6 del Regolamento AGCM 17589/2007.

¹⁶⁴ La più recente giurisprudenza in materia di pubblicità ingannevole ammette l'impugnabilità dei provvedimenti di archiviazione anche da parte delle associazioni dei consumatori: cfr. TAR Lazio, Roma, 24 aprile 2007, n. 3633.

giorni quando, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, del Codice del Consumo, si debba chiedere il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

Nel caso in cui il professionista sia residente, domiciliato o abbia sede all'estero, il termine per la conclusione del procedimento è di centottanta giorni decorrenti dalla data di protocollo della comunicazione di avvio e di duecentodieci giorni quando, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, del Codice del Consumo, si debba chiedere il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. Il termine può essere prorogato, con provvedimento motivato del Collegio, in presenza di particolari esigenze istruttorie, fino ad un massimo di trenta giorni, ovvero, nel caso in cui il professionista presenti degli impegni, fino ad un massimo di sessanta giorni". Nel caso in cui, ai sensi dell'articolo 20 del Regolamento in commento (Autodisciplina), "il Collegio disponga la sospensione del procedimento, i termini di cui al comma 1 restano sospesi in attesa della pronuncia dell'organismo di autodisciplina e, comunque, per un periodo, non superiore a trenta giorni, stabilito dal Collegio".

L'articolo 10 del Regolamento AGCM prevede che hanno facoltà di intervenire al procedimento, oltre ai soggetti che hanno dato inizio all'istruttoria, *"i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui può derivare un pregiudizio dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria"*. Trovano qui applicazione le comuni regole in materia di procedimenti amministrativi, in virtù delle quali possono partecipare al procedimento i soggetti nei confronti dei quali il provvedimento è destinato a produrre effetti diretti, i soggetti che per legge devono intervenire e quelli che possono subire un pregiudizio dal provvedimento finale, purché individuati o facilmente individuabili¹⁶⁵. È prevista espressamente la possibilità di partecipazione a favore delle associazioni o comitati portatori degli interessi diffusi (o meglio, collettivi) in materia.

I medesimi soggetti che hanno facoltà di partecipare al procedimento possono altresì accedere agli atti e ai documenti detenuti dall'AGCM. L'articolo 11 del regolamento AGCM, infatti, prevede che *"il diritto di accesso ai documenti formati o stabilmente detenuti dall'Autorità nei procedimenti concernenti pratiche commerciali è riconosciuto nel corso dell'istruttoria dei procedimenti stessi ai soggetti cui è stato comunicato l'avvio del procedimento, ai sensi dell'articolo 6, comma 2, nonché ai soggetti intervenienti di cui*

¹⁶⁵ Sul punto, per un approfondimento si rimanda a E. Freni, in *Pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole: il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giornale di Diritto Amministrativo* n. 3/2008, pagg. 271 e ss. Per un'analisi dei procedimenti davanti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di concorrenza si vedano, *ex multis*, A. Pajno, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, 1996, 107 ss.; N. Rangone, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato: potere normativo, giusto procedimento, tutela giurisdizionale*, in *Le autorità indipendenti: norma, procedimento e giudice*, a cura di G. Vesperi e G. Napolitano, Quaderni dell'Istituto Giuridico della Facoltà di Economia dell'Università degli Studi della Tuscia, n. 4, Viterbo, 1998, 91 ss.

all'articolo 10. Qualora i documenti in oggetto contengano informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario, relative a persone e professionisti coinvolti nei procedimenti, il diritto di accesso è consentito, in tutto o in parte, nei limiti in cui ciò sia necessario per assicurare il contraddittorio". Parimenti, i documenti che contengono segreti commerciali sono sottratti all'accesso.

Nel corso del procedimento possono essere svolte audizioni di soggetti interessati, ispezioni e perizie tecniche, ai sensi degli articoli 12, 13 e 14 del Regolamento AGCM (resta inteso che la decisione dell'Autorità di procedere a perizie o consulenze rientra nella discrezionalità dell'AGCM stessa e può essere impugnata se affetta da vizi logici). Nell'ipotesi di pratiche diffuse a mezzo stampa o per via radiofonica, televisiva o attraverso altri mezzi di comunicazione, l'AGCM è tenuta a chiedere il parere, obbligatorio ma non vincolante¹⁶⁶, dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ("AGCom") non senza problemi di coordinamento tra le due autorità.

Come accennato nel precedente paragrafo 2.2.4, l'AGCM si può avvalere della Guardia di Finanza, la quale agisce coi poteri ad essa assegnati per l'accertamento dell'imposta sul valore aggiunto e di quella sui redditi. Può inoltre richiedere informazioni e documenti rilevanti a chi ne sia in possesso, in conformità di quanto previsto dagli articoli 14, commi 2, 3 e 4, della Legge 287/90: in caso di mancata ottemperanza alla richiesta l'AGCM può applicare una sanzione pecuniaria.

Elemento fondamentale è sicuramente la previsione contenuta nell'articolo 27, comma 5, cod. cons. relativa all'inversione dell'onere della prova a carico del professionista, il quale, in presenza di circostanze di fatto idonee a giustificare tale inversione, sarà tenuto a fornire la prova dell'esattezza dei dati di fatto connessi alla pratica commerciale. Quest'ultimo sarà comunque tenuto a provare che non poteva ragionevolmente prevedere l'impatto della pratica sui consumatori.

Tale norma ha appunto lo scopo di trovare la parità di condizioni tra il professionista e chi ha richiesto l'intervento dell'AGCM, dal momento che spesso l'asimmetria informativa che caratterizza il rapporto professionista-consumatore non consente a quest'ultimo di fornire la prova completa della scorrettezza della pratica; tale previsione si pone altresì come obiettivo quello di stabilire una regola finale per il giudizio idonea a risolvere quei casi nei quali rimane dubbia la prova dei fatti così che parrebbe più opportuno far ricadere l'onere della prova sulla parte più vicina alla prova stessa¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Il Tar Lazio si è pronunciato sul punto con la sentenza Sez. I, 3 maggio 2007 n. 3891, stabilendo che l'AGCM è tenuta a motivare le ragioni per cui si discosta dal parere dell'AGCom.

¹⁶⁷ Cfr. G. De Cristofaro, op. cit., pag. 284, G. Taddei Elmi, op. cit., pag. 121.

Passando ora all'analisi dei provvedimenti dell'Autorità garante, pare opportuno precisare che il professionista può presentare, in forma scritta ed entro e non oltre 30 (trenta) giorni dalla ricezione della comunicazione di avvio del procedimento, impegni tali da far venire meno i profili di illegittimità della pratica commerciale, ai sensi dell'articolo 8 del Regolamento AGCM e dell'articolo 27, comma 7, cod. cons. In tale ipotesi se l'AGCM li ritiene idonei, dispone con provvedimento la loro accettazione, rendendoli così obbligatori per il professionista, e conclude il procedimento senza accertare l'infrazione. Diversamente, richiede al professionista un'integrazione o ne delibera il rigetto (nei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica). Resta inteso che l'accettazione degli impegni non preclude la riapertura del procedimento.

L'istituto degli "impegni" (che era già stato introdotto all'interno del procedimento anti-trust) rappresenta l'innovazione più importante introdotta dal D.Lgs. 146/2007 rispetto alla normativa previgente. Infatti, è volto ad incentivare l'eliminazione delle pratiche scorrette facendo ricorso alla collaborazione del professionista. Evidente, il risparmio di tempo e di costi connessi all'istruttoria dell'AGCM in caso di accettazione degli impegni; il professionista, inoltre, in quest'ultimo caso evita che sia accertata l'infrazione (evitando così potenziali azioni giudiziarie a cascata fondate proprio sul provvedimento dell'AGCM) e il vedersi inflitto una sanzione pecuniaria.

Per il resto il D.Lgs. 146 del 2007 non apporta particolari novità in materia di provvedimenti adottabili dall'Autorità garante, riprendendo quanto già previsto nel precedente articolo 26 cod. cons. in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, salve le pene pecuniarie adesso più elevate nel loro ammontare.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, come già accennato in precedenza, può adottare provvedimenti cautelari qualora ricorrano i presupposti per la "particolare urgenza"¹⁶⁸, disponendo con provvedimento d'ufficio, motivato, la sospensione provvisoria delle pratiche commerciali scorrette, ai sensi di quanto previsto dall'articolo 27, comma 3, cod. cons. e dall'articolo 9 del Regolamento AGCM 17589/2007. Ebbene, tali provvedimenti provvisoriamente esecutivi possono essere impugnati avanti al TAR.

Ai sensi degli articoli 16 e 17 del Regolamento AGCM 17589/2007, al termine dell'istruttoria l'AGCM adotta il provvedimento definitivo: se ritiene la pratica scorretta, ne vieta la diffusione o la continuazione con un provvedimento motivato di natura inibitoria e

¹⁶⁸ Si pone il problema dei presupposti che giustificano la sospensione d'urgenza della pratica. Sul tema si deve ripercorrere l'orientamento dell'AGCM in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, in base al quale, in un primo momento, si richiedeva la sussistenza di un rischio attuale di un danno grave per la salute o la sicurezza dei consumatori. Successivamente, l'AGCM ha fatto propria una posizione decisamente meno restrittiva, arrivando ad ammettere come elemento sufficiente la palese ingannevolezza del messaggio pubblicitario, anche e soprattutto in linea con la *ratio* della Direttiva 29/2005/CE che sottolinea l'opportunità di prendere provvedimenti d'urgenza ed esclude, anche se limitatamente ai provvedimenti definitivi, la necessità di provare il danno effettivamente subito.

può disporre, altresì, la pubblicazione della delibera, a cura e spese del professionista, o di un'apposita dichiarazione di rettifica, così da evitare che la pratica produca ulteriori effetti¹⁶⁹. Infine, dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da Euro 5.000 ad Euro 50.000, a seconda della gravità e della durata della violazione¹⁷⁰. In caso di mancata ottemperanza ai propri provvedimenti, l'AGCM applicherà un'ulteriore sanzione amministrativa pecuniaria e, nel caso di reiterata inottemperanza, può sospendere l'attività dell'impresa per un periodo massimo di 30 giorni.

Ne emerge un sistema sanzionatorio di carattere prettamente amministrativo, con esclusione di quelle penali.

A questo punto ci si chiede quali siano i mezzi di impugnazione dei provvedimenti e delle decisioni dell'AGCM.

Contro i provvedimenti e le decisioni dell'AGCM è possibile proporre ricorso al giudice amministrativo, che ha la competenza esclusiva ai sensi dell'articolo 27, comma 13, del cod. cons. Il giudice di primo grado competente per territorio, nonostante il silenzio della norma in commento, è il TAR Lazio, ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della Legge 1034/1971¹⁷¹. Pertanto, i giudizi in questione nonché tutti quelli relativi a provvedimenti dell'AGCM devono ritenersi soggetti al rito previsto dall'articolo 23 *bis* della L. 1034/1971¹⁷², caratterizzato dalla riduzione a metà dei termini processuali.

Per tutto il resto il processo davanti al giudice amministrativo segue i principi generali, in assenza di ulteriori specifiche disposizioni in materia.

¹⁶⁹ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, 13 ottobre 2006, n. 10350.

¹⁷⁰ In mancanza di indici univoci sui quali basare la violazione e in attesa che sul punto l'Autorità garante prenda posizione, è stato proposto di far riferimento ai criteri ai quali, nel settore della pubblicità, l'Autorità si era già ispirata: si potrà, per esempio, tener conto della debolezza o vulnerabilità del destinatario, con riferimento in particolare a determinati settori quali quello dei prodotti o servizi sanitari dietetici od estetici (Snelly, PI/4911, Prov. 14922, in Boll., 47/2005), la capacità di penetrazione del mezzo di comunicazione (caso Dimagranti Labo Real-Riv Beauty Bioline, PI/4892, Prov., 14964, in Boll., 48/2005, ove il messaggio veniva considerato particolarmente penetrante dal momento che era stato pubblicato su una rivista settimanale a diffusione nazionale), l'ampiezza della diffusione (caso Fastweb – Tutto Gratis Fino a Natale, PI/5591, Prov., 16759, in Boll., 16/2007, ove, nel comminare la sanzione, l'Autorità aveva tenuto conto del fatto che il messaggio era stato diffuso attraverso una pluralità di mezzi), l'importanza dell'operatore pubblicitario professionista (caso Suonerie al numero 48431, PI/5247, Prov. 15977, in Boll., 38/2006, ove nel comminare la sanzione l'Autorità aveva tenuto conto del fatto che l'operatore rappresentava uno dei principali operatori del settore dell'emittente televisiva nazionale), ed, infine, l'entità dell'eventuale pregiudizio per i consumatori e per gli utenti. Per una trattazione sul punto si veda R. Rolli, in *Codice del Consumo Commentato per articolo con dottrina e giurisprudenza*, La Tribuna, pag. 309 e ss.

¹⁷¹ L. 6 dicembre 1971 n. 1034, Istituzione dei tribunali amministrativi regionali, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale 13 dicembre 1971, n. 314, ove l'articolo 3, comma 3, prevede che *"negli altri casi la competenza, per gli atti statali, è del tribunale amministrativo regionale con sede a Roma; per gli atti degli enti pubblici a carattere ultraregionale è del tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede l'ente"*.

¹⁷² L'articolo 23 *bis* della Legge 1034/1971 prevede che le disposizioni di cui allo stesso articolo si applicano nei giudizi davanti agli organi di giustizia amministrativa aventi ad oggetto, tra gli altri, *"i provvedimenti adottati dalle autorità amministrative indipendenti"* e che *"i termini processuali previsti sono ridotti alla metà, salvo quelli per la proposizione del ricorso"*.

Si precisa che, in mancanza di significative novità introdotte dal D.Lgs. 146/2007 (oltre a quelle *supra* analizzate), sono emersi alcuni aspetti controversi a fronte delle posizioni assunte dalla giurisprudenza in materia di pubblicità ingannevole e di antitrust.

Per quanto riguarda la legittimazione al ricorso, da un punto di vista generale, sono senz'altro legittimati, in caso di provvedimento sanzionatorio o cautelare, i professionisti che hanno posto in essere la pratica commerciale scorretta e ai quali è stata comminata la sanzione.

Dubbi sorgono, invece, in merito alla legittimazione in caso di provvedimenti che ritengano la pratica legittima.

Sul punto si rilevano due tesi principali: la prima, prevalente in passato in materia di pubblicità ingannevole e antitrust, riteneva che i provvedimenti dell'AGCM che escludono l'esistenza di un illecito non potrebbero essere oggetto di impugnazione in quanto i consumatori e i concorrenti non sarebbero titolari di un interesse differenziato lesivo né comunque di una posizione soggettiva rilevante¹⁷³. In base a questa teoria, non può essere preso in considerazione il fatto che i consumatori o i concorrenti partecipino al procedimento avanti all'AGCM (altro è il diritto alla partecipazione procedimentale, altro è l'interesse individuale rilevante che legittima al ricorso¹⁷⁴). A maggior ragione, quindi, in caso di provvedimenti di archiviazione per manifesta infondatezza, laddove a favore della non impugnabilità si aggiunge l'ampio potere discrezionale in capo all'AGCM¹⁷⁵.

La seconda tesi, invece, sottolinea che la tutela dell'interesse pubblico al regolare svolgimento del mercato non esclude che in alcuni casi anche soggetti terzi (consumatori e concorrenti) possano essere titolari di un interesse particolare e differenziato, lesivo dal provvedimento dell'Autorità garante: di conseguenza, la giurisprudenza più recente ha riconosciuto la legittimazione anche ai concorrenti ed alle associazioni dei consumatori, in quanto titolari di interessi qualificati e differenziati lesivi dai provvedimenti dell'AGCM¹⁷⁶. Tale ultima tesi potrebbe essere sostenuta anche nel caso di pratiche commerciali scorrette, laddove le norme vogliono tutelare direttamente l'interesse dei consumatori, oltre al corretto funzionamento del mercato.

¹⁷³ Si vedano sul punto Cons. St., sez. VI, 30 dicembre 1996 n. 1792; TAR Lazio, sez. I, 27 ottobre 1999 n. 2435; TAR Lazio, sez. I, sentenza n. 420/2003.

¹⁷⁴ Cfr. G.T. Elmi, in op. cit., pag. 124.

¹⁷⁵ Cfr. TAR Lazio, sez. I, 24 febbraio 2004, n. 1715.

¹⁷⁶ Cfr. Cons. St., sez. VI, 2 ottobre 2007 n. 5070 e Cons. St., sez. IV, 14 giugno 2004, n. 3865 per la legittimazione in capo ai concorrenti in materia di antitrust; Cons. St., sez. VI, 3 febbraio 2005, n. 280 in *Foro It.*, 2005, 7-8, 403, per la legittimazione delle associazioni di consumatori in materia di pubblicità ingannevole; e TAR Lazio, sez. I, 24 aprile 2007, n. 3633 per la legittimazione della Codacons ad impugnare i provvedimenti di archiviazione in materia di pubblicità ingannevole.

Ultimo aspetto dibattuto riguarda l'ambito del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'AGCM: di recente, sul punto, ha preso posizione in TAR Lazio¹⁷⁷ che ha precisato che tale sindacato è pieno per quanto concerne i fatti posti a fondamento delle decisioni dell'AGCM e l'entità delle sanzioni, che può essere modificata dal giudice amministrativo, mentre si limita ad una valutazione di correttezza, ragionevolezza, logicità ed attendibilità per quanto riguarda le scelte tecniche di natura discrezionale.

2.2.9.1. PROCEDIMENTO AVANTI ALL'AUTORITÀ GIURISDIZIONALE ORDINARIA E RIMEDI CIVILI

Dall'analisi sopra riportata dei rimedi di tipo pubblicistico, emerge il ruolo della disciplina apportata con il decreto legislativo di recepimento della Direttiva in materia di pratiche commerciali scorrette, un ruolo di tutela del mercato in sé considerato.

Ben diversa la disciplina dei rimedi di tipo civilistico, disciplina che, nonostante quanto previsto dagli articoli 11 e 13 della Direttiva 29/2005/CE, non fa riferimento alcuno ai rimedi esperibili dai singoli consumatori davanti al giudice ordinario¹⁷⁸.

Solamente in applicazione degli articoli 139 e 149 cod. cons., viene riconosciuta la legittimazione in capo alle associazioni dei consumatori a proporre azioni inibitorie volte a far cessare le pratiche scorrette: ma anche qui ci troviamo davanti alla tutela collettiva dei consumatori e non alla tutela individuale di ciascun soggetto leso.

Da qui al sostenere, come già avvenuto in tema di pubblicità ingannevole e comparativa, che i singoli consumatori non possano agire davanti al giudice ordinario a tutela dei propri interessi, dal momento che, salve le azioni proposte dai concorrenti in materia di concorrenza sleale, l'AGCM avrebbe giurisdizione esclusiva in tema di applicazione delle norme in questione¹⁷⁹.

Tale ultima conclusione, tuttavia, è stata dai più ritenuta da escludersi¹⁸⁰, *in primis* perché sarebbe in contrasto con l'articolo 24 della Costituzione nei limiti in cui i consumatori siano

¹⁷⁷ In materia antitrust, TAR Lazio, Roma, 6 giugno 2008, n. 5578; in materia pubblicitaria, Cons. St., sez. VI, 3 febbraio 2005, n. 280.

¹⁷⁸ De Cristofaro, in *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, in op. cit., pag. 1112, ha definito il silenzio del legislatore sul punto addirittura "assordante", ritenendo che "il silenzio mantenuto sul punto dalla nostra disciplina di recepimento lascia a dir poco perplessi, e non mancherà di creare delicati problemi agli interpreti, chiamati al difficile compito di coordinare le nuove regole con i precetti generali del codice del consumo (in primis gli artt. 2, 5, 39 e 143) e soprattutto del codice civile".

¹⁷⁹ Questa tesi è stata sostenuta dal Trib. Torino, ordinanze 19 dicembre 2003 e 23 gennaio 2004, in *Giur. It.*, 2005, 5, pag. 1017, con nota di Bertolino, *In caso di violazione degli interessi collettivi dei consumatori in materia di pubblicità ingannevole è competente l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato o il giudice ordinario?*.

¹⁸⁰ Nel senso della sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario, avverso le ordinanze del Tribunale di Torino di cui alla nota precedente, si è pronunciata la Suprema Corte in Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7036.

ritenuti portatori di un interesse giuridicamente rilevante leso dalle pratiche scorrette, e inoltre in quanto l'articolo 19, comma 2, lettera a), cod. cons. chiarisce che le norme del Titolo del Codice del Consumo in questione - tra le quali l'articolo 27 - non pregiudicano l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale e in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia del contratto.

Ebbene, nel testo del D.Lgs. 147/2007 non si fa altro riferimento ai rimedi civilistici a favore del consumatore danneggiato, salve le previsioni in tema di azioni collettive di cui all'articolo 140 bis, comma 2, cod. cons.¹⁸¹, le quali tuttavia hanno come obiettivo quello di creare un particolare strumento processuale, non quello di individuare un diritto sostanziale al risarcimento.

Dando per riconosciuta la giurisdizione concorrente del giudice ordinario nel silenzio del legislatore, spetterà adesso all'interprete individuare i rimedi sostanziali, facendo ricorso all'interpretazione delle norme generali del nostro ordinamento in materia di contratto e di responsabilità civile e delle norme in questione del Codice del Consumo.

Si precisa, a questo punto, che i rimedi civili esperibili nei confronti del professionista che abbia posto in essere pratiche scorrette, possono dividersi in quelle azionabili dal consumatore e in quelle, invece, azionabili dai concorrenti lesi dal comportamento scorretto del professionista.

Ma procediamo con ordine.

2.2.9.2.1 LA TUTELA DEL CONSUMATORE

Per quanto riguarda la tutela del consumatore, secondo una prima tesi, il contratto stipulato con il consumatore a seguito di una pratica commerciale scorretta sarebbe nullo, ai sensi dell'articolo 1418, comma 1, c.c. per violazione di norme imperative.

Si tratterebbe, in particolare, di una nullità cd. di protezione, disposta nell'interesse del consumatore, sempre relativa e necessariamente parziale qualora il consumatore desiderasse mantenere in vita il contratto, anche se a condizioni diverse da quelle in concreto stipulate (in quest'ultimo caso la pratica commerciale avrebbe influito sull'"*in che modo acquistare e a quali condizioni*"). In base a quest'ultima ricostruzione, la nullità virtuale del contratto trarrebbe la propria origine dalla natura imperativa del divieto di pratiche commerciali scorrette, e il suo carattere di protezione deriverebbe dalla *ratio* di tutela del consumatore sottesa alla stessa disciplina in questione; di conseguenza, andrebbe applicata, per analogia,

¹⁸¹ Tali previsioni sono state del resto introdotte dalla L. 24 dicembre 2007 n. 244, articolo 2, commi 445 e ss. (*Azione collettiva risarcitoria a tutela degli interessi dei consumatori*). Le disposizioni di cui ai commi da 445 a 449 diventeranno efficaci decorsi ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore della legge in commento, ai sensi dell'articolo 23, comma 16, del D.L. 1 luglio 2009, n. 78, in Gazzetta Uff. 1 luglio 2009, n. 150.

la disciplina prevista dall'articolo 36 cod. cons. Tale ultimo aspetto, come è stato sottolineato, si pone in linea con l'attuale tendenza del diritto dei contratti “*volta a rendere la nullità un rimedio conformativo dell'atto negoziale e non solo demolitorio*”¹⁸².

Altra ricostruzione, in antitesi rispetto alla prima, ha sottolineato come la nullità virtuale possa configurarsi solo nei casi in cui la norma imperativa sia in contrasto con il contenuto del negozio o con la sua struttura, non quando essa vieti un comportamento di una delle parti nella fase precontrattuale¹⁸³. Questo perché solamente un vizio strutturale del negozio o il contrasto tra la norma imperativa e il regolamento contrattuale possono portare alla nullità virtuale, mentre la violazione di regole di condotta precontrattuali, a tutela degli interessi di una parte, non può incidere sulla validità¹⁸⁴.

Ne consegue, in virtù di tale ricostruzione, che i contratti conclusi a seguito di una pratica commerciale scorretta devono ritenersi validi, dal momento che le norme dettate in materia vietano la condotta precontrattuale del professionista, volta ad influire sulla libertà negoziale del consumatore, non sul contenuto del contratto di per sé.

È stato inoltre sostenuto, secondo una visione ancor più restrittiva, che la disciplina della nullità di protezione non potrebbe trovare applicazione, in quanto riservata unicamente ai casi in cui prevista espressamente per legge¹⁸⁵. Di conseguenza, andrebbe applicata la disciplina codicistica generale della nullità, la quale, tuttavia, non rappresenterebbe un rimedio utile nell'interesse del consumatore.

¹⁸² Cfr. G. Taddei Elmi, op. cit., pag. 127. E per una trattazione più approfondita in merito all'ammissibilità della nullità di protezione virtuale, G. Passagnoli, *Nullità speciali*, Giuffrè, Milano, 1995.

¹⁸³ Cfr. G. Villa, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano, 1993; in giurisprudenza, si vedano, Cass. Civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Giur. comm.* 2008, 2, 344 (s.m.), (nota di: GOBBO), e Cass. Civ., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 7/8. Quest'ultima ha affermato che “*la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., postula che siffatta violazione attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto, e quindi l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto, ovvero nella sua esecuzione, non determina la nullità del contratto, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista anche in riferimento a detta ipotesi, come accade nel caso disciplinato dal combinato disposto degli art. 1469 ter, comma 4, e 1469 quinquies, comma 1, c.c., in tema di clausole vessatorie contenute nei cd. contratti del consumatore, oggetto di trattativa individuale*”.

¹⁸⁴ Salvo che la nullità non sia posta dal legislatore espressamente. Il che rappresenterebbe, secondo questa ricostruzione, una soluzione opportuna, soprattutto ove si inserisse nell'ambito di una razionalizzazione del quadro dei rimedi civili azionabili a seguito della violazione di norme sulla condotta all'interno del mercato. In questo modo verrebbero meno i dubbi dogmatici connessi alla configurabilità – nel caso in questione – di una nullità di protezione virtuale e si eviterebbero i problemi legati ai profili risarcitori.

¹⁸⁵ Esclude la configurabilità della nullità virtuale la Cass. Civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, la quale ha confermato quanto già affermato da Cass. Civ., Sez. I, 29 settembre 2005 n. 19024, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 7/8. La Cassazione a Sezioni Unite ha affermato, richiamando espressamente la sentenza precedente del 2005, che “*la violazione dei doveri di informazione del cliente che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove avvenga nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti*”, senza far riferimento alcuno ad ipotesi di nullità virtuale.

Altri autori¹⁸⁶ cercano una soluzione al problema ricorrendo al principio di equità contrattuale o sulla necessità di tutelare la parte debole e di riequilibrare il contenuto negoziale. Ma pare indubbio come tale ultima impostazione non possa trovare accoglimento dal momento che nel nostro ordinamento non sussistono, allo stato, principi e regole idonei a fondare tale lettura.

Superato il riferimento alla nullità, alcune parole devono essere spese per l'istituto dell'annullabilità, che pare aver riscosso maggior successo.

Infatti, sembrerebbe prestarsi come “*naturalmente più adeguato a risolvere problemi*”¹⁸⁷ in caso di scorrettezze nella fase di formazione negoziale a danno del consumatore.

Ma anche questa teoria, ovvero il ricorso all'annullabilità, ha trovato fieri ed autorevoli oppositori i quali fanno perno sulla tipicità dei vizi del consenso¹⁸⁸.

Tali autori, sottolineano come l'annullabilità del contratto per pratica commerciale scorretta dovrebbe comunque essere ricostruita alla luce del dolo, violenza o errore della pratica posta in essere dal professionista: indubbio, come mentre in alcuni casi tale sussunzione può risultare agevole, in altri può essere davvero difficoltosa, con conseguente impossibilità di far ricorso all'annullamento.

Senza voler analizzare tutte le ipotesi possibili, si ricorda che il dolo e la violenza sono causa di annullabilità del contratto solo se intenzionali (ossia solamente se determinati comportamenti o dichiarazioni sono stati compiuti con l'intenzione di farlo), mentre le pratiche commerciali scorrette sono vietate a prescindere dall'intenzionalità o meno del professionista (ossia a prescindere sia dal fatto che il professionista avesse effettivamente l'intenzione di porre in essere una pratica commerciale scorretta sia dal fatto che quest'ultimo fosse consapevole dell'antigiuridicità della propria condotta); così come il semplice mendacio non si vede opporre l'annullamento del contratto per dolo, dal momento che è necessaria a tal fine la predisposizione di apparenze e raggiri, mentre l'affermazione del falso è senza dubbio sufficiente ad integrare una pratica scorretta.

¹⁸⁶ Per quanto riguarda la riconduzione ad equità del contratto in materia antitrust, si veda G. Guizzi, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1999, I, pagg. 99 e ss. G. Vettori, in Buona fede e diritto europeo dei contratti, in *Europa e dir. Priv.*, 2002, pag. 927, ha osservato che nella disciplina di origine comunitaria ciò che rileva non è lo squilibrio in sé, ma solo in quanto frutto di un abuso o di un contegno in mala fede.

¹⁸⁷ Cfr. G. Taddei Elmi, op. cit., pag. 129. C. Granelli, *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori: l'attuazione della Direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo* in *Obbl. contr.*, 2007, 10, pagg. 781 e ss.

¹⁸⁸ Cfr. G. De Cristofaro, *Le Pratiche commerciali nei rapporti fra professionisti e consumatori*, op. cit., pag. 1113. A sostegno, invece, della tesi dell'atipicità sostanziale dei vizi del consenso diretti all'annullabilità del contratto, si veda R. Sacco, *Il consenso*, in *I Contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, I, 2° edizione, Torino 2006, pagg. 438 e ss.

Di conseguenza, facendosi salve le ipotesi nelle quali le pratiche commerciali scorrette integrano perfettamente gli estremi del dolo o della violenza, non si può dimenticare che l'annullamento non rappresenti uno strumento sempre efficace per contrastare le pratiche commerciali scorrette e tutelare gli interessi individuali dei consumatori.

A questo punto pare che l'unica strada percorribile possa essere quella di tipo risarcitorio, ed in particolare la responsabilità aquiliana *ex* articolo 2043 c.c.¹⁸⁹.

Anche qui non mancano le problematiche che l'interprete deve affrontare, prima fra tutte l'individuazione di un danno ingiusto.

Secondo alcuni, che danno una lettura restrittiva dell'ingiustizia, secondo la quale l'articolo 2043 c.c. sarebbe una norma di carattere secondario (che presuppone la lesione di un diritto soggettivo individuato da una norma primaria¹⁹⁰), si potrebbe negare la risarcibilità in via extracontrattuale dei danni patiti dai consumatori vittime delle pratiche commerciali scorrette, in quanto mancherebbe nel caso di specie la lesione di un diritto soggettivo: in altre parole, riprendendo quando sostenuto sul punto in materia di *private antitrust enforcement*, si potrebbe giungere all'affermazione¹⁹¹ che “*altro è riscontrare nell'ordinamento un dovere di condotta in capo al professionista e altro è individuare una situazione giuridica rilevante in capo al consumatore*”. Il che significa sostenere, in altri termini, che la semplice violazione del divieto non implica di per sé la lesione di alcun diritto soggettivo o di alcuna situazione soggettiva¹⁹². Secondo questa ricostruzione, allora, per ammettere il risarcimento *ex* articolo 2043 c.c. sarebbe necessario identificare nella specie una lesione di un diritto soggettivo o di una posizione giuridica rilevante, quali, ad esempio, la libertà negoziale¹⁹³ o il diritto all'integrità del patrimonio. Ma, purtroppo non è così semplice: infatti, a questa soluzione si oppone la circostanza che il cd. diritto all'integrità patrimoniale è una figura troppo generica¹⁹⁴ per poter rappresentare una

¹⁸⁹ Per una ricostruzione più approfondita sul tema, si vedano G. Taddei Elmi, op. cit., pagg. 130 e ss.; G. De Cristofaro, *Le conseguenze di diritto privato: l'assordante silenzio del legislatore italiano*, in *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, in op. cit., pagg. 1112.

¹⁹⁰ Cfr. P.G. Montaneri, *La responsabilità civile*, in Tr. Dir. Civ., diretto da Sacco, Utet, Torino 1998, pagg. 195 e ss.

¹⁹¹ Cfr. G. Taddei Elmi, op. cit., pagg. 130.

¹⁹² Sul punto, in particolare, si sono espressi C. Castronovo, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 5, pagg. 469 e ss.

¹⁹³ Con riferimento alla lesione della “*libertà negoziale*”, si pensi al caso del contraente che, per falsa informazione del terzo, abbia deciso di concludere un contratto che altrimenti non avrebbe certamente concluso. Calzante sul punto l'esempio di Galgano (in *I fatti illeciti, Diritto Privato*, XII Ed., Cedam, pag. 369) ossia il caso del falso De Chirico, certificato come autentico dall'autore: qui, l'autore falsario fu condannato a risarcire il danno subito da chi, confidando in quella certificazione, si era indotto ad acquistare il dipinto.

¹⁹⁴ Ebbene, le figure della lesione della libertà negoziale e della lesione del diritto all'integrità del patrimonio sono state utilizzate dalla giurisprudenza per giustificare l'ingiustizia del pregiudizio patito dal contraente danneggiato da una condotta scorretta altrui nella fase precontrattuale (Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 4 maggio 1982, n. 2765). La dottrina prevalente, invece, ha sottolineato l'eccessiva genericità di tali figure per poter fondare una posizione giuridicamente rilevante e meritevole di tutela risarcitoria. Sul punto si vedano, G.

posizione giuridica soggettiva protetta, oltre al fatto che l'ingiustizia e la libertà negoziale, in realtà, trovano tutela solamente nella misura in cui sono protetti dalle norme sui vizi del consenso.

Non convince nemmeno quella tesi che, sempre abbracciando una visione restrittiva dell'ingiustizia, cerca comunque di ammettere il diritto al risarcimento facendo ricorso alla responsabilità contrattuale, fondandola sull'articolo 1337 c.c. (norma che prevede appunto una responsabilità contrattuale) per violazione di obblighi di protezione¹⁹⁵ o da "vizi incompleti"¹⁹⁶ del contratto.

È stato obiettato – a prescindere dalle forti perplessità che sono state sollevate comunque sul piano di teoria generale – che non potrebbe fondare il diritto al risarcimento qualora il professionista autore della pratica commerciale scorretta non sia anche la controparte contrattuale diretta del consumatore danneggiato. L'ambito di applicazione dell'articolo 1337 c.c., infatti, è limitato ai rapporti tra i futuri contraenti¹⁹⁷, per cui se il consumatore stipula un contratto con un intermediario che si frappone tra lui ed il professionista, allora tale norma non potrebbe trovare applicazione dal momento che tra professionista e consumatore non esisterebbe alcuna relazione pre-contrattuale.

In questo modo, però, sorgerebbe una grossa disparità di trattamento tra i consumatori controparti dirette del professionista, aventi diritto al risarcimento ex articolo 1337 c.c., e quelli che sono vittime indirette della medesima pratica scorretta, ma privi di tutela risarcitoria.

Ebbene, pare di poter affermare che tutte le difficoltà incontrate sopra nell'ammettere la risarcibilità dei danni nascenti dalle pratiche commerciali scorrette possono venir meno se si muta prospettiva e si decide di accogliere una lettura atipica dell'ingiustizia ai sensi dell'articolo 2043 c.c., in base al quale è risarcibile, in quanto ingiusta, la lesione di ogni interesse giuridicamente rilevante che risulta prevalente nella comparazione con l'interesse del danneggiante¹⁹⁸.

La giurisprudenza prevalente¹⁹⁹ ritiene che sia ingiusto il danno che presenti la duplice caratteristica di essere *non iure* (ossia proveniente da un fatto che non sia altrimenti

Galgano, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. Impresa*, 1985, 1, pagg. 10 e ss., C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006.

¹⁹⁵ Cfr. C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, op. cit., pagg. 447 e ss.

¹⁹⁶ Cfr. M. Mantovani, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Giappichelli, Torino, 1995.

¹⁹⁷ Castronovo, in op. cit. pag. 473, afferma che "per parlare attendibilmente di responsabilità precontrattuale si può soltanto quando il comportamento delle parti sia oggettivamente orientato alla stipulazione di un contratto".

¹⁹⁸ Cfr. sul punto, S. Patti, *Danno e responsabilità civile*, 2° edizione, Giappichelli, Torino, 2003, pag. 192.

¹⁹⁹ A partire dalla Cassazione Civile, sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Contratti* (I) 1999, 869 (nota di Moscarini), e in *Corriere giuridico* 1999, 1367 (nota di: Di Majo; Mariconda). In particolare, la Suprema Corte ha chiarito che "La normativa sulla responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. ha la funzione di

qualificato o giustificato dall'ordinamento giuridico) e *contra ius* (ossia prodotto da un fatto che leda una situazione giuridica riconosciuta e garantita dall'ordinamento).

In altre parole, secondo questa ricostruzione e sulla base di indici normativi (e non con un giudizio equitativo né tanto meno rimesso al suo mero arbitrio), l'interprete dovrà accertare non solo se l'ordinamento attribuisce tutela al danneggiato, ma anche se questo intende proteggere quell'interesse da quel tipo di lesione, in rapporto a quel tipo di comportamento e in contrapposizione a quell'interesse del danneggiante ovvero, in altre parole, individuare innanzitutto quale sia lo scopo della norma violata, verificando quali interessi voglia proteggere e a quali condizioni. Emerge – come anche sottolineato dalla giurisprudenza dominante – che l'ingiustizia e la responsabilità aquiliana sono legati al principio di solidarietà sociale, espresso dall'articolo 2 della Costituzione, il quale impone, appunto, di non ledere l'interesse altrui al di fuori dei limiti entro cui è legittima la tutela del proprio interesse.

In quest'ottica, non vi sono dubbi circa la risarcibilità ex articolo 2043 c.c. dei danni patiti dai consumatori, che siano stati i destinatari di pratiche commerciali scorrette (poste in essere sia direttamente da parte del professionista sia di un terzo che abbia agito nell'interesse del professionista).

Ebbene, senza voler qui ricordare le varie norme a tutela del consumatore, si ricorda come la stessa normativa in esame riconosce in capo al consumatore un interesse giuridicamente rilevante a non subire pratiche commerciali scorrette e a poter agire in un mercato privo di scorrettezze altrui, nel pieno esercizio della propria libertà di scelta.

Come più volte espresso, si ribadisce che la tutela dell'interesse alla libertà di scelta del consumatore è l'elemento centrale sul quale si fonda la disciplina in esame e ciò è tanto più vero se si considera che il legislatore ha esplicitamente dichiarato che “*i diritti attribuiti al consumatore dal codice*” (tra i quali spicca appunto quello della libertà di scelta) “*sono irrinunciabili*”, pena la nullità di ogni pattuizione in contrasto con le norme del codice stesso.

Inoltre, utilizzando anche le norme in materia di buona fede²⁰⁰, si può ricavare che l'ingiustizia del danno subito dal consumatore deriva dalla circostanza che la pratica

consentire il risarcimento del danno ingiusto, intendendosi come tale il danno arrecato non iure, il danno, cioè, inferto in assenza di una causa giustificativa, che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento, a prescindere dalla sua qualificazione formale, ed, in particolare, senza che assuma rilievo la qualificazione dello stesso in termini di diritto soggettivo. Peraltro, avuto riguardo al carattere atipico del fatto illecito delineato dall'art. 2043 c.c., non è possibile individuare in via preventiva gli interessi meritevoli di tutela: spetta, pertanto, al giudice, attraverso un giudizio di comparazione tra gli interessi in conflitto, accertare se, e con quale intensità, l'ordinamento appresta tutela risarcitoria all'interesse del danneggiato, ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili, manifestando, in tal modo, una esigenza di protezione”.

²⁰⁰ Cfr. S. Patti, *Danno e responsabilità civile*, 2° edizione, Giappichelli, Torino, 2003, pag. 190.

commerciale scorretta costituisce palese violazione della regola di correttezza professionale, la quale, ai sensi dell'articolo 39 cod. cons., deve essere l'obiettivo al quale i rapporti tra i professionisti e consumatori devono essere ispirati.

Di conseguenza, da un lato porre in essere una pratica commerciale scorretta costituisce una condotta *non iure* che eccede i limiti della libertà di iniziativa economica, e dall'altro la lesione dell'interesse dei consumatori assume rilevanza giuridica, *contra ius*. Pertanto, deve ritenersi ingiusta la lesione dell'interesse del consumatore a non subire pratiche commerciali scorrette, lesione che si verifica sia quando il consumatore è indotto, a seguito di una pratica scorretta, a stipulare un contratto che non avrebbe stipulato affatto, sia quando è indotto a stipularlo a condizioni diverse da quelle che avrebbe negoziato senza l'illecito altrui, sia, infine, quando è costretto a rinunciare al contratto proprio a causa del comportamento scorretto del professionista.

Ne deriva una non incompatibilità tra responsabilità aquiliana e la validità del contratto stipulato dal consumatore, fondata proprio sulle norme contenute negli articoli 1337 e 1440 c.c. e sull'articolo 1439 c.c. (responsabilità extracontrattuale del terzo autore del dolo) ove si sia in presenza di un danno ingiusto²⁰¹. In questo caso ben si potrebbe avere, anche in materia di pratiche commerciali scorrette, un risarcimento dei danni extracontrattuali di ammontare pari alla differenza tra quanto pattuito e quanto si sarebbe negoziato in assenza dell'illecito del professionista.

Alla luce di tutto quanto sopra, si può concludere che ove il comportamento sleale posto in essere dal professionista abbia efficacia determinate (il consumatore non avrebbe certamente concluso il contratto in assenza del comportamento illecito) allora la soluzione del singolo caso concreto potrebbe essere l'annullamento del contratto; diversamente, in caso di efficacia solamente incidente, allora la responsabilità aquiliana potrebbe svolgere una funzione riequilibrativa e correttiva del contenuto contrattuale, idonea a perseguire lo scopo di tutela del consumatore danneggiato da una pratica commerciale scorretta.

²⁰¹ Cfr. G. Elmi Taddei, op. cit., pag. 134; in giurisprudenza, Cass. Civ., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Giur. comm.* 2008, 2, 344 (s.m.) (nota di Gobbo), che stabilisce che *“la violazione dei doveri di informazione del cliente che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove avvenga nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti”*; Cass. Civ., Sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro It.* 2006, 4, 1105 (s.m.) (nota di Scoditti), la Suprema Corte ha stabilito che *“i comportamenti illegittimi tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto, quale che sia la natura della norma violata, essendo estranei alla fattispecie negoziale, non danno luogo alla nullità del contratto, a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore, come nel caso dell'inefficacia delle clausole vessatorie non oggetto di specifica trattativa nei contratti dei consumatori”*,

2.2.9.2.2 LA TUTELA DEI CONCORRENTI

Passando adesso agli aspetti legati alla tutela civilistica dei concorrenti, si precisa come la previsione contenuta nell'articolo 27 cod. cons. non solleva tutte le problematiche che abbiamo analizzato – seppur senza pretesa di esaustività – nel precedente paragrafo: infatti, la norma appena richiamata fa salva la giurisdizione del giudice ordinario in tema di concorrenza sleale. Pertanto, a questo punto, dovremo limitarci a valutare la presenza dei requisiti di volta in volta richiesti dalle norme in questione (quali, ad esempio in materia di concorrenza sleale, l'esistenza di un danno patrimoniale subito concretamente ed alla sussistenza o meno del nesso eziologico tra la pratica scorretta e il danno ai sensi degli articoli 2598 e 2600 c.c.).

Ebbene, ci si domanda se sia possibile che, a seguito della violazione delle norme in tema di pratiche commerciali scorrette, siano ammissibili i rimedi civili volti a tutelare le imprese concorrenti, se si pensa che la Direttiva 29/2005/CE è rivolta alla tutela dei consumatori, mentre la disciplina dettata a tutela dei professionisti concorrenti è quella contenuta nella Direttiva 84/450/CE, attuata dal D.Lgs. n. 145/2007 (già analizzata *supra*).

Sul punto, preme precisare come sia la stessa Direttiva 29/2005/CE (articolo 11) a chiarire che anche i concorrenti possono accedere ai mezzi di tutela predisposti dagli Stati membri: questo perché l'intento del legislatore comunitario è sicuramente quello di proteggere, in generale, il buon funzionamento del mercato. In particolare, occorre tener ben presente che la normativa in tema di pratiche commerciali scorrette vieta esclusivamente quelle condotte che siano idonee a pregiudicare il comportamento dei consumatori, per cui, il professionista concorrente per poter agire in via risarcitoria per concorrenza sleale dovrà dapprima sostenere (e dimostrare secondo il procedimento già analizzato *supra*) che la pratica in questione è scorretta in quanto idonea a pregiudicare i consumatori e, poi, affermare che ciò gli ha causato un pregiudizio patrimoniale sotto forma di sviamento di concorrenza.

Infine, occorre porre l'attenzione ad un'ultima problematica attinente ad un profilo processuale di non poco momento, ossia quale sia il rapporto tra il procedimento davanti all'AGCM e quello eventualmente azionato davanti al giudice ordinario.

Ebbene, la natura non giurisdizionale del procedimento davanti all'AGCM non comporta la sospensione del processo ordinario, ai sensi dell'articolo 295 c.p.c. né, tanto meno, vi è un rapporto di pregiudizialità tra i due giudizi, dal momento che nulla vieta di adire il giudice ordinario con una domanda fondata su una pratica commerciale scorretta in assenza di un giudizio dell'AGCM (e vice versa).

Ne consegue che i procedimenti in questione sono completamente autonomi ed indipendenti e deve, così, escludersi che il provvedimento dell'AGCM sia pregiudiziale rispetto a quello

avanti il giudice ordinario²⁰². Tuttavia, pare opportuno sottolineare come il provvedimento dell'AGCM in un procedimento civile possa avere valore (almeno) di elemento di prova della pratica commerciale scorretta (in virtù del suo valore in quanto adottato al termine di un procedimento in cui è garantito il contraddittorio e dove sono svolte accurate indagini economiche). Questo, se unito all'introduzione delle azioni collettive, potrebbe incentivare le azioni risarcitorie civili e, in particolare, le cd. *follow on action*.

2.2.10 LE FORNITURE NON RICHIESTE

Le cd. "*forniture non richieste*"²⁰³ indicano prestazioni giuridicamente non dovute e che siano eseguite a favore di un soggetto che non ne abbia preventivamente fatto richiesta allo scopo di indurre quest'ultimo a concludere un contratto.

Le forniture non richieste sono disciplinate dall'articolo 57 del cod. cons., il quale prevede che "*il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta. In ogni caso l'assenza di risposta non implica consenso del consumatore*" e, al secondo comma, prosegue "*ogni fornitura non richiesta di cui al presente articolo costituisce pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 21, 22, 23, 24, 25 e 26*".

Le prestazioni in oggetto possono consistere in consegna di beni mobili, diversi dal denaro, oppure in prestazioni di *facere* (ovvero prestazioni di servizi, diverse dalla prestazione di denaro e di consegna di beni immobili, per le quali non si sono posti problemi di fornitura non richiesta).

Caratteristica essenziale di tali prestazioni è il fatto che non siano state eseguite in adempimento di una preesistente obbligazione gravante sul soggetto "*fornitore*" nei confronti del soggetto beneficiario della prestazione stessa, in virtù di un accordo precedente.

Pur essendo irrilevante la circostanza che il fornitore e il ricevente siano entrambi fisicamente presenti o meno al momento dell'esecuzione della prestazione, tuttavia di frequente sono sorte problematiche nelle ipotesi in cui la consegna del bene mobile o l'esecuzione della prestazione non dovuta avvenisse da parte di un soggetto terzo – il quale ne trasmette il possesso al destinatario su incarico del mittente – rendendo, di fatto, il

²⁰² Queste conclusioni sono ormai pacifiche in materia di rapporti tra AGCM e giudice ordinario nell'ambito dell'applicazione delle norme antitrust, dove ben possono esserci azioni proposte davanti al giudice ordinario senza precedenti pronunce dell'AGCM (*stand alone action*) oppure azioni davanti all'autorità ordinaria a seguito di un provvedimento dell'AGCM (*follow-on action*). In materia di antitrust, si veda M. Negri, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2006.

²⁰³ Sul punto si vedano G. De Cristofaro, *Le "forniture non richieste"* in op. cit., pagg. 433 e ss.; L. Tafano, *Forniture non richieste: valore negoziale del silenzio e procedimenti formativi del contratto*, in *Notariato*, n. 6/2008, pagg. 619 e ss.; AGCOM, Allegato A alla Delibera n. 418/06/CONS; A. Venturelli, *Mero invio di merce non ordinate in Obbl. e Contr.*, 2009, 2, 131.

destinatario nell'impossibilità (o quanto meno in una situazione di imbarazzo) di rifiutare la consegna del bene (magari perché non presente al momento della consegna oppure in quanto non in grado di conoscere il contenuto, la natura e le caratteristiche dell'oggetto consegnatogli nonché le reali motivazioni per la consegna stessa).

Le ipotesi di forniture non richieste non si limitano di certo alle sole ipotesi in cui si configuri nella spedizione da un luogo all'altro (il domicilio del destinatario, ma comprendono tutte le ipotesi in cui un bene mobile venga personalmente consegnato (o un servizio venga personalmente prestato) dal soggetto che intenda trasmetterlo "*nelle mani*" del destinatario, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia in grado di conoscere il contenuto della spedizione. Ciò che conta è che l'esecuzione della prestazione avvenga su iniziativa unilaterale ed esclusiva del "*fornitore*".

Secondo elemento necessario per il ricorrere dell'ipotesi di "*fornitura non richiesta*" è lo scopo della fornitura ossia la consegna del bene o l'esecuzione del servizio devono essere posti in essere allo scopo di indurre il destinatario ad accettare di concludere il contratto. Potrebbe trattarsi di un contratto avente ad oggetto la compravendita del bene mobile già consegnato o la prestazione del servizio già reso oppure di un contratto avente ad oggetto l'acquisto di una determinata quantità (o alla somministrazione) di beni dello stesso tipo di quello consegnato ovvero alla prestazione continuativa o periodica dei servizi dello stesso genere di quello fornito.

Non sempre la consegna del bene o la prestazione del servizio non richiesto si accompagna ad una proposta contrattuale vera e propria²⁰⁴, dal momento che anche il semplice invito ad offrire, finalizzato a provocare la formulazione di una proposta contrattuale da parte del destinatario.

Ultimo elemento essenziale per la configurazione di una "*fornitura non richiesta*" è che questa non sia stata, appunto, "*richiesta dal destinatario della prestazione, ossia che la sua esecuzione non sia stata in alcun modo "provocata, promossa, stimolata dal destinatario, attraverso un comportamento idoneo ad impedire che essa si configuri come il frutto di una iniziativa meramente unilaterale ed arbitraria di chi ha effettuato la fornitura, idonea come tale a cogliere "impreparato" ed indifeso il soggetto che l'abbia ricevuta*". Al tal fine, non è richiesta una manifestazione espressa di una volontà negoziale, ma è sufficiente qualsiasi comportamento concludente (ma non meramente omissivo) idoneo ad esprimere in maniera chiara e non equivoca l'interesse a ricevere un'offerta contrattuale relativa ad un

²⁰⁴ Di norma la prestazione del servizio o la consegna del bene non richiesto è affiancata da una vera e propria proposta contrattuale, formata da un'esplicita dichiarazione in tal senso oppure risultante in un'implicita richiesta al destinatario di procedere al pagamento di una somma di denaro a titolo di corrispettivo del bene consegnato o del servizio fornito. Si precisa, del resto, che una proposta contrattuale potrebbe pervenire al destinatario anche in un momento precedente o successivo al bene o servizio, non essendo essenziale che la proposta contrattuale sia contestuale alla prestazione.

determinato bene o servizio, unitamente all'anticipata consegna del bene (o fornitura del servizio) in questione.

Naturalmente, per escludere che una fornitura non sia “*non richiesta*” è necessario che il contenuto della prestazione effettivamente fornita corrisponda a quello della prestazione precedentemente ordinata dal destinatario.

2.2.10.1. VALORE NEGOZIALE DEL SILENZIO, CONCLUSIONE DEL CONTRATTO E PROBLEMATICHE CONNESSE ALLA TUTELA DEL CONSUMATORE IN MATERIA DI “FORNITURE NON RICHIESTE”.

Tra le principali questioni problematiche che emergono in materia di “*forniture non richieste*” vi è senza dubbio quella del valore negoziale del silenzio²⁰⁵ e del momento

²⁰⁵ Sul punto, per una maggiore e più approfondita analisi, si rinvia a M.C. Diener, *Ipotesi particolari di formazione del contratto*, in *Il Contratto in generale*, Giuffrè, 2002, pag. 253; Bianca, *Il silenzio*, in *Diritto Civile - 3 Il Contratto*, Giuffrè, 2000, pagg. 211 e ss.; E. Betti, in *Teoria generale del negozio giuridico*, II Ed., 1994, Ed. Scientifiche Italiane, pagg. 140 e ss. (l'autore, analizzando il valore giuridico del silenzio, chiarisce che “*qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset*” ossia “*il silenzio può essere reso significativo, oggettivamente, da una consuetudine prevalente di una determinata cerchia sociale, oppure, soggettivamente, da una pratica invalsa (si pensi ai cosiddetti usi interpretativi) ovvero da un accordo stabilitosi fra gli interessati. Consuetudini, pratiche e accordi di tal genere hanno ragione di esser soprattutto in materia contrattuale: dove il contegno del destinatario d'una proposta, che si astenga dal rispondervi negativamente, è talvolta interpretabile come accettazione. Ciò accade per l'appunto quando un uso generale o un'abitudine dei contraenti diano, al silenzio della persona cui è diretta la proposta, un valore come di linguaggio muto.[...] L'effetto impegnativo del silenzio in simili casi tipici trova giustificazione nella cornice delle relazioni e circostanze in cui il silenzio si inquadra*”. E ancora, si vedano, R. Sacco, in *Il Contratto*, Tomo I, R. Sacco e G. De Nova, Utet, III Edizione, pagg. 289 e ss.; P. Trimarchi, *La manifestazione di volontà*, in *Trattato di Diritto Privato*, XII Edizione, pagg. 182 e ss.; Rolli, *Antiche e nuove questioni sul silenzio come tacita manifestazione di volontà*, in *Contratto e impresa*, 2000, 257 ss.

In giurisprudenza, si vedano, *ex multis*, App. Napoli Sez. III Sent., 27 ottobre 2008, ove la Corte Partenopea ha dichiarato che “*in materia contrattuale, affinché il silenzio di una parte sia idoneo ad assumere il valore negoziale di consenso, occorre o che il comune modo di agire o la buona fede, impongano l'onere o il dovere di parlare, o che, un dato momento storico e sociale, avuto riguardo alla qualità delle parti e alle loro relazioni affari, il tacere di una possa intendersi come adesione alla volontà dell'altra parte*”; recentemente si è espressa la Corte di Cassazione, in Cass. civ. Sez. II, 16 marzo 2007, n. 6162, in *Mass. Giur. It.*, 2007, affermando che “*affinché il silenzio possa assumere il valore negoziale di consenso, occorre o che il comune modo di agire o la buona fede, nei rapporti instauratisi tra le parti, impongano l'onere o il dovere di parlare, o che, secondo un dato momento storico e sociale, avuto riguardo alla qualità delle parti e alle loro relazioni di affari, il tacere di una possa intendersi come adesione alla volontà dell'altra*”; Cass. civ. Sez. III, 26 febbraio 2004, n. 3861, in *Guida al Diritto*, 2004, 15, 73; Cass. civ. Sez. III, 20 febbraio 2004, n. 3403, in *Gius. Civ. Mass.*, 2004, 2665.

Di recente, L. Tafano, *cit.*, ha commentato la sentenza della Corte di Cassazione, Sez. II, 4 dicembre 2007 n. 25290, nella nota successiva. In particolare, l'autrice analizza la fattispecie prevista all'articolo 1333 c.c. in quanto unica ipotesi legale nella quale al silenzio-inerzia (consistente nel mancato rifiuto dell'oblato) è attribuito il valore di elemento costitutivo del contratto; per il perfezionamento di esso è pertanto sufficiente il mancato rifiuto della proposta in un tempo ragionevole. “*Nella fattispecie prevista dall'art. 1333 c.c. (unico caso previsto dal legislatore) la conclusione del contratto, infatti, avviene senza lo scambio di proposta ed accettazione. Pertanto, ogni altra ipotesi di fornitura - di beni o servizi - non richiesta, non possa essere ricondotta alla fattispecie disciplinata dall'art. 1333 c.c. In quest'ultima il contegno omissivo del destinatario della proposta contrattuale è un comportamento legalmente tipizzato; è il legislatore stesso ad attribuire espressamente al mancato rifiuto della proposta entro un termine ragionevole il valore di contegno idoneo a concludere il contratto. Inoltre va detto che, nella fattispecie prevista all'art. 1333 c.c., la non necessità dell'accettazione della proposta contrattuale mediante una dichiarazione di volontà espressa si giustifica in*

formativo del contratto. Infatti, come si è avuto modo di precisare, spesso accade che il soggetto ricevente la “*fornitura non richiesta*” non rifiuti o rispedisca quanto ricevuto (e, come si avrà modo di meglio argomentare *infra*, non è assolutamente tenuto a farlo). Pertanto, si potrebbe ravvisare in tale comportamento omissivo e/o nel silenzio una tacita accettazione della “*proposta contrattuale*” (se così può essere definita o meno) formulata dal fornitore con la spedizione e/o consegna del bene o del servizio fornito.

Indubbio che il contratto sia perfezionato nel momento in cui il destinatario manifesta la propria volontà negoziale con una dichiarazione espressa, appositamente emessa e rivolta al proponente-fornitore, ovvero mediante un comportamento concludente in equivoco tenuto nei suoi confronti al fine di manifestare la propria intenzione di accettare l’offerta²⁰⁶. Problematica, invece, l’ipotesi in cui il destinatario si limiti ad usufruire, di fatto, del servizio o ad utilizzare o consumare il bene offerto in consegna, oppure alieni o conceda quest’ultimo in godimento a terzi o lo danneggi volontariamente o decida di disfarsene buttandolo. La questione si pone in termini di valore giuridico di questi atti di fruizione, disposizione o addirittura distruzione del bene o del servizio ricevuto, pur in assenza di un’espressa intenzione del ricevente di comunicare al fornitore la propria intenzione di accettare l’offerta. In particolare, centrale appare la questione relativa al ruolo ed alla

considerazione della circostanza che gli effetti sfavorevoli del contratto gravano esclusivamente sul proponente; in via generale, invece, il principio dell’intangibilità dell’altrui sfera giuridica porta ad escludere che, in assenza di risposta da parte del destinatario, il contratto possa ritenersi concluso. In altri termini, qualora il contratto sia volto a produrre effetti sia favorevoli sia sfavorevoli a carico ed a beneficio di ciascun contraente, è richiesta la bilateralità delle dichiarazioni e la necessità del consenso di ciascun contraente. Ciò al fine di assicurare, per così dire, l’immunità della sfera giuridica di ciascuno dalla non voluta imposizione di impegni o gravami”. In tutti gli altri casi, troverà applicazione la regola generale degli articoli 1326 ss. c.c.: quella della indispensabile manifestazione di volontà di entrambe le parti, ossia della necessaria bilateralità del consenso.

²⁰⁶ Di recente, la Corte di Cassazione (Cass. Civ. II, 4 dicembre 2007 n. 25290 in *Diritto & Giustizia*, 2007) con riferimento al valore negoziale del silenzio, ha precisato che “*ai fini della stipulazione del contratto, il silenzio può assumere il significato di fatto concludente o di manifestazione tacita, tale da integrare il consenso e determinare il perfezionamento di un rapporto contrattuale, laddove si accompagni a circostanze e situazioni, oggettive e soggettive, che, secondo il comune modo di agire, implicino un dovere di parlare, specie quando il silenzio stesso venga serbato a fronte di una dichiarazione di altri che comporti, per chi tace, un obbligo di rispondere*”. In particolare, la Corte nella suddetta sentenza ha ripercorso il ruolo della proposta (“*la proposta contrattuale consiste in una manifestazione univoca denotante l’impegno del proponente, e non una sua mera disponibilità o auspicio, ed è integrata dalla volontà del dichiarante di dirigere verso l’oblato l’espressione di un intento idoneo ad essere assunto come contratto [...] deve contenere tutti gli elementi essenziali del contratto che mira a concludere [...]*”, cfr., *ex multis*, Cass. Civ. 6922/82, Cass. Civ. 24 maggio 2001 n. 7094 in *Giust. civ. Mass.* 2001, pag. 1048, Cass. Civ. 6741/87), dell’accettazione (“*l’accettazione, poi, che è atto di natura recettizia, deve consistere nella totale ed incondizionata adesione alla proposta da parte dell’oblato, che esprime una volontà conforme alla proposta, così che il contratto può ritenersi concluso soltanto se si realizza la piena congruenza, anche nelle clausole accessorie, tra proposta ed accettazione*”, cfr., *ex multis*, Cass. 2472/99, Cass. Civ. 4274/94, Cass. Civ. 77/93, Cass. Civ. 1072/85) ed, infine, del silenzio (“*in materia contrattuale, il silenzio, che, di per se, non costituisce manifestazione negoziale, può acquistare il significato di un fatto concludente o di una manifestazione negoziale tacita, tale da integrare il consenso e determinare il perfezionamento di un rapporto contrattuale ed assume tale portata laddove si accompagni a circostanze e situazioni, oggettive e soggettive, che implicino, secondo comune modo di agire, un dovere di parlare, specie quando il silenzio stesso venga serbato a fronte di una dichiarazione di altri, comportante, per chi tace, un obbligo*”, cfr., *ex multis*, Cass. Civ. 3957/83).

rilevanza dei comportamenti cd. concludenti nonché del silenzio ai fini della formazione degli accordi contrattuali, con riferimento, però, alla fattispecie delle “*forniture non richieste*”.

Ebbene, la fattispecie dell’esecuzione di prestazioni “*non richieste*” non prevede elementi suscettibili di essere considerati rilevanti al fine della ricostruzione dei profili negoziali del silenzio, inteso come mera inattività o, più correttamente, come astensione da condotte potenzialmente suscettibili di essere ricondotte ad una volontà negoziale. Infatti, la prestazione è stata eseguita senza una previa richiesta in tal senso da parte del destinatario: solamente un preventivo invito ad offrire, avanzato dal ricevente al fornitore, potrebbe indurre a ritenere che sia necessaria una dichiarazione espressa (verbalmente o comunque mediante un comportamento in equivoco) in merito all’intenzione di rifiutare la proposta ricevuta, così da riferire al silenzio dell’oblato un significato di tacita accettazione della proposta dell’offerente.

Diversamente, qualora l’esecuzione della prestazione non sia stata anticipata da una richiesta del destinatario (idonea ad essere intesa come *invitatio ad offerendum*), si deve ritenere che la proposta contrattuale che accompagna l’invio del bene o del servizio offerto non siano assolutamente accettati per il solo fatto che il ricevente non abbia rifiutato di ricevere la “*prestazione non richiesta*” ed abbia conservato il bene in un luogo assoggettato alla sua signoria di fatto, astenendosi dal fruirne.

Del pari, l’affermazione del proponente circa l’esistenza di un obbligo di comunicazione dell’interesse ad accettare la merce o il servizio offerto facente capo al ricevente non addebita al silenzio del ricevente un valore negoziale.

Nel caso in cui il fornitore, appunto, allegasse al bene (o al servizio) una dichiarazione con la previsione che l’offerta dovrà intendersi accettata se il ricevente non provvederà tempestivamente a rifiutarla (o a restituire il bene ricevuto, riconsegnandolo presso il luogo indicato dal fornitore), il ricevente non sarebbe comunque tenuto ad attivarsi (per rifiutare l’offerta ricevuta) entro il termine previsto unilateralmente dall’offerente. Infatti, lo spirare del termine senza una dichiarazione di qualsiasi tipo da parte del ricevente non integra comunque un comportamento idoneo a concludere il contratto. Ne consegue che clausole, previste nella proposta indirizzata al destinatario della “*fornitura non richiesta*”, che indicassero la mancata rispeditura della merce ricevuta (e/o il mancato esplicito rifiuto dell’offerta) quale elemento conclusivo del contratto, sarebbero senza dubbio - per espressa previsione legislativa - inefficaci.

Tuttavia, come insegna l’esperienza, molti imprenditori che si sono serviti (e probabilmente tutt’ora si servono) della tecnica della “*fornitura non richiesta*” hanno ampiamente confidato nell’ignoranza e nell’ingenuità delle persone alle quali hanno rivolto la propria

attenzione, avanzando richieste di pagamento della merce oppure indicando quale onere della controparte quello della custodia, conservazione e rispedizione della merce inviata. In questo modo, il ricevente (soprattutto se consumatore), temendo di essere tenuto ad adempiere alle obbligazioni prospettategli dal professionista-fornitore, manifesta (anche se inconsapevolmente) la volontà di stipulare il contratto versando la somma di denaro richiesta. In questo ultimo caso, pertanto, il contratto si perfeziona, ma non per effetto del “*mancato rifiuto*” quanto piuttosto per effetto dell’accettazione della proposta per fatti concludenti, rinvenibile nell’esecuzione della prestazione pecuniaria prevista dalla proposta quale corrispettivo dell’alienazione del bene inviato (o del servizio prestato).

Queste dichiarazioni, anche se giuridicamente irrilevanti e inefficaci, in concreto sono idonee a spingere i destinatari dei beni o servizi non richiesti a tenere comportamenti idonei ad integrare l’accettazione dell’offerta.

Spesso, poi, gli imprenditori-professionisti allegano al bene non richiesto dichiarazioni mendaci, con le quali indicano la consegna del bene o la prestazione del servizio quale esecuzione di un ordinativo precedentemente effettuato dal ricevente (ordinativo in realtà mai avvenuto), al sol fine di indurre i soggetti meno attenti a provvedere al pagamento di quanto mai richiesto.

Si precisa, comunque, che anche in assenza di dichiarazioni false e suscettibili di indurre in errore i destinatari, l’esecuzione di “*prestazioni/forniture non richieste*” costituisce una tecnica di promozione della conclusione dei contratti aggressiva e potenzialmente lesiva della libertà e autonomia di cui i soggetti dovrebbero poter prendere le proprie decisioni commerciali liberamente.

Infatti, di tutta evidenza la pressione psicologica derivante dall’invio di merce non richiesta per il consumatore che si vede recapitare un bene non richiesto e del quale non sia in grado di conoscere la natura (al quale viene prospettata la scelta, anche se non corrispondente a realtà come accennato *supra*, tra la restituzione del bene al soggetto mittente facendosi carico delle spese e dei rischi connessi alla rispedizione (oltre che alla custodia del bene) e il pagamento del prezzo, a prescindere dal proprio interesse nei confronti della merce (o del servizio reso).

Per tutte le motivazioni sopra espresse, quindi, ossia per l’aggressività che caratterizza le “*forniture non richieste*” così come per l’attitudine a trarre in inganno il ricevente-consumatore, tale prassi commerciale è potenzialmente pregiudizievole non soltanto per i soggetti che ne siano i destinatari ma anche per i concorrenti e, più in generale, per il buon funzionamento del mercato.

Da qui l'esigenza di combattere il ricorso a questa prassi, almeno fornendo adeguate forme di tutela contro i rischi ed i pregiudizi che ne possano derivare.

2.2.10.2. LA NORMATIVA PRECEDENTE OVVERO LA DIRETTIVA 97/7/CE E IL D.LGS. 22 MAGGIO 1999, N. 185

Già negli anni '70 si era sentita l'esigenza di tutelare la libertà e la spontaneità nelle scelte di mercato dei consumatori nei confronti del ricorso, da parte degli imprenditori, alla tecnica commerciale e di marketing consistente nell'inviare beni mobili o nel fornire servizi non richiesti ai consumatori, i quali - a fronte della coazione/pressione psicologica oppure della loro ingenuità o ignoranza giuridica - si sentivano "obbligati" a concludere il contratto, ad accettare la merce inviata o i servizi resi, pur senza preventiva richiesta in tale senso. Tuttavia, solamente alla fine degli anni '90 il legislatore comunitario ha deciso di adottare alcune misure a tutela dei consumatori, ovvero mediante l'adozione della Direttiva n. 97/7/CE²⁰⁷ in materia di protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza. In particolare, tale Direttiva statuiva all'articolo 9 l'obbligo per gli Stati membri di adottare le disposizioni necessarie per vietare che beni o servizi fossero forniti a un consumatore senza sua previa ordinazione, allorché la fornitura comporti una richiesta di pagamento nell'ambito di contratti a distanza e che, in caso di utilizzazione fraudolenta, le somme versate a titolo di pagamento venissero riaccreditate o restituite al consumatore.

Tuttavia, come è stato osservato, l'effetto della Direttiva - soprattutto se paragonato alle previsioni *ad hoc* introdotte dai vari legislatori nazionali - è stato alquanto deludente: infatti, il testo della Direttiva era generico, atecnico e ambiguo, senza aver fornito soluzioni precise e puntuali alle problematiche sorte negli anni e, per altro, già sottolineate dalla Risoluzione del Consiglio del 14 aprile 1975²⁰⁸, concernente il primo programma della Cee per una politica di tutela e informazione del consumatore.

Di conseguenza, le discipline privatistiche nazionali relative alle forniture non richieste risultano sensibilmente diverse tra i vari Paesi membri, soprattutto per quanto riguarda le modalità con le quali è definita la condizione giuridica del bene mobile "*non richiesto*".

²⁰⁷ Pubblicata in *G.U.C.E.*, n. L 144 del 4 giugno 1997, pag. 19.

²⁰⁸ In *G.U.C.E.*, n. C 92 del 25 aprile 1975. Tale Risoluzione ha elencato i principi ai quali si sarebbe dovuto uniformare il legislatore comunitario, tra i quali ha posto l'accento a quello per cui "*gli acquirenti di beni o servizi debbono essere tutelati contro abusi di potere del venditore [...], contro le richieste di pagamento di merci non richieste e contro metodi di vendita aggressivi*" (lett. a, punto 19, 1) oltre alla "*protezione dei consumatori contro le pratiche commerciali abusive, in sede di invio di merci non richieste*" (lett. b, punto 24, 3).

Infatti, alcuni Stati membri²⁰⁹ hanno escluso, in via generica, che il consumatore fosse obbligato a restituire il bene o il servizio ricevuto. Altri²¹⁰ hanno previsto che il consumatore non avesse nemmeno l'obbligo di custodire il bene ricevuto; altri ancora hanno escluso in capo al consumatore qualsiasi obbligazione²¹¹ o hanno stabilito che il professionista non ha alcuna pretesa creditoria nei confronti del consumatore cui abbia fornito beni o servizi non richiesti²¹². Infine, in alcuni Stati i consumatori hanno il potere di utilizzare i beni (o servizi) ricevuti e disporne “*come se si trattasse di doni*”²¹³.

Successivamente, il legislatore comunitario è intervenuto mediante l'adozione della Direttiva 2002/65/CE²¹⁴ in materia di contratti per la prestazione di servizi finanziari stipulati a distanza da consumatori con i professionisti. In particolare, l'articolo 9 della nuova Direttiva ha riprodotto in gran parte il contenuto dell'articolo 9 della Direttiva 97/7/Ce, ribadendo anche per la fornitura di servizi finanziari (ovvero “*qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, assicurativa, servizi pensionistici individuali, di investimento o pagamento*” ai sensi dell'articolo 2, lett. b) della Direttiva in materia) non richiesti le previsioni contenute nella Direttiva dei contratti a distanza, senza tuttavia superarne l'ambiguità e la lacunosità. Si pensi che le due direttive hanno altresì natura diversa: l'articolo 9 della Direttiva 97/7/CE è una norma di armonizzazione minimale, mentre l'articolo 9 della Direttiva 2002/65/CE è una norma di armonizzazione completa, alla quale i legislatori nazionali si devono conformare in sede di attuazione. Ne consegue un difficile e tortuoso cammino verso un'effettiva armonizzazione delle varie legislazioni nazionali in materia.

2.2.10.3. L'ARTICOLO 15 DELLA DIRETTIVA 2005/29/CE

Con l'emanazione della Direttiva 2005/29/CE (ed in particolare, in virtù della previsione del suo articolo 15), le Direttive analizzate nel precedente paragrafo sono state modificate, tanto che adesso dopo aver richiamato la Direttiva in materia di pratiche commerciali sleali, dettano le prescrizioni alle quali i legislatori nazionali si devono uniformare per quanto riguarda le “*forniture non richieste*”.

²⁰⁹ Spagna (articolo 100, comma 1, della *Ley General para la Defensa de los Consumadores y Usuarios*), Repubblica Ceca (paragrafo 53, comma 8, del codice civile) e Belgio (articolo 76, comma 4, della *Loi sur le pratiques et sur l'information et la protection du consommateur* del 1991).

²¹⁰ Austria, all'articolo 864, comma 2, del suo codice civile.

²¹¹ Francia, cfr. Articolo L 122-3 del codice del consumo francese che prevede un obbligo per il professionista di restituire le somme indebitamente percepite senza un consenso espresso e previo del consumatore alla fornitura.

²¹² Germania (articolo 241a del codice civile) ed Estonia (articolo 99 della legge sulle obbligazioni).

²¹³ Regno Unito, cfr. Section 24 delle *Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000*.

²¹⁴ Direttiva 2002/65/Ce del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori in *G.U.C.E.*, n. L 271 del 9 ottobre 2002, pag. 16.

I testi emendati delle precedenti Direttive adesso - per lo meno da un punto di vista letterale - danno per scontato che ogni “*fornitura non richiesta*” sia vietata in quanto integri automaticamente una pratica commerciale sleale, mentre così non è per la Direttiva 2005/29/CE (che prevede, nella lista nera delle “*pratiche considerate in ogni caso sleali*” di cui all’Allegato I, alcuni riferimenti ascrivibili alle “*forniture non richieste*”, ma di certo non un divieto esplicito in tal senso).

In particolare, la Direttiva 2005/29/CE riconduce le “*forniture non richieste*” a due fattispecie, rispettivamente ai n. 21 e 29.

Quanto a quella di cui al punto n. 21, ossia alla condotta consistente nell’*“includere nel materiale promozionale una fattura o un’analogo richiesta di pagamento che dia al consumatore l’impressione di aver già ordinato il prodotto in commercio, mentre non lo ha fatto”*, si precisa che tale comportamento è vietato solamente nel caso in cui questo sia idoneo ad indurre, erroneamente, il ricevente a credere di aver già sollecitato la consegna di un bene (o la prestazione di un servizio) in realtà mai ordinato.

Quanto alla previsione di cui al punto n. 29, ossia alla condotta del professionista che “*esige il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia*” dei prodotti forniti ad un consumatore che non li abbia preventivamente richiesti, pare che sia considerata vietata non soltanto quella del professionista che esiga il pagamento o la rispeditura o ancora la custodia della merce (o del servizio) fornita, ma anche la richiesta avanzata nei confronti del ricevente di ricevere il pagamento dei danni asseritamente patiti dal professionista stesso in conseguenza del mancato, tardivo o inesatto adempimento, da parte del consumatore, dell’obbligazione (per altro non dovuta) di pagare il prezzo, rispeditura la merce o custodirla.

Infine, come è stato puntualmente sottolineato²¹⁵, è senz’altro sleale la condotta del professionista che alleggi alla “*fornitura non richiesta*” una proposta contrattuale contenente la previsione che, decorso un determinato termine dall’esecuzione della fornitura senza che il consumatore abbia provveduto a rispondere all’offerta indirizzatagli dal professionista, e/o a rispediturli il bene ricevuto, il contratto deve ritenersi concluso oppure la previsione che l’utilizzazione del bene, la fruizione del servizio o comunque il compimento di un qualsivoglia atto di godimento o disposizione da parte del destinatario, sia considerato quale elemento conclusivo del contratto.

Ebbene, alla luce di quanto sopra, si deduce che tali condotte devono essere considerate sleali in quanto sia aggressive sia ingannevoli: aggressive, in quanto hanno lo scopo - seppur indiretto - di indurre in via coercitiva il consumatore ad eseguire prestazioni giuridicamente non dovute (e.g., il versamento della somma di denaro richiesta a titolo di corrispettivo); ingannevoli perché inducono in errore il consumatore, facendogli credere che il mancato

²¹⁵ Cfr. G. De Cristofaro, cit., pag. 455.

compimento di quanto richiesto dal professionista o il godimento o la disposizione del bene inviato possa avere valore negoziale di accettazione della proposta avanzata dal professionista, solamente per il fatto che quest'ultima contenga una previsione in tal senso.

Evidente che le categorie di condotte sopra analizzate non esauriscano le ipotesi di “*forniture non richieste*” che possano essere considerate scorrette. Tuttavia, in assenza di ulteriori previsioni da parte del legislatore comunitario, per stabilire se determinate “*forniture non richieste*” possano integrare condotte scorrette/sleali, si dovrà procedere di volta in volta con valutazioni delle fattispecie concrete.

2.2.10.4 IL RECEPIMENTO DEI NUOVI ARTICOLI 9 DELLE DIRETTIVE 97/7/CE E 2002/65/CE

Anche nel caso di “*forniture non richieste*”, l'individuazione delle fattispecie vietate, della natura e dell'entità delle sanzioni da comminare nei confronti degli eventuali trasgressori nonché dell'Autorità competente ad irrogare tali sanzioni deve avvenire sulla base di un complesso di norme, contenute in diversi provvedimenti come di seguito elencati:

- articoli 18, comma 2, e 22, comma 1, del D.Lgs. n. 31 marzo 1998 n. 114 in materia di disciplina del commercio di vendita al pubblico (non modificato)²¹⁶;
- articoli 23, lett. z, e 26, lett. f) cod. cons., in combinazione con quanto previsto dall'articolo 27 cod. cons.;
- articoli 57, comma 2 (*Fornitura non richiesta*), e 62 (*sanzioni*) cod. cons.;
- articoli 67 *quinquies decies*, comma 2, e 67 *septies decies* cod. cons.;
- articoli 3 della delibera 664/06/Cons del 23 novembre 2006 dell'Autorità per le garanzie nella comunicazioni²¹⁷ e 98, comma 11, del D.Lgs. 1 agosto 2003, n. 259 (*Codice delle comunicazioni elettroniche*²¹⁸).

216 Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114 (in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff., 24 aprile, n. 95). - Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'articolo 4, comma 4, della l. 15 marzo 1997, n. 59. L'articolo 18, comma 2, del D.Lgs in commento (*Vendita per corrispondenza, televisione o altri sistemi di comunicazione*) vieta l'invio di prodotti al consumatore se non a seguito di specifica richiesta, mentre ammette l'invio di campioni di prodotti o di omaggi, senza spese o vincoli per il consumatore. L'articolo 22, comma 1, invece, in caso di violazione di quanto previsto all'articolo 18, prevede una sanzione amministrativa compresa tra lire 5.000.000 e lire 30.000.000.

²¹⁷ Delibera n. 664/06/Cons. del 23 novembre 2006 “*Regolamento recante disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza*”, pubblicato sul sito dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCom) in data 15 dicembre 2006 e nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 299 del 27 dicembre 2006*. L'articolo 3 (*Forniture non richieste*), stabilisce 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.*”

Ebbene, alla luce delle norme appena ricordate, pare opportuno procedere all'individuazione dei comportamenti che effettivamente possano integrare "pratiche commerciali scorrette" ai sensi degli articoli 20 e ss. cod. cons., con ogni conseguenza inibitoria prevista, appunto, per le pratiche commerciali scorrette.

Ebbene, pare che il legislatore italiano, prevedendo espressamente la fattispecie di cui agli articoli 57, comma 2 e 67 *quinquies decies*, comma 2 (oltre alle fattispecie comunque ritenute scorrette in quanto contenute nella lista nera della pratiche commerciali) si sia discostato dalle previsioni di cui ai numeri 21 e 29 della lista nera di cui alla Direttiva 2005/29/CE nonché nei novellati articoli 9 delle già citate Direttive 97/7/CE e 2002/65/CE.

Pare di poter escludere che il legislatore si sia limitato a ribadire quanto previsto dagli articoli 23, lett. z, e 26, lett. f) cod. cons., per cui si potrebbe ritenere che abbia così voluto estendere la presunzione assoluta di scorrettezza anche a pratiche commerciali legate alle forniture non richieste. In questo senso, si potrebbe ritenere che il professionista che si limiti ad inviare beni mobili o servizi non richiesti, unitamente ad una proposta contrattuale, senza però esigere il pagamento del relativo corrispettivo, ponga in essere una pratica commerciale scorretta (con ogni conseguente sanzione amministrativa ai sensi dell'articolo 27 cod. cons.): diversi dubbi, tuttavia, sono stati sollevati in merito soprattutto con riferimento alla compatibilità di tale lettura con la natura di armonizzazione completa perseguita dalla Direttiva²¹⁹.

Oltre alle sanzioni previste dall'articolo 27 cod. cons. irrogabili da parte dell'AGCM, vi sono quelle amministrative pecuniarie ordinarie, previste dall'articolo 22, comma 1, del D.Lgs. 114/1998 e dagli articoli 62²²⁰ e 67 *septies decies*²²¹ cod. cons.: mentre è chiaro

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.

La violazione delle disposizioni di cui al comma 1 determina l'applicazione nei confronti dell'operatore della sanzione amministrativa pecuniaria nella misura edittale prevista dall'art. 98, comma 11, del Codice".

²¹⁸ D.Lgs. 1 agosto 2003, n. 259, pubblicato in Suppl. ordinario n. 150 alla Gazzetta Ufficiale del 15 settembre 2003, n. 214 - *Codice delle comunicazioni elettroniche*. L'articolo 98, comma 11, del suddetto codice prevede che "ai soggetti che non ottemperano agli ordini ed alle diffide, impartiti ai sensi del Codice dal Ministero o dall'Autorità, gli stessi, secondo le rispettive competenze, comminano una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 120.000,00 ad euro 2.500.000,00. Se l'inottemperanza riguarda provvedimenti adottati dall'Autorità in ordine alla violazione delle disposizioni relative ad imprese aventi significativo potere di mercato, si applica a ciascun soggetto interessato una sanzione amministrativa pecuniaria non inferiore al 2 per cento e non superiore al 5 per cento del fatturato realizzato dallo stesso soggetto nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della contestazione, relativo al mercato al quale l'inottemperanza si riferisce".

²¹⁹ Cfr. G. De Cristofaro, op. cit., pag. 475.

²²⁰ L'articolo 62 cod. cons. prevede che "salvo che il fatto costituisca reato il professionista che contravviene alle norme di cui al presente capo, ovvero non fornisce l'informazione al consumatore, ovvero ostacola l'esercizio del diritto di recesso ovvero fornisce informazione incompleta o errata o comunque non conforme

l'ambito di applicazione delle prime sanzioni (trattandosi di violazione del divieto di "inviare prodotti al consumatore se non a seguito di una specifica richiesta" previsto dall'articolo 18, comma 2, cod. cons.) dubbi sorgono in merito alle seconde categorie di sanzioni in quanto l'articolo 57, comma 1, cod. cons. (e articolo 67 *quinquies decies* cod. cons.) non prevede più il divieto espresso di effettuare forniture non richieste, così che non è chiaro quali siano i comportamenti dei professionisti idonei ad integrare la fattispecie vietata, con conseguente applicazione delle sanzioni di cui agli articoli 62 e 67 *septiesdecies* cod. cons.

Inoltre, si deve ricordare anche la sanzione a carico dell'imprenditore che fornisca beni o servizi di comunicazione elettronica ad un utente che non ne abbia fatto preventiva richiesta contenuta nell'articolo 3, comma 3, della Delibera 664/06/Cons del 23 novembre 2006 dell'AGCom, in conformità a quanto previsto dall'articolo 98, comma 11, del D.Lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

2.2.10.5 I SERVIZI NON RICHIESTI

Sulla falsariga di quanto previsto per le forniture non richieste, si pone la normativa dettata dall'articolo 67- *quinquies decies* cod. cons. in materia di servizi non richiesti, all'interno del Titolo sul Rapporto di Consumo²²². La norma appena citata prevede che "*il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta. In ogni caso, l'assenza di risposta non implica consenso del consumatore*" e ancora che "*salve le sanzioni previste dall'articolo 67 *septies decies*²²³, ogni servizio non richiesto di cui al*

sul diritto di recesso da parte del consumatore secondo le modalità di cui agli articoli 64 e seguenti, ovvero non rimborsa al consumatore le somme da questi eventualmente pagate, nonché nei casi in cui abbia presentato all'incasso o allo sconto gli effetti cambiari prima che sia trascorso il termine di cui all'articolo 64, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da tremila euro a diciottomila euro.

Nei casi di particolare gravità o di recidiva, i limiti minimo e massimo della sanzione indicata al comma 1 sono raddoppiati. La recidiva si verifica qualora sia stata commessa la stessa violazione per due volte in un anno, anche se si è proceduto al pagamento della sanzione mediante oblazione".

²²¹ L'articolo 67 *septiesdecies* cod. cons. prevede che "*salvo che il fatto costituisca reato, il fornitore che contravviene alle norme di cui alla presente sezione, ovvero che ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore ovvero non rimborsa al consumatore le somme da questi eventualmente pagate, e' punito con la sanzione amministrativa pecuniaria, per ciascuna violazione, da euro cinquemila a euro cinquantamila.*

*Nei casi di particolare gravità o di recidiva, nonché nell'ipotesi della violazione dell'articolo 67-*novies decies*, comma 3, i limiti minimo e massimo della sanzione indicata al comma 1 sono raddoppiati".*

²²² Da un'analisi delle normative in questione, si può ben ritenere che l'unica differenza di particolare importanza è data dall'articolo 67 *quinquies decies*, comma 2, cod. cons. secondo il quale i servizi non richiesti costituiscono una pratica commerciale scorretta. Di conseguenza, pur trattandosi di fattispecie del tutto analoghe, i servizi non richiesti sono da sanzionare anche come pratiche commerciali scorrette, mentre le forniture non richieste di cui all'articolo 57 cod. cons. potranno essere sanzionate come tali solo a seguito della prova della sussistenza dei requisiti di cui agli articoli 21 e ss. cod. cons.

²²³ L'articolo 67 *septies decies* cod. cons. (Sanzioni) prevede che "*salvo che il fatto costituisca reato, il fornitore che contravviene alle norme di cui alla presente sezione, ovvero che ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore ovvero non rimborsa al consumatore le somme da questi eventualmente pagate, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria, da euro cinquemila a euro cinquantamila" e*

presente articolo costituisce pratica commerciale scorretta ai sensi degli articolo 21, 22, 23, 24, 25 e 26”.

Ebbene, le norme in questione sono accomunate da un’identica ratio, che è certamente quella di proteggere il consumatore da conseguenze penalizzanti non volute e connesse ad una sua semplice inattività, da un lato, e dall’altro di tutelarlo a fronte di tecniche di comunicazione a distanza particolarmente aggressive ed invasive, che ledono anche altri diritti oltre a quello della riservatezza, oppure della non ingerenza nella propria sfera privata.

In particolare, proprio ai sensi dell’articolo 67 - *quinquies decies* cod. cons. che ritiene ogni servizio non richiesto (senza distinzione alcuna) costituisce una pratica commerciale scorretta, non si può ritenere lecito un invio non preventivamente richiesto dal consumatore, anche qualora fossero stati eliminati tutti gli effetti pregiudizievoli per il consumatore stesso.

Passando poi all’articolo successivo 67 *sexties decies* cod. cons. relativo alle comunicazioni non richieste²²⁴, si sottolinea come il testo della norma distingue tra due tecniche – particolarmente invasive – ossia (a) il sistema di chiamata con dispositivo automatico ed il telefax, da un lato, e (b) tutte le altre tecniche di comunicazione a distanza che consentono una comunicazione individuale. Resta inteso che, rispetto a queste ultime il legislatore ne ha ammesso la liceità, ma solamente una volta ottenuto il consenso del consumatore²²⁵.

ancora “il contratto e' nullo, nel caso in cui il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate, ovvero viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche.

La nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e obbliga le parti alla restituzione di quanto ricevuto. Nei contratti di assicurazione l'impresa e' tenuta alla restituzione dei premi pagati e deve adempiere alle obbligazioni concernenti il periodo in cui il contratto ha avuto esecuzione. Non sono ripetibili gli indennizzi e le somme eventualmente corrisposte dall'impresa agli assicurati e agli altri aventi diritto a prestazioni assicurative. E' fatto salvo il diritto del Consumatore ad agire per il risarcimento dei danni.

Sono fatte salve le sanzioni previste nel decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196”.

²²⁴ L’articolo in esame prevede che “l’utilizzazione da parte di un fornitore delle seguenti tecniche di comunicazione a distanza richiede il previo consenso del consumatore:

- a) sistema di chiamata senza intervento di un operatore mediante dispositivo automatico;
- b) telefax.

Le tecniche di comunicazione a distanza diverse da quelle indicate al comma 1, quando consentono una comunicazione individuale, non sono autorizzate se non è stato ottenuto il consenso del consumatore interessato.

Le misure di cui ai commi 1 e 2 non comportano costi per i consumatori”.

²²⁵ Tale previsione differisce da quanto previsto dall’articolo 58 cod. cons. per quanto concerne i limiti all’impiego di alcune tecniche di comunicazione a distanza, che distingue tra sistemi cd. “*opt-in*” (analoghi al primo comma dell’articolo 67-*sexies decies*) e sistemi cd. “*opt-out*” che si riferiscono a tecniche di comunicazione utilizzabili finché il consumatore non vi si opponga manifestamente. Ebbene, per quanto riguarda l’articolo 67 *sexies decies* cod. cons., la previsione del secondo comma pare poco riconducibile alla fattispecie del *opt-out*, per cui occorre sempre ottenere il consenso (non basta il mancato rifiuto), anche se il

consenso può essere ottenuto durante la stessa comunicazione. Diversamente, non avrebbe senso la distinzione tra le fattispecie contenute al primo e quella al secondo comma della norma.

Si precisa, al riguardo, che la soluzione adottata, pur distinguendosi dalle altre previste nel codice del consumo, si pone in linea con quanto disposto dall'articolo 130 del D.Lgs. 196/2003 (Codice in materia di protezione dei dati personali).

CAPITOLO 3.

PRATICHE COMMERCIALI SLEALI: RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA NEL SISTEMA INGLESE E PRIME PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI

3.1 RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA NEL SISTEMA INGLESE: STATUTORY INSTRUMENT N. 1277/2008

Dopo l'analisi dei punti principali relativi alle norme di recepimento della Direttiva in materia di pratiche commerciali scorrette nel nostro ordinamento, si procederà ad una lettura in chiave comparatistica delle norme di recepimento adottate dal legislatore inglese ossia dello Statutory Instrument n. 1277/2008²²⁶.

Prima di procedere all'analisi della normativa di recepimento nel sistema inglese (*rectius*, del Regno Unito), pare opportuno ripercorrere a grandi linee l'*iter* seguito dal legislatore del Regno Unito e delle Autorità Indipendenti di volta in volta interessate.

Alla fine del mese di maggio 2007 il Dipartimento della Concorrenza e dell'Industria (*Department of Trade and Industry*), attualmente soppresso dal Dipartimento degli Affari, delle Imprese e della Riforma Normativa (*Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform – BERR*), ha pubblicato una consultazione allo scopo di raccogliere i vari punti di vista per la redazione della normativa di recepimento della Direttiva in materia di pratiche commerciali sleali (*Consumer Protection from Unfair Trading Regulations*, d'ora in avanti anche "CPRs"). Tale ultima pubblicazione conteneva la bozza della Regolamentazione per la protezione contro il commercio scorretto (*Business Protection from Misleading Marketing Regulations*), provvedimento, insieme ai CPRs, destinato a sostituire il Regolamento per la protezione contro la pubblicità comparativa e ingannevole del 1988 (*Control of Misleading and Comparative Advertisements Regulations 1988*) e ad implementare la Direttiva 2007/114/CE.

L'Ufficio per la Concorrenza Leale (*Office of Fair Trading - OFT*) ha pubblicato separatamente una consultazione per redigere una guida alla disciplina delle CPRs, preparata con la collaborazione del Dipartimento della Concorrenza e dell'Industria e previa consultazione con i maggiori esponenti delle associazioni interessate.

Entrambe le consultazioni si sono concluse in data 21 agosto 2007.

²²⁶ Statutory Instruments n. 1277/2008 "*The consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008*" del 8 maggio 2008 ed entrato in vigore in data 26 maggio 2008.

Oltre 300 associazioni ed enti sono stati informati in merito all'esistenza delle suddette consultazioni e il Dipartimento incaricato ha ricevuto 76 risposte dalle associazioni di consumatori, dalle associazioni di categoria, dalle autorità locali competenti nel settore della concorrenza, istituzioni professionali, ecc. in merito alla consultazione per la redazione della bozza della normativa di recepimento in oggetto.

Successivamente, nel febbraio 2008, ossia pochi mesi prima della pubblicazione della normativa di recepimento vera e propria, è stata redatto un nuovo "*Government response to the consultation on draft Consumer Protection from Unfair Trading Regulation*", con il quale il legislatore ha fatto il punto della situazione e ha sottolineato tutte le modifiche ed integrazioni che sarebbero stati inclusi nel provvedimento di recepimento della Direttiva in materia di pratiche commerciali sleali.

Il BERR sottolinea che la Direttiva 2005/29/CE – come già ribadito in più occasioni - ha lo scopo di armonizzare le legislazioni all'interno dell'Unione Europea, prevenendo le pratiche commerciali che siano sleali nei confronti dei consumatori, così da contribuire allo sviluppo del mercato europeo comune. Infatti, una normativa uniforme in materia di pratiche commerciali sleali renderà più facile per gli imprenditori/professionisti situati in uno Stato membro la vendita dei propri prodotti ai consumatori degli altri Stati membri. Inoltre, questo darà ai consumatori una maggiore fiducia nell'acquistare all'interno della Gran Bretagna e oltre i confini, attraverso la garanzia di un comune ed elevato standard di protezione dei consumatori stessi.

Lo scopo mediato della normativa in materia di pratiche commerciali sleali è rappresentato dalla volontà di affrontare problematiche già coperte da norme esistenti. Pertanto, proprio per evitare di duplicare inutilmente le tutele e per modernizzare e semplificare la disciplina generale di protezione del consumatore in Gran Bretagna, il Regolamento del 2008 in tema di pratiche commerciali sleali ha, in parte o totalmente a seconda dei casi, abrogato le previsioni contenute in 23 delle leggi speciali previgenti in materia. Dodici di queste norme sono state abrogate completamente, compresa la Parte Terza del *Consumer Protection Act* del 1987; undici, invece, sono state abrogate parzialmente, compresa la maggior parte del *Trade Descriptions Act* del 1968.

La normativa in materia di *Consumer Protection from Unfair Trading Regulations* si applica alle pratiche commerciali prima, durante e dopo la conclusione di un contratto e contiene una previsione generale del divieto di pratiche commerciali sleali ed, in particolare, di pratiche commerciali aggressive e ingannevoli. Vieta altresì 31 pratiche commerciali specifiche, elencate nell'allegato 1.

In altre parole le CPRs consistono in:

- un divieto generale di pratiche commerciali sleali;
- divieti di pratiche ingannevoli e aggressive; e
- 31 pratiche commerciali considerate in ogni caso vietate.

Le CPRs si applicano ad ogni atto, omissione o altra condotta dei professionisti direttamente collegata alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto (nell'accezione più ampia del termine, come si avrà modo di vedere *infra*) a o da un consumatore (in qualunque momento ossia prima, durante o successivamente ad una transazione commerciale, ove esistente)²²⁷. Si precisa che tale normativa non si applica quando in gioco vi siano solamente consumatori, mentre si applica anche a quelle ipotesi nelle quali il professionista, pur in assenza di un rapporto diretto con il consumatore, con la sua condotta determini una forte influenza sul consumatore.

A questo punto, prima di procedere all'analisi - seppur a grandi linee - della normativa in materia di CPRs, pare opportuno spendere alcune parole in merito alla struttura della normativa stessa.

Lo Statutory Instruments n. 1277 del 2008 è diviso in 5 Capitoli (*Parts*) e in 4 allegati (*Schedules*), come segue:

- Part 1: General (articoli 1 e 2);
- Part 2: Prohibitions (articoli 3 - 7);
- Part 3: Offences (articoli 8 - 18);
- Part 4: Enforcement (articoli 19 - 27);
- Part 5: Supplementary (articoli 28 - 30).

La Parte 1 contiene l'elenco delle definizioni utilizzate dal legislatore britannico all'interno dell'intero corpo normativo in commento.

²²⁷ Tra le ipotesi definite "*outside scope*", in quanto non coperte dalla normativa in tema di pratiche commerciali sleali, il BERR riporta quella dell'imprenditore che vende pezzi di ricambio per trattori solamente ad altri imprenditori: in questo caso l'imprenditore in questione, fintanto che i consumatori non acquistino i suoi beni, non dovrà preoccuparsi della normativa in materia di CPRs (dovrà, semmai, essere in linea con i precetti del *Business Protection from Misleading Marketing Regulations 2008*).

Tra le ipotesi, invece, coperte dalla normativa in tema di CPRs, il BERR elenca, in via esemplificativa, i seguenti casi:

- le pratiche commerciali che siano potenzialmente in grado di influenzare sia i consumatori sia gli altri imprenditori/professionisti;
- ogni aspetto di una pratica *cd.* "Business to Business" che sia direttamente collegata alla vendita di un prodotto ai consumatori;
- le pratiche in virtù delle quali l'imprenditore acquisti un prodotto dal consumatore.

Il Capitolo 2 stabilisce il divieto di pratiche commerciali sleali: tale divieto si riferisce alle pratiche che violano il principio e i requisiti della diligenza professionale, alle azioni ed omissioni, alle pratiche commerciali aggressive nonché a quelle elencate nell'allegato 1.

Inoltre, il Capitolo 2 vieta la promozione di pratiche commerciali sleali ad opera di quei soggetti responsabili dei codici di condotta per le imprese. A tali divieti è data esecuzione attraverso la procedura prevista in materia di violazioni comunitarie nel Capitolo 8 dell'*Enterprise Act* del 2002.

Il Capitolo 3 prevede che, con limitate eccezioni, le violazioni al divieto di pratiche commerciali sleali rappresentano un reato, secondo la legge penale. Questo aspetto, senza dubbio, rappresenta la maggiore diversità rispetto alla normativa di recepimento del nostro ordinamento, ove - come si è visto in precedenza - la tutela prevista in tali ipotesi è meramente amministrativa e/o civilistica. Il Capitolo 3 prevede altresì, con riferimento ai reati, come scriminanti il comportamento secondo la diligenza dovuta e la pubblicazione di campagne pubblicitarie "*innocenti*".

Il Capitolo 4 prevede l'obbligo di agire contro le pratiche commerciali sleali avanti all'OFT, alle autorità competenti locali e al *Department of Enterprise, Trade and Investment in Northern Ireland*. Tali autorità hanno il potere di investigare in merito ad eventuali violazioni della normativa in materia di pratiche commerciali sleali, oltre a quello di fare prove di acquisti e di effettuare dichiarazioni con o senza rilascio di garanzie.

Gli allegati, infine, sono così divisi:

- Allegato 1: contiene la cd. "*lista nera*" delle pratiche considerate in ogni caso sleali e, conseguentemente vietate *tout court*;
- Allegato 2: contiene l'elenco delle modifiche apportate dallo Statutory Instruments in commento alle altre normative in vigore, affinché queste non prevedano requisiti o divieti che si riferiscono alle pratiche commerciali sleali con un livello di tutela superiore rispetto a quello ammesso dalla Direttiva 29/2005/CE. Inoltre, in tale allegato, il legislatore britannico ha previsto, tra le varie, una serie di modifiche per adattare alla normativa in discussione la Direttiva 2006/114/CE in materia di pubblicità ingannevole e comparativa e la *Business Protection from Misleading Marketing Regulations 2008*, che ha recepito tale ultima Direttiva;
- Allegato 3: contiene le previsioni transitorie;
- Allegato 4: contiene le norme che sono abrogate.

Dopo questo breve inquadramento, sembra opportuno procedere con una lettura delle norme contenute dello Statutory Instruments n. 1277 del 2008.

3.1.1. DIVIETO GENERALE DI PRATICHE COMMERCIALI SLEALI (GENERAL PROHIBITION OF UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES)

L'articolo 3, commi 1 e 3, delle CPRs prevede un divieto generale di pratiche commerciali sleali nei confronti dei consumatori, anche definito - in generale - obbligo di non comportarsi scorrettamente. Questo divieto consente ai soggetti incaricati del rispetto della normativa in commento di promuovere azioni nei confronti dei professionisti che compiano pratiche commerciali sleali, comprese quelle azioni che non rientrano nei divieti più specifici di pratiche ingannevoli e aggressive o nella lista nera contenuta nell'allegato 1. In particolare, l'articolo 3 definisce una serie di standard alla luce dei quali una pratica commerciale indirizzata ai consumatori deve essere letta e giudicata.

Le pratiche commerciali proibite si dividono in due categorie principali, ossia sono proibite quelle pratiche che:

- a) non rispettino il requisito della diligenza professionale;
- b) influenzino o siano idonee ad influenzare il comportamento economico del consumatore medio, con riferimento al prodotto specificamente offerto dal professionista.

La prima previsione si riferisce alla condotta in sé, che rappresenta appunto il comportamento standard al quale il professionista si deve adeguare; la seconda, invece, si riferisce all'effetto attuale o potenziale che la pratica produce sul comportamento e, di conseguenza, sulla decisione commerciale del consumatore medio.

Per quanto riguarda l'analisi della definizione di "*diligenza professionale*" e di "*material distortion*" si rinvia alle definizioni di seguito riportate.

3.1.2 GLOSSARIO

L'articolo 2 delle CPRs contiene l'elenco di tutte le definizioni relative ai termini usati dal legislatore britannico in materia di pratiche commerciali sleali.

3.1.2.a. Average consumer

Procedendo con ordine, il primo termine da definire - non solo in ordine cronologico - è senz'altro quello di "*average consumer*"²²⁸, che sta appunto ad indicare, a seconda dei casi

²²⁸ A seguito delle consultazioni avvenute tra il maggio 2007 e il termine ultimo previsto del 21 agosto 2007, il termine "*average consumer*" ha sostituito quello presente nella primissima stesura di "*typical consumer*".

concreti, il consumatore medio o il membro medio di un gruppo target di consumatori oppure “*il membro medio di un gruppo di consumatori particolarmente vulnerabili*”.

Il punto di riferimento per l'applicazione della Direttiva in materia di pratiche commerciali sleali è senz'altro il consumatore medio (non il consumatore tipico come inizialmente inteso dal legislatore britannico) ed è da qui che la tutela ivi prevista deve partire. E, di conseguenza, particolare attenzione deve essere posta alle implicazioni per i gruppi cd. “*target*” di consumatori - quando è a questi che si debba guardare - nonché ai consumatori le cui caratteristiche personali li rendano particolarmente vulnerabili.

È stato sottolineato dalle associazioni degli imprenditori che le CPRs dovrebbero tenere in debita considerazione la differenza tra “*average consumer*” e “*vulnerable consumer*”, così come ha fatto la Direttiva 29/2005/CE. Infatti, l'articolo 5 della Direttiva prevede che l'effetto della pratica commerciale su un soggetto vulnerabile deve essere considerato se la pratica è idonea a “*falsare in misura rilevante il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabili, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce*”.

Le associazioni dei professionisti e questi stessi hanno inoltre sottolineato come l'assenza di una definizione di “*average consumer*” nelle CPRs rappresenti una seria omissione, dal momento che è di fondamentale importanza per la comprensione della Direttiva in materia di pratiche commerciali sleali e per le varie norme a tutela dei consumatori. Di fatto, la normativa di recepimento britannica (ossia le previsioni elencate nei paragrafi 2 - 6 dell'articolo 2 delle CPRs) si è basata sul Considerando 18²²⁹ della Direttiva stessa.

²²⁹ Il Considerando 18 recita che “[...] *la presente Direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia, ma contiene altresì disposizioni volte ad evitare lo sfruttamento dei consumatori che per le loro caratteristiche risultano particolarmente vulnerabili alle pratiche commerciali sleali. Ove una pratica commerciale sia specificatamente diretta ad un determinato gruppo di consumatori, come ad esempio i bambini, è auspicabile che l'impatto della pratica commerciale venga valutato nell'ottica del membro medio di quel gruppo [...]*”.

L'articolo 2, ai paragrafi da 2 a 6, delle CPRs prevede che “*in determining the effect of a commercial practice on the average consumer where the practice reaches or is addressed to a consumer or consumers account shall be taken of the material characteristics of such an average consumer including his being reasonably well informed, reasonably observant and circumspect.*

Paragraphs (4) and (5) set out the circumstances in which a reference to the average consumer shall be read as in addition referring to the average member of a particular group of consumers.

In determining the effect of a commercial practice on the average consumer where the practice is directed to a particular group of consumers, a reference to the average consumer shall be read as referring to the average member of that group.

In determining the effect of a commercial practice on the average consumer

(a) *where a clearly identifiable group of consumers is particularly vulnerable to the practice or the underlying product because of their mental or physical infirmity, age or credulity in a way which the trader could reasonably be expected to foresee, and*

Si badi bene, come argomentato anche nel primo capitolo, che il riferimento che fa la normativa in commento al consumatore come parametro per il giudizio di slealtà o meno non è certamente il consumatore, puro e semplice, ma il “*consumatore medio*” (*rectius*, “*average consumer*”). Qualora la pratica sia diretta ad un particolare gruppo, allora si avrà riguardo all’“*average consumer*” di quel determinato gruppo²³⁰ o, ancora, qualora la pratica sia diretta ad un gruppo di soggetti particolarmente vulnerabili per le loro caratteristiche personali²³¹ (si pensi ai bambini, per esempio), il punto di riferimento sarà il membro medio di quel particolare gruppo.

Ciò significa, in altre parole, che pratiche commerciali differenti o anche la medesima pratica in circostanze diverse possono causare differenti effetti in relazione alla tipologia di consumatore che mirano a raggiungere. Tuttavia, questo concetto ha lo scopo di aiutare l’interprete (nel nostro caso, le “*Courts*”) nel valutare se una pratica sia proibita alla luce dell’impatto o del potenziale impatto che possa avere sui consumatori.

Le previsioni riguardanti i consumatori vulnerabili hanno lo scopo di assicurare che i professionisti non sfruttino ingiustamente i consumatori più vulnerabili, qualora le loro pratiche non siano in grado di modificare le decisioni dei consumatori non vulnerabili.

È di tutta evidenza che l’*average consumer* al quale sono indirizzate le pratiche commerciali è il soggetto rilevante. La concezione di *average consumer* (così come quella di *consumatore medio*) è stata sviluppata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, la quale ha indicato che il consumatore medio deve essere generalmente inteso

(b) *where the practice is likely to materially distort the economic behaviour only of that group, a reference to the average consumer shall be read as referring to the average member of that group.*

Paragraph (5) is without prejudice to the common and legitimate advertising practice of making exaggerated statements which are not meant to be taken literally”.

²³⁰ Si pensi, per esempio, ad un gruppo determinato in base all’identità culturale nazionale quale la popolazione del Galles: ebbene, il consumatore medio di tale gruppo si aspetterà di leggere in un quotidiano di lingua gallese nella propria lingua di origine.

²³¹ Come chiarito dal BERR “*Consumers are only (within the meaning of the CPRs) treated as vulnerable, to a practice or to the underlying product, if they are vulnerable because of infirmity, age or credulity:*

- *infirmity (mental or physical): this covers a range of infirmities including sensory impairment, limited mobility and other disabilities. For example, consumers who need to use wheelchairs might be a vulnerable group in relation to advertising claims about ease of access to a holiday destination or entertainment venue, or those with a hearing impairment may be a particularly vulnerable group in relation to advertising claims about ‘hearing aid compatibility’ in a telephone advertisement.*
- *age: it may be appropriate to consider a practice from the perspective of an older or younger consumer. For example, the elderly might be particularly vulnerable to certain practices connected with burglar alarm sales, or children might be particularly vulnerable to advertisements relating to toys shown on daytime television.*
- *credulity: this covers groups of consumers who may more readily believe specific claims. The term is neutral, so the effect is to protect members of a group who are for any reason open to be influenced by certain claims. An instance might be members of a group who, because of a particular misfortune, might believe certain claims more readily than others”.*

come quello “*normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici*”²³².

Sul punto, si rinvia a quanto argomentato nel Capitolo 1 in materia di consumatore medio.

3.1.1.b. Commercial Practice

Le CPRs si applicano alle pratiche commerciali. Queste sono definite come ogni atto, omissione, condotta, rappresentazione o comunicazione commerciale (comprese la pubblicità e le attività di marketing) poste in essere da parte di un imprenditore, che sia direttamente connesso con una promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai (o da parte dei) consumatori, sia che avvenga prima, durante o dopo una transazione commerciale (ove ve ne sia una) con riferimento ad un determinato prodotto²³³.

Ne consegue che all'interno della definizione di pratiche commerciali possono rientrare la materia pubblicitaria, le vendite, le forniture nonché le attività successive alla conclusione dei contratti così come i servizi post-vendita. Vi possono rientrare anche le pratiche commerciali nelle quali l'imprenditore/professionista acquisti dei beni dal consumatore (quali, ad esempio, le comunicazioni commerciali legate all'acquisto da parte dell'imprenditore di un'auto usata o di un pezzo di antiquariato dal consumatore).

Si noti che una pratica rientra nell'ambito di applicazione delle CPRs qualora sia direttamente collegata alla promozione, vendita o fornitura di beni o servizi ai consumatori: ciò significa che un imprenditore, anche qualora non venda direttamente ad un consumatore, può essere comunque soggetto alla normativa in questione fintanto che la pratica commerciale, da questi posta in essere, sia comunque collegata alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori.

3.1.1.c. Code of conduct and code owner

Il codice di condotta (*code of conduct*²³⁴) viene indicato come l'accordo o l'insieme di regole (che non sia imposto per legge o a seguito di provvedimenti amministrativi) che definisce il comportamento dei professionisti i quali si sono impegnati al suo rispetto con riferimento ad una o più pratiche commerciali o a determinati settori commerciali.

²³² Sul punto si vedano le considerazioni già svolte nel primo capitolo.

²³³ Secondo l'articolo 2 dei CPRs per “*Commercial practice*” si intende “*any act, omission, course of conduct, representation or commercial communication (including advertising and marketing) by a trader, which is directly connected with the promotion, sale or supply of a product to or from consumers, whether occurring before, during or after a commercial transaction (if any) in relation to a product*”.

²³⁴ Le CPRs definiscono il *code of conduct* come “*an agreement or set of rules (which is not imposed by legal or administrative requirements) which defines the behaviour of traders who undertake to be bound by it in relation to one or more commercial practices or business sectors*”.

Il titolare del codice (*code owner*²³⁵), invece, viene definito come il professionista o il soggetto responsabile della (a) formulazione e revisione di un codice di condotta o (b) del controllo della conformità con il codice dei comportamenti di quei soggetti che si siano impegnati a rispettare il codice di condotta stesso.

Per quanto attiene all'importanza del codice di condotta nell'individuazione di una pratica commerciale sleale, si rinvia a quanto sarà riportato *infra*.

3.1.1.d. Consumer and Trader

A questo punto pare opportuno spendere poche parole in merito al significato dei termini “*consumer*”, in generale, e di “*trader*” in quanto figura certamente contrapposta a quella di *consumer* e, a maggior ragione, di *average consumer*.

Senza voler ripetere quanto già ampiamente argomentato sul punto nel primo capitolo, si riporterà in breve quanto definito dal legislatore britannico.

Ebbene, le CPRs definiscono come *consumer*²³⁶ qualsiasi individuo che, in relazione ad una pratica commerciale, agisca per scopi estranei alla propria attività professionale. Pertanto, un professionista o un imprenditore potrebbero beneficiare delle norme poste in materia di pratiche commerciali sleali solamente ove agissero per scopi estranei alla propria attività.

In contrapposizione alle figure, rispettivamente, del *consumer* e dell'*average consumer* si trova la figura del *trader*²³⁷, del professionista, ossia di qualsiasi persona che, in relazione alle pratiche commerciali agisca per scopi attinenti alla propria attività professionale (*business*) così come qualsiasi soggetto che agisca in nome o per conto di un professionista.

Evidente come rientrino nella categoria dei *trader* le società. Vi rientrano anche quei soggetti, persone fisiche (definite *individual*), che vendono regolarmente beni dalle proprie case su internet, mediante quei siti di aste on-line (si pensi, per esempio, ai cd. Power Sellers su Ebay).

La valutazione in merito alla qualifica di *trader* o meno dipenderà dal fatto che l'attività principale sia eseguita nel corso della propria attività professionale. Una persona fisica, che venda beni su internet solamente di tanto in tanto allo scopo di sbarazzarsi di alcuni oggetti indesiderati, non rientrerà nella definizione di *trader*.

²³⁵ Le CPRs indicano il *code owner* come “*a trader or body responsible for (a) the formulation and revision of a code of conduct; or (b) monitoring compliance with the code by those who have undertaken to be bound by it*”.

²³⁶ Secondo le CPRs, il *consumer* è “*any individual who in relation to a commercial practice is acting for purposes which are outside his business*”.

²³⁷ Secondo le CPRs, il *trader* è “*any person who in relation to a commercial practice is acting for purposes relating to his business, and anyone acting in the name of or on behalf of a trader*”.

Evidente, pertanto, che la qualità di *trader* vada accertata di volta in volta così che le Corti - che saranno chiamate a verificare la qualità o meno di *trader* - dovranno tenere in considerazione diversi fattori, quali, ad esempio, lo scopo di lucro, il numero e la frequenza delle transazioni commerciali e il periodo di tempo tra l'acquisto e la vendita dei prodotti.

3.1.1.e. Invitation to purchase

L'”*invitation to purchase*”²³⁸ (ossia l'invito all'acquisto) è indicato come la comunicazione commerciale che mostra le caratteristiche del prodotto e il prezzo in maniera appropriata per una comunicazione commerciale e che, pertanto, consente al consumatore di effettuare l'acquisto. Ebbene, queste rappresentano una particolare categoria di comunicazioni commerciali, tra le quali vi sono senz'altro anche le comunicazioni pubblicitarie, caratterizzate dall'obbligo di fornire al consumatore determinate informazioni, a meno che queste ultime non siano comunque presenti nel contesto del messaggio.

Esempi di inviti all'acquisto, dove sono comunicati il prezzo e le caratteristiche del prodotto, possono essere:

- una comunicazione pubblicitaria diffusa su un quotidiano dove parte della comunicazione è rappresentata da un vero e proprio ordine che può essere inviato al professionista;
- una o più pagine di un sito web dove il consumatore può effettuare direttamente un ordine;
- un menu al ristorante dal quale i consumatori possono effettuare gli ordini;
- il prezzo su un prodotto in un negozio.

Qualora, invece, una pratica commerciale non indichi le caratteristiche specifiche del prodotto attraverso il testo, le immagini o altro, oppure non contenga il prezzo, non consenta al consumatore di effettuare direttamente l'acquisto oppure promuova un brand piuttosto che tutti gli altri, ebbene questa pratica non rappresenta un invito all'acquisto.

3.1.1.f. Material distortion of the economic behaviour

²³⁸ L'articolo 2 dello Statutory Instruments in commento indica come “*invitation to purchase*” una “*commercial communication which indicates characteristics of the product and the price in a way appropriate to the means of that commercial communication and thereby enables the consumer to make a purchase*”.

Caratteristica necessaria per una pratica commerciale perché possa essere considerata sleale è la sua idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore²³⁹ (il cd. “*indebito condizionamento*”).

Le CPRs definiscono la locuzione “*materially distort the economic behaviour*” - con riferimento al consumatore medio - quel comportamento che sia in grado di compromettere la capacità del consumatore medio di prendere una decisione informata, spingendolo così a prendere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Qualora una pratica sia considerata con riferimento ad un consumatore vulnerabile, allora sarà al comportamento/capacità di decisione del consumatore medio tra quelli vulnerabili che si dovrà guardare per valutare una pratica commerciale come sleale (in quanto idonea, appunto, a falsare il comportamento di quel particolare soggetto).

3.1.1.g. Product

Nella definizione di prodotto il legislatore britannico ha ricompreso qualsiasi bene o servizio, compresi la proprietà dei beni immobili, i diritti e le obbligazioni (“*any good or services and includes immovable property, rights and obligations*”), esattamente come previsto dal legislatore italiano.

3.1.1.h. Professional diligence

Altro concetto chiave per la comprensione (e di conseguenza, l’individuazione) di una pratica commerciale sleale è senza dubbio la sua contrarietà al principio di diligenza professionale.

Le CPRs definiscono la diligenza professionale (*professional diligence*²⁴⁰) come lo standard della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente ci si aspetta che un professionista eserciti nei confronti dei consumatori, commisurato (a) alle pratiche oneste di mercato nel settore di attività del professionista, o (b) al generale principio di buona fede nel settore di attività del professionista.

In altre parole, per comprendere la portata della diligenza professionale, ci si deve chiedere se il professionista stia agendo secondo standard che ci si potrebbe ragionevolmente aspettare da lui.

²³⁹ L’articolo 2 dello Statutory Instruments in commento indica come “*materially distort the economic behaviour*” in relazione al consumatore medio “*appreciably to impair the average consumer’s ability to make an informed decision thereby causing him to take a transactional decision that he would not have taken otherwise*”.

²⁴⁰Le CPRs definiscono la “*professional diligence*” come “*the standard of special skill and care which a trader may reasonably be expected to exercise towards consumers which is commensurate with either (a) honest market practice in the trader’s field of activity, or (b) the general principle of good faith in the trader’s field of activity*”.

Si noti come, a differenza della definizione contenuta alla lettera h dell'articolo 18 cod. cons., qui il legislatore britannico lega il concetto di diligenza professionale alle pratiche di mercato oneste²⁴¹ ossia ad un elemento ulteriore rispetto alla buona fede, sulla falsariga di quanto svolto dal legislatore comunitario ove ha definito la “*diligenza professionale*” come il “*livello di competenza specialistica e di cura del professionista ragionevolmente dimostrabile nei confronti del consumatore, in conformità delle pratiche di mercato oneste e/o al principio generale di buona fede, nel suo settore di attività*”.

3.1.1.1. Transactional decision

Le CPRs definiscono una decisione di natura commerciale (*transactional decision*²⁴²) come una decisione presa dal consumatore relativa al se agire o al se astenersi dall'agire in merito a:

- (a) se, come e a quali condizioni acquistare, effettuare un pagamento in tutto o in parte, astenersi dal o disporre di un prodotto; o
- (b) se, come e a quali condizioni esercitare un diritto contrattuale con riferimento ad un prodotto.

La “*transactional decision*” rappresenta un concetto importante che ricomprende un ampio raggio di decisioni che possono essere state o devono essere prese dai consumatori con riferimento ai prodotti. Questo ha un'ampia portata, soprattutto cronologica, dal momento che deve coprire le decisioni prese prima, durante e dopo la conclusione di un contratto, e, infatti, si può riferire a:

- se comprare un prodotto;
- se pagare un debito;
- se esercitare un diritto di recesso (*cancellation right*), un diritto di ottenere il rimborso o la sostituzione o un qualsiasi altro diritto garantito in riferimento ai servizi post-vendita.

²⁴¹ Per un'analisi del concetto di contrarietà alla diligenza professionale, con cenni alla sostituzione del termine “*pratiche di mercato oneste*”, si veda M. Libertini, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, *Contratto e Impresa*, n. 1/2009, Cedam, pagg. 94 e ss.

²⁴² Le CPRs definiscono la “*transactional decision*” come “*any decision taken by a consumer whether it is to act or refrain from acting concerning*

(a) *whether, how and on what terms to purchase, make payment in whole or in part for, retain or dispose of a product, or*

(b) *whether, how and on what terms to exercise a contractual right in relation to a product*”.

3.1.3. BUONA FEDE TRA COMMON LAW E DIRITTO EUROPEO

Alla luce dell'analisi comparatistica che ci si propone di svolgere in questo capitolo, e comunque in linea con quanto - brevemente e senza pretesa di esaustività - ricostruito nel capitolo 1 in tema di "buona fede", pare opportuno e utile procedere ad una lettura contrapposta del sistema di Common Law e del Diritto Europeo.

Bisogna premettere che dall'inizio del XXI secolo, in Gran Bretagna, si è avvertito un interesse crescente per il diritto privato europeo, inteso come diritto comune *in fieri* all'interno dello spazio giuridico europeo (*rectius*, della "nuova Europa"), interesse che ha di certo incrementato l'influenza del diritto privato europeo sul diritto inglese dei contratti²⁴³.

Il concetto di buona fede è stato uno di quelli con i quali la giurisprudenza inglese si è dovuta rapportare negli ultimi anni, come emerge dalla sentenza della House of Lords in *Walford vs. Miles* [(1992) 2 AC 128].

Nella propria opinion Lord Ackner ha chiarito che "l'idea di un obbligo di condurre in buona fede le trattative è essenzialmente in contrasto (*repugnant*) con la contrapposizione (*adversal position*) che caratterizza le parti nelle trattative", rifiutandosi di ritenere implicita (*imply*) nel contratto una tale clausola.

La legislazione inglese ha sempre evitato di fare espresso riferimento alla buona fede, richiamando invece il concetto di *reasonableness* di una clausola contrattuale (nell'*Unfair Contract Terms Act 1977*).

Varie ragioni giustificano tale scelta.

La prima è che il diritto contrattuale inglese è improntato su un certo individualismo, in virtù del quale le parti guardano ai propri interessi e focalizzano la propria attività al fine di ottenere per sé le condizioni migliori, come emerge dal caso sopra citato *Walford vs. Miles*.

La seconda ragione può essere rinvenuta nel fatto che i giuristi inglesi, ben lungi dall'adottare principi generali, muovono i propri passi dal particolare al generale piuttosto che dal generale al particolare.

La terza ragione, inoltre, è che il concetto di buona fede non è comunque ben definito nei propri limiti e, pertanto, potrebbe ben essere utilizzato dai giudici per modificare o adattare clausole del contratto poste dalle parti, attività da scoraggiare alla luce della mentalità inglese. In linea con questa impostazione, il ruolo del giudice è quello, tra gli altri, di dare

²⁴³ Per un'analisi più approfondita della materia, si veda *Manuale di diritto privato Europeo, Vol. II Proprietà Obbligazioni Contratti*, C. Castronovo – S. Mazzamuto, cit., pagg. 715 e ss.

corso (*enforce*) al contratto in base al suo contenuto cosicché gli operatori economici siano in grado di conoscere a priori la propria posizione quando stipulano un contratto.

Contro tale ultima ragione si può a buon diritto replicare che la buona fede non necessariamente dà ai giudici un tale potere discrezionale. Tuttavia, nella sentenza sopra citata la House of Lords afferma che un obbligo di agire in buona fede non verrebbe riconosciuto dal diritto inglese anche qualora questo fosse espressamente assunto dalle parti. Però mettere sullo stesso piano il rifiuto di supporre implicito in un contratto o imporre alle parti un obbligo di buona fede e il negare un tale obbligo quando esso sia espressamente assunto dalle parti non può che stupire.

Tale ultima considerazione è stata successivamente presa in considerazione dalla *Court of Appeal* nella sentenza *Petromec vs. Petroleo Brasileiro SA Petrobas* [(2005) EWCA Civ 891], dove Longmore LJ (at [121]) accolse un'interpretazione restrittiva di Wlford e stabilì che un obbligo espresso di negoziare in buona fede può essere fatto valere in base alla considerazione che sarebbe difficile (*a strong thing*) negare effetto ad una clausola voluta espressamente dalle parti.

Ne emerge chiaramente una nuova sensibilità da parte delle Corti inglesi²⁴⁴ nei confronti della buona fede nei contratti.

Tuttavia, anche in assenza di una norma esplicita in tal senso, si può a buon diritto affermare che l'ordinamento inglese, alla luce del rigore con il quale "punisce" chi agisce in mala fede nonché delle norme in armonia con la buona fede, non si pone in posizione di totale contrasto con altri ordinamenti.

La circostanza che in Inghilterra i giudici arrivino comunque a conclusioni simili a quelle che possono essere raggiunte negli ordinamenti dell'Europa continentale mediante il principio di buona fede, riduce la distanza tra l'ordinamento inglese e i *cd.* partner europei, riducendo altresì la concreta necessità di creare un principio ad hoc di buona fede.

Tuttavia, in virtù del dato testuale degli articoli (detti *rules* ossia "regole") la House of Lords nella sentenza *First National Bank* è stata costretta a porsi apertamente il problema del significato e della portata della buona fede prevista nelle suddette *rules*.

Partendo dalla sopra citata causa *First National Bank*, nella quale le Corti nei tre gradi di giudizio hanno ritenuto che le "regole" fossero applicabili alla clausola impugnata, la questione legata al significato di "*clausola abusiva*" all'interno delle "regole" ha certamente

²⁴⁴ Tra gli esempi in cui i giudici inglesi hanno manifestato una maggiore disponibilità a riconoscere l'esistenza di un obbligo contrattuale di agire o adempiere in buona fede, si ricordano *Timeload Limited v.s British Telecommunications Plc* [(1995) EMLR 459 (CA)], *Philips Electronique Grand Public SA vs. British Sky Broadcasting Limited* [(1995) EMLR 472 (CA)] e *Pratt Contractors Ltd vs. Transit New Zealand* [(2003) UKPC 33; McKendrock (2), 777].

ricevuto particolare attenzione. Non sfuggirà tra l'altro che la buona fede è una categoria centrale nella valutazione dell'abusività di una clausola. Il criterio di valutazione era contenuto nella "regola" 4(1) (che deriva dall'art. 3, comma 1, della Direttiva 93/13²⁴⁵) che qualificava abusiva la "clausola che, in contrasto con la buona fede crea a danno del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto". Ebbene, nonostante l'elemento del danno nella "regola" 4(1) sia indipendente, vi è stata concordia nel ritenere che "i requisiti della buona fede e del significativo squilibrio sono determinanti"²⁴⁶.

Nel commento ai PDEC²⁴⁷ emerge che "il principio di buona fede e correttezza è riconosciuto o quanto meno appare utilizzabile come linea guida dei comportamenti contrattuali in tutti gli ordinamenti della Comunità europea", ma in pari tempo si rileva che rimangono "differenze considerevoli tra gli ordinamenti a riguardo dell'estensione e della penetrazione del principio".

Inoltre, a seguito di uno studio sul concetto di buona fede all'interno di 15 sistemi giuridici e all'applicazione dello stesso a 30 casi di scuola, Zimmerman e Whittaker²⁴⁸ concludono che esso ha significati diversi in uno stesso ordinamento giuridico così come, evidentemente, in vari ordinamenti giuridici.

La House of Lords in *First National Bank* ha comunque analizzato in maniera approfondita il ruolo della buona fede negli ordinamenti dei diversi Stati membri, dal momento che la "Direttiva fornisce tutte le indicazioni necessarie per la sua applicazione"²⁴⁹. Ne emerge l'esigenza, ben chiara, di definire i concetti con significati autonomi in vista dell'obiettivo di armonizzare la Direttiva in commento.

La valutazione di abusività nella "regola" 4(1) è legata dai successivi punti 2 e 3: il paragrafo 2 si riferisce alla "natura dei beni e dei servizi", "a tutte le circostanze della conclusione del contratto" e a tutte le altre del contratto o di altri contratti conseguenti. Il paragrafo 3, invece, richiama il requisito della buona fede: nello stabilire se una clausola soddisfa tale requisito, si deve prendere in considerazione quanto definito nell'annesso 2 (che non trova diretto riscontro però nella Direttiva 93/13). Ebbene, i fattori di cui al

²⁴⁵ Direttiva del Consiglio n. 13 del 5 aprile 1993 in Gazzetta UE 21/04/1993, n. 13, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

²⁴⁶ Cfr. Lord Steyn in *Contract Law: fulfilling the reasonable expectations of honest men*, in 113 LQR 433, 1997, [36] e Lord Bingham in *Some comparative reflections*, in *The Gradual Convergence*, Oxford, 1997, [17].

²⁴⁷ Cfr. Castronovo, in *Il contratto nei "Principi di diritto europeo"*, in *Eur. Dir. Priv.*, pag. 119

²⁴⁸ Cfr. Zimmermann S. – Whittaker R. (a cura di) *Good Faith in European Contract Law (Cambridge Studies in International and Comparative Law. The Common Core of European Private Law, 1)*, Cambridge, 2000.

²⁴⁹ Cfr. Lord Hope in [45] e Lord Bingham in *Some comparative reflections*, in *The Gradual Convergence*, Oxford, 1997, [17].

paragrafo 3, derivano comunque e sono, pertanto, rinvenibili nel considerando 16 della Direttiva in commento ossia:

- (a) la forza contrattuale delle parti;
- (b) l'induzione del consumatore ad accettare la clausola;
- (c) l'essere la vendita o la fornitura avvenuta su indicazione dello stesso fornitore;
- (d) la misura in cui il venditore o il fornitore abbia agito con correttezza ed equanimità (*equity*) nei confronti del consumatore.

Tornando al caso *First National Bank*, si ricorda che, alla luce della genericità dell'impugnazione dell'abusività della clausola in oggetto, i fattori di cui alle lettere (b) e (c) hanno avuto decisamente scarsa attenzione. Invece, rispetto a quello di cui alla lettera (a), è stato affermato che “*colui che prende a prestito si trova in una posizione contrattuale molto più debole della grossa banca che stipula sulla base di un proprio formulario*”.

Si badi bene, nessuna delle tre Corti ha fatto uso del termine “equanime” nella propria decisione, ma l'interpretazione preferita è stata senza dubbio fondata sul concetto di “condotta corretta e aperta” (*fair and open dealing*)²⁵⁰.

Lord Bingham, una volta nella House of Lords in *First National Bank*, ha ampliato la propria definizione di buona fede²⁵¹: “*il requisito della buona fede in questo contesto è quello di condotta corretta e aperta. L'essere aperti esige che le clausole siano espresse in maniera completa, chiara e leggibile, senza trabocchetti o trappole. Adeguata evidenza deve essere data alle clausole che potrebbero creare svantaggi per il cliente. L'agire corretto esige che il fornitore non tragga vantaggio, consapevolmente o meno, della necessità, del bisogno, della mancanza di esperienza o di familiarità con la materia del contratto, della posizione contrattuale debole o di ogni altro elemento analogo a quelli elencati nell'annesso 2 alle “regole”. La buona fede in tale contesto non è un concetto artificiale o tecnico; essa non è neppure, da quando Lord Mansfield ne fu il campione, una*

²⁵⁰ Cfr. Lord Bingham, *cit.* [17], seguito da Lord Steyn in *cit.* [36]. Per il giudice di merito, per la Court of Appeal e per Lord Steyn, la definizione legata alla “*fair and open dealing*” deriva dal giudizio di Bingham LJ in *Interfoto Picture Library Ltd vs. Stiletto Visual Programmes Ltd.*, 1989, QB 433. Bingham LJ (pag. 439), aveva iniziato il proprio giudizio in merito a tale ultimo caso con le seguenti osservazioni “*in molti ordinamenti di civil law, e forse nella gran parte degli ordinamenti non di common law, il diritto delle obbligazioni riconosce e dà effetto ad un principio dominante secondo cui nella stipulazione e nell'esecuzione del contratto le parti devono agire secondo buona fede. Ciò non significa che esse non devono ingannarsi reciprocamente, principio questo che ogni ordinamento conosce; ciò che esso significa è forse meglio spiegato in frasi colloquiali del tipo “giocare correttamente”, “muoversi in maniera pulita” o “giocare a carte scoperte”. Questo è nella sua essenza il principio di buona fede*”.

²⁵¹ Al punto [17], *cit.*

categoria del tutto ignota ai giuristi britannici. Essa guarda ai buoni modi della moralità²⁵² e della pratica commerciale”.

Pertanto, per valutare l’abusività o meno di una clausola contrattuale si deve valutare non solo il diritto sostanziale ma anche quello relativo al procedimento che porta alla conclusione del contratto stesso, la cd. *procedural*.

Il giudice del merito (nel caso in esame – al punto [110]) ritenne che il giudizio di abusività dovesse basarsi su un *“amalgama di scorrettezza sostanziale e procedurale”*. Di pari idea fu Lord Bingham il quale affermò che *“la regola”* 4(1) ponesse *“un test composito, che copre il farsi e la sostanza del contratto”*.

Con riferimento alla scorrettezza procedurale, Lord Steyn afferma che qualsiasi interpretazione puramente o prevalentemente procedurale del requisito di buona fede dovesse essere esclusa, puntando piuttosto l’attenzione sui profili di abusività sostanziale e precisamente *“gli esempi forniti dall’annesso 3 dimostrano in maniera convincente che l’argomento della banca, secondo cui la buona fede sarebbe prevalentemente orientata a vagliare vizi procedurali cioè delle trattative non può essere sostenuto”*.

Tuttavia, qualora si faccia riferimento non ad un caso generale ma ad uno concreto, si dovrà dare un giudizio che sia fondato anche sui fattori procedurali: tale ultima lettura è rafforzata dal riferimento, nell’annesso 3, paragrafo (1) lett. (i), a clausole che abbiano ad oggetto o scopo di *“vincolare irrevocabilmente il consumatore con clausole delle quali esso non abbia avuto effettiva possibilità di conoscenza prima di concludere il contratto”*.

Con riferimento al *“significativo squilibrio”*, Lord Bingham prosegue sostenendo che *“il requisito del significativo squilibrio si verifica, quando la clausola è così sbilanciata a vantaggio del professionista da far pendere tutti i diritti e le obbligazioni delle parti previsti dal contratto significativamente in suo sfavore”*.

La House of Lords, tenendo in considerazione la sostanza della clausola, ritenne che non vi fosse *“nulla di squilibrato o svantaggioso per il consumatore”* nell’obbligazione di restituire l’intero dovuto con l’aggiunta degli interessi e che *“né l’una né l’altra parte potrebbe ritenere che la banca in qualche modo rinunciarebbe ad alcuna parte del debito principale o agli interessi”*, e anzi *“l’assenza di tale clausola squilibrerebbe il contratto a svantaggio del mutuante”²⁵³*.

²⁵² Anche Lord Steyn, *cit.*, pag. 113, citando il commento ai PDEC, chiarisce come l’obiettivo della *“regola”* che adotta la buona fede e la correttezza sia quello di *“dare attuazione ai modelli di decenza, correttezza e ragionevolezza nelle contrattazioni commerciali”*, soprattutto con riferimento ai contratti con i consumatori.

²⁵³ Cfr. Lord Bingham, *cit.*, al punto [20]; nello stesso senso, Lord Hope al punto [46].

Successivamente, Lord Steyn sottolineò il proprio punto di vista in merito, affermando che *“in larga parte il concetto di buona fede e di significativo squilibrio coincidono”*. Di pari avviso la stessa Court of Appeal²⁵⁴, la quale sostenne che *“il requisito del significativo squilibrio sembrerebbe coincidere in sostanza con la mala fede. Una clausola che dà un significativo vantaggio al professionista senza bilanciarlo con un vantaggio per il consumatore (come la riduzione del prezzo) potrebbe non soddisfare questa parte dell’esame di non abusività”*.

Per quanto attiene al dibattito relativo alla concezione di buona fede, ossia se in senso oggettivo o in senso soggettivo, Lord Steyn ha abbracciato la prima definizione.

Per quanto attiene, invece, al rapporto tra la decisione in *First National Bank* e la giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia, si noti come la prima è stata accusata per non aver deciso il rinvio alla Corte per un’interpretazione in via pregiudiziale del termine “abusivo”, violando così il monopolio interpretativo della Corte Europea di Giustizia nell’area del diritto europeo e passando sopra al più vasto ruolo nello sviluppo del diritto europeo del consumo.

La House of Lords ha replicato argomentando che *“risulta chiaro dai considerando della Direttiva che uno degli obiettivi era di armonizzare parzialmente la disciplina negli ordinamenti degli stati membri. Gli Stati membri non hanno un’idea comune di buona fede e la Direttiva non intende fissarne una che sia comune per tutti. Se il significato di tale criterio fosse incerto o soggetto a interpretazioni divergenti nei singoli stati membri, potrebbe essere opportuna o necessaria una pronuncia della Corte europea di Giustizia. Ma il dato linguistico per quanto applicabile in questo caso [...] è chiaro e non suscettibile di interpretazioni diverse”*.

Tuttavia, tale ultimo assunto – ossia che la Direttiva non sia suscettibile di interpretazioni diverse – non è parso condivisibile, tanto che Lord Bingham nello stesso passo ha sottolineato come gli Stati membri non abbiano affatto un’idea comune di buona fede. La Direttiva in tal senso non ha di certo fornito una linea guida sufficiente tanto che anzi, alla luce della formulazione volutamente ampia del criterio e della rilevanza delle circostanze richieste, alcuni giudici – tra i quali Lord Rodger – ne hanno dato un’interpretazione per così dire “europea”.

Lord Bingham²⁵⁵, con riferimento agli elementi elencati nell’annesso 2 delle “regole” nell’ambito dell’interpretazione del concetto di buona fede, ha considerato come *“sia (a) che (b) e (c) compaiono anche nell’annesso 2 dell’Unfair Contract Terms Act 1977 tra le*

²⁵⁴ Cfr. Court of Appeal, [2000] QB 672, paragrafo [30].

²⁵⁵ Cfr. Lord Bingham, *cit.*, al punto [13].

linee guida del criterio di ragionevolezza previsto da tale legge, suggerendo che qualche somiglianza di metodo nell'applicare i due criteri può ritenersi adeguata".

Ne emerge chiaramente una tendenza a rimanere ancorati a idee nazionali, manifestando quell'approccio autonomo affermato essenziale all'interpretazione della Direttiva. In mancanza di idee e di un approccio comuni, il rinvio alla Corte Europea di Giustizia è solo questione di tempo.

Tuttavia, non si può negare il passo in avanti operato dalle Corti Inglesi, le quali – seppur non di propria iniziativa e ad un livello ancora virtuale – hanno eliminato il concetto di buona fede come distinto e rilevante criterio dettato dalla “regola” 4(1).

Si noti bene, tra l'altro, che la definizione di buona fede dato dalla House of Lords è stata altresì adottata dalla Court of Appeal²⁵⁶ e incorporata nella circolare (*guidance*) relativa ai consumatori²⁵⁷.

Tornando ai giorni nostri, nel 2001, il Dipartimento del commercio e dell'industria ha chiesto alla *Law of England and Wales* e alla *Scottish Law Commission* di riscrivere la normativa in merito alle clausole abusive, affinché fosse unitaria e con un linguaggio più chiaro ed accessibile²⁵⁸.

Sul punto, si fa notare come il criterio previsto nella nuova normativa non prevede il concetto di buona fede; infatti, le due *Law Commissions* hanno ritenuto che vi sia poca differenza tra il requisito della *reasonableness*, adottato dall'*Unfair Contract Terms Act*, e il criterio di *fairness* proprio delle “regole”. Pertanto, hanno preferito eliminare il concetto di “correttezza” delle regole, per prevedere quello *fair and reasonable*.

Pertanto, la clausola 14(1) del progetto di legge prevede che, al fine di stabilire se una clausola sia “*corretta e ragionevole*” si deve tener conto:

- (a) della misura in cui la clausola è chiara;
- (b) del contenuto e degli effetti di essa e di tutte le circostanze esistenti nel momento in cui è stata concordata²⁵⁹.

Le *Law Commissions* hanno ritenuto che non fosse “*né necessario né desiderabile fare riferimento alla buona fede*” nelle nuove proposte per due ragioni principali. La prima, in

²⁵⁶ In *Byen & Langley vs. Boston* (2005) EWCA Civ. 973, sp. at (45).

²⁵⁷ Si legga “*la buona fede significa che i commercianti devono comportarsi con voi in maniera corretta e aperta*”.

²⁵⁸ Dopo ampie consultazioni, in data 24 febbraio 2005, le *Law Commissions* hanno presentato una relazione finale ed un progetto di legge (*Unfair Contract Terms Bill*); successivamente, il 24 luglio 2006, il Governo ha accettato la raccomandazione, a condizione che le conseguenze applicative venissero accentrate.

²⁵⁹ Tale ultimo punto viene sviluppato nella clausola 14(4), che elenca 10 elementi da tenere presenti.

quanto la questione della “forma e del metodo” dell’attuazione delle direttive comunitarie è di competenza degli Stati membri; la seconda, in quanto “*la buona fede è una categoria inconsueta per i giuristi inglesi e scozzesi*”.

A questo punto, si rende necessario procedere ad un’importante precisazione: la buona fede continua a svolgere una funzione importante nei Principi Unidroit, PDEC e nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale dei beni mobili, tanto da mantenere alcuni contatti con il diritto inglese dei contratti.

Il caso *First National Bank* ha mostrato come i giudici inglesi possono trattare l’argomento “buona fede” senza eccessiva difficoltà: questi ultimi hanno preso atto dell’origine europea delle “regole” e hanno cercato di adottare un approccio che fosse conforme a tale lettura, tenendo altresì presenti altre fonti, tra le quali la dottrina e i PEDEC.

Ciò non significa di certo che un giudice inglese tratti allo stesso modo un caso di diritto inglese, privo di risvolti di diritto europeo (quale ad esempio di fronte ad un caso relativo alla portata del principio della *consideration*, dove evidentemente ogni riferimento al diritto europeo non sarebbe preso in considerazione, a meno che si dovesse mettere in discussione l’opportunità di mantenerlo all’interno del diritto inglese stesso).

Si badi bene, però, che il riferimento al diritto europeo può essere molto significativo, tanto che i giudici inglesi, nel caso in cui dovesse adottare il principio di buona fede, potrebbero sempre richiamarsi ai principi del diritto privato europeo.

3.1.4 LISTA NERA DELLE PRATICHE COMMERCIALI SLEALI (BANNED PRACTICES)

L’allegato 1 alle CPRs contiene un elenco di pratiche commerciali che sono, in ogni caso, considerate sleali e che, pertanto, sono proibite. In questi casi, infatti, non c’è bisogno di verificare se siano idonee ad influenzare i consumatori e la violazione delle previsioni ivi contenute è violazione anche dei principi generali posti dalla normativa in materia di pratiche commerciali sleali.

Le pratiche considerate in ogni caso sleali²⁶⁰ possono così essere riassunte:

²⁶⁰ L’allegato 1 alle CPRs contiene l’elenco di pratiche considerate in ogni caso sleali:

“1. *Claiming to be a signatory to a code of conduct when the trader is not.*

2. *Displaying a trust mark, quality mark or equivalent without having obtained the necessary authorisation.*

3. *Claiming that a code of conduct has an endorsement from a public or other body which it does not have.*

4. *Claiming that a trader (including his commercial practices) or a product has been approved, endorsed or authorised by a public or private body when the trader, the commercial practices or the product have not or making such a claim without complying with the terms of the approval, endorsement or authorisation.*

5. *Making an invitation to purchase products at a specified price without disclosing the existence of any reasonable grounds the trader may have for believing that he will not be able to offer for supply, or to procure another trader to supply, those products or equivalent products at that price for a period that is, and in*

quantities that are, reasonable having regard to the product, the scale of advertising of the product and the price offered (bait advertising).

6. Making an invitation to purchase products at a specified price and then

- (a) refusing to show the advertised item to consumers,
 - (b) refusing to take orders for it or deliver it within a reasonable time, or
 - (c) demonstrating a defective sample of it,
- with the intention of promoting a different product (bait and switch).

7. Falsely stating that a product will only be available for a very limited time, or that it will only be available on particular terms for a very limited time, in order to elicit an immediate decision and deprive consumers of sufficient opportunity or time to make an informed choice.

8. Undertaking to provide after-sales service to consumers with whom the trader has communicated prior to a transaction in a language which is not an official language of the EEA State where the trader is located and then making such service available only in another language without clearly disclosing this to the consumer before the consumer is committed to the transaction.

9. Stating or otherwise creating the impression that a product can legally be sold when it cannot.

10. Presenting rights given to consumers in law as a distinctive feature of the trader's offer.

11. Using editorial content in the media to promote a product where a trader has paid for the promotion without making that clear in the content or by images or sounds clearly identifiable by the consumer (advertorial).

12. Making a materially inaccurate claim concerning the nature and extent of the risk to the personal security of the consumer or his family if the consumer does not purchase the product.

13. Promoting a product similar to a product made by a particular manufacturer in such a manner as deliberately to mislead the consumer into believing that the product is made by that same manufacturer when it is not.

14. Establishing, operating or promoting a pyramid promotional scheme where a consumer gives consideration for the opportunity to receive compensation that is derived primarily from the introduction of other consumers into the scheme rather than from the sale or consumption of products.

15. Claiming that the trader is about to cease trading or move premises when he is not.

16. Claiming that products are able to facilitate winning in games of chance.

17. Falsely claiming that a product is able to cure illnesses, dysfunction or malformations.

18. Passing on materially inaccurate information on market conditions or on the possibility of finding the product with the intention of inducing the consumer to acquire the product at conditions less favourable than normal market conditions.

19. Claiming in a commercial practice to offer a competition or prize promotion without awarding the prizes described or a reasonable equivalent.

20. Describing a product as 'gratis', 'free', 'without charge' or similar if the consumer has to pay anything other than the unavoidable cost of responding to the commercial practice and collecting or paying for delivery of the item.

21. Including in marketing material an invoice or similar document seeking payment which gives the consumer the impression that he has already ordered the marketed product when he has not.

22. Falsely claiming or creating the impression that the trader is not acting for purposes relating to his trade, business, craft or profession, or falsely representing oneself as a consumer.

23. Creating the false impression that after-sales service in relation to a product is available in an EEA State other than the one in which the product is sold.

24. Creating the impression that the consumer cannot leave the premises until a contract is formed.

25. Conducting personal visits to the consumer's home ignoring the consumer's request to leave or not to return, except in circumstances and to the extent justified to enforce a contractual obligation.

26. Making persistent and unwanted solicitations by telephone, fax, e-mail or other remote media except in circumstances and to the extent justified to enforce a contractual obligation.

27. Requiring a consumer who wishes to claim on an insurance policy to produce documents which could not reasonably be considered relevant as to whether the claim was valid, or failing systematically to respond to pertinent correspondence, in order to dissuade a consumer from exercising his contractual rights.

28. Including in an advertisement a direct exhortation to children to buy advertised products or persuade their parents or other adults to buy advertised products for them.

29. Demanding immediate or deferred payment for or the return or safekeeping of products supplied by the trader, but not solicited by the consumer, except where the product is a substitute supplied in accordance with regulation 19(7) of the Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000 (inertia selling)(a).

- (a) affermazione da parte del professionista, non corrispondente al vero, di essere firmatario di un codice di condotta;
- (b) esibire un marchio di fiducia, un marchio di qualità o uno equivalente senza averne ottenuto le necessarie autorizzazioni;
- (c) asserire che un codice di condotta ha ottenuto l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura, quando invece non ce l'ha;
- (d) asserire che il professionista (comprese le sue pratiche commerciali) o un suo prodotto sono stati approvati, accettati o autorizzati da parte di un organismo pubblico o privato quando il professionista, le pratiche commerciali o i suoi prodotti non sono stati approvati oppure quando effettua tali dichiarazioni senza rispettare i termini dell'autorizzazione, accettazione o approvazione ricevuta;
- (e) effettuare un invito all'acquisto di determinati prodotti ad un prezzo stabilito senza rivelare l'esistenza di motivazioni ragionevoli che il professionista può avere per ritenere che non sarà in grado di offrire la fornitura o di fare in modo che un altro professionista fornisca quei prodotti o altri equivalenti a quel determinato prezzo entro un periodo e in quantità ragionevoli con riferimento al prodotto, all'entità della pubblicità fatta del prodotto e al prezzo offerti²⁶¹;
- (f) invitare all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo e successivamente:
 - a. rifiutare di mostrare l'articolo pubblicizzato ai consumatori;
 - b. rifiutare di prendere ordini per tale bene o di inviarlo entro un ragionevole lasso di tempo;
 - c. effettuare la dimostrazione dell'articolo mediante un campione difettoso

30. *Explicitly informing a consumer that if he does not buy the product or service, the trader's job or livelihood will be in jeopardy.*

31. *Creating the false impression that the consumer has already won, will win, or will on doing a particular act win, a prize or other equivalent benefit, when in fact either*

(a) there is no prize or other equivalent benefit, or

(b) taking any action in relation to claiming the prize or other equivalent benefit is subject to the consumer paying money or incurring a cost".

²⁶¹ Si pensi a quel produttore di macchine fotografiche che svolga una campagna pubblicitaria usando il motto "una macchina fotografica per Euro 3" e abbia pianificato di tenere a disposizione solamente un numero esiguo di quelle macchine fotografiche a quel prezzo. Tale comportamento rappresenta senz'altro la violazione del divieto di pratiche commerciali sleali in quanto il numero di macchine fotografiche a Euro 3 non sarebbe sufficiente ad accontentare la domanda nascente dalla campagna pubblicitaria e il professionista, pur se consapevole di tale circostanza, non abbia fatto menzione della limitazione del numero di prodotti in vendita a quel prezzo.

con l'intenzione di promuovere un prodotto diverso (cd. *bait and switch* ossia il ricorso a prodotti "civetta" per poi promuoverne altri);

- (g) dichiarare, contrariamente al vero, che il prodotto sarà disponibile solo per un periodo molto limitato o che sarà disponibile solo a condizioni particolari per un periodo di tempo molto limitato, così da ottenere una decisione immediata e privare i consumatori della possibilità o del tempo sufficiente per prendere una decisione consapevole (il caso, per esempio, del professionista che dichiara al consumatore che i prezzi delle case di nuova costruzione verranno aumentati nell'arco di 7 giorni, in modo da creare pressione per fargli prendere una decisione immediata all'acquisto);
- (h) impegnarsi a fornire l'assistenza post-vendita ai consumatori con i quali il professionista ha comunicato prima dell'operazione commerciale in una lingua diversa da quella ufficiale dello Stato membro in cui il professionista è stabilito e poi offrire concretamente tale servizio soltanto in un'altra lingua, senza che questo sia chiaramente comunicato al consumatore prima del suo impegno a concludere l'operazione (per esempio, il caso del professionista situato in Gran Bretagna che acconsente di provvedere ai servizi post-vendita ad un consumatore tedesco con il quale abbia comunicato in tedesco. Successivamente, tuttavia, il professionista fornisca i servizi post-vendita solamente in inglese, senza aver avvertito il consumatore prima della conclusione del contratto che tali servizi non sarebbero avvenuti in tedesco, lingua madre del consumatore);
- (i) dichiarare o comunque creare l'impressione che un prodotto può essere commercializzato quando in realtà non può esserlo;
- (j) presentare diritti conferiti dalla legge come una caratteristica propria dell'offerta fatta dal professionista (il caso, per esempio di una cartoleria che vende penne. Il venditore reclamizza i propri prodotti così "*penne in vendita. Se non funzionano, noi vi restituiamo i soldi oppure ve le sostituiamo. Non troverete questa offerta da nessun'altra parte*". Nel caso in cui la penna non dovesse funzionare, il consumatore avrebbe diritto comunque per legge alla restituzione del denaro, oppure alla riparazione del bene oppure alla sua sostituzione);
- (k) far ricorso a contenuti redazionali nei mezzi di comunicazione per promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati sostenuti dal professionista senza che ciò appaia apertamente dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili dal consumatore;

- (l) formulare affermazioni di fatto inesatte per quanto riguarda la natura e la portata dei rischi per la sicurezza personale del consumatore o della sua famiglia nel caso in cui questi non acquistasse tale prodotto;
- (m) promuovere un prodotto simile a quello realizzato da un altro produttore in modo tale da fuorviare deliberatamente il consumatore, inducendolo a ritenere che il prodotto è fabbricato dallo stesso produttore, quando in realtà non è così (per esempio, è il caso del produttore che fabbrichi shampoo A con un packaging quasi identico a quello dello shampoo B, di un marchio particolarmente noto di titolarità di un concorrente. Nel caso in cui tale somiglianza sia idonea ad indurre deliberatamente il consumatore a credere che lo shampoo A è fabbricato dal produttore dello shampoo B, allora saremo di fronte ad una pratica sleale);
- (n) avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'ingresso di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di altri prodotti (sul punto, si rinvia a quanto argomentato nel capitolo 2);
- (o) affermare che il professionista è in procinto di cessare l'attività o traslocare, quando in realtà non è così (il negoziante che vende abbigliamento e mette l'insegna "*saldi per chiusura definitiva locali*". Ebbene tale comunicazione, nel caso in cui non corrispondesse a realtà, sarebbe senz'altro una pratica commerciale sleale);
- (p) affermare che alcuni prodotti possono facilitare la vincita in giochi basati sulla sorte (il caso, per esempio, di un professionista che promuova un programma per computer con il messaggio "*questo vi aiuterà ad indovinare i numeri vincenti al lotto*");
- (q) affermare, contrariamente alla verità, che un prodotto è idoneo a curare una malattia, una disfunzione o una malformazione;
- (r) comunicare informazioni inesatte sulle condizioni di mercato o sulla possibilità di ottenere il prodotto allo scopo di indurre il consumatore all'acquisto a condizioni meno favorevoli di quelle normali di mercato (si pensi all'agente immobiliare che dica al consumatore di aver recentemente venduto diverse case nella medesima area, alla quale il consumatore sia interessato, ad un determinato prezzo. Se tale affermazione non corrisponde a realtà ed è realizzata all'unico scopo di indurre il consumatore a vincolarsi in un rapporto contrattuale, allora tale pratica sarà sicuramente sleale);

- (s) affermare in una pratica commerciale che si organizzano concorsi o promozioni a premi senza attribuire i premi descritti o un equivalente ragionevole;
- (t) descrivere un prodotto come gratuito o senza alcun onere, se il consumatore deve pagare un supplemento di prezzo rispetto al normale costo necessario per rispondere alla pratica commerciale e ritirare o farsi recapitare il prodotto;
- (u) includere nel materiale promozionale una fattura o analoga richiesta di pagamento che lasci intendere, contrariamente alla realtà dei fatti, al consumatore di aver già ordinato il prodotto (il professionista invia delle lettere ai consumatori con il suo materiale pubblicitario che rappresenta o è molto simile a delle fatture per il pagamento di un bene che in realtà non è mai stato ordinato. Questo, per altro, è proprio il caso delle “*forniture non richieste*”, ampiamente analizzato nel precedente Capitolo 2);
- (v) dichiarare o far intendere che, contrariamente al vero, il professionista non agisce per scopi attinenti alla sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, o presentarsi, contrariamente al vero, come consumatore;
- (w) lasciare intendere, contrariamente al vero, che i servizi post-vendita relativi a un prodotto siano disponibili in uno Stato membro diverso da quello in cui è venduto il prodotto;
- (x) creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto (una società di viaggi sponsorizza presentazioni di vendita presso un hotel. Durante la presentazione, buttafuori con sguardi e atteggiamenti intimidatori sono posti vicino alle uscite, creando così l'impressione che i consumatori non possano lasciare i locali prima di aver acquistato);
- (y) effettuare visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi, se non in presenza di circostanze e nella misura in cui siano giustificate ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale;
- (z) effettuare ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza, se non in presenza di circostanze e nella misura in cui siano giustificate ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale;
- (aa) imporre al consumatore, che intenda presentare una richiesta di risarcimento del danno in virtù di una polizza di assicurazione, di esibire documenti che non possono ragionevolmente essere considerati pertinenti per stabilire se la richiesta sia

valida o omettere sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza, al fine di dissuadere un consumatore dall'esercizio dei suoi diritti contrattuali;

- (bb) includere in un messaggio pubblicitario un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri adulti ad acquistare loro i prodotti reclamizzati;
- (cc) 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, a meno che il prodotto sia un bene fornito in sostituzione, ai sensi di quanto previsto dall'articolo 19, comma 7, del *Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000 (inertia selling)*;
- (dd) informare esplicitamente il consumatore che, se non acquista il prodotto o il servizio, saranno in pericolo il lavoro o il sostentamento del professionista;
- (ee) creare la falsa impressione che il consumatore abbia già vinto, vincerà o potrà vincere compiendo una determinata azione un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti non esiste alcun premio né vincita equivalente oppure che qualsiasi azione volta a reclamare il premio o altra vincita equivalente è subordinata al versamento di denaro o al sostenimento di costi da parte del consumatore (è il caso del professionista che invia una lettera al consumatore dichiarando “*hai vinto il nostro primo premio pari ad Euro 3.000*”. Se questo è falso - e solamente una piccola dicitura inserita nella parte posteriore della lettera fa menzione del fatto che il consumatore deve acquistare un prodotto prima di poter avere accesso al premio - allora tale pratica commerciale sarà evidentemente sleale).

3.1.5 MISLEADING ACTIONS AND MISLEADING OMISSIONS

Le CPRs proibiscono le azioni e le omissioni ingannevoli (come definite negli articoli 5 e 6 della normativa in esame), le quali inducono o sono idonee ad indurre il consumatore medio a prendere una decisione differente da quella che avrebbe altrimenti preso in circostanze “non sospette”.

Una pratica può essere ingannevole qualora si concretizzi in un'azione o un'omissione oppure si concretizzi contemporaneamente sia in un'omissione sia in un'azione. Questo divieto ha lo scopo di assicurare che i consumatori riescano a recepire dai professionisti, in maniera chiara e puntuale, le informazioni di cui abbiano bisogno per prendere decisioni informate in merito ad un determinato prodotto. Inoltre, in alcune pratiche commerciali (si pensi agli inviti ad offrire), certe specifiche informazioni devono essere assolutamente date ai consumatori, a meno che non risultino già dal contesto.

Per quanto riguarda le azioni ingannevoli, si precisa come queste siano quelle condotte con le quali il professionista comunica informazioni o presentazioni appunto ingannevoli e che inducono o sono idonee ad indurre il consumatore medio a prendere una decisione differente da quella che avrebbe altrimenti preso (si pensi per esempio a quel professionista che dica al consumatore, contrariamente al vero, che la sua caldaia non può più essere riparata e che deve necessariamente essere sostituita con una nuova: questa è chiaramente un'azione ingannevole).

Le CPRs specificano, all'articolo 5²⁶², che vi sono tre tipologie di azioni ingannevoli:

²⁶² L'articolo 5 delle CPRs considera ingannevoli quelle azioni che abbiano le seguenti caratteristiche:

- a) *if it contains false information and is therefore untruthful in relation to any of the matters in paragraph (4) or if it or its overall presentation in any way deceives or is likely to deceive the average consumer in relation to any of the matters in that paragraph, even if the information is factually correct; and*
- b) *it causes or is likely to cause the average consumer to take a transactional decision he would not have taken otherwise” e ancora se*
- c) *“it concerns any marketing of a product (including comparative advertising) which creates confusion with any products, trade marks, trade names or other distinguishing marks of a competitor; or*
- d) *it concerns any failure by a trader to comply with a commitment contained in a code of conduct which the trader has undertaken to comply with, if*
 - (i) *the trader indicates in a commercial practice that he is bound by that code of conduct, and*
 - (ii) *the commitment is firm and capable of being verified and is not inspirational, and it causes or is likely to cause the average consumer to take a transactional decision he would not have taken otherwise, taking account of its factual context and of all its features and circumstances”.*

È considerata sleale la pratica che contenga informazioni sbagliate in merito alle seguenti materie:

- “(a) the existence or nature of the product;*
 - (b) the main characteristics of the product (as defined in paragraph 5);*
 - (c) the extent of the trader’s commitments;*
 - (d) the motives for the commercial practice;*
 - (e) the nature of the sales process;*
 - (f) any statement or symbol relating to direct or indirect sponsorship or approval of the trader or the product;*
 - (g) the price or the manner in which the price is calculated;*
 - (h) the existence of a specific price advantage;*
 - (i) the need for a service, part, replacement or repair;*
 - (j) the nature, attributes and rights of the trader (as defined in paragraph 6);*
 - (k) the consumer’s rights or the risks he may face.*
- In paragraph (4)(b), the “main characteristics of the product” include*
- (a) availability of the product;*
 - (b) benefits of the product;*
 - (c) risks of the product;*
 - (d) execution of the product;*
 - (e) composition of the product;*
 - (f) accessories of the product;*
 - (g) after-sale customer assistance concerning the product;*
 - (h) the handling of complaints about the product;*
 - (i) the method and date of manufacture of the product;*
 - (j) the method and date of provision of the product;*
 - (k) delivery of the product;*
 - (l) fitness for purpose of the product;*
 - (m) usage of the product;*
 - (n) quantity of the product;*
 - (o) specification of the product;*
 - (p) geographical or commercial origin of the product;*

- le informazioni ingannevoli in generale;
- le informazioni che creano confusione con i prodotti di concorrenti;
- il mancato rispetto di impegni precisi e verificabili, presi con la sottoscrizione di un codice di condotta.

Per quanto riguarda il primo gruppo di azioni ingannevoli, ossia quelle generali, si precisa che le stesse:

- contengono false informazioni o inducono o sono idonee ad indurre in errore il consumatore medio (anche nel caso in cui le informazioni che contengono siano esatte). In quest'ultimo caso, infatti, l'ingannevolezza risiede nella forma con la quale è complessivamente presentata una determinata informazione;
- l'informazione erronea, o ingannevole, si riferisce ad una o più parti dell'informazione resa dal professionista e verte sugli elementi che si avrà modo di identificare *infra*;
- il consumatore prende o è in procinto di prendere una decisione che non avrebbe altrimenti preso.

Dunque, gli elementi sui quali si fonda l'ingannevolezza di una pratica commerciale sono i seguenti:

- a) l'esistenza o la natura del prodotto;

(q) results to be expected from use of the product; and

(r) results and material features of tests or checks carried out on the product.

In paragraph (4)(j), the "nature, attributes and rights" as far as concern the trader include the trader's

(a) identity;

(b) assets;

(c) qualifications;

(d) status;

(e) approval;

(f) affiliations or connections;

(g) ownership of industrial, commercial or intellectual property rights; and

(h) awards and distinctions".

²⁶² *D.Lgs. 1 agosto 2003 n. 259, "Codice delle comunicazioni elettroniche" (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 214 del 15 settembre 2003 - Supplemento Ordinario n. 150), all'articolo 98 ("Sanzioni"), comma 11 stabilisce che "ai soggetti che non ottemperano agli ordini ed alle diffide, impartiti ai sensi del Codice dal Ministero o dall'Autorità, gli stessi, secondo le rispettive competenze, comminano una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 12.000,00 ad euro 250.000,00. Se l'inottemperanza riguarda provvedimenti adottati dall'Autorità in ordine alla violazione delle disposizioni relative ad imprese aventi significativo potere di mercato, si applica a ciascun soggetto interessato una sanzione amministrativa pecuniaria non inferiore al 2 per cento e non superiore al 5 per cento del fatturato realizzato dallo stesso soggetto nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della contestazione, relativo al mercato al quale l'inottemperanza si riferisce".*

- b) le caratteristiche principali del prodotto;
- c) l'estensione delle obbligazioni facenti capo al professionista;
- d) le motivazioni della pratica commerciale;
- e) la natura del processo di vendita;
- f) ogni regola o simbolo che si riferiscono direttamente o indirettamente alla promozione o all'approvazione del prodotto da parte del professionista;
- g) il prezzo o la modalità di calcolo del prezzo;
- h) l'esistenza di specifici sconti sul prezzo;
- i) la necessità di un servizio, di una parte dello stesso, della sostituzione o riparazione;
- j) la natura, le attribuzioni ed i diritti del professionista o dei suoi agenti;
- k) i diritti del consumatore o i rischi a questi facenti capo.

Le principali caratteristiche del prodotto comprendono:

- a) la disponibilità del prodotto;
- b) i vantaggi del prodotto;
- c) i rischi connessi al prodotto;
- d) la realizzazione del prodotto;
- e) la composizione del prodotto;
- f) gli elementi accessori del prodotto;
- g) l'assistenza post-vendita relativa al prodotto;
- h) la gestione delle contestazioni relative al prodotto;
- i) la metodologia utilizzata per la produzione del prodotto e la data di produzione stessa;
- j) la metodologia e la data della fornitura del prodotto;
- k) la consegna del prodotto;

- l) l' idoneità all'uso del prodotto;
- m) l' utilizzo del prodotto;
- n) la quantità del prodotto;
- o) informazioni specifiche relative al prodotto;
- p) l' origine geografica o commerciale del prodotto;
- q) i risultati che ci si può aspettare dal prodotto;
- r) i risultati e la produttività risultante dai test realizzati sul prodotto.

La natura, le prerogative e i diritti del professionista o dei suoi agenti comprendono:

- a) l' identità;
- b) le proprietà materiali (ossia gli *assets*);
- c) le qualifiche;
- d) lo status;
- e) l' approvazione;
- f) le affiliazioni o i collegamenti;
- g) la titolarità dei diritti industriali, commerciali o di proprietà intellettuale;
- h) premi (*awards*) e gli elementi distintivi facenti capo all'azienda.

I “*diritti del consumatore*” comprendono i diritti che i consumatori possono avere ai sensi del Capitolo 5A del *Sales of Goods Act 1979* o del Capitolo 1B del *Supply of Goods and Services Act 1982*, quando, ad esempio un professionista cerca di vendere ad un consumatore un pacchetto televisivo con il satellite. Al consumatore viene comunicato, contrariamente al vero, che il pacchetto contiene determinati canali televisivi, che, in realtà, sono disponibili solamente a fronte di pagamenti ulteriori. Il professionista ha reso informazioni false in merito alle “*caratteristiche principali del prodotto*” (in questo caso, in merito ai contenuti del pacchetto). Questa pratica commerciale, in quanto induce il consumatore a prendere una decisione commerciale diversa rispetto a quella che avrebbe altrimenti preso – per esempio ad acquistare quando in condizioni diverse non lo avrebbe fatto – integra sicuramente la violazione delle previsioni di cui alle CPRs.

Il secondo gruppo di pratiche commerciali ingannevoli – e per ciò vietate - si riferisce alle pratiche commerciali che creano confusione con i prodotti, i marchi e, in genere, tutti i segni distintivi che contraddistinguono i beni di un concorrente e che, inoltre, inducono o sono idonee ad indurre il consumatore a prendere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

In via esemplificativa, si pensi alla prassi posta in essere dal professionista che dia, come nome o marchio, ai suoi nuovi occhiali da sole un nome molto simile a quelli di un produttore di occhiali da sole concorrente. Se tale similitudine è idonea a creare confusione nel consumatore medio, rendendolo altresì più propenso ad acquistare i nuovi occhiali da sole, quando in condizione diversa non lo sarebbe stato, questa rappresenta la violazione delle norme contenute nelle CPRs.

Con riferimento, infine, alle pratiche commerciali ingannevoli omissive, l'articolo 6 delle CPRs prevede che una pratica commerciale integra un'omissione ingannevole qualora, in concreto, la pratica commerciale:

- a) ometta alcune informazioni essenziali (nel senso di importanti);
- b) nasconda alcune informazioni importanti;
- c) renda determinate informazioni in maniera non chiara, incomprensibile, ambigua o prematura; oppure
- d) non identifichi il suo intento commerciale, a meno che sia già evidente dal testo della pratica stessa,

e che, come conseguenza, induca o sia idonea ad indurre il consumatore medio a prendere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Le informazioni sulle quali si fonda l'ingannevolezza o meno della pratica, ai sensi di quanto previsto nel comma 2 dell'articolo 6 delle CPRs, sono:

- a) tutte le caratteristiche e condizioni relative alla pratica commerciale;
- b) le limitazioni ai mezzi di comunicazioni utilizzati per diffondere la pratica commerciale (comprese le eventuali limitazioni di spazio e tempo); e
- c) qualsiasi misura utilizzata dal professionista per rendere l'informazione disponibile ai consumatori, se un mezzo di comunicazione utilizzato impone limiti di spazio o tempo.

E ancora, il terzo comma dell'articolo 6, prevede la definizione di “*informazione rilevante*” (*material information*) ossia

- a) qualsiasi informazione della quale il consumatore medio abbia bisogno per poter prendere liberamente una decisione di natura commerciale; e
- b) qualsiasi obbligo di informazione che sia richiesto dal diritto comunitario in relazione ad una comunicazione commerciale.

Il quarto ed ultimo comma, infine, prevede la fattispecie delle omissioni ingannevoli con riferimento all'invito all'acquisto (*invitation to purchase*). In particolare, prevede che, dove la pratica commerciale sia un invito all'acquisto, le seguenti informazioni saranno rilevanti, ove non già palesate dal contesto unitamente alle altre informazioni già ritenute rilevanti ai sensi del comma 3 dell'articolo 6:

- a) le caratteristiche principali del prodotto, nella misura adeguata al prodotto e al mezzo mediante il quale è comunicato l'invito all'acquisto;
- b) l'identità del professionista, con particolare riferimento al nome del professionista stesso nonché l'identità di qualsivoglia altro professionista che agisca per conto del primo;
- c) l'indirizzo geografico del professionista nonché di qualsiasi altro professionista che agisca per conto del primo;
- d) e una, in via alternativa, delle seguenti informazioni:
 - (i) il prezzo, comprese le tasse; o
 - (ii) qualora la natura del prodotto sia tale da non permettere il calcolo preciso del prezzo in un momento precedente all'acquisto, le modalità di calcolo del prezzo;
- e) ove necessario, alternativamente:
 - (i) tutti i costi aggiuntivi per il trasporto, la consegna o le spese postali; oppure
 - (ii) qualora tali spese non siano calcolabili in maniera precisa a priori, la circostanza che tali spese devono essere pagate;
- f) le seguenti materie ove si distacchino dai requisiti di diligenza professionale:
 - (i) modalità di pagamento;

- (ii) modalità di spedizione;
 - (iii) modalità di esecuzione della prestazione;
 - (iv) policy per la gestione dei reclami;
- g) per i prodotti e le transazioni commerciali che implicino un diritto di recesso o di annullamento²⁶³, l'esistenza di tale diritto.

La *ratio* delle previsioni relative all'invito all'acquisto è quella di permettere al consumatore di avere le informazioni più importanti affinché possa decidere di acquistare in maniera informata. Le informazioni che consentono al consumatore di procedere all'acquisto varieranno a seconda delle circostanze. Prodotti complessi richiederanno la previsione di maggiori informazioni rispetto a quelle necessarie per prodotti di minore complessità.

È importante notare che se una comunicazione non è un invito all'acquisto, questa potrà comunque integrare un'omissione ingannevole qualora ricorrano le condizioni che seguono:

- ometta o nasconda informazioni rilevanti o le fornisca in maniera non chiara, ambigua, incomprensibile o in ritardo; e
- il consumatore medio prenda o sia indotto a prendere una decisione differente rispetto a quella che avrebbe preso a fronte di informazioni corrette e chiare.

3.1.6 RIMEDI

Il legislatore ha previsto due serie di rimedi a tutela dei consumatori nei confronti dei professionisti che pongano in essere pratiche commerciali sleali.

Le autorità indipendenti *Local Authority Trading Standards Services* (TSS), il *Department of Enterprise, Trade and Investment in Northern Ireland* e l'*OFT* hanno il potere di tutelare i divieti previsti nelle CPRs.

Questo per altro non significa che i rimedi coercitivi (civili o penali, a seconda dei casi) devono essere presi per ogni e qualsiasi violazione. Invece, i soggetti chiamati a far rispettare la normativa in commento (*enforcers*) devono promuoverne il rispetto con i mezzi più idonei, in linea con le rispettive linee guida (*enforcement policies*), priorità e nel rispetto delle risorse disponibili.

Gli *enforcers* possono fare ricorso, nello svolgimento del proprio compito, ad una serie di strumenti tra i quali:

²⁶³ Si precisa che il termine previsto nel testo delle CPRs è *cancellation*, che ha un significato più simile a quello di recesso, identificato con *withdrawal*.

- formazione, predisposizione di consigli e linee guida;
- strumenti convenzionali;
- codici di condotta;
- strumenti coercitivi di diritto civile;
- strumenti coercitivi di diritto penale.

Nel prendere in considerazione un'azione ai sensi della normativa in materia di pratiche commerciali sleali, gli *enforcers* devono rispettare i principi di proporzionalità, responsabilità, coerenza, trasparenza nonché gli obiettivi stessi della normativa e, nel caso in cui siano presi provvedimenti coercitivi, devono cercare di:

- modificare il comportamento del soggetto agente;
- eliminare qualsiasi guadagno finanziario o benefit derivante dalla violazione delle CPRs;
- essere reattivi e considerare che cosa è appropriato per quel particolare soggetto reo e la fattispecie regolamentata;
- rimediare al danno causato dalla violazione della normativa, ove opportuno; e
- impedire ulteriori violazioni.

Si precisa, inoltre, che gli *enforcers*, nello svolgimento dei propri incarichi previsti dalle CPRs ed, in particolare, nell'applicazione delle sanzioni ivi previste, dovranno agire in conformità del cd. *Regulators' Compliance Code*²⁶⁴.

Adesso si cercherà di ripercorrere, anche se brevemente, gli strumenti garantiti agli *enforcers*.

3.1.6.a Rimedi secondo il diritto civile

Gli *enforcers* possono porre in essere azioni coercitive civilistiche nei confronti di pratiche commerciali sleali (più precisamente nei confronti dei professionisti che le commettono) in quanto “*community infringements*” (come definitive dal Berr ossia in quanto tali pratiche rappresentano la violazione di una norma di derivazione comunitaria) ai sensi dell'articolo 8 dell'*Enterprise Act 2002*. Attualmente, legittimati ad operare in tal senso sono una serie di autorità, tra le quali l'*OFT* ed il *TSS*.

²⁶⁴ Il *Regulators' Compliance Code* trova applicazione solo nella repressione delle pratiche commerciali sleali in Inghilterra, Scozia e Galles ma non nell'Irlanda del Nord dove la tutela del consumatore non è sviluppata.

In base alla procedura prevista dalla sopraccitata normativa, gli *enforcers* possono adire la *Court* competente per ottenere un ordine (*order*) per prevenire il verificarsi di violazioni di carattere sia comunitario che meramente interno. La violazione di un decreto di ingiunzione (nel senso di un provvedimento coercitivo che imponga al professionista di tenere un determinato comportamento o di modificare quello tenuto - letteralmente *enforcement order*) rappresenta un oltraggio alla Corte, il che ha come conseguenza l'inflizione di una pena detentiva per un periodo fino ai due anni oppure una sanzione pecuniaria di valore indeterminato.

Gli *enforcers* cercheranno normalmente di porre fine ad una violazione mediante una consultazione con il professionista prima di agire in giudizio avanti alla *Court* competente per ottenere un decreto di ingiunzione.

3.1.6.b Rimedi secondo il diritto penale

Inoltre, la normativa in materia di pratiche commerciali sleali prevede, diversamente da quanto previsto dal legislatore italiano, una serie di rimedi sul piano del diritto penale negli articoli da 8 a 18 dei CPRs.

La prima norma in esame, ossia l'articolo 8 (*Fattispecie penali in relazione a pratiche commerciali sleali*²⁶⁵), prevede che un professionista commette reato se:

- a) con dolo o colpa pone in essere una pratica commerciale che contravviene ai requisiti di diligenza professionale di cui all'articolo 3, comma 3, lettera a); e
- b) la pratica materialmente distorce, o è idonea a distorcere, il comportamento economico del consumatore medio in relazione al prodotto secondo l'articolo 3, comma 3, lettera b).

Inoltre, ai fini della previsione di cui alla lettera (a) del comma 1 dell'articolo 8, il professionista che pone in essere una pratica commerciale ignorando se questa contravvenga ai requisiti di diligenza professionale dovrà essere considerato come se egli abbia posto in essere l'attività con colpa, a prescindere o no dal fatto che il commerciante abbia ragione di credere che l'attività possa contravvenire a quei requisiti.

²⁶⁵ L'articolo 8 delle CPRs stabilisce che “ (1) *A trader is guilty of an offence if:*

- a) he knowingly or recklessly engages in a commercial practice which contravenes the requirements of professional diligence under regulation 3(3)(a); and*
- b) the practice materially distorts or is likely to materially distort the economic behaviour of the average consumer with regard to the product under regulation 3(3)(b).*

(2) For the purposes of paragraph (1)(a) a trader who engages in a commercial practice without regard to whether the practice contravenes the requirements of professional diligence shall be deemed recklessly to engage in the practice, whether or not the trader has reason for believing that the practice might contravene those requirements”.

Gli articoli 9, 10, 11 e 12 disciplinano le fattispecie che sono punite con norme di carattere penale.

In particolare, l'articolo 9 prevede che un professionista commette reato se pone in essere una pratica commerciale che corrisponde ad un'azione ingannevole ai sensi dell'articolo 5 (*Misleading action*), salvo il caso in cui la pratica commerciale soddisfi la condizione di cui all'articolo 5, comma 3, lettera b) (ossia se la pratica ingannevole si riferisca alla violazione posta in essere da un professionista di attenersi ad un impegno previsto in un codice di condotta al quale il professionista stesso sia legato²⁶⁶).

L'articolo 10 prevede che un professionista commette reato se pone in essere una pratica commerciale che corrisponde ad un'omissione ingannevole secondo quanto disciplinato dall'articolo 6.

L'articolo 11 prosegue con la fattispecie di reato che colpisce il professionista che ponga in essere una pratica commerciale aggressiva, secondo l'articolo 7 e, infine, l'articolo 12 chiude l'elenco con le fattispecie vietate dai paragrafi da 1 a 10, da 12 a 27 e 29 e 31 contenute nell'Allegato 1.

Si precisa che tali fattispecie di reato rappresentano “*strict liability offences*” vale a dire offese derivanti da responsabilità per così dire “*oggettiva*” (ossia la dimostrazione che si è verificato un atto o un'omissione vietata), diversamente da questo previsto in tema di divieto generale delle pratiche commerciali sleali, che richiede invece la prova della *cd. mens rea* (ossia un elemento psicologico collegato all'offesa, indicato dal BERR nella conoscenza o nell'incuranza nel compimento di una pratica commerciale che violi il requisito di diligenza professionale).

Nel caso di azione giudiziaria intentata a seguito del compimento di una pratica commerciale in contrasto con il divieto generale, l'elemento psicologico (*mental element*) deve essere semplicemente palesato con riferimento alla violazione del requisito della diligenza professionale, mentre non è necessario che sia mostrato con riferimento agli effetti distorsivi che tale contravvenzione abbia nei confronti del comportamento del consumatore medio.

²⁶⁶ L'articolo 5, comma 3, lettera (b) delle CPRs prevede che una pratica commerciale soddisfa i requisiti previsti dalla stessa norma se “*it concerns any failure by a trader to comply with a commitment contained in a code of conduct which the trader has undertaken to comply with, if*
(i) the trader indicates in a commercial practice that he is bound by that code of conduct, and
(ii) the commitment is firm and capable of being verified and is not aspirational,
and it causes or is likely to cause the average consumer to take a transactional decision he would not have taken otherwise, taking account of its factual context and of all its features and circumstances”.

L'articolo 13²⁶⁷ delle CPRs (*penalty for offences*) contiene le pene previste nel caso di violazione dei divieti contenuti negli articoli da 8 a 12. In particolare, chiunque commetta uno dei reati di cui agli artt. 8, 9, 10, 11 o 12 sarà punito

1. in caso di condanna sommaria (*summary conviction*), con un'ammenda non superiore al massimo editale; o
2. in caso di condanna *on indictment* (letteralmente, in caso di condanna su imputazione), con una multa o con la reclusione non superiore ai due anni o entrambi²⁶⁸.

L'articolo 14 prosegue prevedendo una prescrizione all'azione penale nei confronti dei professionisti che, con il proprio comportamento, integrino le fattispecie vietate dalle norme di cui agli articoli da 8 a 12 delle CPRs.

In particolare, nessun procedimento per alcuna delle fattispecie di reato potrà essere cominciato dopo:

1. il termine di un periodo di tre anni a partire dalla data di commissione del reato, o
2. il termine di un periodo di un anno a partire dal giorno in cui il procuratore ha avuto notizia del reato,

a seconda di quale dei due termini cada per primo.

Il secondo comma dell'articolo 14 prosegue prevedendo che, ai fini del paragrafo (1)(b) dell'articolo 14, un certificato firmato da o per conto del procuratore (*prosecutor*) che riporti il giorno in cui ha avuto notizia del reato rappresenta prova inconfutabile di quel fatto e un certificato che indichi quel fatto e che sia così firmato sarà considerato tale, salvo querela di falso.

Il terzo comma stabilisce che, nonostante quanto disposto dall'articolo 127, comma 1, del *Magistrates' Courts Act 1980(a)*, le informazioni relative ad un fatto di reato di cui alla normativa delle CPRs, che sia perseguito avanti una *Magistrates' Court*²⁶⁹ in Inghilterra e in Galles, devono essere provate come se l'azione penale fosse esercitata in qualsiasi momento

²⁶⁷ L'articolo 13 stabilisce che “*a person guilty of an offence under regulation 8, 9, 10, 11 or 12 shall be liable:*

a) on summary conviction, to a fine not exceeding the statutory maximum; or

b) on conviction on indictment, to a fine or imprisonment for a term not exceeding two years or both”.

²⁶⁸ Si precisa che in Gran Bretagna la pena massima per le contravvenzioni è di 6 mesi, e pertanto solo in caso di pena limitativa della libertà pari o inferiore a sei mesi si dovrebbe parlare d'arresto più che di detenzione.

²⁶⁹ In Gran Bretagna, la *Magistrates' Court* corrisponde al nostro Giudice di Pace con competenze penali con la sola differenza che in Inghilterra può anche imporre, oltre a sanzioni per importi non superiori a £ 5.000, pene detentive non superiori a 6 mesi.

prima della fine del periodo di dodici mesi a partire dal giorno della commissione del fatto di reato stesso.

Inoltre, la norma in esame precisa che, nonostante il disposto dell'articolo 136 del *Criminal Procedure (Scotland) Act 1995(b)*, in Scozia i procedimenti sommari relativi ad un fatto di reato previsto dalle CPRs possono essere iniziati in qualsiasi momento prima della fine del periodo di dodici mesi a partire dal giorno della commissione del fatto di reato. Lo stesso discorso deve essere fatto con riferimento ai reati compiuti - e quindi punibili - nell'Irlanda del Nord.

Altro aspetto significativo è senza dubbio la previsione dell'articolo 15²⁷⁰ (*offences committed by bodies of persons*) che, di fatto, disciplina la responsabilità dell'ente per l'azione dei suoi dirigenti per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio²⁷¹.

In particolare, è previsto che quando un organo sociale commetta un reato con il consenso o con la connivenza di un dirigente (*officer*, inteso come amministratore, direttore generale, segretario o impiegato di pari livello così come qualsiasi persona che, pur non essendolo, si comporti come amministratore, direttore generale, segretario o impiegato di pari livello) di quello specifico organo, allora sia il dirigente sia l'organo sociale saranno perseguiti e puniti. Questa norma trova applicazione anche nel caso di negligenza da parte del dirigente.

Qualora, infine, sia provato il compimento di un reato da parte di un'associazione scozzese in presenza del consenso e/o della connivenza e/o di negligenza da parte di un socio (o di una persona che si comporti come un socio), allora anche questi sarà perseguito e punito.

L'articolo 16 delle CPRs²⁷² (*offence due to default of another person*) prevede che qualora una persona commetta un reato (diverso da quello di violazione del divieto generale di

²⁷⁰ L'articolo 15 prevede che "where an offence under these Regulations committed by a body corporate is proved:

(a) to have been committed with the consent or connivance of an officer of the body, or

(b) to be attributable to any neglect on his part, the officer as well as the body corporate is guilty of the offence and liable to be proceeded against and punished accordingly.

In paragraph (1) a reference to an officer of a body corporate includes a reference to

(a) a director, manager, secretary or other similar officer; and

(b) a person purporting to act as a director, manager, secretary or other similar officer.

Where an offence under these Regulations committed by a Scottish partnership is proved

(a) to have been committed with the consent or connivance of a partner, or

(b) to be attributable to any neglect on his part,

the partner as well as the partnership is guilty of the offence and liable to be proceeded against and punished accordingly.

In paragraph (3) a reference to a partner includes a person purporting to act as a partner".

²⁷¹ In Italia, come noto, questa fattispecie è disciplinata nel D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300", pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 140 del 19 giugno 2001.

²⁷² L'articolo 16 si applica al caso in cui "a person "X"

pratiche commerciali sleali) e questo sia dovuto ad un'azione o ad una omissione di un'altra persona, tale altra persona può essere considerata responsabile per il suddetto reato, a prescindere dal fatto che un'azione penale sia stata eseguita o meno nei confronti dell'*offender* effettivo.

I soggetti che siano stati accusati di aver posto in essere pratiche commerciali sleali ai sensi degli articoli dal 9 al 12 possono difendersi dimostrando che hanno sì commesso il reato ma in presenza di una delle cause di esclusione di punibilità previste dagli articoli 17 e 18 delle CPRs, ossia, rispettivamente, in presenza di un atteggiamento comunque diligente, definito "*due diligence*" (ai sensi dell'articolo 17 - *Due diligence defence*²⁷³), e in caso di pubblicazione incolpevole di comunicazione commerciale (ai sensi dell'articolo 18 - *Innocent publication of advertisement defence*).

Ma procediamo con ordine.

L'articolo 17, in tema di *due diligence defence*, prevede che il professionista possa difendersi dall'accusa di reato ai sensi degli articoli da 9 a 12 delle CPRs dimostrando che:

- a) la commissione del reato è stata dovuta a:
 - (i) errore;
 - (ii) affidamento sulle informazioni fornite da un'altra persona;
 - (iii) azione od omissione di un'altra persona;

(a) commits an offence under regulation 9, 10, 11 or 12, or

(b) would have committed an offence under those regulations but for a defence under regulation 17 or 18, and the commission of the offence, or of what would have been an offence but for X being able to rely on a defence under regulation 17 or 18, is due to the act or default of some other person "Y".

Where this regulation applies Y is guilty of the offence, subject to regulations 17 and 18, whether or not Y is a trader and whether or not Y's act or default is a commercial practice.

Y may be charged with and convicted of the offence by virtue of paragraph (2) whether or not proceedings are taken against X".

²⁷³ L'articolo 17, intitolato *Due diligence defence*, prevede che il professionista che abbia posto in essere le fattispecie vietate dagli articoli 9, 10, 11 o 12 si possa difendere dimostrando che:

- a) "that the commission of the offence was due to:
 - (i) a mistake;
 - (ii) reliance on information supplied to him by another person;
 - (iii) the act or default of another person;
 - (iv) an accident; or
 - (v) another cause beyond his control; and
- b) that he took all reasonable precautions and exercised all due diligence to avoid the commission of such an offence by himself or any person under his control".

Inoltre, "a person shall not be entitled to rely on the defence provided by paragraph (1) by reason of the matters referred to in paragraph (ii) or (iii) of paragraph (1)(a) without leave of the court unless:

- a) he has served on the prosecutor a notice in writing giving such information identifying or assisting in the identification of that other person as was in his possession; and
- b) the notice".

- (iv) evento accidentale; o
 - (v) altra causa indipendente dal suo controllo; e
- b) ha posto in essere tutte le precauzioni possibili ed ha esercitato tutte le azioni in buona fede per evitare la commissione di tale reato da parte sua o di un soggetto terzo, che opera sotto il suo controllo.

Tuttavia, un professionista non potrà fare affidamento sulle difese di cui al primo comma dell'articolo 17 per quanto riguarda le giustificazioni di cui ai punti (ii) e (iii) senza il permesso della Corte, a meno che:

- a) abbia notificato al pubblico ministero una comunicazione scritta contenente tali informazioni che identifichino o contribuiscano ad identificare l'altra persona; e
- b) la comunicazione sia notificata al procuratore almeno 7 giorni lavorativi prima della data dell'udienza.

Di tutta evidenza che per il professionista non è sufficiente dimostrare che sono in essere le procedure in buona fede, ma deve altresì dimostrare che sono state applicate in pratica. Si precisa, sul punto, che le *Courts* si aspettano diversi standard di *due diligence*, a seconda del tipo di attività svolta dal professionista e della grandezza dello stesso.

Una difesa alternativa rispetto a quella della due diligence in caso di ricorso a comunicazioni pubblicitarie è senza dubbio quello della cd. "*innocent publication*" ossia della pubblicazione per così dire incolpevole (letteralmente, innocente), prevista dall'articolo 18 delle CPRs²⁷⁴.

In particolare, l'articolo 18 prevede che in qualsiasi procedimento azionato contro un soggetto per uno dei reati previsti negli articoli 9 (azioni ingannevoli), 10 (omissioni ingannevoli), 11 (pratiche commerciali aggressive) e 12 (specifiche pratiche commerciali sleali, previste nell'Allegato 1), quel soggetto, che vorrà avvalersi di tale giustificazione, dovrà provare che:

- a) è un professionista la cui attività principale consiste nel pubblicare o fare in modo che siano pubblicate campagne pubblicitarie (*advertisements*);

²⁷⁴ L'articolo 18 delle CPRs, intitolato "*innocent publication of advertisement defence*" prevede che "*in any proceedings against a person for an offence under regulation 9, 10, 11 or 12 committed by the publication of an advertisement it shall be a defence for a person to prove that:*

- a) *he is a person whose business it is to publish or to arrange for the publication of advertisements;*
- b) *he received the advertisement for publication in the ordinary course of business; and*
- c) *he did not know and had no reason to suspect that its publication would amount to an offence under the regulation to which the proceedings relate.*

In paragraph (1) "advertisement" includes a catalogue, a circular and a price list".

- b) ha ricevuto la comunicazione commerciale per la pubblicizzazione nel corso ordinario della sua attività; e
- c) non sapeva e non aveva nemmeno motivo di sospettare che la pubblicazione in contestazione integrasse una fattispecie di reato ai sensi della normativa in materia di pratiche commerciali sleali.

Il legislatore precisa che per *advertisement* si deve intendere anche un catalogo, una circolare ed un listino prezzi.

3.1.6.c Formazione, predisposizione di consigli e linee guida (Education, advice and guidance)

L'OFT cercherà generalmente di ottenere, almeno in un primo momento, il rispetto della normativa in materia di pratiche commerciali sleali mediante formazione specifica dei professionisti, indicando consigli e linee guida da seguire, a meno che non vi siano determinate circostanze che indichino la tutela secondo le norme di diritto penale quale unica soluzione, seppur iniziale (e tra questi mezzi di tutela si rinvengono investigazioni e procedimenti penali).

Si precisa, tuttavia, che questi non sono certamente gli unici strumenti a tutela dei consumatori contro le pratiche commerciali sleali, ma ogni autorità indipendente potrà far ricorso agli strumenti sanzionatori più in linea con i propri principi ispiratori nonché con la relativa natura.

3.1.6.d Strumenti convenzionali (established means)

L'ordinamento britannico prevede, a fianco del sistema giurisdizionale con poteri coercitivi sopra analizzato, un sistema di norme alternativo attendibile ed efficace. Se gli *enforcers* sono convinti che le denunce e i casi posti alla loro attenzione rientrino chiaramente all'interno della portata concreta di questi sistemi alternativi e possano tranquillamente essere affrontati da loro, allora questi ultimi saranno idonei a riferire tali denunce e casi all'organo di volta in volta competente (al fine di assicurare che le varie attività commerciali siano conformi alle norme in tema di CPRs).

Come anche secondo la normativa previgente, l'Advertising Standards Authority (ASA)²⁷⁵ e Phonepay Plus²⁷⁶ sono considerate come strumenti convenzionali nell'area della pubblicità e

²⁷⁵ L'Advertising Standards Authority (ASA) è un'autorità indipendente costituita dall'industria della pubblicità per far rispettare le norme del codice della pubblicità. La forza del codice di autodisciplina poggia contemporaneamente sull'indipendenza dell'ASA e sul supporto ed il coinvolgimento dell'industria pubblicitaria, attraverso il ruolo coperto dal *Committee of Advertising Practice* (CAP), nel mantenere gli standard previsti nei codici di autodisciplina per la protezione dei consumatori e per la creazione di un livello base per tutte le comunicazioni pubblicitarie.

della telefonia, tanto che tutti i casi che rientrano nel settore di loro competenza vengono affidati a queste due autorità indipendenti.

In particolare, l'ASA prevede una serie di norme regolamentari per tutte le pubblicità televisive e radiofoniche attraverso i codici di condotta, rispettivamente, *Broadcast Committee of Advertising Practice (BCAP) TV Advertising Standards Code* e il *BCAP Radio Advertising Standards Code*. L'ASA, inoltre, regola le pubblicità realizzate su supporti non-broadcast (ossia le pubblicità su riviste, su manifesti, al cinema, il direct marketing e quello on-line, come i *cd. pop-up*) attraverso il codice di autodisciplina denominato *British Code of Advertising, Sales Promotion and Direct Marketing* (il *cd. CAP Code*).

Ebbene, l'ASA è considerata uno “strumento convenzionale” per il ruolo che ricopre nel far rispettare le CPRs nonché le norme previste dal *Business Protection for Misleading Marketing Regulations 2008* (cfr. Statutory Instruments 2008/1276, vale a dire in materia di pubblicità comparativa e ingannevole) in tutte le pubblicità non-broadcast. Per quanto riguarda, invece, le pubblicità broadcast, l'ASA (divisione Broadcast) e il BCAP sono formalmente legate da un accordo di regolamentazione congiunta con l'OFCOM per regolamentare le comunicazioni commerciali televisive e radiofoniche.

Phonepay Plus, invece, è responsabile della regolamentazione (e del controllo) in tema di tariffe per i servizi telefonici in Gran Bretagna, con particolare attenzione ai contenuti, alle promozioni nonché a tutte le operazioni in generale di tali servizi. Resta inteso che, in caso di promozione di una tariffa per un servizio di telefonia, le due autorità lavoreranno insieme per assicurare una soluzione appropriata.

3.1.6.e Codici di condotta (Codes of conducts)

Gli *enforcers* dovranno, qualora appaia appropriato per prevenire o interrompere le violazioni delle CPRs, servirsi dell'aiuto dei soggetti responsabili che abbiano realizzato autonomamente dei codici di condotta, o di quegli usi adottati dai professionisti per regolare i propri rapporti con i consumatori. Questo includerà un ampio numero di codici di condotta nonché di quelli approvati dal OFT ai sensi del *cd. Consumer Code Approval Scheme* (attualmente l'OFT ha aggiornato i propri criteri di approvazione dei codici di condotta alla luce dei requisiti previsti dalle CPRs).

Come già argomentato in più occasioni, le CPRs vietano ai titolari dei codici di condotta di utilizzare i propri codici per la promozione di pratiche commerciali sleali.

²⁷⁶ PhonepayPlus è l'autorità incaricata di regolamentare i servizi di telefonia pre-pagata in Gran Bretagna.

Ebbene, un professionista che abbia acconsentito di essere legato al rispetto di un codice di condotta risulterà inadempiente alle previsioni delle CPRs nel momento in cui violi le disposizioni contenute nel codice di condotta stesso (e tale violazione sia sicura e verificabile e non meramente ipotetica) e abbia dichiarato nella propria pratica commerciale di essere legato al rispetto di un codice di condotta e, infine, la decisione commerciale del consumatore sia dipesa da tale dichiarazione.

Si precisa che la violazione delle previsioni di cui sopra è tutelata solo in via di azione civile (*injunctive civil action*) e non è soggetta alla tutela in campo penalistico.

3.2. PRIME PRONUNCE E PROVVEDIMENTI DELL'AUTORITÀ GARANTE IN MATERIA DI PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

Dopo aver ripercorso, seppur a grandi linee, i principi generali che hanno ispirato il legislatore ad intervenire in materia di pratiche commerciali sleali nonché le norme interne di recepimento, pare opportuno (e molto probabilmente chiarificatore) procedere ad una mera lettura delle prime pronunce in materia da parte dell'Autorità Garante.

Per quanto riguarda, prima di tutto, le “forniture non richieste” (rappresentate nel primo caso in esame) ci preme premettere che il Garante della Concorrenza e del Mercato ha stabilito, nell'allegato A della propria Delibera n. 418/06/CONS, che “*la fornitura di prestazioni non richieste*” in violazione dell'articolo 3 del predetto allegato “*è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 12.000,00 ad euro 250.000,00, ai sensi dell'art. 98, comma 11, decreto legislativo n. 259/2003*”²⁷⁷.

A questo punto, si procederà ad una breve lettura di alcuni tra i primi e più significativi provvedimenti dell'AGCM.

3.2.1 PROVVEDIMENTO 4 SETTEMBRE 2008 N. 18829 AVVERSO ENEL S.p.A.

Partendo da un caso abbastanza recente, l'Autorità Garante nel Provvedimento 4 settembre 2008 n. 18829 avverso Enel S.p.A. ha dichiarato che “*integrano una pratica commerciale scorretta, ancorché aggressiva, quei comportamenti posti in essere da Enel Energia s.p.a. e da Enel s.p.a. che si sono sostanziati nel cercare il passaggio dei clienti residenziali dal*

²⁷⁷ D.Lgs. 1 agosto 2003 n. 259, “Codice delle comunicazioni elettroniche” (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 214 del 15 settembre 2003 - Supplemento Ordinario n. 150), all'articolo 98 (“Sanzioni”), comma 11 stabilisce che “*ai soggetti che non ottemperano agli ordini ed alle diffide, impartiti ai sensi del Codice dal Ministero o dall'Autorità, gli stessi, secondo le rispettive competenze, comminano una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 12.000,00 ad euro 250.000,00. Se l'inottemperanza riguarda provvedimenti adottati dall'Autorità in ordine alla violazione delle disposizioni relative ad imprese aventi significativo potere di mercato, si applica a ciascun soggetto interessato una sanzione amministrativa pecuniaria non inferiore al 2 per cento e non superiore al 5 per cento del fatturato realizzato dallo stesso soggetto nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della contestazione, relativo al mercato al quale l'inottemperanza si riferisce*”.

regime di maggior tutela (regolamentato) al mercato libero, attraverso proposte di tariffe contrattuali particolarmente vantaggiose, nella vendita d'energia elettrica e/o nella fornitura di gas naturale: i suindicati comportamenti rappresentano una fornitura non richiesta di energia elettrica e/o di gas naturale, che si è risolta in taluni casi anche con la falsa sottoscrizione del contratto di fornitura da parte degli agenti incaricati dalla società elettrica; nell'imposizione di ostacoli all'esercizio del diritto di ripensamento, come ad esempio, il rallentamento dei reclami e delle comunicazioni dei consumatori, presentate, pur tuttavia, nei termini e riportando il cliente nel mercato regolamentato di fornitura del servizio dal primo giorno del secondo mese successivo a quello nel quale è pervenuta la comunicazione, richiedendo comunque il pagamento, in quanto il servizio di fornitura di energia, nelle more dell'esercizio di diritto di ripensamento, era stato tempestivamente attivato; nella diffusione di comunicazioni commerciali ingannevoli; nell'adozione di forme di marketing aggressive, come ad esempio, vendite del servizio mediante numerosi e inesistenti contatti telefonici del cliente attraverso i call center della società”.

Uno dei profili contestati nella decisione in epigrafe riguarda talune pratiche ingannevoli poste in essere dalle società Enel-Distribuzione s.p.a. ed Enel s.p.a., in virtù di quanto disposto dall'articolo 23, lettera g), cod. cons.²⁷⁸ (*Pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli*), dall'articolo 24 cod. cons. (*Pratiche commerciali aggressive*)²⁷⁹, ed, infine, dall'articolo 25 cod. civ. (*Ricorso a molestie, coercizione o indebito condizionamento*), comma 1, lett. a e d²⁸⁰.

La sanzione pecuniaria amministrativa irrogata ad Enel-Distribuzione s.p.a. ed Enel s.p.a., ha riguardato la violazione dell'art. 26, lett. f, cod. cons., che nell'individuare la cd. lista nera delle pratiche considerate in ogni caso aggressive, ha ritenuto che il comportamento adottato dal professionista nei riguardi del consumatore che si sostanzia nell'”*esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha*

²⁷⁸ L'articolo 23 cod. cons. indica come pratica scorretta il “*dichiarare, contrariamente al vero, che il prodotto sarà disponibile solo per un periodo molto limitato o che sarà disponibile solo a condizioni particolari per un periodo di tempo molto limitato, in modo da ottenere una decisione immediata e privare i consumatori della possibilità o del tempo sufficiente per prendere una decisione consapevole*”.

²⁷⁹ L'articolo 24 cod. cons. prevede che “*è considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso*”.

²⁸⁰ L'articolo 25 cod. cons. ai fini dell'individuazione di una pratica qualificabile come aggressiva, stabilisce, tra l'altro, che: “*nel determinare se una pratica commerciale comporta, ai fini del presente capo, molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, sono presi in considerazione i seguenti elementi: a) i tempi, il luogo, la natura o la persistenza; [...] d) qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista*”.

fornito, ma che il consumatore non ha richiesto, salvo quanto previsto dall'art. 54, comma 2, secondo periodo” (Forniture non richieste).

Ebbene, si precisa che in materia di pratiche commerciali aggressive non esisteva alcuna prassi consolidata applicativa da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, tanto che la decisione in commento rappresenta certamente uno dei primi esempi in tal senso. Ciò in ragione della recente entrata in vigore del Codice del Consumo. Pertanto, solo la valutazione delle fattispecie sottoposte al vaglio dell'Autorità potrà contribuire alla costruzione di orientamenti applicativi consolidati e solo in base ad una valutazione basata caso per caso.

Sul carattere ingannevole e/o aggressivo della pratica scorretta, si possono delineare quei comportamenti che, mutuando dalle figure tradizionali del codice civile, sono connotati da colpa, errore, violenza e, secondo la tradizionale classificazione civilistica in materia di annullabilità dei contratti (art. 1427, 1434 e 1439 c.c.). In ogni caso, la differenza tra le norme dei contratti e quella posta a tutela dei consumatori è basata sul fatto che mentre nella disciplina privatistica del contratto la lesione è valutata alla stregua del danno effettivamente subito dal contraente debole, nella disciplina pubblicistica in materia di pratiche scorrette, la lesione della sfera economica dei consumatori è valutata a prescindere dall'effettivo danno economico subito, ossia la valutazione del danno si fonda sulla potenziale idoneità della pratica commerciale ad incidere sulle scelte economiche dei consumatori.

Ai fini della relativa tutela e degli effetti che una determinata pratica ingannevole o aggressiva produce sui consumatori, la disciplina stabilisce sanzioni elevate a carico delle imprese coinvolte nel procedimento istruttorio in materia di pratiche commerciali scorrette, ai fini di una tutela rafforzata sotto il profilo pubblicistico e di tutela dell'affidabilità dei consumatori, ma anche sotto l'aspetto dell'intimazione alle imprese che hanno posto in essere pratiche commerciali scorrette, ingannevoli o aggressive a cessare la pratica una volta per tutte. Recentemente i giudici di legittimità, in materia di contratti e delle condizioni generali dei contratti, hanno ammesso, a tutela dei consumatori, la configurabilità della legittimazione dell'azione di recesso, anche laddove in un contratto sia stata apposta una clausola di aumento del prezzo senza diritto di recesso, di cui all'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 13, nella formulazione anteriore all'entrata in vigore del codice del consumo, in caso di incremento eccessivo e non giustificato del prezzo pattuito rispetto a quello iniziale (Cass. 18 settembre 2007 n. 19366).

Infine, si sottolinea che la peculiarità del provvedimento di cui si tratta è che l'entità della sanzione pecuniaria amministrativa è stata calcolata considerando ciascuna condotta autonomamente e in modo distinto l'una dall'altra, applicando il principio del cumulo materiale delle sanzioni, irrogando tante sanzioni quanti sono stati gli illeciti amministrativi commessi.

3.2.2 PROVVEDIMENTO 2 OTTOBRE 2008 N. 18950

Altro provvedimento dell'AGCM che pare interessante leggere è senz'altro quello del 2 ottobre 2008 n. 18950²⁸¹.

L'Autorità Garante, in merito, nel proprio provvedimento ha ritenuto *“un comportamento scorretto da parte del professionista e contrario alla diligenza professionale, quella condotta adottata da un operatore di telefonia mobile consistente nella diffusione di un messaggio, inviato ai clienti tramite Sms, con cui la società ha introdotto improvvisamente un limite temporale, quale il 31 dicembre dell'anno di riferimento per il consumo del credito telefonico residuo accumulato dai clienti fino al 31 dicembre dell'anno precedente mediante autoricariche, bonus e ricariche omaggio; il suddetto credito telefonico, in precedenza, era stato promosso omettendo di indicare la data di scadenza, nonché nel non aver accreditato ai clienti il bonus previsto dalla promozione «Triplica le tue ricariche», comunicata dalla società tramite Sms, che prevedeva, a fronte di tre ricariche, un rimborso che la società non avrebbe mai effettuato”*.

La pronuncia appena riportata si riferisce al mercato della telefonia vocale nonché alla connessione a internet via cellulare (cfr. Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, Relazione annuale 2007, 30 giugno 2008, p. 63, tab.1.30, «Quote di mercato nei servizi mobili», per l'anno 2007, che includono, oltre ai ricavi da servizi voce e dati anche gli introiti da altri servizi accessori e, in particolare, quelli derivanti dalla vendita di apparati e terminali: Tim 41,9 per cento; Vodafone 36,3 per cento; Wind 14,3 per cento; H3G 7,5 per cento).

Dal punto di vista del merito, la scorrettezza della pratica è stata dall'Autorità individuata nelle sostanziali omissioni informative ingannevoli poste in essere dal professionista, ai sensi dell'articolo 22 cod.cons., in materia di pratiche commerciali scorrette, che - come noto - contiene un elenco, seppur non tassativo, di ipotesi di omissioni informative ingannevoli. In particolare, gli elementi costitutivi cui si riferisce la sopraccitata norma riguardano, in particolare, (i) la sottaciuta informativa da parte del professionista che intende commercializzare un prodotto o un servizio, (ii) la nozione di *“consumatore medio”*, quale soggetto normalmente avveduto e ragionevolmente informato, nonché infine, (iii) l'induzione a effettuare un acquisto da parte del consumatore medio che, se avesse conosciuto tutti gli elementi informativi circa le condizioni economiche dell'offerta, non avrebbe proceduto all'acquisto (in altre parole il pregiudizio o alterazione delle scelte economiche del consumatore). Circa poi il mezzo di diffusione della comunicazione pubblicitaria (si ricorda, a proposito, che con l'entrata in vigore della nuova disciplina la pubblicità e i relativi messaggi con i quali essa è veicolata è stata ritenuta sia dal legislatore comunitario e sia nazionale uno specifico aspetto del più ampio genere di pratica o strategia

²⁸¹ Provvedimento AGCM del 2 ottobre 2008 n. 18950, in *Giust. civ.* 2009, 4-5, 1151.

commerciale di impresa), l'articolo 22, comma 3, cod. cons. stabilisce che: *“qualora il mezzo di comunicazione impiegato per la pratica commerciale imponga restrizioni in termini di spazio o di tempo, nel decidere se vi sia stata un'omissione di informazioni, si tiene conto di dette restrizioni e di qualunque misura adottata dal professionista per rendere disponibili le informazioni ai consumatori con altri mezzi”*.

Ebbene, nel caso in esame, l'Autorità ha ritenuto che solo la comunicazione via Sms integrasse una pratica scorretta, in quanto conteneva omissioni informative significative per le scelte economiche dei consumatori, escludendone la scorrettezza per il messaggio diffuso via Internet, poiché mediante *link* ipertestuali lo stesso destinatario della comunicazione commerciale era in grado di accedere a tutte le informazioni esaustive circa l'effettiva portata economica dell'offerta.

Per un confronto parallelo tra la nozione di omissione informativa stabilita dalla normativa pubblicitaria posta a tutela dei consumatori e quella definita dai giudici di legittimità, si ricorda come la Cassazione ha associato l'omissione comportamentale di un operatore commerciale alla diligenza professionale, stabilendo il principio secondo cui *“alla luce del generale obbligo di particolare correttezza e diligenza che grava sulla banca nella esecuzione dei contratti con i clienti, l'articolo 1836 c.c. impone che, in caso di presentazione di libretto di deposito a risparmio pagabile al portatore, vengano realizzate tutte le attività strumentali necessarie a garantire l'effettivo titolare del diritto; conseguentemente alla banca compete il potere-dovere di esercitare il controllo sulla legittimazione del presentatore e sulla sussistenza dei presupposti per il valido esercizio della pretesa, provvedendo - qualora ricorrano circostanze tali da giustificare il sospetto che il presentatore non sia titolare del diritto alla restituzione - agli opportuni accertamenti (identificazione, richiesta di chiarimenti) e, se del caso, rifiutando il rimborso; pertanto, la banca che adempie la prestazione nei confronti del terzo senza assumere le necessarie cautele versa in stato di colpa grave e non è liberata dall'obbligo di restituzione nei confronti del vero titolare (nella specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva riconosciuto la responsabilità, per colpa grave, della banca che aveva provveduto al pagamento al portatore - senza alcun preventivo controllo sulla sua legittimazione e senza fornire indicazioni sulla sua identità - di un libretto intestato a una persona defunta, benché avvisata dagli eredi della morte del depositante e dell'intenzione di denunciare lo smarrimento del libretto”* (Cass. 23 giugno 2008 n. 17039; conferma della Cass. 3 maggio 1999 n. 4389).

Ai fini dell'aggravamento della pena pecuniaria amministrativa, come criterio aggravante, è stato tenuto in considerazione il reiterato comportamento dell'operatore commerciale in quanto destinatario di precedenti delibere di accertata ingannevolezza della fattispecie commessa e, al riguardo, l'operatore risulta essere stato già destinatario di precedenti provvedimenti di condanna (si vedano, infatti, AGCM 31 luglio 2008 n. 18698, Ps88-H3G-

Disattivazione Operator Lock, in *Boll.* 26 agosto 2008 n. 30; AGCM 19 giugno 2008 n. 18540, Pi6549-H3G-Scendi in campo con 3, in *Boll.* 12 agosto 2008 n. 24; AGCM 20 dicembre 2007 n. 17781, Pi6168-Super 5 di H3G, in *Boll.* 17 gennaio 2007 n. 48; AGCM 3 agosto 2007 n. 17218, Pi5822-San Valentino ricarica Power di H3G, in *Boll.* settembre 2007 n. 31; AGCM 8 agosto 2006 n. 15819, Pi5106-H3G-Solo per te, in *Boll.* 28 agosto 2006 n. 31-32; AGCM 27 luglio 2006 n. 15767, Pi5202-H3G-Passa a 3 Videofonino a 49 euro, in *Boll.* 14 agosto 2006 n. 30).

3.2.3 PROVVEDIMENTO 23 NOVEMBRE 2008 N. 19223

Tralasciando le ulteriori pronunce, si conclude questo breve *excursus* giurisprudenziale con la lettura del provvedimento del 13 novembre 2008 n. 19223, dove l’Autorità Garante stessa è giunta ad affermare che *“rappresentano talune fattispecie di pratiche commerciali scorrette, ancorché ingannevoli, quei comportamenti realizzati da alcuni professionisti attivi nel mercato della fornitura di energia elettrica e del gas, attraverso la diffusione di campagne pubblicitarie mediante diversi mezzi di comunicazione di massa, riguardanti le offerte cd. "prezzo fisso/certo/bloccato" e "bioraria" di energia elettrica e gas, rivolte alla clientela domestica del mercato libero, con riguardo alle caratteristiche essenziali delle offerte stesse, nonché al prezzo complessivo applicato al consumatore per l'erogazione del servizio richiesto, attraverso indicazioni non veritiere, o inesatte o incomplete, riportate nelle pubblicità con caratteri ridottissimi o con precisazioni poco chiare o non esaustive, rispetto ai claim principali utilizzati, che, invece, lasciavano erroneamente intendere che l'offerta richiedeva un prezzo fisso bloccato e definito”*.

Oggetto delle decisioni del novembre 2008 sono i comportamenti posti in essere dalle imprese che svolgono la propria attività nel mercato liberalizzato di energia elettrica che si sono sostanziati, per quanto riguarda la prima decisione, in pratiche ingannevoli e omissive (con riferimento alla mancata lettura corretta dei contatori di energia elettrica) ai sensi degli articoli 20, 21 e 22 cod. cons., nonché in comportamenti aggressivi (con riferimento alla minaccia di distacco dell'energia elettrica, a fronte del mancato pagamento delle bollette esorbitanti, conseguenti all'errata fatturazione da parte del professionista medesimo, senza che la società somministratrice dell'energia avesse sospeso il pagamento delle bollette nelle more della verifica dell'errore nel frattempo intercorso a danno degli utenti) ai sensi degli articoli 24 e 25 cod. cons.

Per quanto riguarda la seconda decisione, i professionisti attivi nel mercato liberalizzato di fornitura di gas e di energia, avevano attuato e diffuso campagne pubblicitarie ingannevoli, che riportavano affermazioni non corrispondenti al vero ancorché ingannevoli in ordine alle caratteristiche ed al prezzo del gas e dell'energia elettrica erogata, così come disposto dagli articoli 21, 22 e 23 cod. cons. In punto di diritto, gli accertati comportamenti ingannevoli e omissivi, nonché aggressivi dei professionisti coinvolti nei procedimenti in commento,

rappresentano le fattispecie tipiche previste dalla normativa vigente in materia di pratiche scorrette. Infatti, i comportamenti valutati dall'organismo di controllo sono stati contrari alla diligenza professionale, ai sensi dell'articolo 20, comma 2, cod. cons., come ampiamente argomentato nel corso del presente scritto. Ebbene, la diligenza professionale è valutata alla stregua delle competenze tecniche specifiche che di norma ci si aspetta dal professionista che agisce in un determinato settore economico. La contrarietà alla “*diligenza professionale*” è definita nella Direttiva n. 2005/29/Ce, art. 2, lettera h), secondo la quale “*rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista, il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori*”.

L’Autorità Garante, nell’analisi delle fattispecie ha toccato tutti gli elementi costitutivi le fattispecie vietate, analizzandone la sussistenza in concreto e riassumendo la portata delle definizioni di “consumatore medio”, di “pratiche ingannevoli”, di “omissioni ingannevoli” ecc.

Ebbene, le decisioni del novembre 2008 sono riconducibili alla violazione degli articoli 20, 21 e 22 cod. cons., per quanto concerne la prima delibera, nell’omessa lettura da parte del professionista dei contatori di energia elettrica prima dell’emissione di fatture esorbitanti, nonché nelle indicazioni non veritiere in ordine ai costi effettivi che l’utente avrebbe dovuto pagare passando al servizio cd. “*biorario*”, per quanto concerne la seconda decisione.

Infine, per esaminare brevemente la cd. “*black list*”, ossia l’elenco tassativo di pratiche ritenute “*in ogni caso ingannevoli*”, ai sensi dell’articolo 23 cod. cons., si rappresenta come la seconda decisione è riconducibile nell’ipotesi prevista dalla lett. e, del suindicato articolo, secondo cui è in ogni caso ingannevole quella pratica commerciale diretta a “*invitare all’acquisto di prodotti a un determinato prezzo senza rivelare l’esistenza di ragionevoli motivi che il professionista può avere per ritenere che non sarà in grado di fornire*”. Infine, la prima decisione costituisce uno spunto per esaminare le modalità con le quali si esplica una “*pratica aggressiva*”, attraverso la minaccia dell’interruzione dell’erogazione di un bene primario, come è la fornitura di energia elettrica, nel caso di mancato pagamento delle bollette di energia elettrica nelle more della procedura di verifica e di accertamento dell’errore di fatturazione intercorso, senza passare dalla procedura meno drastica di sospensione temporanea dell’erogazione di energia elettrica e del gas. La fattispecie in esame è, infatti, riconducibile alla lettera b o d dell’articolo 25 cod. cons., che individua la pratica come aggressiva ove faccia “*ricorso alla minaccia fisica o verbale*”, ovvero a “*qualsiasi ostacolo non contrattuale oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali*”. Nel caso di specie, era rappresentato dalla minaccia di distacco dell’energia elettrica se non si pagavano le bollette esorbitanti prima di verificare l’errore di fatturazione.

3.3 CIRCOLARE ASSONIME N. 50 DEL 22 DICEMBRE 2009

Di recente, in materia di pratiche commerciali scorrette, si è pronunciata anche Assonime, con la circolare n. 50 del 22 dicembre 2009²⁸².

Tale circolare analizza il sistema di applicazione delle norme in materia di pratiche commerciali scorrette, introdotto nel nostro ordinamento con il recepimento della Direttiva 2005/29/CE, alla luce della prassi applicativa e dei primi orientamenti giurisprudenziali. Si precisa che nella circolare Assonime n. 80/2007 erano già stati esaminati i profili sostanziali della disciplina. Assonime, nella circolare in commento, si è soffermata sul ruolo e sui poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, sulla disciplina delle procedure e sui profili di garanzia.

La circolare del dicembre 2009 sottolinea che la scelta di affidare l'applicazione della disciplina ad un'autorità amministrativa comporta la necessità per quest'ultima di definire le proprie priorità di intervento con riferimento alle ipotesi da cui può derivare un maggiore pregiudizio per i consumatori. Per altro verso, la natura amministrativa dell'Autorità consente di prevenire le violazioni attraverso una funzione di dialogo e orientamento per le imprese.

I procedimenti a carattere contenzioso che possono tradursi nell'irrogazione di elevate sanzioni, quali i procedimenti in materia di pratiche commerciali scorrette, richiedono che sia assicurata una piena tutela del contraddittorio. A questo fine la circolare sostiene che, sulla base dell'esperienza maturata sino ad oggi, l'attuale disciplina delle procedure potrebbe essere rivista in alcuni punti. In particolare, sarebbe auspicabile che al termine del procedimento venisse predisposta una comunicazione delle risultanze istruttorie, con contenuto più o meno sintetico in relazione alla complessità del caso.

Come indicato dalla disciplina comunitaria, le iniziative di autodisciplina possono svolgere un ruolo complementare nell'applicazione delle regole in materia di pratiche commerciali scorrette con un positivo effetto di deflazione delle azioni amministrative e giudiziarie. La circolare esamina le disposizioni comunitarie e nazionali in materia di codici di condotta e si interroga in merito alla possibilità di valorizzare questi canali nel nostro sistema, con particolare riguardo al ruolo dell'Istituto di autodisciplina pubblicitaria.

²⁸² La circolare n. 50 del 22 dicembre 2009 commenta i seguenti provvedimenti:

- articoli 27-27 *quater* del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo); e
- Regolamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette (provvedimento n. 17589 del 15 novembre 2007, modificato dal provvedimento n. 20222 del 29 luglio 2009).

BIBLIOGRAFIA

Indice degli autori in ordine alfabetico:

- Alpa-Chiné, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Enc. Dir.* XV, pag. 540 e ss.
- Alpa e Chiné, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Digesto disc. Priv. Sez. Civ.*, XV, Appendice, Torino 1997, 541.
- Alpa e Rossi Carleo (a cura di), *Codice del Consumo. Commentario*, Napoli 2005.
- Astone, *sub articolo 1469-bis, comma 2*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori* a cura di Alpa e Patti, I, Milano 1997.
- S. Bastianon, *Consumatore ed imprenditore (.futuro) nel diritto comunitario: luci ed ombre di due nozioni dai confini incerti*, in *Resp. civ. e prev.* 1998, I, 62.
- Alvisi, in *Il consumatore ragionevole e pratiche commerciali sleali*, in *Contratto e Impresa*, n. 3/2008, CEDAM.
- Barenghi, *I contratti per adesione e le clausole vessatorie*, in *Trattato di diritto privato europeo, Vol. III, L'attività e il contratto* a cura di N. Lipari, CEDAM, 2003.
- Battelli, *Nuove norme in materia di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in *Contratti*, 2007.
- Betti, in *Teoria generale del negozio giuridico*, II Ed., 1994, Ed. Scientifiche Italiane.
- Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. del cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, articolo 1218 e 1229, Bologna Roma, 1979.
- Bianca, *La colpa* in *Diritto civile – V La responsabilità*, Giuffrè, 1994.
- Bianca, *Il silenzio*, in *Diritto Civile - 3 Il Contratto*, Giuffrè, 2000.
- Biscontini, *sub. Articolo 5*, in *Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma 19 giugno 1980), Commentario*, a cura di C.M. Bianca e Giardina, in *Le nuove leggi civile commentate* 1995, 972.
- N. Brulotti, *Codici di comportamento e società quotate*, in *Giur. Comm.* 2007, Vol. 2, pagg. 236 e ss.
- Calvo, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*” in *Contratto e Impresa/Europa*, n. 1/2007.
- Campobasso, *Associazioni e attività di impresa*, in *Riv. dir. civ.* 1994, II, 589 e ss.
- G. Casuburi, *La tutela civilistica del consumatore avverso la pubblicità ingannevole dal D.lg. n. 74/1992 al codice del consumo*, in *Giur. Merito* 2006, 3, 622, nota a Giudice di Pace di Avellino, 4 febbraio 2005.
- Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006.
- Celotto, *L'efficacia delle fonti comunitarie nell'ordinamento italiano - normativa giurisprudenza e prassi*, Utet, 2003.

- Conte, *Codici etici e attività d'impresa nel nuovo spazio globale del mercato* in *Contr. Impresa*, 2006, pagg. 108 e ss.
- Corea, *Sulla nozione di "consumatore": il problema dei contratti stipulati a scopi professionali*, in *Giust. Civ.* 1999, 1, 13.
- Corea, *Ancora in tema di nozione di "consumatore" e contratti a scopi professionali: un intervento chiarificatore*, in *Giust. Civ.*, 2000, 7-8, 2117.
- Cottino, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955.
- Corasaniti in *La regolamentazione della pubblicità*, in *Diritto della comunicazione pubblicitaria* a cura di Corasaniti e Vasselli, Torino, 1999, 6.
- G. De Cristofaro, *Il "codice del consumo": un'occasione perduta?*, in *Studium iuris*, 2005, pagg. 1141 e ss.
- G. De Cristofaro, *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori – La Direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Giappichelli Editore, 2007.
- De Cristofaro, *Il "cantiere aperto" codice del consumo: modificazioni e innovazioni apportate dal D.Lgs 23 ottobre 2007 n. 221*, in *Studium iuris*, 2008, pagg. 265 e ss.
- De Cristofaro, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, 2008, n. 5.
- De Cristofaro, *La difficile attuazione della Direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive* in *Contratto e Impresa/Europa* 2007, pagg. 8 e ss.
- M.C. Diener, *Ipotesi particolari di formazione del contratto*, in *Il Contratto in generale*, Giuffrè, 2002.
- Di Marzio, *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore: Prime riflessioni sulla previsione generale di vessatorietà*, in *Gius. Civ.* 1996, 11, 513.
- P. Fabbio, *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali*, in *Giur. Comm.*, 2008, pagg. 706/I e ss.
- Falce, *Procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita*, in *Dir. Ind.*, 2008, pagg. 57 e ss.
- Freni, in *Pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole: il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giornale di Diritto Amministrativo* n. 3/2008, pagg. 271 e ss.
- Gabrielli, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 4, 1149.
- Gabrielli, *Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato: i contraenti*, in *Giust. civ.* 2005, 5, 183.
- Galgano, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario del codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma 1967, sub articoli 36-38.
- Galgano, *La responsabilità contrattuale: i contrasti giurisprudenziali*, in *Contratto ed impresa*, 1989, p. 32 e ss.

- Gatt in *L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie*, in *Giust. civ.* 1998, 9, 2341, nota a Giudice di pace, 3 novembre 1997.
- Genovese, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. Comm.*, Luglio-Agosto, 2008, Vol. I, pagg. 763 e ss.
- Gentili, voce *Dolo (diritto civile)*, in *Enc. Giur.*, Vol. XII, Roma, 1989.
- Gentili, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *I Contratti*, n. 2/2006, Ipsoa.
- Giorgianni, *Lezioni di diritto civile (a.a. 1955- 56)*, Bologna.
- Gorla, *Sulla cd. causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze*, in *Studi in onore di A. Cicu*, I, Giuffrè, 1951.
- Granelli, *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori: l'attuazione della Direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007, 10, pagg. 781 e ss.
- Leone, *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, in *Il Diritto Industriale*, n. 3 del 2008, pagg. 255 e ss.
- M. Libertini, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, *Contratto e Impresa*, n. 1/2009, Cedam.
- Maffeis, *Ambito soggettivo di applicazione degli articoli 1469 bis e ss. c.c. in Contratti*, 2000, pagg. 442 e ss.
- Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, II, p. 235; Barbero, *Sistema istituzionale di diritto privato, II*, Torino, 1951.
- Mengoni, voce “*Responsabilità contrattuale*”, in *Enc. Dir.*, Milano, 1988, p. 1072 e ss.
- Mengoni, in *Rivista di diritto commerciale*, 1954.
- P. Mengozzi, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione Europea*, Cedam, 2006.
- P. Megozzi, *Casi e materiali di Diritto Comunitario e dell'Unione Europea*, Cedam, 2006.
- P.M. Putti, *L'invalidità nei contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo, Vol. III, L'attività e il contratto* a cura di N. Lipari, CEDAM, 2003.
- R. Rolli, *Codice del Consumo, commentato articolo per articolo con dottrina e giurisprudenza*, Casa Editrice La Tribuna, 2008.
- Rolli, *Antiche e nuove questioni sul silenzio come tacita manifestazione di volontà*, in *Contratto e impresa*, 2000, 257 ss.
- Roppo, *Il contratto*, Milano : Giuffrè, 2001 - XLI.
- Rossi- Carleo, *Le pratiche commerciali sleali*, Giuffrè, 2007.
- Sacco, in Sacco e De Nova, *Il contratto, Trattato di Diritto Civile*, Ed. III, UTET.
- Scognamiglio, *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto*, in *Europa e diritto privato*, Giuffrè, 2003, pagg. 798 e ss.
- Sicchiero, *Il requisito della colpa*, in *La risoluzione per inadempimento artt. 1453-1459*, in *Commentario Codice Civile*, Giuffrè, pagg. 160 e ss.

- Talamanca, alla voce *Colpa civile. A) Diritto Romano e intermedio*, in *Enciclopedia del diritto – VII* – Giuffrè, 1960, pagg. 517 e ss.
- Tesauro, *Diritto Comunitario*, Cedam, 2008.
- Trabucchi, voce *Dolo (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, Vol. VI.
- P. Trimarchi, *La manifestazione di volontà*, in *Trattato di Diritto Privato*, XII Edizione.
- L.C. Ubertazzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, IV Edizione ed Appendice di aggiornamento, Cedam, 2008.
- Venturelli, *Mero invio di merce non ordinate* in *Obbl. e Contr.*, 2009, 2, 131.
- G. Vettori (a cura di), *Codice del Consumo, Aggiornamento Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, CEDAM, 2009.
- G. Villa, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano, 1993.
- Zanardo, *La nuova versione del Codice di autodisciplina delle società quotate: alcune osservazioni alla luce delle contestuali esperienze nazionali in materia di corporate governance*, in *Contr. Impr.*, 2004, pagg. 391 e ss.

Indice dei Provvedimenti/Linee Guida della Gran Bretagna:

- GUIDANCE on the UK Regulations (May 2008) implementing the Unfair Commercial Practices Directive.
- IMPLEMENTATION OF THE UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES DIRECTIVE - Consultation on the draft Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2007 (May 2007).
- IMPLEMENTATION OF THE UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES DIRECTIVE - The governmental response to the consultation on draft Consumer Protection from Unfair Trading Regulations – May 2008.
- PARTIAL REGULATORY IMPACT ASSESSMENT The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations Implementing the Unfair Commercial Practices Directive (Annex C).
- PARTIAL REGULATORY IMPACT ASSESSMENT The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations Implementing the Unfair Commercial Practices Directive (Annex D).
- Statutory Instrument 2008 No. 1277 - The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008.



Università Ca' Foscari Venezia

DEPOSITO ELETTRONICO DELLA TESI DI DOTTORATO DICHIARAZIONE SOSTITUTIVA DELL'ATTO DI NOTORIETA' (Art. 47 D.P.R. 445 del 28/12/2000 e relative modifiche)

Io sottoscritto LAURA TRICOMI

nat. a LECCO (prov. LC) il 09/10/1980

residente a MALGRATE (LC) in VIA SCATTI n. 11A

Matricola (se posseduta) 955.333 Autore della tesi di dottorato dal titolo:

LE PRATICHE COMMERCIALI SCORPETTE

Dottorato di ricerca in DIRITTO PRIVATO EUROPEO DEI CONTRATTI CIVILI COMMERCIALI E DEL LAVORO

(in cotutela con

Ciclo 22

Anno di conseguimento del titolo 2010

DICHIARO

di essere a conoscenza:

1) del fatto che in caso di dichiarazioni mendaci, oltre alle sanzioni previste dal codice penale e dalle Leggi speciali per l'ipotesi di falsità in atti ed uso di atti falsi, decado fin dall'inizio e senza necessità di nessuna formalità dai benefici conseguenti al provvedimento emanato sulla base di tali dichiarazioni;

2) dell'obbligo per l'Università di provvedere, per via telematica, al deposito di legge delle tesi di dottorato presso le Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e di Firenze al fine di assicurarne la conservazione e la consultabilità da parte di terzi;

3) che l'Università si riserva i diritti di riproduzione per scopi didattici, con citazione della fonte;

4) del fatto che il testo integrale della tesi di dottorato di cui alla presente dichiarazione viene archiviato e reso consultabile via internet attraverso l'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto dell'Università Ca' Foscari, oltre che attraverso i cataloghi delle Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze;

5) del fatto che, ai sensi e per gli effetti di cui al D.Lgs. n. 196/2003, i dati personali raccolti saranno trattati, anche con strumenti informatici, esclusivamente nell'ambito del procedimento per il quale la presentazione viene resa;

6) del fatto che la copia della tesi in formato elettronico depositato nell'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto è del tutto corrispondente alla tesi in formato cartaceo, controfirmata dal tutor, consegnata presso la segreteria didattica del dipartimento di riferimento del corso di dottorato ai fini del deposito presso l'Archivio di Ateneo, e che di

conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi;

7) del fatto che la copia consegnata in formato cartaceo, controfirmata dal tutor, depositata nell'Archivio di Ateneo, è l'unica alla quale farà riferimento l'Università per rilasciare, a richiesta, la dichiarazione di conformità di eventuali copie;

Data _____

Firma _____

Autorizzo

- l'Università a riprodurre ai fini dell'immissione in rete e a comunicare al pubblico tramite servizio on line entro l'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto il testo integrale della tesi depositata;

- l'Università a consentire:

- la riproduzione a fini personali e di ricerca, escludendo ogni utilizzo di carattere commerciale;
- la citazione purché completa di tutti i dati bibliografici (nome e cognome dell'autore, titolo della tesi, relatore e correlatore, l'università, l'anno accademico e il numero delle pagine citate).

DICHIARO

1) che il contenuto e l'organizzazione della tesi è opera originale da me realizzata e non infrange in alcun modo il diritto d'autore né gli obblighi connessi alla salvaguardia di diritti morali od economici di altri autori o di altri aventi diritto, sia per testi, immagini, foto, tabelle, o altre parti di cui la tesi è composta, né compromette in alcun modo i diritti di terzi relativi alla sicurezza dei dati personali;

2) che la tesi di dottorato non è il risultato di attività rientranti nella normativa sulla proprietà industriale, non è stata prodotta nell'ambito di progetti finanziati da soggetti pubblici o privati con vincoli alla divulgazione dei risultati, non è oggetto di eventuali registrazione di tipo brevettuale o di tutela;

3) che pertanto l'Università è in ogni caso esente da responsabilità di qualsivoglia natura civile, amministrativa o penale e sarà tenuta indenne a qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi.

A tal fine:

- dichiaro di aver autoarchiviato la copia integrale della tesi in formato elettronico nell'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto dell'Università Ca' Foscari;

- consegno la copia integrale della tesi in formato cartaceo presso la segreteria didattica del dipartimento di riferimento del corso di dottorato ai fini del deposito presso l'Archivio di Ateneo.

Data _____

Firma _____

La presente dichiarazione è sottoscritta dall'interessato in presenza del dipendente addetto, ovvero sottoscritta e inviata, unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del dichiarante, all'ufficio competente via fax, ovvero tramite un incaricato, oppure a mezzo posta

Firma del dipendente addetto

Estratto per riassunto della tesi di dottorato

Studente: Laura Tricomi

Matricola: 955333

Dottorato: Diritto Privato Europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro

Ciclo: 22° (A.A. 2006/2007 - 2008/2009)

Titolo della tesi: Le pratiche commerciali scorrette

Abstract:

Lo studio del tema di ricerca assegnato parte dall'analisi della direttiva n. 2005/29/CE relativa alle "*pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno*".

Dalla lettura della stessa direttiva emerge che una pratica commerciale è sleale se:

- a) è contraria alle norme di diligenza professionale e
- b) falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori.

La ricerca è divisa in tre parti fondamentali.

Nella prima, alla luce degli scopi della normativa in oggetto, vi è l'analisi della direttiva n. 2005/29/CE, con particolare attenzione al significato di "*diligenza professionale*", a confronto con la c.d. "*colpa professionale*", nonché alle modifiche apportate alla direttiva n. 84/450/CEE in tema di pubblicità ingannevole.

Nella seconda parte della ricerca, dopo un breve *excursus* sul recepimento delle norme comunitarie all'interno dell'ordinamento italiano, vi è l'analisi della normativa di recepimento ossia dei decreti legislativi n. 145 e 146 del 2 agosto 2007 e gli articoli 2, 4 e 8 del D.Lgs. 23 ottobre 2007, n. 221.

La terza ed ultima parte della ricerca è improntata a una lettura della normativa di recepimento della direttiva 29/2005/CE in materia di pratiche commerciali sleali nel Regno Unito. Nel terzo capitolo, inoltre, si è proceduto ad una lettura delle prime pronunce dell'Autorità Garante in tema di pratiche commerciali sleali.