



Università
Ca' Foscari
Venezia

Scuola Dottorale di Ateneo
Graduate School

Dottorato di ricerca
In: DIRITTO PRIVATO EUROPEO
DEI CONTRATTI CIVILI, COMMERCIALI E DEL LAVORO
Ciclo: XXV
Anno di discussione: 2013

**LA DISCIPLINA DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE
TRA TUTELA DEL CONSUMATORE E TUTELA DEL MERCATO.**

SETTORE SCIENTIFICO - DISCIPLINARE DI AFFERENZA: IUS/01

Tesi di Dottorato di Laura Bussoli, matricola 955744

Coordinatore del Dottorato

Chiar.mo Prof. Luigi Benvenuti

Tutore del Dottorando

Chiar.ma Prof. ssa Carmelita Camardi

INDICE.

Introduzione

CAPITOLO I. DALLA COMUNICAZIONE COMMERCIALE ALLE PRATICHE COMMERCIALI SLEALI. LA DIRETTIVA 2005/29/CE.

1.1 CENNI INTRODUTTIVI. IL LIBRO VERDE DELLA COMMISSIONE SULLA COMUNICAZIONE COMMERCIALE, L'OBBIETTIVO DEL MERCATO INTERNO E LA TUTELA DEL CONSUMATORE.

1.2 STRUTTURA E CONTENUTI DELLA DIRETTIVA 2005/29/CE.

1.3 LA DIRETTIVA 2005/29/CE E IL SUO AMBITO DI APPLICAZIONE: LA NOZIONE DI "PRATICA COMMERCIALE" FRA IMPRESE E CONSUMATORI.

1.4 L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVA E GLI INTERESSI TUTELATI.

1.5 L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVA, GLI INTERESSI TUTELATI E I RAPPORTI CON LA DISCIPLINA DELLA PUBBLICITÀ.

CAPITOLO II. DALLA DIRETTIVA AL CODICE DEL CONSUMO: LE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE. LE PRINCIPALI NOVITA' INTRODOTTE.

PREMESSA.

2.1 IL DIVIETO DI PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE NEL CODICE DEL CONSUMO. LA SCORRETTEZZA DELLA PRATICA.

2.2 IL GIUDIZIO DI SCORRETTEZZA DI UNA PRATICA COMMERCIALE FRA CLAUSOLA GENERALE E FATTISPECIE TIPICHE. PORTATA DELLA CLAUSOLA GENERALE DI SLEALTÀ.

2.3 LA NOZIONE DI DILIGENZA PROFESSIONALE EX ART. 18 COD. CONS NEL GIUDIZIO DI SCORRETTEZZA DI UNA PRATICA COMMERCIALE.

2.4 (*SEGUE*) LA CLAUSOLA GENERALE E LA "SOGLIA DI MATERIALITÀ" IMPOSTA DALL'ART. 20 COD. CONS.

2.5 IL PARAMETRO CONSUMATORE MEDIO.

2.6 LE PRATICHE COMMERCIALI INGANNEVOLI E LA PUBBLICITÀ INGANNEVOLE FRA DIVERGENZE E SIMILITUDINI.

2.6 (*SEGUE*) LA PUBBLICITÀ PRIMA DELL'ENTRATA IN VIGORE DELLA DIRETTIVA.

2.7 PRATICHE INGANNEVOLI E PUBBLICITÀ INGANNEVOLE.

2.8 (*SEGUE*) LE OMISSIONI INGANNEVOLI E IL DOLO OMISSIVO.

2.9 PRATICHE AGGRESSIVE

2.10 IMPEGNI E *MORAL SUASION*.

CAP. III. L'APPLICAZIONE DELLE NUOVE NORME.

3.1 I CODICI DI CONDOTTA E L'AUTODISCIPLINA PUBBLICITARIA.

3.2. L'APPLICAZIONE DELLE NORME. IL NUOVO REGOLAMENTO DI AGCM SULLE PROCEDURE ISTRUTTORIE.

3.3 AGCM E IAP: RACCORDI O SEPARATEZZA?

3.4 AGCM E AGCOM. IL RIPARTO DI COMPETENZE.

3.5 CONCLUSIONI: LA DISCIPLINA SULLE PCS TRA RAGIONI DELL'IMPRESA E RAGIONI DEL CONSUMO. UNA SINTESI POSSIBILE.

INTRODUZIONE

“Se cerco di immaginare il dispotismo moderno, vedo una folla smisurata di esseri simili ed eguali che volteggiano su se stessi per procurarsi piccoli e meschini piaceri di cui si pasce la loro anima... Al di sopra di questa folla, vedo innalzarsi un immenso potere tutelare, che si occupa da solo di assicurare ai sudditi il benessere e di vegliare sulle loro sorti.

È assoluto, minuzioso, metodico, previdente, e persino mite. Assomiglierebbe alla potestà paterna, se avesse per scopo, come quella, di preparare gli uomini alla virilità. Ma, al contrario, non cerca che di tenerli in un'infanzia perpetua.

Lavora volentieri alla felicità dei cittadini ma vuole esserne l'unico agente, l'unico arbitro.

Provvede alla loro sicurezza, ai loro bisogni, facilita i loro piaceri, dirige gli affari, le industrie, regola le successioni, divide le eredità: non toglierebbe forse loro anche la forza di vivere e di pensare?” (A. de Toqueville¹).

La dinamica dei rapporti pubblico/privato si spiega oggi in tutta la sua complessità e trova riscontro in ogni ambito del diritto. La Suprema Corte di Cassazione ha recentemente osservato che oggi “pubblico e privato si intrecciano secondo sequenze non consuete”². Allo studioso del diritto privato, in particolare, non può sfuggire come la sorte del contratto e di altri istituti ontologicamente e sociologicamente privatistici (dalla concorrenza sleale alla tutela dei segni distintivi e delle private industriali) si trovi oggi a dover fare i conti con un ruolo sempre più crescente e incisivo del potere pubblico ed, in particolare, delle cd. *authorities*. Che sia in corso una sorta di “ritorno al pubblico” o comunque un processo di “amministrativizzazione” di alcune parti sostanziali del diritto privato, pare dato innegabile. Sono sempre più numerosi infatti i settori dell’attività economica,

¹ A. DE TOQUEVILLE, *Scritti, note e discorsi politici 1839-1852*. Bollati Boringhieri, 1994. La citazione prende spunto dalla relazione introduttiva tenuta del PROF. ADRIANO VANZETTI in occasione del convegno milanese sulle “*Pratiche commerciali scorrette*” organizzato dal Sispi (Società italiana per lo studio della proprietà industriale) nei giorni 11-12 giugno 2010 presso l’aula magna dell’università Bocconi di Milano.

² Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2009, 3.

fondati su rapporti privati, che vedono protagoniste le autorità amministrative, specie quelle indipendenti, in un ruolo, non solo normativo, ma molto spesso anche decisionale. Ancor più eclatante appare la scelta in molti settori, fra cui anche quello delle pratiche commerciali sleali oggetto di questo scritto, di attribuire a tali autorità un potere di impulso *motu proprio* nella repressione degli illeciti.

A ciò si accompagna, spesso e volentieri, un'intensa e travolgente attività legislativa, specie da parte degli organi comunitari - di cui, peraltro, le autorità amministrative indipendenti sono figlie- che vorrebbe, o che comunque tende apparentemente a voler, coprire e regolamentare ogni possibile spazio, ogni singola mossa, dell'attività d'impresa. Autorevole dottrina³ ha parlato in proposito (e con diretto riferimento a quello che suole essere tradizionalmente definito il "diritto industriale") di "legislazione sgangherata" frutto, fra l'altro della "bulimia legislativa" dell'Unione europea.

Che ciò sia la conseguenza della spinta verso la globalizzazione dei mercati, che impone di rivedere le categorie giuridiche alle quali eravamo abituati, dalle fonti del diritto al ruolo del contratto e dell'autonomia privata, e di adeguarsi alla nuova dimensione macro economica - più che giuridica - imposta dalla stessa, forse non è il punto decisivo. Più importanti (e preoccupanti) paiono essere le conseguenze derivanti da questa progressiva espansione del potere pubblico e delle autorità amministrative.

Un eccesso di legislazione rappresenta, secondo Toqueville (ma anche secondo Kant e Mills), "il maggiore rischio di dispotismo a cui le democrazie liberali possano andare incontro". L'ideologia paternalistica di uno Stato, che insegna ai suoi cittadini qual è il loro bene attraverso una costante attività legislativa, rappresenta per questi Autori una minaccia al pensiero liberale.

A parere di alcuni, una tale ideologia paternalistica si può scorgere dietro i più recenti interventi normativi di stampo comunitario a tutela del consumatore. Fra questi, anche la disciplina delle pratiche commerciali sleali (o scorrette, secondo la definizione data dal legislatore italiano del 2007) introdotta con la Direttiva 29/2005/Ce, che costituisce l'oggetto principale di questa tesi.

³ VANZETTI A., *Legislazione e diritto industriale* in *Riv. Dir. Ind.* 2011, 01, p. 5.

La presente trattazione, dunque, si propone, proprio alla luce delle nuove disposizioni, di approfondire il tema dei rapporti tra autonomia privata e regolazione del mercato, fra imprese e consumatori, fra questi e istituzioni. Posto che, a parere di chi scrive, se è vero che la nuova disciplina delle pratiche commerciali sleali reca con sé innumerevoli difetti e appare come l'ultimo teatro della "pubblicizzazione" del diritto privato e della bulimia legislativa dell'unione europea, essa, ciò non di meno, pare interessante, in quanto attribuisce un nuovo e diverso ruolo ai protagonisti di un sistema più ampio di tutele e di regolazione, che è il mercato.

Su tale ruolo ci si concentrerà, dapprima delineando il contesto storico delle disposizioni oggetto di indagine al fine di individuarne correttamente la *ratio*, per poi passare a considerare in quali forme le nuove disposizioni vengono ad incidere sulle imprese, sulla loro attività in rapporto con i consumatori, sulla loro autonomia privata e libertà economica, ed, in definitiva, sul loro agire sul mercato. Si prenderà in considerazione innanzitutto la Direttiva 29/2005/CE, per poi passare a considerare le norme di attuazione, contenute oggi nel novellato Codice del consumo (artt.18-27*quater*), non solo nel loro contenuto meramente giuridico e normativo, ma anche e soprattutto cercando di metterne a fuoco la portata "sistematica".

Infine, si verrà a considerare il ruolo *dell'enforcement* che il legislatore ha scelto di dare a tali norme e quindi quello delle istituzioni, o comunque dei soggetti, chiamati a dare attuazione alle disposizioni in esame. Sotto tale profilo, si metteranno in evidenza, da un lato, le dinamiche del rapporto pubblico – privato, poiché, come vedremo, accanto alla scelta del *public enforcement* affidato nel nostro ordinamento all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, permangono vecchi sistemi di tutela (le autorità giurisdizionali) e nuove (o quasi) forme di regolazione privata, quali l'autodisciplina.

Si cercherà di comprendere come e se, in questo coacervo di competenze e tutele, sia garantita e secondo quali nuovi valori o parametri, una tutela al consumatore, essendo peraltro il consumatore stesso il destinatario, quanto meno formale, della disciplina oggetto di studio.

Si cercherà di evidenziare quali siano in concreto le conseguenze e i rischi che la “virata in senso pubblicistico”, che vede in primo piano le autorità amministrative indipendenti, porta con sé, ed in che modo la stessa possa trovare un argine o un contrappeso nella previsione di tali strumenti di autodisciplina.

Si metteranno inoltre a fuoco i luoghi e i momenti del confronto, ma anche dell’attrito, fra due sistemi, quello comunitario e quello nazionale, soffermandosi sul ruolo e sul valore di una legislazione comunitaria che a tratti appare fortemente lontana e insensibile alla nostra tradizione giuridica, animata, come pare, da una frenesia definitoria e onnicomprensiva. Infine di comprendere quale sia il (nuovo?) ruolo che spetta giurista in un momento di crescente supremazia delle scienze economiche sempre più propense a scrivere, da sole, le linee di policy o di regolazione del mercato. Ed ancora, quale sia anche il ruolo spettante all’interprete che pare oggi più costretto dentro le maglie di un sistema che procede a colpi di definizioni.

Il tema è (quantomeno a parere di chi scrive) senz’altro affascinante e ricco di risvolti, non solo di carattere strettamente giuridico ma, come si accennava, anche ideologico, che vanno dalla regolazione del mercato alla tutela della concorrenza.

1

DALLA COMUNICAZIONE COMMERCIALE ALLE PRATICHE COMMERCIALI SLEALI. LA DIRETTIVA 2005/29/CE.

SOMMARIO: 1.1 Cenni introduttivi. Il Libro verde della Commissione sulla comunicazione commerciale, l'obiettivo del mercato interno e la tutela del consumatore. 1.2 Struttura e contenuti della direttiva 2005/29/CE. 1.3 La direttiva 2005/29/CE e il suo ambito di applicazione: la nozione di "pratica commerciale" fra imprese e consumatori. 1.4 L'ambito di applicazione della Direttiva e gli interessi tutelati. 1.5 L'ambito di applicazione della Direttiva, gli interessi tutelati e i rapporti con la disciplina della pubblicità.

1.1 Cenni introduttivi. Il Libro verde della Commissione sulla comunicazione commerciale, l'obiettivo del mercato interno e la tutela del consumatore.

Appare opportuno, al fine di inquadrare correttamente la disciplina di cui ci si occupa, gettare dunque un primo sguardo alle premesse storiche da cui la stessa trae origine. Tali premesse sono rappresentate, in primo luogo, dal Libro Verde sulla comunicazione commerciale elaborato dalla Commissione nel 1996⁴ e quindi, dal Libro verde sulla protezione dei consumatori del 2001⁵.

La comunicazione commerciale, termine non propriamente noto alle scienze giuridiche⁶, è secondo il Libro verde "ogni forma di comunicazione volta a promuovere i prodotti, i servizi, o l'immagine dell'impresa stessa presso i consumatori finali e/o i distributori" e "si riferisce a tutte le forme di pubblicità, marketing, promozione delle vendite e relazioni pubbliche".

⁴ Commissione europea, Libro Verde sulla Comunicazione commerciale, COM. (1996) 192 def.

⁵ Commissione europea, Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea, COM (2001) 531 def.

⁶ Si veda tuttavia per un precedente normativo importante l'art. 2 lett. f della dir. 2000/31/CE in materia di commercio elettronico dove per comunicazioni commerciali si intendono "tutte le forme di comunicazione destinate, in modo diretto o indiretto, a promuovere beni, servizi o l'immagine di un'impresa, di un'organizzazione o di una persona che esercita un'attività commerciale, industriale, artigianale o una libera professione".

Secondo la Commissione, la comunicazione commerciale rappresenta inoltre “*un potente fattore d’integrazione dei mercati nazionali*” e come tale va garantita e incentivata nella sua libera circolazione.

Sempre secondo gli organi comunitari, la presenza di un’eccessiva eterogeneità tra le misure applicate dagli Stati membri rispetto alle forme e al tipo di restrizioni riguardanti la comunicazione commerciale costituisce un pericoloso ostacolo alla realizzazione del mercato interno.

L’esistenza di differenze, talvolta anche marcate, fra le legislazioni nazionali in materia di pubblicità e comunicazione commerciale distoglie, infatti, le imprese dall’operare a livello europeo in tale settore, essenziale per la promozione della loro attività economica. Troppi ed eccessivi appaiono essere i costi e i rischi connessi all’offerta e alla promozione di prodotti e servizi in paesi caratterizzati di volta in volta da scenari normativi distinti. D’altra parte, in un tale contesto, sono i consumatori stessi ad evitare di porre in essere acquisti fuori dal territorio nazionale per la tendenza a considerare meno sicuri i contratti conclusi con professionisti che abbiano la loro sede in altri paesi proprio per il fatto che di tali paesi non si conosce la legislazione⁷.

È fondamentale rilevare infine come l’incremento quantitativo e qualitativo delle negoziazioni transfrontaliere costituisca, ad avviso della Commissione, una condizione imprescindibile per la realizzazione di due obiettivi strategici del mercato unico: l’armonizzazione dei prezzi (verso un livello che sia il più basso possibile) e l’ampliamento e la diversificazione dell’offerta di prodotti e servizi ai consumatori nello spazio economico europeo.

La direttiva 2005/29/Ce (di seguito anche la “*Direttiva*”) sulle pratiche commerciali sleali (di seguito anche “*PCS*”) si inserisce dunque in questo quadro e si propone, attraverso la disciplina del fenomeno della comunicazione commerciale, *latu sensu* intesa, ma anche si potrebbe correttamente dire *dell’attività commerciale* delle imprese nei confronti dei consumatori, di andare verso la creazione del mercato unico nel segno dell’Unione europea, contribuendo così all’appianamento delle

⁷ In tal senso, si veda la Relazione illustrativa della Proposta di direttiva relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori presentata dalla Commissione nel 2003 nonché il Considerando n. 12 della Direttiva.

differenze che, come verrà più volte ricordato, creano incertezze negli operatori economici, rallentando e disincentivando la libera circolazione e il libero dispiegarsi dell'attività economica.

Secondo la Direttiva “*dall’armonizzazione deriverà un notevole rafforzamento della certezza del diritto, sia per i consumatori sia per le imprese, che potranno contare entrambi su un unico quadro normativo fondato su nozioni giuridiche chiaramente definite che disciplinano tutti gli aspetti inerenti alle pratiche commerciali sleali nell’UE.*”.

Da queste premesse quindi è necessario partire qualora ci si accinga ad affrontare uno studio della Direttiva e ad indagarne la *ratio*.

E tali premesse è necessario ricordare quando si evidenzi l'altro essenziale presupposto che determina la nascita della Direttiva sulle pratiche commerciali sleali, e cioè il Libro verde della Commissione sulla tutela del consumatore.

Come anticipato sopra, infatti, la Direttiva si pone – anche - come un provvedimento di carattere generale volto a rafforzare il livello di protezione di cui godono i consumatori all'interno del mercato europeo e si propone di apprestare una tutela generalizzata nei confronti di questi ultimi, specie nei loro rapporti con le imprese. Ebbene, che la protezione del consumatore costituisca al tempo stesso presupposto ed oggetto di intervento della normativa in esame non è dato che si intenda contestare. Una simile posizione, peraltro, sarebbe presto smentita, non tanto dal richiamo, voluto dagli organi comunitari in sede di emendamento della proposta di Direttiva⁸, all'art. 153 CE del Trattato Ue, di cui al primo Considerando della stessa, quanto piuttosto, dal fatto essenziale e sostanziale che l'ambito di applicazione della Direttiva corrisponde a *tutte e soltanto* quelle pratiche commerciali che ledono *direttamente gli interessi dei consumatori* - mentre, come si avrà modo di osservare, essa non riguarda quelle pratiche che, sebbene sleali, si configurino come lesive esclusivamente degli interessi dei concorrenti⁹.

⁸ Si noti peraltro che tale richiamo fu introdotto dal Parlamento solo in sede di emendamenti della Proposta di Direttiva presentata dalla Commissione nel 2003. Inizialmente l'unico richiamo era all'art. 95 CE sul mercato interno.

⁹ Sulla distinzione fra pratiche lesive esclusivamente degli interessi dei consumatori e pratiche lesive anche degli interessi dei concorrenti/professionisti si veda oltre e in particolare il § 1.5.

Ciò che si vuole mettere in luce, è invece, il fatto che la Direttiva è innanzitutto un provvedimento di regolazione del mercato. Ed è rispetto a questo “macro obiettivo” che si articolano gli altri obiettivi affrontati dal legislatore comunitario, fra i quali merita certamente particolare considerazione l’obiettivo dell’innalzamento del livello di protezione dei consumatori. Che tuttavia, non può certo essere considerato come l’obiettivo principale¹⁰.

Come si vedrà a breve, infatti la disciplina introdotta dalla Direttiva si caratterizza per la presenza di una serie di clausole generali e nozioni giuridiche indeterminate che appaiono quali “campanelli di allarme” di una, se non limitata, quantomeno “rivisitata”, tutela del consumatore nell’ambito della tutela contro le pratiche commerciali scorrette.

Tale disciplina si dichiara ispirata sì, al rafforzamento della tutela del consumatore ma è innegabile che essa dando luogo ad una protezione che coniuga divieti e obblighi di diligenza e di informazione da parte del professionista con oneri di attenzione e avvedutezza da parte del consumatore, rivela la sua natura “ibrida”. Non solo, ma come vedremo, la stessa introduce una soglia di proporzionalità della repressione delle violazioni che è palesemente ispirata alla ricerca di un punto di equilibrio fra tutela del consumatore e libertà di impresa e di iniziativa economica da parte del professionista, con particolare riferimento alla sua attività commerciale. Si assiste, cioè ad una sorta di ridefinizione degli equilibri tra gli obiettivi perseguiti a livello comunitario: da un lato, la tutela dei consumatori, dall’altro quella del mercato, della concorrenzialità e del buon funzionamento dello stesso.

D’altro canto, che la tutela del consumatore non rappresenti il fine ultimo e primario della Direttiva, lo si può desumere non appena ci si addentri in una più attenta analisi della stessa.

¹⁰ Il tema della regolazione dei mercati, che, come vedremo, rileva nello studio della disciplina in esame, essendo la stessa disciplina preordinata, in primo ordine, alla tutela della concorrenza, è tema estremamente attuale. Per evidenti ragioni di sintesi non ci potrà soffermare in questa sede sui molteplici caratteri che individuano il fenomeno. Pertanto si rinvia alla seguente, per quanto parziale, bibliografia di riferimento: MUSU I., CIOCCA L., *Economia per il diritto*, Bollati Boringhieri, Torino 2006, D’ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Il Mulino 2008, VALENTINI S., *Diritto e istituzioni della regolazione*, Giuffrè 2005.

In tale senso ed *in primis*, occorre rilevare che la Direttiva si pone come un provvedimento di armonizzazione “*massima*”, essa punta, cioè, alla realizzazione di una piena e completa identità delle regole sulla comunicazione commerciale e sulle PCS negli Stati membri a garanzia della semplificazione e della certezza delle attività commerciali transfrontaliere¹¹. Ciò appare invero in controtendenza rispetto alla tradizione comunitaria in materia di tutela del consumatore da sempre ispirata ai principi della armonizzazione “*minima*”¹², che, come noto, consente agli Stati membri di mantenere regole diverse da quelle comunitarie purché più rigorose rispetto a queste ultime, in un’ottica, chiaramente di maggiore *favor* e tutela verso il consumatore. Laddove quindi, il legislatore avesse inteso tutelare in via principale e prioritaria il consumatore avrebbe certamente optato per un provvedimento di armonizzazione minima, consentendo agli Stati membri di mantenere e/o introdurre regole più severe, in grado di tutelarlo maggiormente.

Scegliendo invece la soluzione della “*target full harmonization*”, ha dimostrato come prioritario fosse lo scopo della creazione del mercato unico (anche) rispetto a

¹¹ Sebbene manchi una disposizione che riconosce espressamente alla Direttiva la natura di provvedimento di armonizzazione completa, non pare, alla luce di una serie di considerazioni, che sul punto possano nutrirsi ragionevoli dubbi. Ed invero, da un lato manca una espressa statuizione che consenta agli Stati membri di ricorrere a norme più rigorose, statuizione che normalmente si ritrova invece in tutte le direttive di tutela del consumatore precedenti a questa (si veda anche oltre, la nota 9). Dall’altro, il fatto che il legislatore comunitario consenta agli Stati membri di mantenere fino al 2013 disposizioni “più dettagliate e vincolanti” rispetto a quelle della Direttiva e puntualizzi che in alcune materie e settori di attività, segnatamente quelli riguardanti i servizi finanziari e i beni immobili, gli Stati membri sono liberi di mantenere e/o introdurre tali disposizioni più vincolanti e dettagliate, fa senz’altro propendere per questo tipo di lettura. Sulla armonizzazione completa della Direttiva la dottrina pare essere concorde. Si veda, fra gli altri, GRANELLI C., *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l’attuazione della direttiva 2005/29/Ce modifica il codice del consumo*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, pp.777; GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *Contratti*, 2, 2007.

¹² Fra le direttive adottate dal legislatore comunitario in materia di tutela del consumatore e ispirate al suddetto principio meritano in particolare di essere ricordate: la direttiva 93/13/Cee concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, la direttiva 85/577/Cee e la direttiva 97/7/Ce, oggi abrogate dalla direttiva 2011/83/UE, rispettivamente, sui contratti del consumatore negoziati fuori dai locali commerciali e sui contratti a distanza, la direttiva 2006/65/Ce sulla commercializzazione dei servizi finanziari a distanza ai consumatori, la direttiva 2008/48/Ce sul credito al consumo, recentemente introdotta. Un discorso a parte meriterebbe la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, che modifica la direttiva 93/13/CEE e la direttiva 1999/44/CE e che abroga la direttiva 85/577/CEE e la direttiva 97/7/CE, il cui articolo 4, sotto la rubrica “Livello di armonizzazione” stabilisce che “*Salvo che la presente direttiva disponga altrimenti, gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso*”.

quello della protezione del consumatore. L'obiezione, puntuale, avanzata da parte della dottrina, circa il mancato raggiungimento, in concreto, degli obiettivi dell'armonizzazione massima¹³, non incide peraltro sull'assunto di fondo che si sta cercando di mettere in luce e, cioè, sul fatto che la tutela del consumatore non costituisce l'obiettivo principale della disciplina in esame; ché laddove, per contro, così fosse stato, ciò avrebbe dovuto escludere, in linea di principio, la scelta dell'armonizzazione massima.

Un altro argomento interessante, al fine di mettere in luce la fragilità di una lettura della nuova disciplina sulle PCS in chiave esclusivamente consumeristica e privatistica, e che, d'altra parte, rende ancora più evidente la vocazione essenzialmente "regolatoria" del provvedimento, è la separazione – almeno nella lettera della Direttiva – fra il regime di legittimità/illegittimità della pratica commerciale e quello di validità/invalidità del contratto che ne discende e che direttamente coinvolge e lede il consumatore. Separazione, si dice, poichè di quest'ultimo aspetto il legislatore comunitario non si occupa affermando chiaramente che l'applicazione della Direttiva "*non pregiudica*" l'applicazione

¹³ Sul punto vi è sostanziale omogeneità di opinione fra gli Autori: si vedano in particolare AUTERI P, DI CATALDO V., DE CRISTOFARO G, tutti opportunamente citati in questo scritto. Secondo la dottrina l'obiettivo dell'armonizzazione massima non viene perseguito dal legislatore comunitario in modo efficace e coerente sotto vari profili. In primo luogo, perché, come si accennava sopra, alcuni settori sono espressamente lasciati fuori dallo spettro di incidenza dell'armonizzazione massima (in particolare, sanità, sicurezza dei prodotti, beni immobili, servizi finanziari). Secondariamente, la Direttiva, limitando il suo ambito di applicazione, come vedremo, alle sole pratiche commerciali che siano *idonee a falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori*, lascia impregiudicate tutte quelle pratiche che al contrario sono idonee a danneggiare i soli concorrenti o comunque ad alterare in misura non rilevante il comportamento dei consumatori. Da ultimo, giustamente si rileva che per nulla coerente risulta essere l'impianto delineato dal considerando n. 10 che, in spregio al carattere generale della disciplina, sancisce che la stessa viene derogata dalle norme comunitarie che operano come norme speciali laddove queste contengano disposizioni divergenti ("*È necessario garantire un rapporto coerente tra la presente direttiva e il diritto comunitario esistente, soprattutto per quanto concerne le disposizioni dettagliate in materia di pratiche commerciali sleali applicabili a settori specifici. (...) Di conseguenza, la presente direttiva si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore. Essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore e vieta ai professionisti di creare una falsa impressione sulla natura dei prodotti*").

delle norme sui contratti¹⁴. Ciò significa che, almeno in linea di principio, un contratto discendente da una pratica commerciale dichiarata scorretta dalle competenti autorità amministrative/giurisdizionali non dà automaticamente luogo alla dichiarazione di invalidità dello stesso e che neppure, teoricamente, interferisce nel procedimento giurisdizionale che avrà ad oggetto la valutazione circa la validità di quel contratto¹⁵. Che questo possa essere, una volta calati nel concreto, inverosimile e anacronistico¹⁶ è altro problema che pure si affronterà nel presente scritto. Ciò che preme evidenziare ora, è che nella normativa sulle PCS che ci si accinge ad affrontare, l'ottica individualistica (tipicamente civilistica) della tutela del consumatore si perde e si contamina con quella economica e generale del mercato (tipicamente regolatoria).

Ma ciò che più di ogni altra cosa pare mettere a fuoco la logica e la *ratio* del provvedimento in esame, è la scelta di introdurre, per la prima volta anche attraverso un'espressa definizione legislativa, un parametro soggettivo cui conformare la tutela e sul quale sarà opportuno soffermarsi: secondo il testo della Direttiva infatti, il destinatario della protezione apprestata dalla Direttiva non è il consumatore individualmente inteso. O meglio, lo è nella misura in cui egli risponde al parametro del “*consumatore medio*”, del consumatore, cioè, “*ragionevolmente informato, normalmente attento e avveduto*”¹⁷ che secondo quanto si legge nella relazione illustrativa della proposta di direttiva della Commissione, altro non rappresenta che “un criterio di proporzionalità” necessario a chiarire “il parametro che i tribunali nazionali dovranno applicare” per ridurre

¹⁴ Si veda l'articolo 3 della Direttiva, che sotto la rubrica “Ambito di applicazione”, al comma secondo, recita: “*La presente direttiva non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto*”.

¹⁵ Per un commento esaustivo sul tema dell'invalidità contrattuale nell'ambito della disciplina in esame si veda CAMARDI C. *Pratiche commerciali scorrette e invalidità in Obbligazioni e contratti*, giugno 2010, p. 408.

¹⁶ DE CRISTOFARO G., *Le pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (i decreti legislativi 145 e 146 del 2 agosto 2007)*. Giappichelli 2008. Dello stesso Autore (a cura di) si veda anche, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. La direttiva 29/2005/Ce e il diritto italiano*. Giappichelli 2007.

¹⁷ Considerando n. 18 della Direttiva dove, altresì, si legge che la “*Corte di giustizia ha ritenuto opportuno nel valutare cause relative alla pubblicità ingannevole, dopo l'entrata in vigore della dir. 84/450/Cee, esaminare l'effetto su un virtuale consumatore tipico*”.

considerevolmente la possibilità di valutazioni divergenti all'interno dell'UE di pratiche tra loro simili”.

Siamo ben lontani dunque dalla tradizionale logica che ispirava altri provvedimenti a tutela del consumatore in cui lo stesso aveva connotati di debolezza strutturale ed economica rispetto al soggetto con cui si confrontava il professionista. Ma su questo punto si tornerà in seguito¹⁸.

Ciò premesso, si comprende quindi come, sottesa alla logica e alla *ratio* della Direttiva non è certamente la difesa assoluta e incondizionata del consumatori. Come è stato autorevolmente sottolineato, la disciplina introdotta dalla Direttiva tende “ad allontanarsi sempre di più dal modello di un diritto privato dei consumatori per avvicinarsi ad un modello di diritto delle imprese e del mercato”¹⁹. Senza addentrarsi ulteriormente nell'analisi e nelle valutazioni di una simile impostazione, è opportuno ripetere che, con quanto detto sopra, non si intende sostenere che la Direttiva non abbia o non si proponga di avere un fine *anche* di tutela del consumatore (inteso nei termini sopra detti). Ciò che si vuole sottolineare è piuttosto il fatto che la protezione del consumatore costituisce un *fine mezzo* rispetto al *fine ultimo*, rappresentato dalla creazione di un regime delle pratiche commerciali quanto più unitario e omogeneo possibile all'interno degli Stati membri, che tende a ridurre i costi ad essa connessi, aumentando l'offerta di beni e servizi in tale spazio comunitario e innalzando così il livello di concorrenza. La Direttiva quindi costituisce, *in primis*, una misura di armonizzazione e di riavvicinamento delle legislazioni degli stati membri adottata dagli organi comunitari in base all'art. 95 Ce per garantire il corretto e pieno funzionamento del mercato interno. E quindi, secondariamente, anche una misura (basata sull'art. 153 Ce) attraverso la quale l'Unione europea ha inteso “contribuire alla tutela degli interessi economici dei consumatori” al fine di assicurare loro un elevato ed uniforme sistema di protezione.

Sul punto non va peraltro dimenticato che la gran parte dei commentatori e delle interpretazioni dottrinali aventi ad oggetto discipline riguardanti la tutela dei

¹⁸ Per un'analisi si rinvia al cap. 2 par.5.

¹⁹ CAMARDI C. *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, op. cit. p. 408.

consumatori e quella della concorrenza difficilmente scindono il binomio consumatore/mercato e riconoscono anzi come mercato interno e tutela del consumatore finiscano comunque per convergere nella misura in cui la seconda si consegue efficacemente proprio ottenendo che la concorrenza non venga falsata nel mercato interno. E viceversa, la concorrenza viene effettivamente preservata solo laddove sia garantita una tutela della libera e consapevole scelta dei consumatori²⁰. Correttamente sul punto è stato sottolineato come la Direttiva che introduce la figura delle pratiche commerciali sleali consenta di sindacare a tutto tondo il rapporto tra imprese e consumatore superando la parcellizzazione delle tutele e cogliendo così il fenomeno del rapporto impresa / consumatore/mercato nel suo complesso²¹

1.2 Struttura e contenuti della Direttiva.

Orbene, una volta individuata la *ratio* della Direttiva e le sue premesse storiche, affrontiamo quindi più da vicino i contenuti e l'ambito di applicazione della stessa. Cominciamo dall'analisi della struttura e del contenuto.

La Direttiva si articola essenzialmente in due parti fondamentali.

La prima parte (artt. 1-13) contiene specificatamente la nuova disciplina delle "pratiche commerciali sleali", individua, cioè, e regola appunto le fattispecie rilevanti. Tale parte risulta a sua volta suddivisa in tre capi: il primo capo (artt. 1-4), intitolato "Disposizioni generali", contiene le norme che definiscono lo scopo (art. 1) e l'ambito di applicazione (art. 3) della Direttiva e fornisce inoltre alcune definizioni (art. 2) propedeutiche all'analisi delle successive norme.

Il capo secondo, intitolato "Pratiche commerciali sleali", rappresenta il contenuto precettivo vero e proprio del provvedimento. Come si vedrà nel corso dello scritto, nella nozione di pratiche commerciali si possono annoverare una serie indefinita di condotte poste in essere dal professionista anteriormente, contestualmente o anche successivamente alla conclusione di un contratto col consumatore, finalizzate a

²⁰ Sul punto si veda per tutti PERLINGIERI P., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003.

²¹ FIORENTINO L. *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbligazioni e contratti* 2011, p. 165.

promuovere la stipulazione di un tale contratto o comunque “direttamente connesse” con lo stesso. Merita di essere segnalato sin d’ora che tale nozione non ha trovato particolari consensi nella dottrina, specie in quella, europea per la sua valenza troppo generica e ridondante²² La questione sollevata parrebbe assumere importanza pratica notevole, specie in quegli ordinamenti, come il nostro, dove la nozione non trova antecedenti storici ed è stata recepita dal legislatore senza modifiche di sostanza. In tali contesti, pertanto, si deve ritenere che il compito di dare contenuto concreto alla norma spetterà alla Corte di giustizia europea e ai principi dettati da quest’ultima alla quale si ispireranno poi i giudici nazionali.

Passando a considerare la nozione di “*slealtà*” della pratica che ne determina l’illegittimità, il legislatore comunitario ha costruito suddetta nozione secondo una struttura piramidale²³, che, partendo da una clausola generale e di natura, secondo l’opinione della dottrina maggioritaria, residuale, quella di cui all’art. 5, si sviluppa in due sottoclausole che potremmo definire anche esse di carattere generale: quella relativa alle pratiche ingannevoli – art. 6 e 7 - e quella relativa alle pratiche aggressive – art. 8 e 9. La Direttiva redige anche, al suo allegato I, un elenco esaustivo di 31 pratiche commerciali che, conformemente all’art. 5, n. 5, della direttiva, sono considerate sleali «in ogni caso». Conseguentemente, come espressamente precisato dal diciassettesimo Considerando, si tratta delle uniche pratiche commerciali che si possono considerare sleali senza una valutazione caso per caso ai sensi delle disposizioni degli articoli da 5 a 9 della Direttiva.

Secondo l’art. 5, comma primo, dunque, le pratiche commerciali sleali sono vietate. La clausola di slealtà, intorno alla quale evidentemente ruota il potenziale lesivo delle pratiche e quindi la ragione fondante del loro divieto, si basa come si vedrà sulla ricorrenza cumulativa di due elementi: quello della contrarietà della pratica alla diligenza professionale e, soprattutto, quello dell’attitudine della pratica a

²² WEATHERILL S. - BERNITZ U., *The Regulation of Unfair Commercial Practices Under Ec Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, Hart Publishing, 2007; Howells G.G., MICKLITZ H.W., WILHELMSSON T., *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate Publishing, Ltd., 2006; KEIRSBILCK B., *The new European law of unfair commercial practices and competition law*, Oxford - Hart 2011.

²³ LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della Direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. GENOVESE, Cedam, 2008.

“falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio inducendolo così a prendere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso”.

Ora, al di là dell'utilizzo in sede comunitaria di espressioni a dire il vero poco felici per la loro indeterminatezza²⁴, ciò che emerge chiaramente dalla definizione è che il predicato di slealtà, nel tenore della Direttiva, è riferibile solo ed esclusivamente a comportamenti del professionista che siano in grado di ledere in misura rilevante il comportamento dei consumatori. Si tratta di una precisazione importante in quanto, come vedremo, l'ambito di applicazione della Direttiva è, almeno in prima istanza, circoscritto alle sole pratiche commerciali lesive degli interessi dei consumatori.

Venendo quindi al capo terzo, esso è costituito da un'unica norma (l'art. 10) intitolata “Codici di condotta”. Il tema dei codici di condotta nell'ambito della disciplina *de qua* sarà oggetto di indagine specifica allorquando ci si soffermerà sull'analisi del recepimento della normativa comunitaria in sede nazionale nonché dell'applicazione delle norme oggetto di studio. Inoltre lo stesso appare particolarmente interessante nell'ambito della Direttiva in quanto richiama nuovamente quella dinamica pubblico/privato di cui si diceva in apertura e testimonia la tensione tra due sistemi di regolamentazione dei rapporti privati. Per ora ci si limiterà a dire, che l'introduzione di una norma che da sola costituisce un intero capo della Direttiva, può già far intuire l'importanza che il legislatore comunitario intendeva attribuire allo strumento dell'autodisciplina. Non si tratta peraltro di una novità nell'ambito della legislazione consumeristica comunitaria dove numerose sono le ragioni del “successo”, per così dire, di tali strumenti²⁵.

Ebbene, anticipando in parte quanto si vedrà oltre, la norma non soltanto autorizza gli Stati membri a prevedere nell'ambito delle discipline nazionali il ricorso allo strumento dei codici di condotta in aggiunta ai tradizionali strumenti di

²⁴ Il termine “*decisione di natura commerciale*” per esempio, avrebbe secondo la dottrina certamente potuto essere reso dagli incaricati con locuzioni più appropriate. Sul punto si veda in particolare DE CRISTOFARO 2007, *op.cit.*, ed ivi ulteriori riferimenti alla dottrina europea.

²⁵ Per una rassegna delle ragioni che sostengono e hanno sostenuto lo sviluppo e la diffusione dei codici di autodisciplina nella regolazione di tipo comunitario, specie in quella riguardante rapporto economici si veda FABBIO P., *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali*, *Giur. comm.* 2008, 04, p. 706.

enforcement, giurisdizionali e/o amministrativi, ma prevede anche che i legislatori nazionali “*incoraggino*” tale controllo basato sull’autodisciplina attraverso la designazione di soggetti e organismi “responsabili del codice”. Così facendo il legislatore comunitario dimostra un chiaro atteggiamento di favore verso un approccio “privatistico” e alternativo della gestione di possibili conflitti. Segnatamente, l’art. 10 recita: “*La presente direttiva non esclude il controllo, che gli Stati membri possono incoraggiare, delle pratiche commerciali sleali esercitate dai responsabili dei codici né esclude che le persone o le organizzazioni di cui all’articolo 11 possano ricorrere a tali organismi qualora sia previsto un procedimento dinanzi ad essi, oltre a quelli giudiziari o amministrativi di cui al medesimo articolo. Il ricorso a tali organismi di controllo non è mai considerato equivalente alla rinuncia agli strumenti di ricorso giudiziario o amministrativo di cui all’articolo 11*”²⁶.

Il quarto ed ultimo capo, infine, intitolato “Disposizioni finali” (artt. da 11 a 13), reca fundamentalmente la disciplina di carattere per così dire “procedurale”, in quanto contiene norme relative all’applicazione della Direttiva nelle sue disposizioni “sostanziali” (di cui si è detto sopra) e alle sanzioni da comminarsi nel caso di violazione delle stesse. A tal proposito, il legislatore comunitario ha contemplato la possibilità per gli Stati membri di optare per un controllo di tipo amministrativo o giurisdizionale, senza peraltro escludere che le due scelte possano convivere, purché sia assicurata l’esistenza di mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali²⁷.

²⁶ Della norma in questione si tratterà specificatamente oltre.

²⁷ Articolo 11 intitolato “*Applicazione*” stabilisce al comma 1 che: “*Gli Stati membri assicurano che esistano mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali al fine di garantire l’osservanza delle disposizioni della presente direttiva nell’interesse dei consumatori. Tali mezzi includono disposizioni giuridiche ai sensi delle quali le persone o le organizzazioni che secondo la legislazione nazionale hanno un legittimo interesse a contrastare le pratiche commerciali sleali, inclusi i concorrenti, possono: a) promuovere un’azione giudiziaria contro tali pratiche commerciali sleali, e/o b) sottoporre tali pratiche commerciali sleali 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 possa esigere che si ricorra in via preliminare ad altri mezzi previsti per risolvere le controversie, compresi quelli di cui all’articolo 10.*”

In tema di rimedi, l'art. 13 si limita ad affidare alle legislazioni nazionali il compito di irrogare sanzioni che dovranno essere “*effettive, proporzionate e dissuasive*”, senza peraltro specificare di quali sanzioni debba trattarsi. Pur nella libertà concessa agli Stati, che potranno, almeno astrattamente, prevedere rimedi di carattere pubblicistico (amministrativo e penale) così come di tipo privatistico²⁸, la Direttiva sembra ciò nondimeno considerare principale lo strumento dell'inibitoria volta a far cessare le pratiche o a vietarne il compimento, anche in assenza di prove circa la colpa del professionista e le effettive conseguenze dannose della pratica (art. 11 comma 2)²⁹.

Siamo così giunti alla seconda parte della Direttiva (artt. 14- 16), la quale contempla due soli articoli che sostanzialmente modificano alcune discipline comunitarie già esistenti.

Si tratta, in particolare, della direttiva comunitaria 84/450/Cee in materia di pubblicità ingannevole e comparativa (art. 14)³⁰, delle direttive 97/7Ce e 2002/65/Ce riguardanti, rispettivamente, la protezione dei consumatori nei contratti a distanza e la commercializzazione di servizi finanziari ai consumatori (art. 15) ed

²⁸ In tal senso si veda DE CRISTOFARO G, 2007 *op.cit.* p. 14 ss. secondo il quale nulla, secondo il tenore della Direttiva, avrebbe impedito agli Stati membri ed al nostro Paese di comminare la sanzione di nullità per i contratti nascenti da una pratica commerciale sleale ovvero di attribuire al consumatore, vittima di una PCS, il diritto di recesso *ad nutum* dal contratto. Secondo l'Autore il legislatore italiano avrebbe serbato un inutile e “assordante” silenzio sul punto lasciando l'arduo compito di ricostruire i rapporti tra PCS e disciplina dei contratti esclusivamente all'interprete.

²⁹ Art. 11 comma 2: “*Nel contesto delle disposizioni giuridiche di cui al paragrafo 1, gli Stati membri conferiscono all'organo giurisdizionale o amministrativo il potere, qualora ritengano necessari detti provvedimenti tenuto conto di tutti gli interessi in causa e, in particolare, dell'interesse generale: a) di far cessare le pratiche commerciali sleali o di proporre le azioni giudiziarie appropriate per ingiungere la loro cessazione, o b) qualora la pratica commerciale sleale non sia stata ancora posta in essere ma sia imminente, di vietare tale pratica o di proporre le azioni giudiziarie appropriate per vietarla, anche in assenza di prove in merito alla perdita o al danno effettivamente subito, oppure in merito all'intenzionalità o alla negligenza da parte del professionista. Gli Stati membri prevedono inoltre disposizioni affinché i provvedimenti di cui al primo comma possano essere adottati nell'ambito di un procedimento d'urgenza: — con effetto provvisorio, oppure — con effetto definitivo, fermo restando che compete ad ogni Stato membro scegliere una delle due opzioni. Inoltre, al fine di impedire che le pratiche commerciali sleali la cui sospensione sia stata ordinata da una decisione definitiva continuino a produrre effetti, gli Stati membri possono conferire all'organo giurisdizionale all'autorità amministrativa il potere: a) di far pubblicare tale decisione per esteso, o in parte, e nella forma che ritengano opportuna, b) far pubblicare inoltre un dichiarazione rettificativa”.*

³⁰ Va peraltro ricordato che il 27 dicembre del 2006 è stata pubblicata nella Gazzetta ufficiale la direttiva 2006/14/Ce recante la versione codificata della dir. 84/450 a seguito delle modifiche apportate dalla Direttiva in esame e prima dalla (oggi abrogata) dir. 97/55/Cee.

infine (art. 16) della direttiva 98/27Ce in materia di provvedimenti inibitori a tutela dei consumatori e del regolamento Ce 2006/2004 sulla cooperazione per la tutela dei consumatori.

Come si avrà modo di osservare, l'introduzione di modifiche ad alcune delle discipline già in essere solleva questioni di coordinamento e di interpretazione delle varie norme non di poco momento sulle quali si tornerà oltre.

È necessario ora individuare l'ambito di applicazione della Direttiva in esame.

1.3 La direttiva 2005/29/CE e il suo ambito di applicazione: la nozione di “pratica commerciale” fra imprese e consumatori.

Una volta compresa la struttura ed individuati (per sommi capi in realtà) i contenuti del provvedimento, bisogna allora definire il campo di applicazione della Direttiva e individuare le fattispecie oggetto di disciplina.

La questione, come si accennava sopra, assume particolare importanza a causa delle possibili sovrapposizioni con altre normative comunitarie a cui la stessa può dare origine. Non solo, ma l'individuazione corretta delle fattispecie rileva anche se si tiene a mente che la Direttiva costituisce un provvedimento di armonizzazione massima e che pertanto con riferimento (e solo con riferimento) alle fattispecie oggetto della stessa gli Stati membri non potranno, alla scadenza del periodo di grazia (6 anni a decorrere dall'entrata in vigore della stessa, e cioè dal 12 giugno del 2007), adottare o aver adottato discipline diverse da quelle imposte dal legislatore comunitario. Per le fattispecie, al contrario, che non ricadono nello spettro di applicazione della Direttiva (si vedano per esempio, le pratiche commerciali, ed in particolare la pubblicità, che siano lesive solo degli interessi dei professionisti e dei concorrenti e che rientrano quindi nel raggio di applicazione della direttiva 2006/114/CE sulla pubblicità ingannevole e comparativa³¹), gli Stati membri restano liberi di applicare discipline difformi (purché queste garantiscano una più ampia tutela ai soggetti destinatari della protezione).

³¹ Art. 8 della direttiva 2006/114/CE. Sull'argomento e più specificatamente sui rapporti tra disciplina introdotta dalla Direttiva in materia di PCS e pubblicità ingannevole a seguito dell'entrata in vigore della Direttiva stessa si veda anche il § 1.4 del presente capitolo.

La nozione quindi che definisce l'oggetto e il campo di applicazione della Direttiva è, in prima battuta, quella che emerge dal combinato disposto degli artt. 2 lett. (d) e 3 comma primo: secondo l'art. 2 si deve intendere per pratica commerciale tra imprese e consumatori “*ogni azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale, ivi compresi il marketing e la pubblicità, posta in essere da un professionista e direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori*”. Le analogie con la definizione di comunicazione commerciale e la derivazione della stessa da quella contenuta nel Libro Verde sono evidenti. Secondo l'art. 3, primo comma, che precisa e specifica la nozione di cui sopra, tali pratiche possono essere poste in essere “*prima, dopo o durante un'operazione commerciale relativa ad un prodotto*”.

La definizione merita dunque di essere analizzata attentamente in ogni sua parte.

Diremo quindi, in primo luogo, che si tratta di una nozione estremamente ampia che tende ad abbracciare ogni tipo di comportamento dell'impresa volto ad influenzare, evidentemente a proprio vantaggio, le decisioni del consumatore, innanzitutto con riguardo all'acquisto o meno di un bene o servizio³².

Ma non solo: pare corretto sostenere che la fattispecie comprenda anche quei comportamenti che incidono sulle decisioni del consumatore connesse e/o successive a detto acquisto, e cioè, su quelle decisioni relative alle condizioni di acquisto, al modo in cui pagare il prodotto (se integralmente o parzialmente), alla decisione di tenere o meno il prodotto e/o di esercitare le azioni contrattuali eventualmente previste in relazione a tale acquisto (si veda in proposito l'art. 2 lett. k contenente la definizione di “*decisione di natura commerciale*”).

Inoltre, le condotte rilevanti sono tutte quelle riconducibili a rapporti *business to consumer*, precontrattuali e contrattuali, aventi ad oggetto (o direttamente connessi con) l'offerta di un bene o servizio al consumatore, nonché i rapporti (*business to consumer*) contrattuali e post-contrattuali consistenti in azioni/omissioni del

³² Si veda Corte di Giustizia CE, I sez., 23.4.2009, cause C-261/07 e C-299/07 “*le offerte congiunte costituiscono atti commerciali che si iscrivono chiaramente nel contesto della strategia commerciale di un operatore e rivolte direttamente alla promozione e allo smercio delle sue vendite*”.

professionista che possano scorrettamente influenzare la scelta del consumatore di esercitare un diritto o far valere una tutela in relazione al contratto stipulato.

A contrario, diremo invece, che non ricadono nell'ambito di applicazione della Direttiva le comunicazioni commerciali, o comunque le condotte del professionista volte a promuovere un bene o servizio, che siano rivolte esclusivamente ai professionisti così come anche le condotte finalizzate alla stipula di contratti fra professionisti.

Come vedremo, un tale criterio di definizione dell'ambito di operatività della disciplina, fondato essenzialmente sul destinatario del messaggio e sull'interesse di volta in volta solo potenzialmente leso, non pare essere particolarmente opportuno, considerato l'oggetto della normativa (più ampiamente si veda il § 1.4).

Proseguendo nell'analisi della definizione di pratica commerciale tra impresa e consumatore, l'art. 3 primo comma, fa riferimento a qualsiasi comportamento del professionista posto in essere *prima, durante e dopo un'operazione commerciale*, estendendo così la nozione di pratica commerciale e facendovi rientrare anche quei comportamenti dell'imprenditore che incidono su decisioni negoziali del consumatore *posteriori* alla conclusione del contratto.

Al di là della natura e delle caratteristiche della condotta, la norma suggerisce una connessione tra le pratiche commerciali oggetto di disciplina e il diritto dei contratti. Se, infatti, come pare assai verosimile, l'espressione "*operazione commerciale*" viene utilizzata in questo contesto come sinonimo di "contratto"³³, la norma introduce una sorta di "campanello d'allarme" circa le possibili interferenze che le pratiche commerciali producono con il contratto e con la relativa disciplina. È evidente infatti come il comportamento posto in essere dal professionista nei confronti del consumatore al fine di indurlo ad una scelta commerciale in suo favore può trovare sbocco (e, normalmente trova sbocco) nella conclusione di un contratto col consumatore avente ad oggetto il prodotto/servizio *prima* oggetto della comunicazione commerciale, pubblicità o attività di marketing disciplinata dalla Direttiva in esame. Si potrebbe quindi pensare che il legislatore comunitario abbia

³³ E così pare inequivocabilmente essere se si considerano anche le altre versioni linguistiche della Direttiva nelle quali ricorrono le espressioni "*commercial practice*", "*transaction commerciale*", "*Handels-geschaft*".

in qualche modo voluto disciplinare anche alcuni degli aspetti relativi alla conclusione ed esecuzione dei contratti, ed in particolare quegli aspetti relativi alla formazione della volontà negoziale e alla risoluzione del rapporto contrattuale.

In realtà, così non è. Quantomeno nella lettera della Direttiva che si premura di precisare poco dopo all'art. 3, comma secondo, che essa “*non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale ed in particolare le norme sulla formazione, validità o efficacia dei contratti*”.

Sul significato e sulla portata esatta della locuzione “*non pregiudica*” (peraltro pedissequamente riportata dal nostro legislatore in sede di recepimento della normativa comunitaria) e sul rapporto tra pratiche commerciali sleali (o meglio scorrette, secondo la definizione interna) e diritto dei contratti, si avrà modo di tornare in seguito, quando si analizzerà l'impatto della Direttiva nell'ordinamento interno (Cap. 2). Ciò che si deve tenere presente sin da ora, tuttavia, e che appare peraltro coerente con la *ratio* e la logica della Direttiva evidenziata sopra (vale a dire, con il suo essere un provvedimento di armonizzazione e di tutela del mercato prima ancora che di tutela del consumatore) è che essa non si (pre)occupi direttamente né dei rapporti contrattuali eventualmente conseguenti alle pratiche commerciali sleali né degli interessi ad essa direttamente sottesi, e cioè quelli del consumatore singolarmente considerato. Ed infatti, sul fronte dei rimedi, la Direttiva aggiunge che *non sono pregiudicati* i ricorsi individuali proposti dai soggetti lesi dalla pratica commerciale sleale (Considerando n. 9). E, d'altra parte, pur nella completa libertà di scelta, la Direttiva nella sua parte “procedurale” in ordine ai rimedi e all'applicazione delle norme sostanziali (art. 11), prevede come centrale ed assorbente il rimedio di carattere inibitorio - che, come noto, è finalizzato esclusivamente a impedire il compimento o la continuazione della pratica sleale - mentre nulla si dice circa i possibili rimedi di carattere contrattuale (sanzione di nullità/annullabilità, diritto di recesso, risarcimento del danno, risoluzione, *etc...*) volti a tutelare posizioni individuali dei singoli consumatori. Quanto detto peraltro non esclude affatto (e non potrebbe d'altra parte farlo) che, come vedremo, l'introduzione nel nostro ordinamento della disciplina oggetto di indagine possa avere delle ripercussioni sui rapporti contrattuali instaurati tra

professionisti e consumatori a seguito della realizzazione di una pratica commerciale scorretta e che in particolare la valutazione di “slealtà” fatta dal giudice nazionale in ordine alla scorrettezza della pratica possa avere una sua rilevanza ai fini del giudizio sulla validità e/o efficacia del contratto³⁴.

Prima di passare oltre, non si può omettere infine di evidenziare la vicinanza della definizione di pratica commerciale fra imprese e consumatori contenuta nella Direttiva con quella di pubblicità contenuta all’art. 2 della dir. 450/84/Cee (versione codificata) secondo cui per pubblicità si intende: “*qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso nell’esercizio di un’attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, allo scopo di promuovere la fornitura di beni o servizi, compresi i beni immobili, i diritti e gli obblighi*”.

Senza pretese di completezza, possiamo dire per il momento, che la nozione di pubblicità, la quale rappresenta la forma certamente più diffusa e importante di comunicazione commerciale, non sembra affatto esaurire il concetto di pratica commerciale fatto proprio dalla Direttiva, con la conseguenza che la stessa, come vedremo, non si sostituisce alla precedente disciplina sulla pubblicità ingannevole e comparativa, ma a questa si sovrappone e si affianca secondo un rapporto , se si vuole, di integrazione reciproca. D’altra parte, il concetto di pubblicità non assume, nell’ambito della disciplina sulle pratiche commerciali sleali, una sua autonoma rilevanza, come in altri provvedimenti, ma costituisce piuttosto un momento di una più ampia attività economica (la comunicazione commerciale) che fa da veicolo all’immagine del professionista e che risulta essere il vero oggetto della Direttiva.

Sotto altro profilo, merita un cenno anche la dottrina che sottolinea la somiglianza delle pratiche commerciali sleali con gli atti di concorrenza sleale, quanto meno con riferimento alle condotte tese ad indurre il consumatore alla conclusione di un

³⁴ Sulle sorti del contratto e, più ampiamente, sulla relazione tra disciplina delle PCS e disciplina dei contratti, alla luce della *ratio* delle nuove norme, si rinvia nuovamente a CAMARDI C. *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, op .cit. p. 411. Per alcune interessanti considerazioni in argomento si veda anche MAGRI G., *Gli effetti della pubblicità ingannevole sul contratto concluso dal consumatore. Alcune riflessioni alla luce dell’attuazione della Direttiva 05/29 CE nel nostro ordinamento Riv. Dir. Civ. 3/2011*, p. 269. Più nello specifico, su pratiche commerciali ingannevoli e contrattazione *on line*, si veda da ultimo, RENDE F., *Nuove tecniche di condizionamento delle scelte di consumo e rimedi conformativi del regolamento contrattuale, I contratti 8-9/2012*, p. 735.

contratto relativo all'acquisto di un bene³⁵. Con riguardo, invece, agli altri atti (atti che incidono sul comportamento del consumatore durante e dopo la conclusione del contratto), le condotte in questione sembrano avere certamente una valenza più ampia rispetto a quella degli atti di concorrenza sleale in senso stretto³⁶. Ebbene al di là delle ricostruzioni dogmatiche, appare utile rifarsi all'interpretazione che della nozione è stata data in sede giurisprudenziale: sin dalle prime applicazioni la Corte di Giustizia si è quindi espressa confermando che la Direttiva è caratterizzata da un ambito di applicazione per materia "particolarmente ampio", che si estende a qualsiasi pratica commerciale in collegamento diretto con la promozione, la vendita o la fornitura di un prodotto ai consumatori. In tal modo, sono escluse da detto ambito di applicazione soltanto le normative nazionali relative alle pratiche commerciali sleali che ledono «unicamente» gli interessi economici dei concorrenti o che sono connesse ad un'operazione tra professionisti³⁷. Rientrano quindi a pieno titolo nel concetto di pratica commerciale, come anche ribadito dalla Corte di Giustizia nelle sue pronunce, tutte le promozioni dirette alla vendita di beni/servizi ai consumatori, ivi comprese le offerte congiunte, le operazioni/ i giochi a premio³⁸, i cd. "gratta e vinci" e simili. In particolare

1.4 Segue: l'ambito di applicazione della Direttiva e gli interessi tutelati.

³⁵ Per una ricostruzione della disciplina che si esamina in termini essenzialmente "concorrenziali" si veda AUTERI P. *"Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?"*, in Anna Genovese (a cura di) *op. cit.* pp. 1 ss.; VANZETTI A., *op. cit.*, p.5 ss.; SPADA P., *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette*, in *Il dir. ind.* 1/2011, p. 45.

³⁶ Sul punto si veda DE CRISTOFARO G., *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, *op. cit.*, 2007, pp. 1081, secondo il quale le condotte del professionista suscettibili di essere considerate pratiche commerciali alla stregua della Direttiva hanno un significato e una portata assai più ampia rispetto agli atti di concorrenza, e ciò, quantomeno, quando si tratti di condotte posteriori alla stipulazione dei contratti.

³⁷ *Ex multis*, CGE, Sez. I, 14/01/2010, Sentenza C-304/08 e C-540/08.

³⁸ C-261/07 (VTB-VAB), e C-299/07 (Galatea). In relazione ad una campagna pubblicitaria con la quale si subordinava la partecipazione gratuita ad una lotteria all'acquisto di determinati quantitativi di merci o servizi, sentenza Plus, cit. supra alla nota 5.
le offerte congiunte sono attività commerciali univocamente rientranti nella strategia commerciale di un professionista e direttamente connesse alla promozione e alla vendita di un prodotto.

Orbene, una volta definita la nozione di pratica commerciale fra imprese e consumatori che segna, almeno in prima battuta, l'ambito di applicazione della Direttiva, occorrerà ora soffermarsi su quei profili di slealtà delle pratiche commerciali, che ne comportano il divieto, e che appaiono direttamente connessi con la ricognizione degli interessi tutelati dal provvedimento in esame.

Se infatti, i diretti destinatari della protezione sancita dalla Direttiva appaiono essere esclusivamente i consumatori, quantomeno secondo il tenore di alcune disposizioni della stessa ed in particolare dell'art. 5 secondo comma, ciò non significa che accanto ad essi non sia dato di evidenziare altri e diversi destinatari a loro volta portatori di interessi specifici.

La precisazione è importante perché, come si avrà modo di vedere, la nuova disciplina sulle PCS segna la linea di confine fra il suo ambito di operatività e quello di altre normative comunitarie (*id est*, la disciplina sulla pubblicità ingannevole e comparativa) proprio sulla base della diversa natura degli interessi tutelati. Con la conseguenza che la Direttiva si applica a tutte e solo quelle pratiche che siano lesive degli interessi dei consumatori, mentre le altre norme trovano applicazione rispetto a quelle pratiche - messaggi pubblicitari - dirette ai soli "professionisti".

Come detto sopra, dunque la nozione di slealtà proposta dal legislatore comunitario appare essenzialmente costruita sulla base di una clausola generale, che poi si articola nei due "sottotipi" di pratiche sleali, ingannevoli e aggressive. Al momento non appare rilevante concentrarsi su tali ultime due fattispecie, mentre appare opportuno soffermarsi sulla clausola generale di cui all'art. 5, ed in particolare, su una delle due condizioni che essa contempla nel definire sleale una pratica commerciale: non ci occuperemo, quindi, al momento della contrarietà a diligenza professionale³⁹ della pratica, ma piuttosto dell'idoneità della pratica "*a falsare in*

³⁹ Sul concetto di "diligenza professionale" quale elemento soggettivo costitutivo della fattispecie in esame ci si soffermerà in sede di analisi della normativa nazionale (novella al codice del consumo) per valutare anche l'interpretazione che di tale nozione è stata data in sede applicativa. Si rinvia pertanto al Capitolo 2, par.____.

*misura rilevante il comportamento economico dei consumatori*⁴⁰”, senza con ciò dimenticare che, ai fini della slealtà della pratica, pacificamente, si riconosce la necessaria ricorrenza di entrambe le condizioni.

Falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore significa dunque, secondo quanto stabilito, dall’art. 2 lettere k) ed e), “*alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole inducendolo pertanto a prendere una decisione di natura commerciale (lett. k) che altrimenti non avrebbe preso*”. Apparentemente quindi l’interesse tutelato che segna, si è detto, l’ambito di applicazione della Direttiva, è solo ed esclusivamente quello del consumatore, ed in particolare del consumatore “medio”.

Non sembrano, cioè, venire in rilievo, sulla base di una tale definizione, altri interessi che la Direttiva si premura di tutelare. In realtà, esattamente così non è. Ed infatti, come si è cercato di evidenziare anche sopra, da un punto di vista *oggettivo*, molti dei, se non tutti i, comportamenti di cui la Direttiva sulle PCS si occupa, possono essere ricondotti e qualificati come comportamenti o atti di tipo concorrenziale che avvicinano tale disciplina a quella della concorrenza sleale per finalità e contenuti⁴¹. A tale riguardo, si può aggiungere che le pratiche commerciali si configurano come comportamenti che l’imprenditore pone in essere al chiaro scopo di influenzare il comportamento e le decisioni commerciali dei consumatori al fine di spostare la loro domanda verso i suoi prodotti o servizi. Tali comportamenti sono leciti, ai fini della Direttiva, fintantoché non siano lesivi degli interessi dei consumatori, ed in particolare, dell’interesse di questi ultimi a non essere ingannati e/o a non essere indebitamente condizionati nelle loro decisioni commerciali.

⁴⁰ Sono fatte espressamente salve dal considerando n. 6 della Direttiva, e dal principio di proporzionalità ivi richiamato, le pratiche commerciali che pur essendo sleali “hanno un impatto trascurabile” sui consumatori.

⁴¹ Si veda ancora la ricostruzione fatta da AUTERI P., *op.cit.* Secondo tale Autore, anche se di fatto il legislatore comunitario non ha apertamente inteso affrontare il tema della repressione della concorrenza sleale forse anche per le difficoltà di giungere ad un’armonizzazione in materia, la disciplina introdotta dalla Dir. 2005/29 nel nostro ordinamento per il tramite del decreto legislativo 146/2007 sarebbe suscettibile di essere interpretata come un frammento della disciplina della concorrenza sleale che andrebbe ad integrarne il contenuto formando così un nuovo regime generale della concorrenza sleale.

Che questo abbia delle ripercussioni importanti anche sul piano della concorrenza fra i professionisti, e cioè, sul piano dei rapporti concorrenziali che fra questi si instaurano, pare evidente.

Se vero è infatti, che il divieto generale introdotto dalla Direttiva si incardina sulla idoneità a falsare in misura rilevante il comportamento economico *del consumatore* in relazione al prodotto, è vero anche che una tale idoneità si riflette immediatamente nei confronti dei concorrenti del professionista “scorretto”, traducendosi in un comportamento anticoncorrenziale e sleale rispetto ad essi. Il fatto che la carica lesiva della pratica venga misurata con riferimento al solo consumatore non elimina quindi la natura anche concorrenziale della stessa.

Che peraltro la disciplina introdotta dalla Direttiva non sia completamente estranea al regime della concorrenza sleale, e quindi anche della tutela dei professionisti dai comportamenti sleali dei concorrenti, è dato del quale il legislatore comunitario si dimostra ben consapevole. Ed infatti, basta scorrere i Considerando della Direttiva per ritrovare più di un riferimento alla tutela della concorrenza e dei concorrenti che rappresentano quindi, a loro volta, i destinatari di una qualche protezione, seppure indirettamente riconosciuta.

Così, il Considerando n. 6 statuisce che “le pratiche commerciali sleali ledono direttamente gli interessi dei consumatori *e quindi indirettamente* quelli dei concorrenti”. Di tenore e significato analogo appare essere il Considerando n. 8, secondo cui, la Direttiva, tutelando l’interesse dei consumatori a non essere ingannati o manipolati dal professionista, “*tutela anche indirettamente le attività legittime dei concorrenti garantendo pertanto nel settore da essa coordinato una concorrenza leale*”.

Se peraltro ciò non fosse vero, se cioè la Direttiva non avesse voluto ricomprendere nel suo ambito di applicazione comportamenti di natura concorrenziale, non si comprenderebbe perché l’art. 11 avrebbe attribuito anche ai concorrenti la legittimazione ad agire al fine di far cessare la pratica sleale.

Ciò che dunque si torna a mettere in luce è come la Direttiva, in conformità alla *ratio* che ne ispira l’adozione e che è stata evidenziata in apertura e contrariamente a quanto apparentemente potrebbe sembrare, è un provvedimento di tutela anche

della concorrenza e del mercato, in quanto detta regole e norme di comportamento alle quali gli imprenditori devono conformarsi. Che tali regole siano applicabili unicamente nei rapporti tra imprese e consumatori e non solo ai rapporti tra professionisti, è dato che desta alcune perplessità, in quanto si è visto, che oggetto della direttiva sono i comportamenti dell'impresa che hanno necessarie ed evidenti conseguenze, non solo nei confronti dei consumatori, con riguardo al loro diritto a non essere ingannati e ad autodeterminarsi rispetto alle scelte commerciali da compiere, ma anche nei confronti degli altri professionisti e concorrenti.

Per completezza, andrà menzionato anche il considerando n. 6 laddove si afferma che la Direttiva *“lascia impregiudicate le norme nazionali riguardanti le pratiche commerciali che risultino lesive unicamente degli interessi dei concorrenti o siano connesse esclusivamente a contratti conclusi (o da concludersi) fra professionisti”*. Ebbene certamente come si diceva la Direttiva non aspira ad essere un provvedimento meramente di tutela della concorrenza fra imprese, ma al di là del fatto che di un “considerando” e non di una disposizione normativa vera e propria si tratta, il riferimento al limite di applicazione della Direttiva in sede di recepimento da parte degli stati membri, non può essere interpretato in senso restrittivo sotto il profilo degli *interessi* che la Direttiva si propone di proteggere. La disposizione pertanto va intesa solamente nel senso che la Direttiva non intende introdurre negli stati membri un nuovo statuto della concorrenza sleale, applicabile pertanto direttamente e soltanto ai professionisti.

1.5 Segue: l'ambito di applicazione della Direttiva, gli interessi tutelati e i rapporti con la disciplina della pubblicità.

Analizzando l'ambito di applicazione, non si può tralasciare di fare cenno al fatto che la Direttiva si preoccupi di delimitare il suo ambito di applicazione rispetto ad altre discipline ad essa contigue; discipline delle quali, peraltro, la Direttiva si occupa, modificandone direttamente il contenuto. Si è visto, infatti come a valle della articolazione delle nuove disposizioni sulle PCS, l'art. 14 della Direttiva introduca modifiche alla dir. 84/450/CE in materia di pubblicità ingannevole e

comparativa. Come noto, la materia della pubblicità ingannevole e comparativa, alla quale si farà ora riferimento, trova specifica trattazione, prima ed anche dopo l'introduzione della Direttiva in esame, nella direttiva 84/450/Cee (oggi codificata dalla direttiva 2006/114/CE).

Orbene, merita un breve cenno la questione concernente i rapporti fra gli artt. 1-13 della Direttiva e le norme contenute nella nuova dir. 2006/114 che codifica la dir. 84/450/CE, come modificata dall'art. 14 della Direttiva 2005/29/CE⁴² al fine di ricostruire i rapporti fra le due normative comunitarie. La necessità, peraltro sentita dal legislatore, di definire il campo di applicazione della nuova normativa da quella sulla pubblicità trova ragione in primo luogo, se si considera che è la stessa Direttiva all'art. 2 a far rientrare la pubblicità nel novero delle pratiche commerciali fra professionisti e consumatori che costituiscono l'oggetto della stessa

Le modifiche introdotte dalla Direttiva riguardano innanzitutto l'art. 1 della dir. 450/84/Cee, il quale nella sua novellata versione recita: *“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”*. Risulta quindi essere stato espunto dalla norma il riferimento ai consumatori e al pubblico in generale⁴³.

Da un punto di vista dei rapporti quindi, ad una prima lettura, la questione parrebbe chiara e semplice: la Direttiva si applica alle pratiche commerciali (e quindi anche ai messaggi pubblicitari) idonei a danneggiare i consumatori, mentre la dir. 450/84/Cee (oggi dir. 2006/114/CE) trova applicazione rispetto a quei messaggi pubblicitari che siano pregiudizievoli per i “professionisti”, intesi come destinatari del messaggio che agiscono nell'ambito della loro attività professionale e non al fine di procurarsi un bene/servizio per finalità personali.

⁴² Come si vedrà, la questione non si esaurisce a livello di direttiva - quadro ma si traduce, in sede di recepimento, nell'adozione da parte del nostro legislatore di due provvedimenti autonomi e distinti, il decreto legislativo 146 e il 145 entrambi del 2 agosto 2007; il primo (oggi inserito nel Codice del consumo agli artt. 18-27^{quater}) che dà attuazione alle nuove norme riguardanti le PCS (artt. 1-13 della Direttiva); il secondo, che è invece, espressamente rivolto a dare attuazione all'art. 14 della Direttiva. Sul contenuto e sulla portata dei due decreti si tornerà nel corso della trattazione allorché ci si concentrerà sull'impatto della Direttiva sull'ordinamento nazionale

⁴³ Di seguito la versione originaria della Direttiva.

La separazione delle tutele si baserebbe quindi sul criterio della diversità degli interessi potenzialmente lesi (e quindi da tutelarsi): da un lato (PCS), l'interesse dei consumatori, dall'altro (pubblicità ingannevole), l'interesse dei professionisti, cioè, per il momento, di coloro che consumatori non sono.

Sul piano oggettivo, tuttavia, una distinzione "a monte" tra consumatori e altri destinatari non pare essere soddisfacente in quanto la qualità di "consumatore" (e di rimpetto, quella di "professionista") è determinata dalla natura personale del bisogno da soddisfare la quale natura, si individua solo in concreto nel rapporto che di volta in volta si instaura in funzione dell'acquisto di un bene/servizio.

L'impostazione adottata dal legislatore comunitario (e recepita dal nostro legislatore) al fine di separare la disciplina della pubblicità sulla base di un criterio esclusivamente soggettivo è dunque criticabile perché tende ad operare la distinzione dell'interesse tutelato "a monte", laddove invece come sottolineato dalla dottrina, il messaggio pubblicitario, astrattamente riconducibile sia ad una pratica commerciale idonea ad essere sleale ai sensi e per gli effetti della Direttiva, sia ad una pubblicità ingannevole ex dir. 2006/114/Ce, opera esso stesso a monte, quando cioè, il soggetto destinatario è ancora potenzialmente sia consumatore che professionista.

Essa così facendo peraltro dà luogo a non pochi problemi pratici in sede esegetica poiché la *summa divisio* tra consumatori e professionisti può essere a tratti essa stessa ingannevole⁴⁴ data la difficile distinguibilità in concreto degli interessi tutelati.

In sintesi quindi, e per riassumere, le modifiche apportate dalla Direttiva sulle PCS alla direttiva 84/450/Cee con l'art. 14 riguardano:

a) La circoscrizione dell'ambito di applicazione della direttiva 84/450/Cee alla tutela dei soli interessi dei professionisti e dei concorrenti. Sparisce, cioè, ogni e qualsiasi riferimento al consumatore e ai suoi interessi, nonché al cd. pubblico in generale⁴⁵.

⁴⁴ DI RAIMO R. "La nuova disciplina della pubblicità commerciale: cenni preliminari" in DE CRISTOFARO, 2008, *op. cit.*, pp. 479 ss.

⁴⁵ Si veda in tal senso l'art. 1 della direttiva 84/450/Cee e l'art. 7.

b) Viene inserita la definizione, e con essa il concetto, di “*responsabile del codice*”, presente nella Direttiva e nel coevo decreto legislativo sulle PCS e quindi replicato, in modo uniforme, e per così dire secondo una logica di coerenza sistematica nella normativa sulla pubblicità (art. 1).

c) attraverso la definizione di pubblicità comparativa, si precisa il nuovo contenuto del termine “ingannevolezza” ai sensi della modificata disciplina sulla pubblicità che risulta ampliato a seguito dell’introduzione di ulteriori forme di comunicazione ingannevole ai sensi della Direttiva sulle PCS ed in particolare degli art. 5 e 6⁴⁶, limitatamente quindi ai consumatori.

d) Viene altresì ribadito, in materia di rimedi e di tutele previste, che spetta agli Stati membri scegliere fra la strada della tutela giurisdizionale e quella della tutela amministrativa, ma con la precisazione importante, che gli Stati membri possono stabilire la facoltà e il potere degli organi giurisdizionali e/o amministrativi di esigere il preliminare ricorso agli organismi eventualmente deputati all’autodisciplina⁴⁷.

e) Ancora, viene prevista la possibilità, sempre in sede di attuazione nazionale, di promuovere un’azione legale contro il soggetto responsabile del codice – precedentemente definito – il quale abbia disatteso i suoi obblighi di legge, in particolare presiedendo alla formulazione e revisione di un codice di condotta che “incoraggia a non rispettare gli obblighi di legge”.

Le modifiche di cui sopra, come si vedrà, vengono riprese e inserite anche nella disciplina nazionale di recepimento, rappresentata dal d. legislativo 145/2007, intitolato appunto “*Attuazione dell’art. 14 della Direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/Cee sulla pubblicità ingannevole*”.

⁴⁶ L’art. 3 bis al punto a).

⁴⁷ L’art. 4 paragrafo 1, al punto 1. Si ricorda che una tale previsione in termini di facoltà degli Stati membri di esigere il ricorso preventivo agli organi di autodisciplina riconosciuti, era previsto dalla direttiva 450/84/CEE a livello solamente di Considerando.

LE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE NEL CODICE DEL CONSUMO. LE PRINCIPALI NOVITA' INTRODOTTE.

SOMMARIO: Premessa. - 2.1 Il divieto di pratiche commerciali scorrette nel Codice del Consumo. La scorrettezza della pratica. - 2.2 Il giudizio di scorrettezza di una pratica commerciale fra clausola generale e fattispecie tipiche. Portata della clausola generale di slealtà. - 2.3 La nozione di diligenza professionale ex art. 18 Cod. Cons nel giudizio di scorrettezza di una pratica commerciale.- 2. 4 (*Segue*) La clausola generale e la “soglia di materialità” imposta dall’art. 20 Cod. cons. - 2.5 Il parametro consumatore medio. - 2.6 Le pratiche commerciali ingannevoli e la pubblicità ingannevole fra divergenze e similitudini. - 2.7 (*Segue*) La pubblicità prima dell’entrata in vigore della Direttiva. - 2.8 Pratiche ingannevoli e pubblicità ingannevole. 2.9 (*Segue*) Le omissioni ingannevoli e il dolo omissivo. - 2.10 Pratiche aggressive. - 2.11 Impegni e *moral suasion*.

Premessa.

Come si è visto nel capitolo precedente, con la Direttiva il legislatore comunitario ha inteso armonizzare le normative nazionali in materia di pratiche commerciali lesive degli interessi dei consumatori, creando negli Stati membri un regime uniforme, identico e non derogabile, neppure a favore dei consumatori, secondo l’impostazione nota come “armonizzazione massima” o “*full target harmonization*”. Nel contempo, ha mantenuto in vita la direttiva 2006/114/Ce (già direttiva 84/450/Cee) sulla pubblicità ingannevole e comparativa, lasciando in tale materia la facoltà agli stati membri di prevedere forme di tutela più stringenti e limitandone l’applicazione alle fattispecie idonee a pregiudicare gli interessi dei soli professionisti e dei concorrenti⁴⁸.

⁴⁸ A proposito di queste ultime si parla di pratiche cosiddette “*business to business*” (o “*B2B*”) per contrapporle alle cosiddette pratiche “*business to consumer*” (o “*B2C*”). Sulla scelta dell’armonizzazione non completa in tale settore si veda l’art. 7 par. 1 della direttiva 84/450/CEE come modificato dall’art. 14 della Direttiva: “*La presente direttiva non si oppone al mantenimento o all’adozione da parte degli Stati membri di disposizioni che abbiano lo scopo di*

Su tale impostazione sistematica si è già rilevato come in realtà, la stessa riesca solo in parte a comprendere in modo veritiero ed efficace la realtà del fenomeno che si sta analizzando che, invero, si presenta come “integrato”. Ed infatti la distinzione fra atti che pregiudicano i consumatori e atti che pregiudicano i concorrenti non è sempre netta né attuabile concretamente⁴⁹. Abbiamo evidenziato inoltre come di tale limitatezza si dimostri consapevole anche il legislatore comunitario, quando, oltre ad evidenziare nei considerando della Direttiva, che le pratiche sleali oggetto della stessa pregiudicano direttamente i consumatori, ma indirettamente anche i concorrenti e che, di conseguenza, la Direttiva 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 essa coordinato una concorrenza leale*”⁵⁰, riconosce espressamente la legittimazione ad agire contro le pratiche commerciali scorrette di cui alla normativa *de qua* anche ai concorrenti⁵¹. Sul fronte interno, la scelta sistematica fondata sulla separazione degli interessi tutelati, si è realizzata attraverso l’adozione di due decreti legislativi coevi, il n. 145 e il n. 146 del luglio 2007, con i quali la Direttiva è stata recepita nel nostro ordinamento. In particolare, con il primo dei due il legislatore nazionale ha “asportato” dal Codice del consumo la disciplina della pubblicità ingannevole la quale, come si vedrà, resta valida per i soli rapporti tra imprese, così assecondando il dettato dell’art. 14 della Direttiva⁵². Con il secondo, d. lgs. 146/2007, invece, il

garantire una più ampia tutela, in materia di pubblicità ingannevole, dei professionisti e dei concorrenti.”.

⁴⁹ DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p.1066 che valuta artificiosa e priva di utilità la distinzione fra tutela diretta e immediata di una categoria di interessi (i consumatori) e indiretta e mediata degli altri (quelli dei concorrenti). Analogamente AUTERI, *op. cit.*, p. 21 e ss., il quale partendo dall’assunto circa la fragilità della separazione attuata dalla Direttiva e dal legislatore nostrano, conclude che “*il nuovo regime delle pratiche commerciali sleali e il tradizionale istituto della concorrenza sleale non sono nettamente distinti, ma si integrano reciprocamente a formare un generale regime della concorrenza o meglio della concorrenza sleale rivolto ad assicurare che la concorrenza si svolga in conformità a regole di correttezza nell’interesse dei concorrenti, dei consumatori e della collettività*”.

⁵⁰ Considerando n. 6 e n. 8.

⁵¹ Art. 11 sull’applicazione della Direttiva riconosce infatti *alle persone o le organizzazioni che secondo la legislazione nazionale hanno un legittimo interesse a contrastare le pratiche commerciali sleali, inclusi i concorrenti*, la facoltà di agire in giudizio e/o di fronte all’autorità amministrativa designata.

⁵² L’art. 14 della Direttiva, modifica la direttiva 84/450/CEE il cui art. 1 viene modificato restringendo l’ambito di tutela dello stesso ai soli professionisti: il nuovo art. 1 della direttiva

legislatore nazionale è intervenuto sul Codice del Consumo con una novella, introducendo al Titolo III (“*Pratiche commerciali pubblicità e altre comunicazioni commerciali*”), della Parte II (rinominata “*Educazione, informazione, pratiche commerciali e pubblicità*”), al posto della suddetta disciplina della pubblicità, gli artt. dal 18 al 27 *quater*⁵³. Tali articoli recano quindi attualmente la normativa in materia di PCS in vigore nel nostro ordinamento.

Nei successivi paragrafi ci si soffermerà sull’analisi di tali norme al fine di verificare quali sono le principali novità introdotte a livello nazionale in materia di tutela del consumatore e in relazione alla repressione delle pratiche commerciali lesive dei loro interessi, oltre che dell’equilibrio concorrenziale del mercato⁵⁴.

Ci si soffermerà, innanzitutto, sull’analisi delle fattispecie introdotte (pratiche commerciali scorrette, ingannevoli e aggressive) evidenziandone i profili di novità rispetto a quanto già previsto nel nostro ordinamento. In particolare, con riguardo alle pratiche ingannevoli, sarà d’obbligo un confronto con l’istituto della pubblicità commerciale.

Si passeranno poi brevemente in rassegna alcuni degli interventi dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, quale organo amministrativo cui il legislatore nazionale ha scelto di affidare, in via principale, l’applicazione delle norme in esame, nonchè dei giudici amministrativi, di primo e secondo grado (TAR e Consiglio di Stato) competenti in via esclusiva a giudicare sui ricorsi contro i provvedimenti di AGCM⁵⁵.

84/450/CEE recita: “*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*”.

⁵³ È critico su tale collocazione DE CRISTOFARO G., *op.cit.*, p.1068, il quale ritiene che, più opportunamente, la novella avrebbe dovuto essere inserita nella Parte III (“*Rapporto di consumo*”) del Titolo II (“*Esercizio dell’attività commerciale*”) del Codice del Consumo. È evidente che, optando invece per tale scelta, il nostro legislatore rivela la lettura di fondo, eminentemente pubblicistica, data alla recente disciplina. Dello stesso avviso ANGELINI R. in *Obbl. e contr.* 2011, p. 330, la quale ritiene che il nuovo focus della disciplina sia il concetto generale di lealtà quale tratto caratterizzante il rapporto di consumo (oltre che quale criterio di valutazione della condotta del professionista).

⁵⁴ A. PERA, *Direttiva sulle pratiche commerciali sleali tra tutela del consumatore e disciplina della concorrenza nel mercato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p.486.

⁵⁵ L’art. 27 del Codice del Consumo individua nell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato il soggetto competente ad accertare e sanzionare le pratiche commerciali scorrette. Peraltro, a seguito delle recenti modifiche apportate al Codice del Consumo dalla l. 24 marzo

Tale rassegna toccherà in particolare un settore, quello delle telecomunicazioni o comunicazioni elettroniche (TLC), che rappresenta attualmente – insieme al settore bancario e assicurativo – il campo di attività più rappresentativo della prassi applicativa⁵⁶.

2012, n. 27, (in G.U., 24 marzo 2012, n. 71, s. o. n. 53), l'AGCM è titolare altresì della tutela amministrativa contro le clausole vessatorie contenute nei contratti con i consumatori (art. 37-bis Cod. Cons.). Come si vedrà, la competenza a giudicare sulle PCS fissata in capo all'AGCM si intreccia, non sempre in modo ordinato, con altre competenze di carattere sussidiario e/o alternativo. Così

⁵⁶ Secondo la Relazione annuale sull'attività svolta dall'Autorità in materia di PCS in questi anni, e da ultimo, nell'anno 2011, emerge che quello delle telecomunicazioni e delle comunicazioni elettroniche (immediatamente seguito da quello creditizio) rappresenta il settore nel quale si sono registrati il maggior numero di interventi repressivi da parte dell'AGCM. Nell'ultima relazione annuale pubblicata sul sito ufficiale dell'Autorità sotto la sezione "Tutela del consumatore" si legge: *"L'attività svolta dall'Autorità nel corso del 2011 riflette - come ogni anno - il particolare dinamismo che caratterizza il settore delle telecomunicazioni. Tale vitalità si è manifestata, peraltro, non solo a livello di promozione di offerte e tariffe sempre più articolate e complesse in mercati talvolta vicini alla saturazione, ma anche rispetto a condotte commerciali che interessano nuove tipologie di servizio che vedono una pluralità di professionisti a diverso titolo coinvolti.*

Il riferimento più immediato è rappresentato dal televoto, meccanismo che consente ai telespettatori di interagire con un programma televisivo di intrattenimento, esprimendo, tramite chiamata o via SMS a pagamento, le proprie preferenze sui partecipanti alla trasmissione. Inoltre, alcuni servizi, considerati innovativi in un passato soltanto recente, hanno raggiunto rapidamente un grado di maturazione tale da essere percepiti come di uso quotidiano nonostante permangano criticità nella loro fruizione. Si pensi alla fornitura di servizi per la navigazione in internet in mobilità, alla radiodiffusione televisiva mediante la tecnologia digitale terrestre o al successo planetario dei cd. social network, che sono assurti al rango di canale pubblicitario di primaria importanza: tutte evoluzioni, queste ultime, che hanno inciso in maniera significativa sui contesti di mercato all'interno dei quali i professionisti si trovano ad operare e a elaborare le strategie di marketing. In virtù di tale naturale vivacità e nel rispetto del libero esplicarsi delle dinamiche di mercato e delle evoluzioni tecnologiche intervenute, l'attività di enforcement si è indirizzata a garantire una tempestiva ed efficace tutela dei sempre più numerosi consumatori che - grazie alla crescente diffusione di internet e di nuove tecnologie - si trovano a fronteggiare sistemi "di aggancio" più evoluti e claim prestazionali di difficile comprensione o verifica. Nell'anno di riferimento si è registrato un utilizzo sempre più mirato e consapevole, da parte degli operatori del settore, dell'istituto degli impegni, previsto dall'art. 27, comma 7, del Codice del consumo. L'Autorità ha considerato inammissibili gli impegni presentati laddove, per effetto di un intervento dell'Autorità di regolamentazione che ne esauriva il contenuto, non era rinvenibile un sostanziale interesse pubblico alla loro accettazione o laddove essi sono stati ritenuti inadeguati a rimuovere i profili di scorrettezza contestati nella comunicazione di avvio del procedimento, mentre ha accolto impegni laddove le misure proposte determinavano un concreto miglioramento del livello di precisione e affidabilità delle informazioni fornite ai consumatori. Per quanto riguarda i filoni istruttori già approfonditi nel corso dei precedenti anni, i casi più rilevanti hanno avuto ad oggetto: la mancata attivazione di servizi telefonici e l'attivazione di servizi non richiesti mediante la tecnica del teleselling a distanza (telefonia fissa); le promozioni di tariffe subordinate a condizioni fuori dalla possibilità di controllo da parte degli utenti; le tecniche di aggancio relative alla promozione di abbonamenti per il download di contenuti multimediali per terminali mobili; la prospettazione fuorviante della velocità di navigazione internet in mobilità; i concorsi a premio (telefonia mobile); i finti quiz televisivi e le comunicazioni commerciali ingannevoli (televisione). Accanto ai filoni istruttori già consolidati, l'Autorità ha esaminato nuovi aspetti dei rapporti tra consumatori e professionisti, in linea con le evoluzioni tecnologiche e merceologiche che hanno caratterizzato il

Non solo, il settore appare interessante anche perché le pratiche commerciali in esso svolte prevedono una concorrente competenza di AGCOM (Autorità garante nelle comunicazioni) sulla quale da ultimo è intervenuto il Consiglio di Stato al fine di porre rimedio al problema del riparto di competenze fra le due autorità indipendenti⁵⁷.

Infine, si verranno a considerare, seppur brevemente, alcuni istituti considerati di particolare interesse e introdotti dalla presente normativa, quali gli impegni, i codici di condotta e la cosiddetta *moral suasion*⁵⁸.

Non verranno invece analizzate nello specifico, per evidenti ragioni di sintesi, le modifiche introdotte dal d. leg. n. 146 rispettivamente all'art. 57 del Codice del Consumo relativo alla fornitura di beni e servizi non richiesti e all'art. 14 del d. lgs. 190/2005 sulla fornitura di beni e servizi finanziari non richiesti, al fine di adeguare tali normative alla nuova disciplina sulle pratiche commerciali scorrette.

settore. Si fa riferimento, in particolare, alle modalità scorrette di commercializzazione adottate presso i punti vendita (cd. "canale fisico") degli operatori telefonici, al mancato riconoscimento della garanzia legale per i prodotti associati alla fornitura di servizi telefonici, alle informazioni incomplete fornite relativamente al servizio di televoto e alla mancata predisposizione di strumenti idonei a prevenire un utilizzo improprio del sistema, alle carenze delle procedure correlate al trasloco delle linee telefoniche e internet, agli ostacoli, nella fase post-vendita, alle richieste di cessazione delle forniture, con prosecuzione della fatturazione del servizio disdettato, ai contratti stipulati con modalità ingannevoli attraverso punti vendita itineranti".

⁵⁷ Ai sensi degli artt. 70 -98 del Codice delle Comunicazioni elettroniche (decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259) nonché della Delibera n. 664/06/cons. ("Adozione del regolamento recante disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza"), AGCOM gode di una competenza a giudicare e sanzionare le pratiche. Ai sensi dell'art. 27 comma 6, quando la pratica debba essere diffusa anche attraverso i mezzi di comunicazione (stampa, tv, radio) AGCOM richiede un parere ad AGCOM (Autorità garante nelle comunicazioni) in merito al carattere scorretto della stessa. Sul riparto di competenze tra AGCOM e AGCOM si veda oltre in questo scritto.

⁵⁸ Merita ricordare che, mentre i primi due istituti menzionati (impegni e codici di condotta) vengono, come si vedrà, espressamente previsti dal Codice del consumo (art. 27 comma 7 e art. 27 bis), la cd. *moral suasion*, è invece strumento previsto esclusivamente dal Regolamento di attuazione delle norme sulle PCS ("Procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette - Provv. n. 17589 del 2007, di recente modificato e sostituito con il Regolamento intitolato "Procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette e clausole vessatorie" (Provv. n. 23788 del settembre 2012). Si veda l'art. 4, comma 5 ("Istanza di intervento"), a norma del quale, ad eccezione dei casi di particolare gravità, qualora sussistano fondati motivi tali da ritenere che il messaggio o la pratica commerciale costituisca una pubblicità ingannevole, una comparativa illecita o una pratica scorretta, il responsabile del procedimento può invitare per iscritto il professionista a rimuovere i profili di possibile ingannevolezza, illiceità della pubblicità o scorrettezza della pratica commerciale ("*moral suasion*").

2.1 Il divieto di pratiche commerciali scorrette nel Codice del Consumo. La scorrettezza della pratica.

Come la Direttiva, anche la disciplina italiana di recepimento si astiene, almeno in apparenza (...), dal porre a carico dei professionisti obblighi di contenuto positivo e, per contro, si limita ad imporre loro un generale divieto avente ad oggetto, per l'appunto, la realizzazione di pratiche commerciali scorrette.

Secondo l'art. 20 comma 1 Cod. cons., così come modificato dal decreto legislativo n. 146 del 2007, le pratiche commerciali scorrette sono vietate.

Va innanzitutto rilevato come, sul piano lessicale, il legislatore nazionale si sia discostato dalla terminologia utilizzata a livello comunitario nella qualificazione delle pratiche vietate, optando per l'aggettivo "scorrette" anziché "sleali". Sul motivo di tale scelta, alcuna dottrina⁵⁹ ha ritenuto di vedere l'espressa volontà di tenere separate le nuove disposizioni attuative della Direttiva dalla disciplina generale della concorrenza sleale di cui agli artt. 2598 ss c.c.⁶⁰, ciò sulla base della oggettiva diversità delle due discipline. Circa la relazione intercorrente fra la scorrettezza della pratica commerciale (ai sensi dell' art. 20 ss. cod. cons.) e la "slealtà" di un atto di concorrenza (ai sensi degli artt. 2598 c.c. ss.) la stessa dottrina ha ritenuto di dover tenere le due qualificazioni autonome e distinte in virtù, *in primis*, della diversa *ratio* che ispirerebbe le due discipline, da una lato

⁵⁹ DE CRISTOFARO G. *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori*, in *Studium iuris*, 11, 2007, pp. 1081 ss.

⁶⁰ Vale la pena riportare il testo degli articoli rilevanti in materia di concorrenza sleale, ed in particolare il testo dell'art. 2598 c.c. (Atti di concorrenza sleale): *Ferme le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi e dei diritti di brevetto, compie atti di concorrenza sleale chiunque: 1) usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie, con qualsiasi altro mezzo, atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente; 2) diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinare il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente; 3) si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda. Nonché quello dell'art. 2599 c.c. e 2600 c.c.: *La sentenza che accerta atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione e dà gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti. Risarcimento del danno. Se gli atti di concorrenza sleale sono compiuti con dolo o con colpa, l'autore è tenuto al risarcimento dei danni (2056). In tale ipotesi può essere ordinata la pubblicazione della sentenza. Accertati gli atti di concorrenza, la colpa si presume.**

quella sulle pratiche commerciali sleali e, dall'altro, quella della concorrenza sleale, oltre che del diverso ambito di operatività delle stesse.

Certamente si deve riconoscere, come già rilevato sopra, che sotto tale ultimo profilo (ambito di operatività) le due norme sono solo parzialmente coincidenti: ed infatti, mentre il divieto di cui all'art. 20 cod. cons. ha ad oggetto tutti e soltanto quei comportamenti posti in essere dal professionista "prima dopo e durante" l'instaurazione di un rapporto contrattuale con il consumatore (art. 19 comma 1 cod. cons.), le norme sulla concorrenza sleale non comprenderebbero mai le seconde due *species* di condotte (condotte tenute dal professionista nei confronti del consumatore dopo e durante l'instaurazione di un rapporto commerciale). Per altro verso, il comportamento tenuto dal professionista o imprenditore esclusivamente allo scopo di instaurare rapporti economici con altri professionisti, integra gli estremi dell'art. 2598 c.c. ma non potrebbe certo integrare quelli dell'art. 18 Cod. cons. per le ragioni sopraddette. Inoltre, al fine di tracciare una linea di demarcazione netta fra la scorrettezza della pratica commerciale di cui al codice del consumo novellato e la slealtà di cui agli artt. 2598 c.c. ss., tale dottrina fa perno sulla diversità degli interessi tutelati dalle normative in questione, ribadendo che nel nostro ordinamento le norme sulla concorrenza sleale sono ancora oggi esclusivamente funzionali alla tutela dei concorrenti, e non anche a quella dei consumatori e/o del mercato⁶¹, come, invece, sono le nuove norme sulle PCS.

Ciò premesso, pare potersi, tuttavia, ritenere, concordando con altra dottrina di avviso contrario⁶², che la violazione delle norme che pongono limiti all'attività

⁶¹ Così in giurisprudenza SS.UU. Cass, 2207, 4 febbraio 2005.

⁶² In tale senso AUTERI P., 2007, *op. cit.* p. 21; VANZETTI A. – DI CATALDO V., *Manuale di diritto industriale*, Giuffrè, 2006, p. 110; FLORIDIA in AA.VV. *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, 2005, p. 308 ss. In particolare, AUTERI richiamandosi alla *ratio* ispiratrice del provvedimento, ritiene che: a) la Direttiva di fatto armonizzi "una parte non trascurabile di atti di concorrenza sleale, e segnatamente di quelli che pregiudicano in modo diretto gli interessi dei consumatori, ma in modo indiretto anche quello dei concorrenti"; b) a livello nazionale, sebbene di fatto il legislatore abbia optato per una "netta distinzione" fra atti di concorrenza sleale che pregiudicano in modo diretto i consumatori e atti di concorrenza sleale che pregiudicano in modo diretto i concorrenti, creando il cd. doppio binario di tutele (i decreti legislativi 145 e 146 del 2007), la suddetta distinzione non sia netta nè concretamente attuabile. Tale tesi viene sostenuta sulla base delle norme applicative, ed in particolare, dell'art. 27 cod. cons. che nell'attribuire la facoltà di sollecitare l'intervento di AGCM ai soggetti che hanno un "interesse legittimo a far cessare la pratica commerciale scorretta", farebbe riferimento anche i concorrenti pregiudicati dalla suddetta pratica, e dell'art. 27 comma 15, che fa salva la

delle imprese sul mercato nell'interesse dei consumatori (e certamente tali sono le norme introdotte nel codice del consumo a seguito del recepimento della Direttiva) costituisce un atto non conforme ai principi di correttezza professionale e come tale idoneo ad essere inteso come atto di concorrenza sleale nei confronti dei concorrenti pregiudicati⁶³.

In conclusione, si deve quindi riconoscere che, ferma la diversità del giudizio di scorrettezza di una condotta alla luce della disciplina sulla concorrenza sleale da quello svolto alla stregua degli art. 18 ss. cod. cons., assai difficilmente un comportamento imprenditoriale che integri gli estremi di una pratica commerciale scorretta ai sensi dell'art. 20 cod. cons. ss. potrebbe non rilevare affatto come atto di concorrenza sleale ex art. 2598 c.c. ss.. Laddove, per contro è possibile che un atto di concorrenza sleale fra professionisti non si presti affatto ad essere considerato come pratica commerciale scorretta (ad es. perché lesivo dei soli interessi economici dei concorrenti ma non anche di quelli dei consumatori.).

2.2. Il giudizio di scorrettezza di una pratica commerciale fra clausola generale e fattispecie tipiche. Portata della clausola generale di slealtà.

Si è detto come il giudizio sulla scorrettezza di una pratica commerciale posta in essere da un professionista, ai sensi e ai fini dell'art. 20 cod. cons., risulta strettamente e inderogabilmente ancorato all'attitudine della stessa a ledere gli interessi economici dei consumatori (così l'art. 1 della Direttiva) e come ciò costituisca il tratto caratterizzante della nuova disciplina a tutela del consumatore. Vediamo quindi più nel dettaglio che cosa stabilisce il Codice del consumo in merito alla scorrettezza delle pratiche commerciali fra imprese e consumatori.

competenza del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale contro l'autore della pratica commerciale scorretta, così confermandone la natura *anche* di atto di concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598 e ss. Secondo tale Autore, in definitiva la disciplina introdotta dalla Dir. 2005/29 nel nostro ordinamento per il tramite del decreto legislativo 146/2007, "il nuovo regime delle pratiche commerciali scorrette e il tradizionale regime della concorrenza sleale si integrano reciprocamente fino a formare un generale regime della concorrenza imponendo di rileggere il regime della concorrenza sleale in termini esclusivamente privatistici.

⁶³ Tale orientamento dottrinale troverebbe peraltro conferma nella giurisprudenza di merito, e segnatamente App. Milano 29.04.2006. in GADI 2006 794 e Trib. Roma 31.03.2003.

Ebbene, i commi 2 e 4 dell'art. 20 e gli artt. 21-26 dettano i parametri in forza dei quali è dato valutare se una certa pratica commerciale debba ritenersi o meno scorretta e quindi vietata.

Partendo dal dettato dell'art. 20 (comma secondo) cod. cons., *“Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale ed è⁶⁴ falsa o è idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta ovvero del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta ad un determinato gruppo”*.

Similmente a quanto visto nella Direttiva (art. 5 comma 2), anche la normativa interna delinea la fattispecie di pratica commerciale scorretta anzitutto attraverso una “clausola generale”, la quale si fonda sul ricorrere contestuale di due condizioni, e segnatamente: a) la contrarietà della pratica alla “diligenza professionale” e, b) l'idoneità della stessa ad alterare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio.

Tale definizione generale, sulla cui portata ora ci soffermeremo, va analizzata alla luce ed in riferimento alle specificazioni che di essa danno i successivi articoli.

La clausola generale di cui all'art. 20 comma 1 viene infatti, ancora una volta esattamente come nell'impianto della Direttiva, “concretizzata” nella enucleazione delle due macro categorie di pratiche scorrette, vale a dire, le pratiche ingannevoli (artt. 21 e 22) e le pratiche aggressive (artt. 24 e 25), nonché attraverso la individuazione di singole e specifiche tipologie di pratiche considerate in ogni caso scorrette. L'art. 23 prevede quindi la “lista nera” di pratiche considerate “in ogni caso ingannevoli”, mentre l'art. 26 riporta quelle pratiche considerate “in ogni caso aggressive”. In entrambi gli articoli, peraltro, trova fedele attuazione l'all. I della Direttiva⁶⁵ che riporta le liste di pratiche in ogni caso considerate sleali in modo tassativo.

⁶⁴Trattasi chiaramente di un refuso o di errore materiale che impone un'interpretazione correttiva idonea a renderla conforme alla norma comunitaria: correttamente quindi sarebbe *“falsa o è idonea a falsare”*.

⁶⁵ Restano prive di riferimento comunitario invece le due statuizioni di cui al 2° e 4° comma dell'art. 21 cod. cons.

Per quanto concerne le pratiche ingannevoli, si tenga presente fin da ora che le stesse contemplano due distinte categorie, le azioni e le omissioni ingannevoli, alle quali il legislatore nazionale dedica due distinti articoli (rispettivamente l'art. 21 e l'art. 22 cod. cons.).

Si ricordi inoltre sin da ora che, sia nella definizione di pratica ingannevole, sia in quella di pratica aggressiva, l'elemento qualificante la scorrettezza della condotta del professionista resta sempre e comunque l'attitudine della stessa ad influenzare in modo apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio. Ed infatti, l'art. 21 stabilisce che sono ingannevoli le pratiche commerciali che contengono informazioni non rispondenti al vero o che, sebbene di fatto corrette, *inducono o sono idonee ad indurre in errore il consumatore facendogli assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso.*

Parimenti, l'art. 24 in riferimento alle pratiche aggressive, dopo aver messo in rilievo il ricorso a molestie coercizione e condizionamento indebito quali modalità di realizzazione della condotta, fa anch'esso riferimento alla idoneità della pratica a *"limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio [...] inducendolo ad assumere una decisione che altrimenti non avrebbe preso"*.

Ebbene, prima di affrontare nel dettaglio le sottocategorie previste dalle norme richiamate, specie nella lettura che di esse è stata data in sede applicativa dalle autorità preposte (AGCM, *in primis*), appare opportuno formulare alcune riflessioni sistematiche sul procedimento da seguire al fine di verificare la scorrettezza di una pratica commerciale. In proposito sia consentito dire che il problema verte sul ruolo e sulla portata da attribuire alla clausola generale di scorrettezza di cui al richiamato art. 20 comma 2 cod. cons. nonché sui margini di discrezionalità di cui gode l'interprete in sede di valutazione circa il carattere illecito della pratica.

Sul punto si registrano due diversi indirizzi dottrinari. Secondo alcuni⁶⁶, la stessa avrebbe una *portata residuale*, starebbe, pertanto, in un rapporto di genere a specie

⁶⁶ Trattasi della corrente di pensiero maggioritaria. DE CRISTOFARO G., *Il Divieto di pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali fra imprese e consumatori*, op. cit., 2007, 116 ss.; SACCO GINEVRI A., *La direttiva 2005/29/Ce e la disciplina della concorrenza*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di MINERVINI – ROSSI CARLEO, op.cit.; GRANELLI C., 2007,

rispetto alle fattispecie specifiche, con la conseguenza che, solo laddove la pratica commerciale oggetto di valutazione non fosse sussumibile nelle fattispecie tipiche di pratiche ingannevoli o aggressive, ed in particolare, non fosse prevista all'interno delle "black list" di cui agli artt. 24 e 26 Cod. cons., la stessa andrebbe vagliata alla luce, appunto, dell'art. 20 primo comma, al fine di verificare se ricorrono i presupposti dalla stessa previsti.

Tale dottrina ritiene dunque che il giudizio di scorrettezza debba partire necessariamente dalla verifica sul se la pratica si presti o meno ad essere inquadrata in una delle previsioni di cui alle liste «nere» contenute negli artt. 23 e 26 cod. cons. e, in caso di esito positivo di tale verifica, l'interprete sia senz'altro tenuto – senza alcuna possibilità di valutazione diversa o contraria – a considerarla scorretta, a prescindere dalle ripercussioni che essa in concreto abbia avuto sui consumatori nonché dalla sua concreta attitudine a falsarne in misura rilevante/apprezzabile il comportamento economico. Se ne desume che una pratica suscettibile di essere ricondotta ad una delle previsioni degli artt. 23 e 26 cod. cons. deve ritenersi scorretta anche se, in sé e per sé considerata, non si presterebbe ad essere qualificata come «ingannevole» a norma degli artt. 21, commi 1 e 2, e 22 cod. cons., né come «aggressiva» a norma dell'art. 24 cod. cons., né tanto meno come «scorretta» ai sensi della «definizione generale» di cui al comma 2o dell'art. 20 cod. cons.: in particolare, una pratica commerciale che oggettivamente presenti gli elementi e le caratteristiche individuate in una delle previsioni contenute nelle «liste nere» dovrebbe reputarsi *per ciò solo* scorretta, a prescindere dalla (e conseguentemente, senza che si renda necessario accertare la) sua conformità alla «diligenza professionale» nonché dalla sua attitudine «a falsare il comportamento economico del consumatore», essendo tali presupposti già contenuti in via presuntiva e impliciti nella disposizioni legislative particolari sopra richiamate⁶⁷.

op. cit., p.777; BARTOLOMUCCI, *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 267 ss.

⁶⁷ In realtà, in base a tale impostazione, si rileva (MELI V., 2011, *op.cit.* p. 86), che qualora la pratica ricada nell'elencazione prevista, ciò che si rende superfluo, quanto meno con riguardo alle pratiche ingannevoli, è solamente il presupposto della contrarietà alla diligenza del professionista, poiché il requisito "generale" dell'idoneità a fare assumere al consumatore una

Secondo tale interpretazione la norma di cui all'art. 20 cod. cons. fungerebbe così da norma di chiusura e avrebbe altresì portata residuale e sussidiaria.

Venendo al secondo indirizzo⁶⁸, invero autorevole ma minoritario, anche se di recente fatto proprio in sede applicativa da alcune pronunce del TAR⁶⁹, lo stesso ritiene che la norma di cui all'art. 20 del Codice del Consumo lungi dall'essere di tipo residuale, costituirebbe una disposizione "di principio". Tale dottrina, muovendo dalla considerazione che la definizione di pratica commerciale sleale di cui al par. 2 dell'art. 5 della Direttiva (riversata, con alcune rilevanti modificazioni, nel comma 2o dell'art. 20 cod. cons.) costituisce il fulcro centrale dell'intera disciplina, sul quale deve sempre e necessariamente impernarsi il giudizio di «slealtà»/«scorrettezza » delle pratiche commerciali, ritiene che una pratica commerciale suscettibile di essere ricondotta ad una delle previsioni dell'Allegato alla direttiva (ora artt. 23 e 26 cod. cons.) sarebbe colpita da una *mera presunzione «relativa»* di slealtà, suscettibile di essere superata dimostrando che la singola pratica non è *in concreto* contraria alla diligenza consumatore medio cui è rivolta. La nozione generale rileverebbe pertanto – in sede e ai fini dell'applicazione delle liste «nere» – non solo per risolvere i dubbi interpretativi suscitati dalla formulazione testuale delle relative previsioni o per concretizzare le nozioni astratte e generiche professionale e/o non è suscettibile di falsare in misura apprezzabile il comportamento economico dei ivi utilizzate, ma anche come criterio integrativo (e eventualmente correttivo) di tale previsioni, idoneo a consentire all'interprete di sovvertire la valutazione di slealtà *prima facie* in esse compiuta dal legislatore (comunitario e interno) attraverso una ponderata valutazione delle peculiari circostanze del caso concreto. Rispetto alla clausola generale, quindi, le altre norme particolari si porrebbero non come specificazioni, bensì come disposizioni

decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso è già preso in considerazione dalla definizione generale di pratica ingannevole di cui all'art. 21 Cod. Cons.

⁶⁸ Tale filone interpretativo è sostenuto da LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari*, op. cit. p.37 ss., il cui orientamento viene condiviso da GENOVESE, 768 e, sostanzialmente, anche da MELI, 2007, 269 s.

⁶⁹ Tar Lazio Sez. I marzo 2009 n. 3126, valorizzando l'argomento testuale: l'espressione "*in particolare*", contenuta nell'art. 20, comma 4, Cod. cons. piuttosto che l'argomento sistematico individuato dalla dottrina maggioritaria.

applicative e/o esemplificative. La loro applicazione non avverrebbe quindi secondo la classica regola “*lex specialis derogat generalis*”. La clausola generale di scorrettezza ivi prevista, andrebbe letta pertanto come disposizione di principio su cui fondare l’interpretazione dell’intero *corpus* normativo sulle PCS e che, come tale, consentirebbe applicazioni cumulative e non alternative rispetto alle clausole di specie. Di talchè, ferma la presunzione di coerenza fra principio e disposizione speciali, sarebbe possibile individuare una condotta che, pur rientrando in queste ultime, non presentasse gli elementi costitutivi descritti dalla norma di principio⁷⁰. Più precisamente, secondo questa ricostruzione, le definizioni intermedie e le *black list* previste dagli artt. 21 e ss. del Codice del consumo, forniscono un elenco di fattispecie la cui ricorrenza dà luogo ad una *presunzione legale di conflitto con il principio generale regolante la materia* (l’art.20 appunto). Ma non si tratta, si badi bene, come vorrebbe la teoria residuale, di una presunzione assoluta, bensì di una presunzione *relativa* che il professionista può superare fornendo la prova contraria sulla base degli elementi forniti dal principio generale medesimo. Secondo tale dottrina, questa sarebbe l’unica lettura sistematica possibile⁷¹. Diversamente, si giungerebbe ad una tacita abrogazione della norma generale di cui all’art. 20, in quanto la stessa si applicherebbe solamente ad un terzo tipo di pratiche commerciali, non compreso né fra quelle ingannevoli né fra quelle aggressive allo stato, meramente ipotetico. D’altra parte va evidenziato che, in base alla teoria della residualità, si potrebbero colpire quelle pratiche “nuove” che, anche se al momento non ipotizzabili, consentirebbero di aggiornare il novero delle pratiche colpite. Conseguentemente, tale interpretazione sarebbe da rifiutare in nome del principio di conservazione e di una lettura sistematica delle norme.

⁷⁰ LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari*, op. cit. p. 74: “Secondo la tesi sostenuta il divieto di PCS dovrebbe essere interpretato come un sistema unitario in cui le definizioni intermedie (pratiche ingannevoli e aggressive) costituiscono esplicitazioni successive di una norma generale e unitaria, fondate su un meccanismo di presunzione legale relativa di appartenenza delle fattispecie più ristrette a quella più ampia generale.”

⁷¹ Secondo Libertini: “L’interpretazione teleologico-sistematica è da preferire per la maggior coerenza dei risultati finali (...). La linea interpretativa qui proposta non porta peraltro a svuotare di significato l’elencazione di fattispecie particolari. Il valore delle definizioni intermedie e degli elenchi di pratiche assolutamente vietate (liste nere) contenuti nella Direttiva sta nell’esprimere il risultato di una valutazione applicativa di principio fatta dal legislatore stesso”.

Ebbene, a parere di chi scrive e nonostante la con divisibilità della seconda teoria riportata, soprattutto alla luce dei recenti sviluppi giurisprudenziali della Corte di Giustizia, parrebbe doversi optare per il primo dei due orientamenti segnalati che fa della clausola generale un norma di carattere residuale destinata ad avere, almeno inizialmente, applicazione marginale⁷². Alla nozione generale di pratica commerciale sleale si dovrà pertanto attingere ogni qual volta si pongano condotte con profili più o meno generici ed astratti⁷³. Ma laddove la condotta si candidi ad essere qualificata come ingannevole o aggressiva secondo le black list la stessa andrebbe vietata *de plano*. Va specificata meglio l'interpretazione restrittiva data da Libertini VS estensiva di De Cristofaro.

2.3 La nozione di diligenza professionale ex art. 18 Cod. Cons nel giudizio di scorrettezza di una pratica commerciale.

Così individuata la portata e il valore precettivo della clausola generale di cui all'art. 20 cod. cons. nel suo rapporto con le fattispecie tipiche di cui agli artt. 21 - 26, appare ora necessario considerare ed analizzare quelli che sono gli elementi costitutivi o, se si vuole, i presupposti applicativi, di tale nozione generale.

Ebbene, la norma fonda il carattere scorretto di una condotta sul contestuale soddisfacimento di due condizioni o due elementi, l'uno di tipo soggettivo (*id est*, la contrarietà alla diligenza professionale) e l'altro di tipo oggettivo (*id est*, l'idoneità della condotta a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio). Tale ultimo elemento è poi suscettibile, come si vedrà, di essere ulteriormente scomposto in: a) un elemento caratterizzante la condotta del professionista, la quale, per rilevare sul piano della scorrettezza, deve essere dotata

⁷² In tal senso CGCE, I sez., 23.4.2009, cause C-261/07 e C-299/07 con nota di DE CRISTOFARO. In tale provvedimento la Corte nel ricostruire le caratteristiche del giudizio di «slealtà» di una pratica commerciale segue l'iter evidenziato nel primo dei due orientamenti (cfr. i punti 56 e 61 della citata sentenza), che si basa sulla presunzione assoluta di scorrettezza (*rectius*: slealtà) delle pratiche contenute nelle *black list* e conferma quindi il carattere meramente residuale della clausola generale di cui all'art. 5 della Direttiva.

⁷³ Ciò è anche quanto si legge nella Relazione alla proposta di direttiva del 2003 della Commissione (p.14 n.52) laddove si dice che “probabilmente” il divieto generale cui all'art.5 par. 2 non sarà affatto invocato frequentemente in quanto la gran parte dei casi rilevanti rientra nelle due categorie di pratiche ingannevoli e aggressive.

di una certa carica lesiva (regola del *de minimis*) e, *b*) un elemento caratterizzante il destinatario della protezione che, come già visto, non è il consumatore come tradizionalmente inteso, bensì il consumatore medio.

Cominciamo con l'analizzare il primo dei due elementi previsti dalla norma, ossia quello della diligenza professionale.

Sul punto, vale la pena richiamare quanto stabilito dal legislatore comunitario, che all'articolo 2, lett. h) della Direttiva, richiamandosi, da un lato, al "*rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista*", definisce il concetto di diligenza professionale come "*il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori*"⁷⁴. L'articolo 18, lett. h, cod. cons., riprendendo la definizione offerta in sede comunitaria stabilisce che la diligenza professionale è rappresentata da "*il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista*".

Entrambe le norme utilizzano nozioni ed istituti noti alla nostra tradizione civilistica, quali quelli di buona fede e correttezza e di diligenza nell'adempimento delle obbligazioni.

Come noto, l'art. 1176 c.c., primo comma, dopo avere fatto riferimento alla "*diligenza del buon padre di famiglia*"⁷⁵, al secondo comma, si riferisce, alla diligenza richiesta nello svolgimento di "un'attività professionale", la quale viene utilizzata come parametro di valutazione dell'esattezza dell'adempimento di obbligazioni inerenti l'esercizio di un'attività professionale ed, in questo secondo

⁷⁴ La Commissione Europea ha precisato che la diligenza professionale è "*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*". Sia consentito dire che nell'elaborazione del concetto di diligenza professionale che emerge dalla disciplina oggetto di analisi, il legislatore comunitario, nel tentare una sintesi degli elementi che concorrono a definire tale principio giuridico generale nell'ambito dei diversi ordinamenti nazionali ha di fatto, paradossalmente, messo a repentaglio il fine dell'armonizzazione massima.

⁷⁵ 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.

caso, come metro di valutazione dello “sforzo” richiesto al debitore⁷⁶. L’art. 1176 c.c. andrebbe poi letto in relazione con l’art. 1218 c.c. che, in tema di inadempimento delle obbligazioni, prevede la responsabilità del debitore nel caso in cui l’impossibilità sopravvenuta derivi da causa a lui imputabile (cd. responsabilità oggettiva del debitore).

Il normale grado della specifica competenza e attenzione richiama, d’altra parte, i concetti di perizia, prudenza ed attenzione che si riconducono alla nozione di colpa⁷⁷.

⁷⁶ Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza il criterio dell’imputabilità si identifica con quello della colpa 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, presenta una serie di norme che richiedono la diligenza definita dall’articolo 1176 c.c. che, se violate, sono fonte della responsabilità. 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. 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. Per la teoria soggettiva in base alla quale è necessario il requisito soggettivo, si vedano, tra gli altri, 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 - 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’obiettivo in attuazione o difettosa attuazione della prestazione contrattuale”, si veda Mengoni, voce “Responsabilità contrattuale”, Enc. Dir., Milano, 1988, p. 1072 e ss.; Mengoni, in *Rivista di diritto commerciale*, 1954, pp. 185-209, pagg. 280-304 e pp. 305-320; Galgano, *La responsabilità contrattuale: i contrasti giurisprudenziali*, in *Contratto ed impresa*, 1989, p. 32 e ss.

⁷⁷ 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*”; Sulla concezione di “colpa”, una parte autorevole della dottrina (Bianca, *Diritto Civile - La responsabilità*, cit., pag. 577) 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 diligenza. Qui le qualità soggettive/personali del 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. Altri, aderendo a tale ricostruzione oggettiva, *rectius* obiettiva, di colpa, ha ritenuto di poter ravvisare la colpa nella mancanza di diligenza dovuta secondo

Per quanto attiene infine il principio generale di buona fede, 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, di esecuzione e interpretazione del contratto. Con riguardo a quest’ultima, la buona fede è stata definita recentemente dalla Suprema Corte, “*come 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*”⁷⁸.

Ebbene, nonostante un doveroso richiamo e confronto con le categorie civilistiche, a me pare che il concetto di *diligenza professionale* utilizzato nell’ambito della disciplina che qui interessa vada letto e interpretato alla luce di quelli che sono i principi e la *ratio* della stessa.

Secondo alcuna dottrina, andrebbe addirittura recisamente escluso ogni legame tra il concetto di diligenza professionale di cui alla normativa in esame e i concetti di

adeguati parametri sociali e professionali. 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 ottica⁷⁷, “*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 anti giuridicità del comportamento se questo contrasti col modello di comportamento astrattamente appropriato alla salvaguardia dell’interesse altrui*”. 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 l’interesse altrui. E salvaguardare l’interesse altrui null’altro significa se non prevenire il danno.

⁷⁸ Cass. Civ. 16 ottobre 2002, n. 14726.

diligenza professionale di cui all'art. 1176 c.c., da un lato, e di colpa nell'illecito civile, dall'altro, ex 2043 c.c. in combinato disposto con l'art. 43 c.cp⁷⁹.

La definizione di diligenza professionale di cui all'art. 20 cod. cons. sarebbe pertanto “una nozione autonoma e indipendente” sia dal concetto civilistico di diligenza professionale nell'adempimento delle obbligazioni (art. 1176 c.c., 2 comma) sia da quello di colpa. Secondo tale dottrina, le regole di diligenza professionale null'altro sarebbero, 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. Certamente, l'identificazione del dovere di diligenza andrebbe fatta con riferimento al caso concreto ed, in particolare, alla specifica attività esercitata dal professionista, proprio in virtù del richiamo operato dal legislatore al grado di cura e competenza che rispecchia le ragionevoli aspettative del consumatore, collegate, nella Direttiva, alle “*pratiche di mercato oneste*” e al principio generale di buona fede.

È stato correttamente rilevato⁸⁰ inoltre, come il riferimento alla diligenza professionale di cui al novellato art. 20 cod. cons., sancisca l'ingresso, nel giudizio di scorrettezza della pratica commerciale, di una censura di tipo soggettivo, segnando, così, un passaggio importante nella valutazione della condotta del professionista. Trattasi di una novità soprattutto con riguardo ai messaggi ingannevoli. Ed infatti, basti pensare alla pubblicità ingannevole per la valutazione della quale, secondo la vecchia disciplina, non aveva rilevanza alcuna la censura di tipo soggettivo⁸¹.

È stato altresì evidenziato che, a prescindere dalla configurazione del rapporto tra clausola generale di cui all'art. 20 cod. cons. e clausole tipiche di cui si è discusso sopra, una volta accertato che una pratica ha *oggettivamente* le caratteristiche per

⁷⁹ DE CRISTOFARO, *op.cit.* p. 1092.

⁸⁰ MELI V., “*Diligenza professionale*”, “*consumatore medio*” e regole di *de minimis* nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, in V. MELI - P. MARANO (a cura di), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Torino, 2011.

⁸¹ MELI V., *op. cit.*, 2011, parla di “metamorfosi” della fattispecie pubblicità ingannevole in pratica commerciale ingannevole.

essere considerata scorretta (o perché rientrante nelle *black list*, o perché è ingannevole/aggressiva ai sensi degli artt. 21 – 22 e 24 cod. cons.), sarebbe comunque necessario svolgere un'indagine sul requisito della diligenza professionale, in quanto lo stesso introdurrebbe quell'elemento di *colpa* che consente di verificare se la condotta scorretta è imputabile o meno all'imprenditore che l'ha posta in essere. Il giudizio sulla diligenza sarebbe quindi necessario in tale ottica, non tanto a valutare il carattere (già) scorretto della pratica ai sensi delle fattispecie tipiche e ai fini dell'inibitoria, quanto a valutare ulteriormente il comportamento del professionista in termini di colpa ed irrogare quindi le sanzioni amministrative previste.

In altri termini, una volta sposata la teoria secondo cui la norma di cui all'art. 20 cod. cons. è norma residuale, che si applica solo nel caso in cui la condotta non è suscettibile nelle *species* tipiche, una pratica rientrante in tali categorie specifiche si deve ritenere scorretta, a prescindere da ogni ulteriore analisi sulla ricorrenza della contrarietà a diligenza professionale (oltre che sulla sua idoneità lesiva della libera scelta del consumatore medio). Ciò nonostante, il giudizio sulla (assenza di) diligenza rilevarebbe in termini di imputabilità della condotta all'imprenditore e quindi di colpa. Un tale giudizio, andrebbe comunque svolto, se non al fine di applicare il divieto e l'inibitoria di cui all'art. 27 cod. cons., a quello ulteriore di valutare la "gravità" della condotta del professionista e quindi al fine di irrogare (e quantificare) le sanzioni, così come anche a fini risarcitori.

L'impostazione sopra richiamata pare doversi condividere anche in ragione del fatto che la stessa pare trovare conferma in quanto stabilito dalla Direttiva all'art. 11.2, secondo cui la pratica va fatta cessare anche in assenza di prove sulla negligenza del professionista⁸².

⁸²Art. 11 comma 2: Gli stati membri attribuiscono agli organi giurisdizionali o amministrativi il potere di far cessare le pratiche commerciali sleali o di proporre le azioni giudiziarie appropriate per ingiungere la loro cessazione, o qualora la pratica commerciale sleale non sia stata ancora posta in essere ma sia imminente, di vietare tale pratica o di proporre le azioni giudiziarie appropriate per vietarla, *anche in assenza di prove in merito alla perdita o al danno effettivamente subito, oppure in merito all'intenzionalità o alla negligenza da parte del professionista* .

Va peraltro detto che, nella prassi, in molti casi affrontati sino ad ora, l’Autorità garante della concorrenza e del mercato ha fatto del giudizio sulla contrarietà a diligenza un passaggio quasi routinario⁸³, facendo da un lato, coincidere l’assenza della diligenza professionale con la qualificazione stessa del vizio, dall’altro attribuendo, comunque al requisito generale una portata tutt’altro che residuale. In particolare, l’Autorità, ha utilizzato una formula ricorrente del seguente tenore: “*Non si riscontra, nel caso di specie, il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente ci si può attendere da un operatore dello specifico settore di attività, avuto riguardo alla qualità del professionista ed alle caratteristiche dell’attività svolta. . .*”. E si aggiunge: “*Rispetto ai settori di riferimento la valutazione della completezza e della chiarezza delle informazioni fornite alla clientela si presenta particolarmente rigorosa in considerazione dell’asimmetria informativa tra operatori economici e consumatori da ricondurre alla recente liberalizzazione dei mercati coinvolti*”⁸⁴.

Più volte l’AGCM nella definizione del canone di diligenza professionale, ha inoltre fatto riferimento al cosiddetto “*agente modello*”, sottolineando la necessità che, nei settori interessati da un’*endemica asimmetria informativa* tra professionista e consumatore, il primo si attenga ad uno *standard* informativo “qualitativamente e quantitativamente particolarmente elevato”. In tali ipotesi, al professionista è richiesto un grado di diligenza ancora più stringente, con conseguente obbligo di mettere a disposizione del consumatore tutte le informazioni atte a consentirgli di compiere una scelta davvero consapevole.

L’asimmetria informativa, alla quale - secondo AGCM - è pertanto direttamente proporzionale l’espansione del dovere di diligenza, diviene particolarmente rilevante laddove il settore specifico in cui opera il professionista sia un settore caratterizzato da particolare complessità, in virtù di una molteplicità di fattori diversi (ampia offerta concorrenziale di prodotti, complessità delle dinamiche concorrenziali esistenti, combinazioni di offerte molto articolate, modalità delle

⁸³ ZORZI N. *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* in *Contratto e Impresa* 2/2010, p. 433 ss.

⁸⁴ Caso energia – Cambio di fornitore, PS/91, Provv., 18829, *Boll.*, 33/2008 cit. (*supra*, n. 2).

offerte di contrattazione, evoluzione tecnologica, emergenza di nuovi *player* intenti ad accrescere le proprie quote di mercato, ciascuno dei quali fattori può ritenersi idoneo ad incidere sull'indicata complessità del settore, ecc.).

In tali ipotesi di particolare complessità del contesto di riferimento (è certamente il caso della telefonia o delle telecomunicazioni⁸⁵, ma anche del settore del credito o dei prodotti finanziari) il livello del comportamento esigibile da parte dell'agente modello, al fine di riequilibrare le asimmetrie informative, si alza inevitabilmente. Non solo, ma *“in settori caratterizzati da continua evoluzione tecnologica...- ha precisato il Consiglio di Stato - l'onere di diligenza gravante sull'impresa deve essere costantemente adeguato”*.

Il tema della corretta individuazione dell'onere di diligenza gravante sul professionista presuppone, peraltro, la corretta individuazione del soggetto in capo a cui collocare un tale onere, vale a dire il professionista medesimo. Il punto appare importante, poiché la ricostruzione del presupposto soggettivo che qui ci interessa è stata effettuata da AGCM e dal giudice amministrativo secondo parametri estremamente ampi. Se la definizione di professionista delineata per le pratiche commerciali scorrette all'art. 18 lett. a) del codice del consumo corrisponde sostanzialmente a quella usuale di matrice comunitaria, in forza della quale il professionista è *“qualsiasi persona fisica o giuridica, che nelle pratiche commerciali agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista”*, certamente, secondo AGCM, deve essere considerato professionista anche colui che agisce in nome e per conto dello stesso, il cd. intermediario. Non solo, ma cosa bene più significativa è rappresentata dal fatto che AGCM ha da ultimo provveduto a specificare che professionista, è colui che comunque tragga benefici sia in termini economici che pubblicitari da una

⁸⁵ Tra i molti, v., Caso Tele2 – Contratti a distanza, PS/19, Provv., 18995, *Boll.*, 39/2008, cit; Caso Telecom – Fatturazione per chiamate satellitari e/o a numerazioni speciali, PS/24, Provv., 19051, *Boll.*, 41/2008; Caso SMS Messaggi in segreteria – 899 da contattare, PS/86, Provv., 19087, *Boll.*, 41/2008; Caso H3G – Disattivazione operatore lock, PS/88, Provv., 18698, *Boll.*, 30/2008; Caso Neomobile suonerie *gratis*, PS/322, Provv., 18951, *Boll.*, 37/2008; Caso 10 SMS *gratis*, PS/457, Provv., 18779, *Boll.*, 32/2008; Caso Tiscali – Attivazione servizi non richiesti, PS/463, Provv., 19353, *Boll.*, 49/2008; Caso *Fastweb* – Apparati in casa d'utente, PS/572, Provv., 18575, *Boll.*, 26/2008.

determinata pratica, anche se la stessa viene posta in essere da un terzo soggetto purchè questo agisca in nome o per conto del professionista o che, in ogni caso, risulti a questo legato sulla base di rapporti contrattuali implicanti un potere di controllo sul suo operato⁸⁶.

Sulla base di tale principio, sono stati ritenuti co-autori di pratiche commerciali consistenti nella diffusione dei messaggi promozionali sui siti di loro partner contrattualie ritenute scorrette, i principali gestori di telefonia mobile nazionali (TIM, VODAFONE, H3G, WIND,) che avevano prestato il loro consenso all'utilizzo dei propri loghi e segni distintivi nelle operazioni pubblicitarie relative ai servizi reclamizzati da parte di cd. *content provider*. Una tale responsabilità (di tipo editoriale, ha precisato il giudice amministrativo) è stata ricondotta da AGCM: a) alla previsione contenuta nei contratti con i *content provider* di un potere (preventivo e successivo) di verifica sul contenuto del messaggio pubblicitario diffuso e b) sul vantaggio economico, immediato e diretto, connesso alla attività di promozione e diffusione dei messaggi ritenuti ingannevoli⁸⁷.

Tale indirizzo è stato confermato anche dal Consiglio di Stato con la sentenza 12-04-2011, n. 2256, con cui il Collegio ha rigettato le doglianze delle società appellanti con riguardo alla presunta errata interpretazione della nozione di professionista. Il Collegio, di contro, ha confermato l'interpretazione (estensiva) data da TAR e AGCM secondo cui "*professionista è qualunque soggetto che partecipi alla realizzazione della pratica, traendone uno specifico e diretto vantaggio economico e/o commerciale*". Nella stessa pronuncia il Collegio ha, altresì, confermato la correttezza degli indici considerati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato come rivelatori della richiamata qualificabilità degli operatori telefonici come co-autori delle pratiche vietate e quindi della loro "responsabilità editoriale": trattasi, *in primis*, dunque, dell'esistenza di un potere di verifica e controllo sul contenuto dei messaggi pubblicitari, riconosciuta dai contratti stipulati con i *content provider*; in secondo luogo, della circostanza per cui i gestori telefonici avevano espressamente consentito l'utilizzo dei propri loghi e

⁸⁶ Provv. 18779 del 21 agosto 2008. Nello stesso senso il TAR LAZIO, che ha confermato in primo grado la decisione dell'Autorità (sentenze n. 7122/09 - 7123/09 - 7558/09)

⁸⁷

segni distintivi nell'ambito delle operazioni pubblicitarie relative ai servizi reclamizzati, in tal modo palesando il proprio coinvolgimento diretto nell'ambito delle operazioni reclamizzate.

Dalla stigmatizzazione di quello che pare essere divenuto principio cardine conseguirà che la responsabilità del professionista potrà essere configurata ogni qual volta l'operatore non dimostri di avere posto in essere un sistema di monitoraggio effettivo sui contenuti delle iniziative promo - pubblicitarie realizzate e diffuse da soggetti terzi, anch'essi interessati alla pratica commerciale, eventualmente prendendo le distanze dalle eventuale scorrettezze della pratica, cosa che certo non si ravvisa in tutte le ipotesi di "tacito assenso".

Come vedremo, peraltro, la ricostruzione in termini particolarmente ampi delle nozioni rilevanti nella materia che qui ci occupa⁸⁸ rappresentano un *leit motiv* della prassi applicativa di AGCM e TAR che tradisce, se si vuole, quell'atteggiamento vagamente paternalistico denunciato in apertura.

È opportuno aggiungere infine che da un punto di vista procedimentale, con riguardo alla prova circa la diligenza professionale, va richiamata la giurisprudenza del Consiglio di Stato che si rifà al consolidato orientamento giurisprudenziale (Cass. Civ., sez. lav., 26 agosto 2003, n. 12391) che interpreta la previsione di cui al primo comma dell'art. 3, l. 689/81 (applicabile a norma dell'art. 27 comma 13 cod. cons. e secondo cui nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione o omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa) nel senso di porre una *praesumptio juris tantum* di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che l'abbia commesso, *riservando poi a quest'ultimo l'onere di dimostrare di aver agito senza colpa*⁸⁹.

Il professionista dunque, chiamato rispondere di una pratica commerciale scorretta in sede di giudizio, sarebbe tenuto a provare in termini positivi la sua diligenza professionale, dimostrando di avere messo in atto tutte le accortezze e le

⁸⁸ Non può sfuggire che altrettanto estensiva è l'interpretazione data da AGCM e confermata dai giudici con riguardo alle nozioni di "pratica commerciale", "consumatore medio" e soglia di rilevanza.

⁸⁹ Così da ultimo, Cons. Stato Sez. VI, Sent., 12-04-2011, n. 2256 e conformemente Cons. Stato 23-12-2010, n. 9329 nonché anche il provv. AGCM IP17/07 Vodafone servizio numero fisso.

precauzioni richieste dal caso concreto e dalle relative circostanze al fine di evitare il danno, o meglio, il pericolo di danno, trovandoci, come noto e come ribadito in più occasioni dal giudice amministrativo, nell'ambito di illeciti di pericolo. In particolare, ancora con riguardo alla responsabilità delle succitate compagnie di telefonia mobile per i messaggi pubblicati sui siti web dai loro partner contrattuali (*internet provider*), il Collegio ha ritenuto che le appellanti non fossero in condizione di vincere la richiamata presunzione di colpa, atteso che le stesse: *“hanno coscientemente e volontariamente collaborato alla realizzazione dell'illecito [...] esse sono operatori professionali del settore delle comunicazioni elettroniche, che disponevano di strumenti (contrattuali e conoscitivi) idonei ad prendere cognizione ed apprezzare il carattere illecito dei messaggi diffusi attraverso i propri mezzi tecnologici e che, cionondimeno, hanno consentito che la condotta illecita si realizzasse in tutta la sua portata lesiva; - le giustificazioni addotte, tendenti a dimostrare che esse hanno messo in opera ogni accorgimento necessario e sufficiente per evitare il prodursi della fattispecie illecita, non appaiono convincenti”*.

La richiamata sentenza sembra sollevare inoltre un punto importante nella ricognizione concreta fatta dai giudici del dovere di diligenza riguardante l'obbligo per il professionista di porre in essere accorgimenti e misure al fine di scongiurare il possibile verificarsi di nocumento o pregiudizio nei confronti dei consumatori⁹⁰. La rispondenza o meno a “diligenza” della condotta tenuta dall'operatore economico va quindi certamente ricercata anche nella *adeguatezza delle misure di controllo, prevenzione e vigilanza* da questi adottate in relazione alla pratica contestata. Dalle decisioni rese dal giudice amministrativo fino ad oggi, emerge inoltre il principio secondo cui l'obbligo di diligenza, così configurato, va valutato non alla stregua di criteri rigidi e predeterminati, ma tenendo conto delle cautele e degli accorgimenti che le circostanze del caso concreto suggeriscono o impongono. Evidente è peraltro che, tanto più il professionista si presenta sul mercato in posizione privilegiata e di potere, tanto più è esigibile un obbligo di vigilanza e controllo, nonché una

⁹⁰ T.A.R. Lazio, 8.4.2009, n. 3722 (caso PS/91).

profusione di mezzi e risorse (economiche e non) al fine di garantire la corretta realizzazione della sua condotta sul mercato.

Ciò premesso, come si accennava, al di là della ricognizione e riconduzione esatta del concetto di diligenza professionale alle tradizionali categorie civilistiche, ciò che sembra maggiormente interessante è la lettura della nozione di diligenza professionale alla luce del nuovo spirito della Direttiva che si ritrova poi nelle norme interne del Codice del consumo. Ed infatti, come già si è avuto modo di rilevare, la Direttiva sulle PCS costituisce una novità, non solo dal punto di vista della nuova tutela che viene apprestata al consumatore, ma anche dal punto di vista del nuovo comportamento che viene richiesto alle imprese, che è sì, incentrato sul divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette, ma anche ispirato a nuovi obblighi di diligenza, appunto. Vi è, cioè, nel più ampio disegno della normativa, la formulazione in termini positivi di comportamenti virtuosi da parte dei professionisti, finalizzati allo sviluppo di pratiche leali, e non solo alla punizione di quelle sleali⁹¹, il tutto secondo un modello di rafforzata “*responsabilità d’impresa*”. In tale ottica, la correttezza e la lealtà richieste al professionista divengono un tratto generale e caratterizzante il suo rapporto con il consumatore e non più soltanto il suo rapporto con i concorrenti.

Il concetto di diligenza professionale che interessa in questa sede, pertanto va senz’altro letto attraverso la lente d’ingrandimento offerta dalla Direttiva e dai suoi principi ispiratori che, come si è detto, tendono a responsabilizzare il professionista e ad indurlo all’adozione di modelli di comportamento corretto e di azione leale.

Dall’altra parte, giova rilevare come, nella ricostruzione di tale dovere di diligenza, lo sforzo che si può e si deve esigere dal professionista non possa andare oltre una certa soglia. In sintesi, come sottolineato anche da una recente pronuncia dei giudici amministrativi, lo sforzo di diligenza richiesta al professionista va valutato tenendo a mente tutte le circostanze del caso (dimensioni dell’operatore economico, delicatezza dell’operazione, sofisticazione dei mezzi di vigilanza e controllo, etc...)

⁹¹ Si veda il Considerando n. 2 della Direttiva. Merita di essere sottolineato sin da ora che ispirati a tale *ratio* sono anche altri strumenti previsti dalla nuova disciplina, quali i codici di condotta e di autoregolamentazione di cui all’art. 10 della Direttiva e all’art. 27 bis del nostro codice, sui quali si tornerà oltre.

e bilanciando tale sforzo con l'onere di attenzione che viene pur sempre richiesto al consumatore. In altre parole, il professionista non potrebbe con il suo comportamento essere chiamato a sopperire alla carenza di attenzione/informazione che viene richiesta al consumatore⁹². Ma dall'altra parte, l'asimmetria o il gap informativo che caratterizzano inevitabilmente certi rapporti non può essere colmato dal consumatore al punto da essere chiamato lui stesso a colmare eventuali lacune informative da parte del professionista (e ciò vale in particolare per le cd. pratiche ingannevoli).

La questione allora, mi pare, stia nel rinvenire un punto di equilibrio fra obblighi/oneri imposti al professionista e diritti/oneri riconosciuti al consumatore nel corretto dispiegarsi del rapporto di consumo cui mira – a mio parere – la disciplina sulle PCS: da un lato, quindi, l'adesione del professionista a modelli comportamentali ispirati alle *best practices*, adeguati alle ragionevoli aspettative del consumatore, comunque mai astrattamente e rigidamente preconfezionati ma sempre parametrati e conformati sul caso concreto⁹³; dall'altro, come si vedrà, non viene meno l'onere di attenzione, informazione che il nuovo sistema di regole esige dal consumatore che, per inciso, si ricordi, è il consumatore “medio”, nel suo atteggiarsi rispetto al mercato.

⁹² Si veda anche: Cons. Stato Sez. VI, Sent., 12-04-2011 n. 2256: al punto 12.6.1, in merito alle difese delle società di telefonia coinvolte nella sanzione per l'ingannevolezza di messaggi pubblicitari diffusi dai *content provider*, il Consiglio di Stato ha osservato che: “*non può trovare accoglimento la tesi delle appellanti secondo cui non sarebbe stato esigibile nei loro confronti un comportamento tale da prevenire ed impedire il verificarsi della condotta sanzionata attraverso un adeguato (ma onerosissimo) sistema di controlli preventivi sui contenuti e le modalità delle campagne pubblicitarie. Ed infatti, pur non potendosi sottacere l'indubbia complessità tecnico organizzativa del sistema di controlli reso necessario dalla tipologia e dal numero delle attività pubblicitarie poste in essere, è altresì certo che non sussistesse nella specie alcun impedimento di carattere assoluto alla sua realizzazione. E' altresì certo che il quantum di esigibilità nell'attivazione di rimedi di tipo preventivo deve essere in concreto modulato tenendo in adeguata considerazione: a) la diretta cointeressenza economica delle odierne appellanti alla riuscita e diffusione dei messaggi pubblicitari oggetto di contestazione; b) la notevolissima dimensione organizzativa delle appellanti (primari operatori di mercato); c) la loro indubbia attitudine (in qualità di operatori del settore delle telecomunicazioni, a propria volta dotati di coacervata esperienza nel settore pubblicitario) ad apprezzare i profili di ingannevolezza contenuti nelle campagne oggetto di contestazione*”.

⁹³ Cfr. T.A.R. Lazio, 15.6.2009, n. 5625 (caso PS/24): “*l'obbligo di diligenza, così configurato, va valutato non alla stregua di criteri rigidi e predeterminati ma tenendo conto delle cautele e degli accorgimenti che le circostanze del caso concreto suggeriscono o impongono*”.

Sul punto, merita certamente di essere segnalata, anche per il riferimento al “modello del consumatore medio”, la recente sentenza del TAR⁹⁴ nella quale si legge: “[...]ricorda il Collegio che la Sezione ha ormai più volte affermato che le norme in materia di contrasto alle pratiche commerciali sleali richiedono ai professionisti l'adozione di modelli di comportamento in parte desumibili dalla disciplina posta dalla Autorità di regolazione, ove esistenti, in parte dall'esperienza propria del settore di attività, nonché dalla finalità stessa di tutela perseguita dal Codice del Consumo, purché, ovviamente, siffatte condotte siano dagli stessi concretamente esigibili, *in un quadro di bilanciamento, secondo il principio di proporzionalità, tra l'esigenza di libera circolazione delle merci e dei servizi e il diritto del consumatore a determinarsi consapevolmente in un mercato concorrenziale, secondo la logica alla base del modello, pur esso di derivazione comunitaria, del c.d. consumatore medio*. Nel caso di specie, è perciò condivisibile l'argomentazione della società secondo cui occorre raggiungere un punto di equilibrio nella individuazione delle misure di tutela del consumatore, anche nei mercati oggetto di recente liberalizzazione, in quanto, diversamente, ne potrebbe risultare pregiudicato lo sviluppo di un mercato realmente concorrenziale [...]”⁹⁵.

Ebbene, proprio su tale equilibrio poggia, a mio parere, non solo il dovere di diligenza imposto al professionista ai sensi delle nuove norme, ma forse anche la lettura più corretta di tutta la nuova disciplina sulle PCS.

2.4 (Segue) La clausola generale e la “soglia di materialità” imposta dall’art. 20 Cod. cons.

⁹⁴ T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 26-01-2012, n. 866.

⁹⁵ Il giudice amministrativo prosegue precisando che: “*La definizione di tale punto di equilibrio spetta alla stessa Autorità antitrust, il cui giudizio non è, come ovvio, sindacabile nel merito, quanto, secondo i consueti parametri di valutazione del corretto esercizio della discrezionalità tecnica. Pertanto, in caso di corretta e completa acquisizione degli elementi di fatto rilevanti (nel caso di specie non contestata), siffatto giudizio non è criticabile se non sul piano della ragionevolezza e congruità della valutazione, con l'esclusione di interventi di carattere costitutivo incompatibili con l'opinabilità dei giudizi e con la non oggettività ed esattezza delle discipline di riferimento (così, da ultimo, Consiglio di Stato sez. VI, 24 agosto 2011, n. 4799). Il giudice, in definitiva, può solo verificare la correttezza dei parametri utilizzati e del procedimento seguito, ma non già sovrapporre un proprio modello di "professionista diligente" (ovvero, specularmente, di "consumatore medio") a quello delineato dalla competente Autorità*”.

Dal ragionamento svolto finora con riguardo al primo degli elementi costitutivi la fattispecie “pratica commerciale scorretta” di cui all’art. 20 del Codice del consumo, emerge chiaramente che la prima parte della clausola generale, che fa capo al concetto della diligenza professionale, può essere correttamente compresa e “concretizzata” solo facendo perno: *a)* sulla *ratio* della Direttiva comunitaria dalla quale la stessa trae origine, *b)* sull’interpretazione che della stessa è stata data in sede applicativa (provvedimenti dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato) e giurisprudenziale. Trattasi infatti, come si diceva, di una clausola aperta ed elastica, la quale, se è vero che richiama concetti e istituti già noti alla tradizione civilistica nostrana, ciò non di meno, dagli stessi, per il contesto delle nuove norme oggetto di analisi in cui si inserisce, è destinata, almeno in parte, ad affrancarsi.

Similmente, possiamo dire, avviene con riguardo al secondo degli elementi che concorrono a definire la scorrettezza della pratica, vale a dire quello dell’idoneità della stessa a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore. In questo caso, tuttavia, pare potersi dire, anticipando quanto si vedrà, che l’apporto esegetico dato dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato non sembra essere stato né determinante né, in verità, completamente conforme alle linee guida tracciate dalla Direttiva e dalla CGE. Ciò in quanto, da un lato, l’atteggiamento dell’Autorità nei confronti della cosiddetta regola di *de minimis* da utilizzare quale esimente della condotta scorretta, è stato sostanzialmente di indifferenza, dall’altro, l’Autorità nelle sue decisioni non ha di fatto dimostrato di aderire all’indirizzo tracciato dai giudici comunitari, che già avevano avuto modo di confrontarsi con siffatta clausola di rilevanza nell’applicazione della direttiva 84/450/Cee in materia di pubblicità ingannevole. Ciò nondimeno, va rilevato che ampio riferimento all’utilizzo della regola del *de minimis* si rinviene da parte delle imprese nelle loro tesi difensive al fine di dimostrare l’inidoneità della pratica, di fatto, ad incidere sulla decisione finale del consumatore. Il riferimento più immediato, come si vedrà, per rinvenire tale soglia di rilevanza è basato sulla diffusione della pratica.

Come è stato giustamente rilevato⁹⁶, dunque, la soglia di materialità costituisce il “nucleo essenziale” della clausola di scorrettezza e quindi dell’antigiuridicità della pratica, laddove il criterio della diligenza professionale serve piuttosto a formulare un giudizio di colpevolezza dell’agente - professionista. Che si tratti di un aspetto normativamente preponderante nella valutazione della pratica, non pare poter essere messo in dubbio. Ed infatti, gli articoli oggetto di interesse che si occupano di definire la slealtà della pratica richiamano più volte, in modo sostanzialmente equivalente, l’idoneità della pratica ad incidere sulla capacità decisionale del consumatore medio quale presupposto fondamentale della slealtà⁹⁷.

Ebbene, tale secondo elemento necessita di un ulteriore approfondimento che non pare possa partire se non dalle definizioni che, delle singole “voci” che compongono il parametro, fornisce la norma.

L’art. 20, 2° comma, cod. cons. parla così di “*idoneità della pratica a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio*”. A chiarire il significato della locuzione interviene l’art. 18 lett. e), in forza del quale, “falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatori” significa “*alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo – continua la norma – ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso*”. La definizione, tuttavia, ancora non fornisce parametri sicuri di indagine. Ed infatti, se si può correttamente ritenere che l’avverbio “*sensibilmente*”, che caratterizza l’alterazione rilevante, sia esplicitato di seguito, dall’attitudine della pratica ad indurre il consumatore ad assumere una decisione commerciale che lo stesso altrimenti non avrebbe assunto, si pongono altre due questioni, a mio parere fondamentali: la prima, inerente la ricognizione della, a dir poco infelice, nozione di “*decisione*

⁹⁶ LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari*, op.cit. p.54.

⁹⁷ Si veda, oltre al già richiamato art. 20 comma secondo, anche l’art. 18.1 lett. e e lett. l, nonché l’art. 24 cod. cons. in riferimento alle pratiche aggressive. E si noti che il concetto di decisione commerciale contiene in sé anche un contenuto negativo, relativo alla decisione cioè di non acquistare

commerciale”⁹⁸; la seconda – più complessa – inerente la ricostruzione in concreto di una tale attitudine lesiva della pratica rispetto alla decisione finale⁹⁹ del consumatore, che pare stia nella locuzione “*che altrimenti non avrebbe preso*”. Quando cioè, con riferimento a questo secondo aspetto, si può effettivamente ritenere che, in presenza di informazioni ingannevoli, ovvero, in assenza di alcune informazioni rilevanti, ovvero, ancora, in assenza di determinate coercizioni, molestie, il consumatore non si sarebbe determinato a porre in essere una certa decisione commerciale?

Ebbene, su tale questione, a me sembra, avrebbe dovuto incentrarsi la prassi applicativa dell’Autorità, cosa che in realtà non è, se non in parte, avvenuta.

Va premesso che, fermo restando che il bene giuridico tutelato è rappresentato, a mio modo di vedere, più che da una generica e astratta libertà di scelta del consumatore, dalla “scelta *consapevole* del consumatore medio”, cioè, dalla possibilità ad esso garantita di scegliere “con cognizione di causa” e sulla base di informazioni vere, chiare e complete (oltre che, certamente, in modo non condizionato da condotte “aggressive”¹⁰⁰), bisogna tenere a mente che oggetto di indagine sono pur sempre comportamenti pubblicitari e promozionali, per natura “suggestivi” e pratiche di impresa destinate alla vendita di prodotti /servizi. Fondamentale quindi è a questo punto capire come tale requisito della soglia di materialità sia stato (o non) tradotto nella prassi.

Prima di passare ad analizzare alcune delle pronunce in tale senso rilevanti, va precisato il significato dell’espressione “*decisione di natura commerciale*” che il legislatore definisce all’art. 18 lett. m) come: “*la decisione presa da un consumatore relativa al se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a*

⁹⁸ Meglio si sarebbe dovuto parlare di decisione negoziale (DE CRISTOFARO, 2009, *op.cit.*), fermo restando che, come vedremo, rilevanti non sono solo le scelte del consumatore riferite al se stipulare o meno un contratto.

⁹⁹ Secondo il Parlamento Europeo “*le decisioni che non implicano un comportamento economico non sono un bene giuridico da proteggere*”. Relazione sulla proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio.

¹⁰⁰ Vero è senz’altro che con riguardo alle pratiche aggressive il legislatore parla di “limitare la possibilità di scelta” ed in questo caso, effettivamente, l’oggetto della tutela si dilata e coincide con quello della libera scelta del consumatore. Tuttavia anche qui non si tratta (o non dovrebbe trattarsi) di una generica libertà di scelta, posto che la norma non manca di evidenziare che la ricognizione della pratica aggressiva deve essere fatta, nella fattispecie concreta e tenendo conto di tutte le circostanze e caratteristiche del caso.

quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto”. Trattasi di una nozione estremamente ampia, che risulta in realtà, perfettamente in linea con la definizione dell’ambito di applicazione della normativa in esame, la quale, ricordiamo, riguarda (art. 19, 1° comma, cod. cons.) tutte le pratiche commerciali tra professionisti e consumatori poste in essere *prima, durante e dopo* un’operazione commerciale relativa ad un prodotto. La scelta su cui si appunta la riflessione riguarda, quindi, non solo l’*an* della conclusione di un contratto con il professionista, ma anche tutte le condizioni alle quali la stessa può essere effettuata, con riferimento alle singole clausole del regolamento contrattuale, relative anche a comportamenti tesi a risolvere tale rapporto o comunque conseguenti ad esso. Infine, l’esegesi della norma rende doveroso precisare come tra la pratica dedotta in giudizio e la scelta del consumatore debba sussistere necessariamente un nesso di causalità. La pratica commerciale potrà quindi ritenersi idonea ad indurre il consumatore ad assumere una certa decisione, solo se la stessa si può ritenere causalmente correlata allo stesso. La soglia di materialità dovrebbe quindi rappresentare un parametro idoneo anche ad essere assunto come nesso causale fra la condotta omissiva e/o commissiva del professionista e la decisione di acquistare del consumatore in assenza del quale non è dato applicare il divieto.

Ebbene, si diceva che l’interpretazione fornita da AGCM - e dai giudici amministrativi - non è stata pienamente in linea con la *ratio* della Direttiva, la quale chiaramente, al Considerando n. 6¹⁰¹, introduce la regola di *de minimis* ricollegandola, peraltro, al principio di proporzionalità quale campanello di allarme nel valutare la rilevanza della pratica e quindi l’interesse a reprimerla (oltre che a sanzionarla).

Una tale interpretazione, in particolare, è apparsa a molti iper-estensiva, specie con riguardo al fatto che, secondo un ormai consolidato *trend* applicativo, AGCM

¹⁰¹ Considerando n. 6: “[...]. Secondo il principio di proporzionalità, la presente direttiva tutela i consumatori dalle conseguenze di tali pratiche commerciali sleali allorché queste sono rilevanti, ma riconosce che in alcuni casi l’impatto sui consumatori può essere trascurabile”.

prescinde, nella definizione di pratica commerciale, da un criterio statistico o quantitativo.

Secondo AGCM infatti, la definizione di pratica commerciale ricomprende ogni condotta posta in essere da un professionista prima, durante o dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto o servizio offerto che si connoti per caratteristiche tali da poter essere astrattamente replicata a prescindere dal numero di soggetti che in concreto ne siano stati destinatari e dalle vicende contrattuali circoscritte al rapporto tra il professionista ed un singolo utente¹⁰². L'indirizzo pare essere peraltro totalmente avallato dal TAR¹⁰³.

Ebbene, come notato in dottrina¹⁰⁴, se è vero che secondo la Direttiva sono escluse dal divieto solo quelle pratiche la cui rilevanza può dirsi "trascurabile" e che pertanto, viene da dire, la regola è la rilevanza di ogni comportamento scorretto, mentre la sua irrilevanza rappresenta l'eccezione, ciò non significa che il requisito della rilevanza dell'impatto di una certa pratica sui consumatori (e più precisamente sul consumatore medio) possa essere tralasciato o addirittura disapplicato. Sul punto appare evidente, anche alla luce delle pronunce del giudice comunitario, che il parametro da seguire nella ricognizione della soglia di materialità di cui ci si occupa, è rappresentato, innanzitutto, dal numero di consumatori coinvolti da una certa pratica e quindi dal dato della diffusione della stessa. Ciò, peraltro, avveniva anche nel previgente regime della pubblicità e in tale senso vanno lette le perizie e i sondaggi di opinione quali strumenti messi a disposizione del giudice nazionale per valutare l'impatto di una certa pratica sui consumatori¹⁰⁵.

¹⁰² Si veda per tutti il caso PS/271-Fastweb Contratti a distanza.

¹⁰³ TAR LAZIO sentenza *Telecom* n. 646/2010.

¹⁰⁴ Il principio di proporzionalità regola l'esercizio delle competenze esercitate dall'Unione europea. Esso mira a inquadrare le azioni delle istituzioni dell'Unione entro certi limiti. In virtù di tale regola l'azione delle istituzioni deve limitarsi a quanto è necessario per raggiungere gli obiettivi fissati dai trattati. In altre parole, il contenuto e la forma dell'azione devono essere in rapporto con la finalità perseguita.

¹⁰⁴ Vedi MELI, 2008, *op.cit.* secondo il quale i potenziali effetti lesivi di una pratica andrebbero relazionati con il numero dei consumatori coinvolti nonché il valore dell'operazione che tale pratica induce nel consumatore e con i costi richiesti al professionista per evitare gli effetti potenzialmente lesivi della pratica.

¹⁰⁵ In tal senso si vedano CGE 16 luglio 1998, C- 210/96, *Gut Springenheide e Tusky in Rdcc* 1998, I 4657 e C-210/96 *Estee Lauder c. Lancaster*, *ivi*, 2000, I – 117 in cui si afferma che il giudice nazionale dovrà valutare, in base al suo diritto, se la percentuale di consumatori indotti in errore sia *sufficientemente significativa* da giustificare il divieto di una certa pubblicità.

Guardando allo scenario della prassi nazionale si rileva invece che: a) l’Autorità garante della concorrenza e del mercato non pare – almeno per il momento - aver dato alcuna evidenza alla regola del *de minimis*, affermando, di contro, in più occasioni che il fatto che la pratica abbia avuto una diffusione esigua in termini di consumatori coinvolti, non è rilevante sul piano della liceità o meno della pratica quanto piuttosto su quello della diligenza professionale; b) similmente, il giudice di primo grado sembra avere optato per l’irrelevanza delle dimensioni del possibile impatto di una pratica sui consumatori al fine di valutarne la scorrettezza.

Così, in un caso relativo ad attivazioni non richieste di servizi da parte di Enel Energia 2, il giudice amministrativo ha sancito che *“la significatività statistica del dato non assurge, ad avviso del Collegio, ad elemento legittimamente escludente la scorrettezza della pratica commerciale... la rilevanza numerica del dato può assumere significatività quale elemento aggravante della condotta”*. La sentenza in esame ha aggiunto: *“L’illiceità del comportamento, al fine di assumere rilevanza ai sensi delle riportate disposizioni del Codice del Consumo, non deve dimostrare una concreta attuazione pregiudizievole (per le ragioni dei consumatori), quanto, piuttosto, una potenzialità lesiva (per le scelte che questi ultimi... sono legittimati a porre in essere...) che consente di ascrivere la condotta nel quadro dell’illecito (non già di danno; ma) di mero pericolo”*¹⁰⁶.

Una successiva sentenza sembra confermare questo orientamento, ma in modo quasi incidentale, limitandosi ad affermare che *“l’affermata sporadicità della vicenda... non integra idoneo fondamento giustificativo al fine di escluderne la sussumibilità in una tipologia di condotta” (nella specie, di pratica aggressiva)*¹⁰⁷. Peraltro, in un noto caso relativo ai comportamenti delle banche in materia di portabilità dei mutui¹⁰⁸, si può rinvenire un orientamento di segno contrario: *“La mancata dimostrazione circa l’effettiva diffusione (sotto i profili quantitativo, geografico, della ripetizione in un arco temporale significativo, nonché della identità configurativa) di taluni comportamenti, pur effettivamente osservati da singole filiali, esclude che essi possano ex se assurgere al rilievo di ‘pratica’:*

¹⁰⁶ TAR Lazio – Roma, sez. I, 8 aprile 2009, n. 3722, Enel.

¹⁰⁷ TAR Lazio – Roma, sez. I, 11 giugno 2009, n. 5570, Enagas.

¹⁰⁸ TAR Lazio – Roma, sez. I, 6 aprile 2009, n. 3692, Intesa Sanpaolo.

ovvero di una condotta reiteratamente posta in essere dall'operatore commerciale con carattere di apprezzabile omogeneità".

Come si vede l'argomento centrale cui tende a fare ricorso l'AGCM per disapplicare l'esimente della rilevanza della condotta di cui all'art. 20 cod. cons. è quello della potenzialità diffusiva della stessa.

Come a dire, la pratica non ha in fatto avuto una rilevante diffusione¹⁰⁹ e quindi un significativo impatto sui consumatori, ma avrebbe potuto averlo. L'argomentazione troverebbe giustificazione necessaria e sufficiente, secondo AGCM, nell'assunto per cui le pratiche scorrette integrano un illecito di pericolo e non di danno e come tali rilevano a prescindere da loro effettivo impatto lesivo.

In merito tuttavia, si potrebbe sostenere, come è stato giustamente sostenuto, che il giudizio e le argomentazioni di AGCM basate sulla natura di pericolo e non di danno delle pratiche commerciali scorrette, sono condivisibili nella misura in cui le pratiche oggetto di giudizio sono ripetibili e prorogabili nel tempo. Ma laddove così non fosse, bisogna prendere atto che di fronte a fenomeni che di per sé hanno una scarsa rilevanza il legislatore ha voluto espressamente non far scattare il divieto anche probabilmente in un'ottica di equilibrio tra impatto lesivo della condotta e oneri (investimenti) richiesti all'impresa al fine di evitarla.

Ebbene, senza negare alle pratiche commerciali scorrette il carattere di illecito di pericolo, la soluzione adottata dai giudici nazionali che tende a svilire la regola *de minimis* tanto da disapplicarla, non può essere condivisibile.

In termini generali infatti, il legislatore ha chiaramente espresso l'intenzione di prevenire applicazioni formalistiche del divieto e quindi di tollerare pratiche che, seppur formalmente censurabili, risultano ininfluenti sul processo di scelta del consumatore stante la loro marginalità. La precisazione introdotta con il test di apprezzabilità della condotta non può essere ritenuta superflua in quanto la stessa assume importanza decisiva, da lato, perché in grado di delimitare lo spettro di azione del divieto che, altrimenti, sarebbe suscettibile di applicazioni

¹⁰⁹ Altro elemento che dovrebbe rilevare in termini di rilevanza della condotta è quello della durata di una certa pratica nel tempo, anche se è ben possibile che una pratica che si sia esaurita in un unico episodio può aver avuto effetti gravissimi.

eccessivamente severe, dall'altro, anche perché il *materiality test* esprime una peculiare utilità nella creazione di un qualche standard e quindi nella semplificazione della prassi applicativa. Infine, non si dimentichi, il guadagno sistematico di aver previsto una "clausola di apprezzabilità" che sta nel consentire appunto una *ragionevole* disapplicazione del divieto di cui agli articoli 21 e 22 del Codice del consumo in casi in cui, teoricamente, lo stesso potrebbe trovare applicazione. Anticipare la tutela venendo a sanzionare indistintamente qualunque condotta, anche di portata irrilevante, significa infatti abrogare di fatto la regola imposta dal legislatore comunitario e presidiata dal principio di proporzionalità.

2.5 Il parametro del consumatore medio.

Veniamo quindi al secondo elemento costitutivo della fattispecie pratica commerciale scorretta.

Autorevole dottrina¹¹⁰ ha sostenuto come la novità introdotta dalla novella sulle PCS sta nell'aver attribuito "*rilevanza giuridica*" - si noti, non "aziendalistica" - "*ad un possibile contatto fra impresa e consumatore, a prescindere dalla conclusione del contratto*", anticipando di fatto ad un momento, non solo pre-contrattuale, ma addirittura pre-negoziale, la rilevanza giuridica del comportamento/linguaggio dell'imprenditore.

In tale nuova visione del rapporto impresa /consumatori era necessario porre delle "focalizzazioni" al fine di evitare pericolose commistioni di tutele (individuali/collettive - civilistiche/amministrative) con conseguenti rischi di instabilità (e di costi) per il sistema amministrativo e giurisdizionale. Tali, opportunamente, sono state le precisazioni normative introdotte dal legislatore, comunitario e nazionale, in parte attraverso la regola del *de minimis*, vista sopra, ma soprattutto attraverso l'introduzione del parametro del cd. *consumatore medio*, nozione non nuova alla riflessione europea, ma mai prima d'ora utilizzata in sede legislativa.

¹¹⁰ CAMARDI C., *op. cit.* p. 409.

Ebbene, la “metamorfosi” del consumatore in “consumatore medio” e l’adozione di tale standard normativo ed oggettivo quale destinatario della tutela, costituisce un punto fondamentale al fine di comprendere, anche sul piano metodologico e sistematico, la disciplina oggetto di analisi.

Il legislatore comunitario non ha ritenuto neppure in questa occasione di inserire la nozione di consumatore medio fra le definizioni riportate nella Direttiva, ma tuttavia, ha ugualmente chiarito l’intento di prendere a riferimento, non il consumatore *sic et simpliciter*, bensì il consumatore medio. Così, al Considerando n. 18, richiamandosi ancora una volta al principio di proporzionalità, ha stabilito che: “*Conformemente al principio di proporzionalità, e per consentire l’efficace applicazione delle misure di protezione in essa previste, 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 (...).*” Precisando poi che: “*La nozione di consumatore medio non è statistica*” e che “*Gli organi giurisdizionali e le autorità nazionali dovranno esercitare la loro facoltà di giudizio tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia, per determinare la reazione tipica del consumatore medio nella fattispecie*”. La nozione proposta rimanda alla giurisprudenza elaborata dalla Corte di giustizia, a partire dagli anni Novanta, con riguardo alla materia della pubblicità ingannevole e dei marchi di impresa. Sia in proposito sufficiente richiamare la nota sentenza *Yves Rocher* secondo cui il consumatore è “*un soggetto ben informato, capace di elaborare le informazioni ricevute, e di agire in modo conseguente*”¹¹¹. Con tale sentenza la giurisprudenza comunitaria ha ritenuto di abbandonare quel

¹¹¹ *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft ev c. Yves Rocher GmbH*, caso 126/91, in data 18.5.1993. La definizione è stata confermata in diverse altre sentenze, successive, v. *Linde, Winward, Rado c. DPMA*, casi 53/01, 54/01, 55/01, in data 8.4.2003; *Verband Sozialer Wettbewerb EV c. Clinique Laboratoires SNC e Estee Lauder Cosmetics GmbH*, caso 315/92, in data 2.2.1994; *Verein Gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Koeln c. Mars GmbH*, caso 470/93, in data 6.7.1995. Per una lettura esaustiva del concetto di consumatore medio alla luce della giurisprudenza comunitaria si veda: Foglia C., *Il concetto di «consumatore medio» ed il ricorso all’indagine demoscopica (Nota a Cass., sez. I, 26 marzo 2004, n. 6080, Soc. Rovagnati c. Soc. Parmacotto)* Dir. ind., 2004.; A. SACCOMANI, *La nozione di consumatore e di consumatore medio nella Direttiva 29/2005 Ce*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di MINERVINI - ROSSI CARLEO, op. cit., p.10; PONCIBÒ C., *Il consumatore medio*, in *Contratto e Impresa/Europa* 2007, 734 ss.; ZORZI N., *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario* in *Contratto e impr. - Europa*, 2010, 54 ss.

criterio di precauzione paternalistica nei confronti del consumatore, quale soggetto debole da tutelare, per adottare invece lo standard del consumatore medio. Ciò già in forza di un approccio liberista e improntato a tutelare il consumatore nel più ampio gioco della libera concorrenza e della regolazione del mercato.

Sul punto, preme sottolineare, come per espressa indicazione del legislatore e del giudice europeo, il consumatore medio non è uno standard fondato su base statistica, bensì è uno *standard qualitativo* che va ricostruito in base a due criteri, cui il giudice nazionale dovrà conformarsi onde evitare di incorrere in valutazioni divergenti sulle pratiche commerciali scorrette: da un lato, quello dell'istruzione generale, e, dall'altro, quello dell'attenzione all'atto dell'acquisto¹¹².

Ebbene, premesso che l'adozione dello standard europeo deve senz'altro ritenersi vincolante, il legislatore italiano, pur utilizzando la nozione di consumatore medio nell'individuazione di pratica commerciale scorretta¹¹³, si è astenuto dal fornirne un'espressa definizione, mantenendo invece la definizione generale di cui all'art. 3 cod. cons. ed inserendo all'art. 18, lett. a) la definizione comunitaria¹¹⁴, senza modificarla in alcun modo sostanziale, e, in realtà, in modo pleonastico rispetto all'articolo 3 lett. a) cod. cons. che già poneva tale definizione generale di consumatore¹¹⁵. Peraltro, la definizione inserita dalla novella all'art. 18 cod. cons. lett. a) si aggiunge ad un altro riferimento al consumatore, contenuto nel codice del Consumo, e segnatamente quello di cui all'art. 5, secondo cui, “*ai fini del presente*

¹¹² Tralasciamo al momento le categorie rappresentate da quei “*gruppi di consumatori chiaramente individuabili e particolarmente vulnerabili*” (anziani e bambini per esempio) che vengono trattati in modo specifico e per i quali lo standard di valutazione si abbassa, per espressa previsione dell'art. 5.3 della Direttiva, a quello del consumatore vulnerabile.

¹¹³ Secondo infatti il già menzionato art. 20, secondo comma, del Codice del consumo il divieto scatta laddove la pratica sia idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del *consumatore medio*. L'art. 20, terzo comma, continua poi stabilendo che, laddove la pratica sia idonea a colpire solo un gruppo di consumatori chiaramente individuabile e particolarmente vulnerabile, le pratiche in questione vengono valutate secondo il parametro del membro medio di tale gruppo.

¹¹⁴ Cosa peraltro fatta anche dal legislatore comunitario all'art. 3 della Direttiva (il consumatore è pertanto “qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto della presente direttiva, agisca per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale”), il quale però poi si preoccupa di introdurre con il citato considerando il concetto di consumatore medio.

¹¹⁵ La definizione di cui all'art. 3 Cod. cons., come noto, trova applicazione in tutti i casi in cui il consumatore non sia altrimenti individuato (in tale senso, è l'inciso iniziale, “*ove non diversamente stabilito*”).

titolo, si intende per consumatore o utente anche la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali". Si badi bene, tuttavia che, come già ricordato più volte con l'introduzione della Direttiva, viene introdotto anche il principio dell'armonizzazione massima, il quale non ammette applicazioni e/o interpretazioni estensive, neppure a livello meramente definitorio, delle norme comunitarie dettate con la Direttiva stessa. Conseguentemente, se mai fosse ancora ipotizzabile, la legittimità, sulla base dell'art. 5 Cod. Cons., di una lettura interna "allargata" del concetto di consumatore, tale dubbio, almeno con riferimento alle norme che qui ci occupano, viene fugato se si tiene a mente per l'appunto il divieto di regolamentazioni differenziate rispetto ai principi sanciti a livello comunitario dalla Direttiva.

Il consumatore, quindi, nell'impianto della Direttiva e della novella al codice del consumo, è un soggetto che si assume dotato di una discreta cultura generale, di capacità e competenze di livello medio, e al quale si richiede un certo grado/sforzo di diligenza al momento dell'acquisto e, in generale, nelle scelte di consumo. Un consumatore, cioè, che non pare essere più semplice spettatore rispetto al gioco della concorrenza, ma che diventa parte integrante e attiva di tale gioco, secondo un approccio, che lungi dall'essere di tipo paternalistico, vorrebbe tendere, per converso, a "responsabilizzare" anche il consumatore nel momento in cui lo stesso scende sul mercato per mettere in atto le sue scelte di acquisto¹¹⁶.

Se il consumatore resta un soggetto le cui scelte di consumo meritano tutela, lo stesso cessa di essere visto come il contraente "che non contratta", e comincia a delinearsi come parte attiva di un mercato regolato¹¹⁷.

Sul punto autorevole dottrina¹¹⁸ non ha mancato di evidenziare che *"la tesi secondo cui solamente il consumatore ben informato e ragionevolmente cauto merita*

¹¹⁶ LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari*, op. cit. p.64.

¹¹⁷ Al riguardo è stato efficacemente osservato che *"la Direttiva, [...] nel vietare pratiche commerciali scorrette, assume che il soggetto destinatario sarebbe, in loro assenza, capace di autotutelarsi: non mostra, quindi, di avere di mira la protezione di un soggetto debole, la cui autodeterminazione dovrebbe essere oggetto di paternalistiche limitazioni"* A. Genovese, *Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette [...]*, op. cit. p. 53.

¹¹⁸ DENOZZA F., *Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. Comm.* 2009/6, parte I. Osserva, al riguardo, come la categoria

protezione” scaturisce dalla “visione del processo competitivo inteso come meccanismo per la produzione ottimale di incentivi” (ed ecco la ratio regolatoria), nella quale “il consumatore viene concepito proprio come un imprenditore di per sé stesso, e cioè come un individuo meritevole della protezione necessaria per garantirgli la possibilità di scambiare facilmente il suo reddito disponibile con beni di consumo (...), come un individuo che si confronta con un set di opportunità e rischi che deve saper sfruttare al meglio. Quindi, in definitiva “come ogni buon imprenditore, anche il consumatore è chiamato ad elaborare le strategie più appropriate che gli consentano di muoversi al meglio all’interno di un territorio insidioso”.

Le parole dell’Autore mi sembrano illuminanti sulla logica e confermano, aiutando a comprendere meglio. quanto già anticipato e ricordato più volte nella presente trattazione: la Direttiva sulle PCS (e la normativa di recepimento) si pone come un provvedimento di armonizzazione e regolazione del mercato, prima ancora che di tutela del consumatore.

La Direttiva e la riforma del codice del Consumo che ne consegue si inseriscono infatti in una nuova fase della tutela del consumatore, che tende ad andare oltre il diritto dei consumatori in senso stretto e privatistico e ad avvicinarsi sempre di più ad un modello di tutela e regolazione, allargato ed integrato, delle imprese e del mercato¹¹⁹. L’identificazione del consumatore secondo le categorie della debolezza contrattuale e strutturale non appartiene più a tale fase della politica comunitaria e viene quindi correttamente rifiutata.

del consumatore medio nella disciplina comunitaria delle pratiche commerciali scorrette sia “*una categoria con finalità normative*”.

¹¹⁹ Per una lettura dell’evoluzione delle politiche comunitarie a tutela del consumatore si veda ampiamente G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Bari-Roma, 2006, p. 45 ss. Sinteticamente potrebbe dirsi che, ad una prima fase incentrata essenzialmente su una tutela individuale e di carattere successivo, legata alla sicurezza dei beni e dei prodotti e garantita dal diritto al risarcimento del danno, si passa ad una seconda fase, rivolta essenzialmente al contratto e alle modalità idonee ad offrire una protezione degli interessi economici dei consumatori, di carattere orizzontale e rappresentata dalla normativa sulle clausole abusive. Solo di recente, l’attenzione si incentra essenzialmente su quelle che potremmo definire “regole del mercato” e l’obiettivo si sposta, dunque, verso una tutela generale e di carattere preventivo in cui il consumatore non è più solo portatore di interessi individualmente protetti, ma è anche portatore di interessi diffusi.

Il modello legislativo, adottato nella nuova disciplina sulle PCS, si rivela, diversamente, come un modello di organizzazione dell'attività di impresa, e più in particolare del linguaggio dell'impresa, piuttosto che un modello di tutela individualistica dei consumatori¹²⁰.

Quella del consumatore medio rappresenta quindi una scelta normativa che rispecchia il “nuovo corso” di cui la Direttiva - e la normativa di recepimento - sono espressione, che tende a passare dalla tutela del consumatore individuo alla tutela del consumatore – domanda.

Il consumatore cui è rivolta la tutela contro le pratiche commerciali scorrette, insomma, non è il singolo individuo, ma è espressione della generalità di una categoria, o meglio ancora, di una leva del mercato¹²¹. La logica di tipo individualistico pare scomparire per cedere il posto a quella di tipo concorrenziale. Come è stato osservato, infatti, a seguito delle integrazioni introdotte nel codice del consumo dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, “*il consumatore «persona fisica», parte di un concreto assetto di interessi, si astrae in un mero riferimento, un metro di valutazione della diligenza professionale atto a specificare i limiti entro i quali può esplicarsi liberamente la modalità delle offerte*”. In questa prospettiva, il ruolo del consumatore, per certi versi esclusivamente potenziale, viene ad indicare “*un aspetto macroeconomico*”, che assume come riferimento non l'agire del singolo nella sua individualità, “*ma l'agire del singolo come espressione della domanda in generale*”¹²².

¹²⁰ Così CAMARDI C., *op.cit.* p. 411.

¹²¹ Sul punto è stata rilevata - A. GENOVESE, “*Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti antitrust nella protezione (diretta e indiretta della libertà di scelta) del consumatore*”, in AIDA, 2008, pp. 297-303 - una certa complementarietà tra la normativa antitrust e le norme sulle PCS: “*la possibilità di scegliere fra una vasta gamma di prodotti o di offerte, in concorrenza fra loro, sostenuta dai divieti antitrust, accresce lo spettro di autodeterminazione del consumatore protetto dai divieti di pratiche commerciali scorrette. E la possibilità di fare scelte di consumo non condizionate da pratiche commerciali scorrette, a sua volta, accresce la possibilità che la concorrenza abbia esiti di una qualche utilità sociale*”.

¹²² L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette in Europa e dir. privato*, 2010, p. 68. L'Autore continua con queste parole “*Suscita particolare interesse constatare che, malgrado l'operazione di riassetto normativo realizzata dal codice del consumo a seguito di una legge delega che prendeva espressamente a riferimento il “consumatore”, quale polo di aggregazione e quale figura (tendenzialmente) unitaria, le altre discipline di settore mostrano all'interprete una figura di consumatore frazionata e destrutturata, consentendo di rilevare la cifra della*

Non solo, ma in questo contesto, escluso quindi che di consumatore si possa parlare come di una categoria in senso tecnico, vista anche la segmentazione che tale figura va via via incontrando (il consumatore è, non solo, il parametro di riferimento di tutta la disciplina oggetto di indagine, ma è, di volta in volta, il cliente, l'assicurato, l'investitore, il turista, etc...), emerge chiaramente l'insufficienza di una ricognizione del consumatore solo ed esclusivamente basata su criteri soggettivi¹²³, e per contro, l'importanza di individuare il cd. "mercato di riferimento". Così, la "nozione" di consumatore si concretizza e si specifica alla luce delle caratteristiche del mercato (e quindi dei prodotti e/o servizi) in cui agisce, assumendo varie connotazioni con riferimento alle regole applicative, di quel "mercato" nel quale la figura di volta in volta si colloca. In questa prospettiva si inserisce il novellato Codice del consumo, in cui il criterio seguito nell'aggregazione di discipline frammentate (pratiche commerciali, pubblicità, operazioni di marketing, azioni o omissioni, ingannevoli o aggressive, etc...) non è incentrato sulla figura soggettiva, quanto piuttosto sul *procedimento di consumo*.

Ebbene, alla luce di quanto detto, pare potersi concludere che, con l'introduzione fatta dalla Direttiva della nozione di consumatore medio, più che due distinte elaborazioni dei soggetti meritevoli di tutela - da un lato, il consumatore *sic et simpliciter*, e dall'altro, il consumatore medio¹²⁴, parrebbe emergere un duplice ordine di regole di tipo competitivo: le une appartenenti alla disciplina tradizionale della concorrenza sleale e tese a tutelare i professionisti e i concorrenti sul mercato, le altre, che traggono origine dall'evoluzione europea delle politiche pro consumeristiche e che sono tese a fare sì che nell'esercizio della competizione

modernità che, come è stato acutamente e autorevolmente detto, «non considera più l'uomo intero, ma l'uomo frazionario e vi adatta forme del diritto, del sapere, del fare».

¹²³ L. ROSSI CARLEO, op. cit., p. 88 "Il riferimento al solo criterio soggettivo come criterio idoneo a consentire la identificazione dell'ambito di applicazione di determinate discipline palesa, pertanto, la sua insufficienza". E ancora "La disciplina del mercato – ancora una volta inteso non come entità a sé stante, ma come luogo in cui si creano, attraverso la «certezza del diritto», strumenti utili a comporre i potenziali conflitti di interessi anche ed essenzialmente attraverso la prevenzione – è sicuramente la prima forma di tutela del consumatore".

¹²⁴ A. SACCOMANI, op. cit., p. 143.

economica la rappresentazione dei prodotti e dei contratti che il mercato riceve sia conforme alle reali caratteristiche dei medesimi e sia veritiera¹²⁵.

Premesso quanto sopra, appare ora interessante soffermarsi sull'interpretazione che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha dato della nozione finora esaminata di consumatore medio.

Ebbene, va rilevato che nella sua prassi decisionale, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato sembra, aver sposato una nozione ben più "ampia" del consumatore tutelato dalla normativa in materia di PCS, di fatto estendendo la tutela anche a quei consumatori che non compiono alcuno sforzo per attivarsi nella ricerca delle più basilari informazioni relative ai prodotti o servizi che vanno ad acquistare. Tale approccio tenuto in sede amministrativa ha peraltro, sino ad oggi, ottenuto il pieno avallo da parte del giudice amministrativo.

Così, ad esempio, in un caso avente ad oggetto la promozione commerciale di macchine da caffè, il TAR Lazio ha ritenuto che *"la censura di carenza di istruttoria perché non vi sarebbe stata alcuna indagine sulla identificazione della tipologia concreta di "consumatore medio" da assumere a riferimento nel caso di specie non è persuasiva atteso che il bene oggetto delle promozioni è un prodotto di largo consumo e non un prodotto con caratteristiche tali da essere rivolto a consumatori dotati di particolari esperienze e conoscenze, per cui è da ritenersi ragionevole, a prescindere da altre specifiche attività istruttorie, che la promozione in discorso sia stata ritenuta idonea ad indurre in errore il consumatore medio"*¹²⁶.

In verità, tale motivazione appare del tutto insoddisfacente, in quanto, proprio perché il bene oggetto delle promozioni in questione non richiedeva conoscenze superiori a quelle di un consumatore *"normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto"*. L'Autorità avrebbe dovuto analiticamente verificare l'idoneità delle pratiche indagate ad influenzare il comportamento di un siffatto *"consumatore medio"*. È bene ricordare infatti, che solo nei casi in cui la pratica commerciale si rivolga a categorie *"svantaggiate"* di consumatori, il Codice del Consumo prevede (art. 20, comma 3) che debba tenersi conto di questa loro

¹²⁵ Ancora CAMARDI C., *op. cit.*, p. 411.

¹²⁶ TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 5626 del 15 giugno 2009 *Nespresso Italiana S.p.A. c. Autorità*.

situazione di “inferiorità” nella valutazione della legittimità della pratica. D’altra parte, nella misura in cui al TAR sembra suggerire che, nel caso di specie, era ragionevole attendersi un abbassamento del livello di conoscenze dei consumatori destinatari delle attività promozionali in questione, poiché le stesse avevano interessato un numero vastissimo di consumatori (a ciò sembra, infatti, alludere il riferimento al fatto che *“il bene oggetto delle promozioni è un prodotto di largo consumo”*), tale pronuncia abbraccia una nozione statistica di *“consumatore medio”*, in palese contrasto con quanto precisato dalla Direttiva e dalla richiamata giurisprudenza comunitaria. Il riferimento a un consumatore medio inteso in senso statistico è, del resto, ancora più esplicito in altre decisioni dell’Autorità.

Così ad esempio, nel caso PS/333-*Telecom-Retention Ingannevole*, l’Autorità ha affermato che *“per quanto riguarda l’individuazione del profilo del consumatore medio ritenuta applicabile nella fattispecie - l’enorme diffusione dell’attività svolta [...], che ha impattato su una larghissima platea di utenti, all’interno della quale non è riscontrabile soltanto un elevato grado di informazione, ma, neppure, un’omogenea diffusione della consapevolezza in ordine alle caratteristiche intrinseche dell’offerta”*. In tal modo, però, anziché valutare il comportamento di un ideale *“consumatore medio”*, l’Autorità finisce per fare riferimento ad un concetto di consumatore medio inteso in senso statistico, contravvenendo così ancora una volta a quanto prescritto dalla Direttiva – che, come già ricordato, ha precisato che *“la nozione di consumatore medio non è statistica”*.

Analogamente insoddisfacente è la sentenza che ha ritenuto andare esente da censure, sotto il profilo del consumatore preso a riferimento, una decisione dell’Autorità che censurava le attività di vendita di biglietti aerei tramite internet da parte di uno dei principali vettori nazionali, ritenendo che non fosse possibile presumere che *“il consumatore medio coincida con un modello di consumatore che abbia dimestichezza e frequentazione con siti internet e soprattutto con procedure automatizzate di acquisto”*¹²⁷. Tale affermazione sembra, invero, ribaltare la presunzione posta dal legislatore di un consumatore medio *“normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto”*, peraltro rivelando un’intrinseca

¹²⁷ TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 5809 del 19 giugno 2009, *Meridiana S.p.A. c. Autorità*.

contraddizione nella misura in cui – senza alcuna specifica ragione – suppone che chi faccia acquisti *on-line* non abbia dimestichezza con tale strumento. Nello stesso senso, in *Fastweb c. Autorità*¹²⁸, il TAR ha affermato che “*la nozione di consumatore medio [...] individua un tipo di consumatore [che] non coincide [...] con un ‘tipo’ riconducibile a un consumatore che abbia particolare dimestichezza e frequentazione di siti internet, che gli consentano di ‘districarsi’ tra ‘link’, ‘F.A.Q.’ ‘pop up’, rinvii da una ad altra sezione del sito*”, con ciò immotivatamente ritenendo che, al fine di verificare la correttezza e completezza delle condizioni contrattuali di un’offerta commerciale riportate sul sito internet di un fornitore di servizi di telefonia, siano necessarie “*particolare dimestichezza e frequentazione di siti internet*”. Infine, anche l’unico caso di timidissima apertura nei confronti di una più attenta considerazione della rilevanza della prospettiva del “consumatore medio”. ai fini della valutazione della sussistenza di una PCS, si rivela in realtà del tutto insoddisfacente nelle motivazioni. Ci si riferisce alla sentenza in data 16 giugno 2009 n. 5695, *Moby S.p.A. c. Autorità*, con la quale il TAR Lazio, dopo aver rilevato “*l’accurata percepibilità del costo finale nell’ambito dello stesso messaggio pubblicitario, per la cui apprensione il pretendibile livello di avvedutezza, diligenza ed attenzione da parte del consumatore non richiedeva particolari conoscenze e/o attitudini (ben potendo il messaggio, nella sua completezza, rivelarsi fruibile anche da un utente non particolarmente qualificato né sotto il generale profilo cognitivo e/o culturale, né per quanto concerne lo specifico settore merceologico in questione)*”, ha poi contraddittoriamente ritenuto che tale circostanza consentisse di escludere, non già la sussistenza stessa di una PCS, ma unicamente “*che la motivazione con la quale l’Autorità [aveva] sanzionato come ‘grave’ la violazione perpetrata [potesse] essere condivisa*”.

Tale minima apertura non sembra, peraltro, avere avuto alcun seguito nelle successive pronunce del giudice amministrativo. In una recente sentenza¹²⁹, il TAR ha, infatti, ritenuto irrilevante ai fini della valutazione sull’ingannevolezza di un messaggio pubblicitario diffuso su un sito internet, il fatto che informazioni

¹²⁸ TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 8673 del 14 settembre 2009 *Fastweb c. Autorità*.

¹²⁹ TAR Lazio 21.01.2010 n. 646, *Telecom Italia S.p.A. c. Autorità*.

complete su costi e caratteristiche essenziali dei servizi offerti fossero rese “accessibili attraverso la consultazione dei vari link che, dalla pagina principale del sito, rinviano alle condizioni economiche dell’offerta” (ibidem). Il TAR ha, infatti, in proposito ritenuto corretto l’approccio dell’Autorità secondo cui “le informazioni di fondamentale importanza per i consumatori, ai fini della valutazione della convenienza dell’offerta, debbano comunque essere rese loro disponibili fin dal primo contatto pubblicitario¹³⁰. Vale a dire che sebbene, in linea di principio, l’elaborazione di pagine web si presti, più agevolmente rispetto ad altri mezzi di comunicazione, ad un’informazione completa ed esauriente, l’analisi della correttezza della comunicazione commerciale va, anche in tali ipotesi, effettuata caso per caso, attraverso un’attenta analisi della struttura del sito, non potendosi escludere che, accanto a consumatori particolarmente smaliziati, in grado di accedere ad ogni informazione ivi presente, ve ne siano altri che, invece, si fermeranno al primo livello, senza volere, o sapere, effettuare ulteriori approfondimenti”..

Ad avviso del TAR, la tecnica del rinvio ad un link ipertestuale non esime il professionista dall’obbligo di rendere chiaramente accessibili e percepibili, “sin dalla prima pagina del sito web (o, comunque, sin dal primo livello di navigazione) le caratteristiche essenziali dell’offerta. Nel caso di specie, invece, non appare dubbia l’ambiguità del messaggio incentrato, come rilevato dall’Autorità, sulla possibilità di scaricare un dato contenuto e non anche sulla necessaria attivazione dell’abbonamento, mentre tutte le indicazioni circa costi, durata e modalità di disattivazione dell’abbonamento medesimo ‘sono celate all’interno delle sezioni relative ai singoli gestori di telefonia mobile che offrono i servizi di cui si tratta in collaborazione con la società Buongiorno.

In sostanza, con tale pronuncia, il TAR espressamente ha affermato che la normativa in materia di PCS tutela anche quei consumatori che, prima di procedere all’acquisto di un bene o servizio, non si informino – pur potendo agevolmente farlo – su costi e caratteristiche del bene o servizio che stanno per acquistare.

¹³⁰ Similmente i procedimenti PI3527 - Tirrenia Tariffe Ponte del 13.12.2001 e PI 3268 Poste Italiane – Posta Celere del 31.5.2001.

Davvero non è dato comprendere perché questa tipologia di consumatori, “distratti” e “sprovveduti”, meriti tutela da parte di un’ autorità preposta al corretto funzionamento del mercato.

La lettura particolarmente ampia data dall’AGCM e dal TAR alla nozione di consumatore medio sembra andare di pari passo peraltro con un’altra fuorviante interpretazione, quella della cosiddetta asimmetria informativa tra consumatore e professionista. In sostanza, partendo dalla rilevazione dell’esistenza di un’asimmetria informativa, l’Autorità ha ritenuto, adottando anche in tal caso un atteggiamento “*paternalistico*”, che il professionista debba esser tenuto a colmare tutte le eventuali carenze informative dei consumatori. Tale approccio non tiene, tuttavia, conto del fatto che, in realtà, l’esistenza di asimmetria informativa è una caratteristica costante dei rapporti tra professionisti e consumatori e che, proprio a tale asimmetria, si propone di porre rimedio la normativa in materia di PCS. Di conseguenza, il mero rilievo dell’esistenza di un’asimmetria informativa non può costituire ragione sufficiente all’innalzamento del livello di tutela da parte dell’Autorità. Quest’ultima dovrebbe, infatti, sempre verificare, con riferimento ad ogni singolo caso concreto, se il “*consumatore medio*” sarebbe in grado di superare l’asimmetria informativa esistente, o se, invece, tale carenza di informazioni avrebbe potuto esser colmata solamente dal professionista. Di una tale valutazione e analisi non vi è traccia alcuna nella prassi decisionale dell’Autorità.

. (cfr., ad es., per il settore delle telecomunicazione, PS/1270-*Vodafone-ostacoli alla migrazione e retention ingannevole* e PS/333- *Telecom-Retention Ingannevole*; per il settore finanziario, PS/1192-*Portabilità mutuo-Banca Antonveneta*, PS/2294-*Asfina-omessa indicazione tan e taeg*, PS/2082- *Fincobank-pubblicità tasso di interesse*; nel settore energetico, PS/2498-*ENI-10% di sconto per sempre*; PS/376-*Sorgenia-fornitura energia elettrica* e PS/91-*Enel Energia-Richiesta cambio fornitore*).

L’analisi sin qui condotta dimostra che nella prassi decisionale e giurisprudenziale ad oggi sviluppatasi ha prevalso un’interpretazione particolarmente estensiva della normativa in materia di PCS, a partire dalle nozione centrale di consumatore

medio¹³¹. In primo luogo, si è visto come – anche attraverso il richiamo alla rilevanza del fenomeno dell’asimmetria informativa – l’Autorità mostri la tendenza a fornire tutela anche ai consumatori meno avveduti e responsabili. D’altra parte, la significativa e, a nostro giudizio, eccessiva dilatazione della nozione di “pratica commerciale” ha indotto l’Autorità ad occuparsi talvolta di isolati e sporadici episodi, che non sembravano davvero rappresentativi di un *modus operandi* del professionista. Sussiste dunque qualche perplessità in merito all’ortodossia, sul piano strettamente normativo, e alle soluzioni ermeneutiche adottate nella prassi decisionale dell’Autorità e, in larga misura, finora avallate dai giudici amministrativi. D’altra parte, queste ultime sembrano porsi in contrasto con la missione istituzionale affidata all’Autorità, che, anche attraverso il nuovo strumento della normativa a tutela dei consumatori, viene chiamata a intervenire per reprimere i fenomeni che possono mettere a rischio il corretto funzionamento del mercato. Al di là della dubbia opportunità, secondo alcuni, che le risorse dell’Autorità siano impiegate in attività di *enforcement* pubblicistico della normativa in materia di PCS rispetto a “*pratiche*” che, in alcuni casi, non hanno alcuna reale diffusione sul mercato, un tale orientamento sembra configgente con *l’enforcement* dato a tale normativa in altri paesi membri dell’Unione europea.

2.6 Le pratiche commerciali ingannevoli e la pubblicità ingannevole fra divergenze e similitudini.

Il Considerando n. 10 della Direttiva recita come segue:

“E’ necessario garantire un rapporto coerente tra la presente direttiva e il diritto comunitario esistente, soprattutto per quanto concerne le disposizioni dettagliate in materia di pratiche commerciali sleali applicabili a settori specifici. La presente direttiva modifica pertanto la direttiva 84/450/CEE (...)”¹³².

¹³¹ Altrettanto estensiva pare essere la ricostruzione del concetto di “pratica commerciale” operata dall’AGCM.

¹³² Si tenga presente, tuttavia, che la Direttiva in esame tocca e modifica anche altre normative di settore ed infatti il richiamato Considerando non omette di menzionare la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo in materia di contratti a distanza fra professionisti e consumatori e la direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

Abbiamo visto sopra, come la Direttiva e i decreti legislativi di attuazione della stessa presentino numerose zone di sovrapposizione con altre normative comunitarie e nazionali già esistenti. In particolare, quando ci si accinga ad affrontare il tema delle pratiche commerciali ingannevoli, il confronto con la disciplina della pubblicità ingannevole diviene inevitabile.

Non può sfuggire, infatti, come la nozione di pratica commerciale ingannevole offerta dal Codice del consumo all'art. 21 richiami immediatamente quella di pubblicità ingannevole oggi contenuta all'art. 2 lett. b) del d. lgs. 145/2007: così l'art. 21 cod. cons. definisce una pratica commerciale come *ingannevole*, se la stessa “*contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, che induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso*”¹³³.

Similmente, la pubblicità ingannevole era (ed è tuttora) definita come: “*qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione induce o è idonea ad indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali essa si rivolge 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*” (2 lett. b) del d. lgs. 145/2007)¹³⁴.

Si è visto anche come l'attuale impianto legislativo sia il frutto della scelta del legislatore italiano di lasciar sopravvivere due distinte discipline, al momento dell'attuazione della Direttiva, l'una sulle PCS e l'altra sulla pubblicità ingannevole e comparativa, nonché di un lavoro, per così dire, di “*taglia-e-incolla*” a seguito del quale la Parte II, del Codice del Consumo - dedicata alla pubblicità ingannevole - è

¹³³ Gli elementi cui si fa riferimento nel prosieguo del testo normativo sono sette e vanno dalla natura del prodotto, alle sue caratteristiche, agli impegni del venditore, al prezzo, alla necessità di manutenzione, alla qualifica del professionista, ai diritti del consumatore.

¹³⁴ La definizione costituisce trasposizione fedele della definizione contenuta nell'art. 3 della Direttiva 84/450/CEE, oggi codificata nella direttiva 2006/114/CEE, entrata in vigore il 12 dicembre 2007, pubblicata nella G.U.C.E. n. L. 376 del 27 dicembre 2006, pag. 21 e ss. e 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.

stata sostituita dal decreto legislativo 146/2007, recante la disciplina delle pratiche commerciali “scorrette” ed è confluita in un autonomo provvedimento, il decreto legislativo 145/2007, ad oggi ancora privo di una sua collocazione sistematica.

È corretto quindi dire che, anche a seguito dell’introduzione della disciplina sulle PCS, un’autonoma disciplina della pubblicità continua a vigere anche nell’attuale sistema, ma essa adesso è dedicata unicamente alle relazioni *business to business*, mentre per ciò che riguarda le relazioni *business to consumer* essa è stata in qualche modo inglobata nella disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, che come noto includono la pubblicità. Attraverso quindi *l’escamotage* della separazione degli interessi tutelati e dei soggetti destinatari delle norme e delle rispettive tutele, il legislatore ha creato il cosiddetto “*doppio binario di tutela*”¹³⁵, dando vita ad una frattura rispetto al precedente sistema normativo in materia di pubblicità che sotto tale profilo si presentava assolutamente unitario. Vero è che, così facendo il legislatore del 2007 ha certamente posto rimedio ad un sostanziale errore “sistematico” in cui era incorso nel 2005, inserendo le norme in materia di pubblicità all’interno del codice del consumo, dall’altro lato, tuttavia, è venuta meno l’unitarietà della disciplina del fenomeno pubblicitario, quanto meno a livello di normativa applicabile. Prima di entrare nel dettaglio delle pratiche commerciali ingannevoli in rapporto con la vigente disciplina della pubblicità ingannevole, appare opportuno dedicare alcuni cenni generali alla disciplina della pubblicità, prima dell’attuazione della Direttiva, al fine di metterne in luce i tratti essenziali.

2.6 (segue) La pubblicità prima dell’entrata in vigore della Direttiva.

Come noto, la pubblicità, designa nell’accezione corrente, la comunicazione rivolta al pubblico per stimolarlo al compimento di un certo atto economico, in genere consistente nell’acquisto di beni o servizi¹³⁶.

¹³⁵ LEONE A., *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, in *Il diritto industriale* 3/2008, pp. 255 ss.

¹³⁶ Per una completa e analitica lettura del fenomeno pubblicitario, in chiave normativa, ma non solo, si veda FUSI – TESTA, *Diritto e Pubblicità*, Lupetti, 2006. Per quanto concerne i profili aziendalistici della nozione di pubblicità, si veda PRATESI, “*Il punto di vista dell’aziendalista*”, in MINERVINI E. E ROSSI CARLEO L., *op.cit.*; AUTERI P., *La disciplina della pubblicità* in AUTERI,

Da un punto di vista più strettamente economico e/o aziendalistico, in particolare, la pubblicità è una forma di comunicazione al pubblico, adeguatamente veicolata, attraverso i *mass media* o comunque attraverso mezzi idonei a trasmetterla ad un numero indeterminato di persone, che “crea bisogni”, facendo insorgere nei consumatori il proposito commerciale.

Essa si configura, pertanto, come atto promanante dall’impresa e quindi, atto dell’impresa stessa, motivo per il quale la pubblicità è un atto rilevante non solo per l’economia, ma anche per il diritto¹³⁷.

D’altra parte, la pubblicità non esaurisce la sua rilevanza giuridica nell’ambito del rapporto privatistico tra impresa e consumatori, al fine di indurre questi ultimi ad acquistare bene/servizi, ma gioca un ruolo fondamentale anche nell’ambito dei rapporti tra le stesse imprese, e in particolare fra imprese concorrenti, divenendo così materia di interesse anche sotto il profilo della concorrenza, e, più in particolare della concorrenza sleale (art. 2598 ss. c.c.).

Infine, il fenomeno pubblicitario, assume rilievo per l’intera collettività e anche da un punto di vista pubblicistico, essendoci, oltre all’interesse privato dei singoli consumatori e delle singole imprese di volta in volta coinvolti, interessi pubblici giuridicamente rilevanti, quali, il buon funzionamento del mercato, un’efficiente concorrenzialità dello stesso, l’ordine pubblico, la pubblica morale, la tutela dei minori, della salute, della sicurezza, la fruizione dei *mass media*, etc....

Orbene, quando ci si occupa di pubblicità, sotto il profilo giuridico, ci si occupa di tutti questi interessi, facenti capo alle diverse categorie di soggetti o, comunque, e di valori sopraddetti.

FLORIDIA, MANGINI, OLIVIERI, RICOLFI, SPADA, *Diritto industriale Proprietà intellettuale e concorrenza*, II ed, Torino. MELI V., *La repressione della pubblicità ingannevole - Commento al decreto legislativo 25 gennaio 1992 n. 74*, 1994, Giappichelli. Si veda inoltre FUSI – TESTA – COTTAFI, *La pubblicità ingannevole*, Milano, 1993, pp. 89 ss.

¹³⁷ Da un punto di vista civilistico nella pubblicità è possibile ravvisare infatti una serie di atti, come dicevamo, d’impresa, assolutamente rilevanti per il diritto poiché posti in essere dall’impresa al fine ultimo di promuovere *proposte di contratto* da parte di altri soggetti: offerta al pubblico (art. 1336 cod. civ.), promessa al pubblico (art. 1989 cod.civ.), invito ad offrire.

¹³⁷ Un tale atteggiamento di “*incredibile benevolenza nei confronti dell’inganno commerciale*” non ha mancato di suscitare ampie critiche da parte della migliore dottrina: VANZETTI, *La repressione della pubblicità menzognera*, in *Rivista di Diritto Civ.*, I, 1964, 608 e ss.

Il diritto quindi si occupa *in primis* di definire i confini di liceità della pubblicità al fine di presidiare i suddetti interessi/valori. È bene ricordare tuttavia che, fino a qualche decennio fa, il diritto del consumatore ad una pubblicità veritiera e trasparente era riconosciuto solo *indirettamente*, attraverso il richiamo all'art. 2598 n. 3 c.c. sulla concorrenza sleale. nonostante un atteggiamento complessivamente benevolo da parte della giurisprudenza verso il mendacio pubblicitario, fondato sulla teoria del *dolus bonus*¹³⁸, non si dubitava, infatti, che qualsiasi comunicazione idonea a trarre in inganno il pubblico fosse contraria a correttezza professionale e fosse quindi atto di concorrenza sleale, e che tale condotta facesse venire meno uno dei presupposti fondanti del buon funzionamento del mercato che è appunto la libera e consapevole scelta del consumatore¹³⁹. D'altro canto, come noto l'art. 2598 c.c. attribuisce la legittimazione ad agire solo e unicamente ai concorrenti e alle loro associazioni. Pur riconoscendo, quindi, un pregiudizio al diritto dei consumatori, l'ordinamento giuridico statale non riconosceva loro alcuno strumento di tutela e/o di reazione contro tale pregiudizio (idoneo peraltro a tradursi in un pregiudizio per il mercato stesso)¹⁴⁰.

La prima disciplina legislativa nazionale che introduce un sistema di regole e appresta forme di tutela diretta ai consumatori è quindi il decreto legislativo 25

¹³⁸ Un tale atteggiamento di “*incredibile benevolenza nei confronti dell'inganno commerciale*” non ha mancato di suscitare ampie critiche da parte della migliore dottrina: VANZETTI, 1964, *op.cit.*

¹³⁹ Merita ricordare che la funzione riconosciuta alla concorrenza sta infatti nella selezione dell'offerta migliore che garantisce la migliore allocazione delle risorse.

¹⁴⁰ Si noti però, che prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo sulla pubblicità ingannevole, esisteva il sistema autodisciplinare che dal momento della sua entrata in vigore (1966) fino al '92 ha di fatto rappresentato l'unica forma di controllo della pubblicità. Il Codice di Autodisciplina pubblicitaria adottato, nella sua prima edizione dall'Istituto di Autodisciplina pubblicitaria, quale associazione non riconosciuta costituita dai rappresentanti delle varie categorie di operatori pubblicitari (agenzie pubblicitarie, mezzi di diffusione, loro concessionari, etc...) è giunto oggi, alla sua cinquantunesima edizione, entrata in vigore l'11 gennaio 2011. Secondo l'attuale versione la “comunicazione commerciale” (non più, quindi, la pubblicità), comprende la pubblicità e ogni altra forma di comunicazione, anche istituzionale, diretta a promuovere la vendita di beni o servizi quali che siano le modalità utilizzate, nonché le forme di comunicazione disciplinate dal titolo VI. Non comprende le politiche commerciali e le tecniche di marketing in sé considerate”. Si veda Testa P., *Codice di autodisciplina pubblicitaria* in L.C. UBERTAZZI (a cura di) *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e la concorrenza*, IV ed., Cedam; GRAZZINI B., *Autodisciplina pubblicitaria e ordinamento statale*, Giuffrè Editore, 2003.

gennaio 1992 n. 74, attuativo della Direttiva 84/450/CE¹⁴¹, avente ad oggetto la pubblicità, ed in particolare la pubblicità ingannevole.

Oltre a sancire i caratteri fondamentali della pubblicità (v. art. 1 comma secondo: “La pubblicità deve essere palese, veritiera e corretta” e art. 4 “Trasparenza della pubblicità”), il d. lgs. 74/92, vietava la pubblicità cd. *ingannevole*, vale a dire la pubblicità che in qualunque modo inducesse (o fosse idonea a indurre) in errore i suoi destinatari e che, per il suo carattere ingannevole, potesse pregiudicarne il comportamento economico ovvero ledere un concorrente. Esso, inoltre, prevedeva la competenza a dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato a decidere sui ricorsi in materia (art. 7), nonché la possibilità per le parti di adire preventivamente un organo autodisciplinare (Istituto di autodisciplina o altro organo autodisciplinare previsto), che già rivelava un timido tentativo di coordinamento fra le due procedure dinnanzi ai due distinti organi (art. 8) che vedremo replicato oggi sia con riguardo alle PCS che alla pubblicità ingannevole.

La disciplina di cui al d. lgs. 74/1992 è stata poi integrata alla luce di una nuova direttiva comunitaria (la n. 97/55/CE) che ha reso lecita, seppure entro certi limiti, la cd. pubblicità comparativa (poi recepita in Italia dal d.lgs. 67/2000) nonché da altre normative¹⁴². L’attenzione rivolta al consumatore, in materia di pubblicità subisce quindi, dagli anni ’90 in poi, una sostanziale impennata, al punto da dettare alcune scelte sistematiche del nostro legislatore, non tutte completamente

¹⁴¹ Prima del ’92 era dato rinvenire in Italia alcune normative di settore aventi ad oggetto la disciplina della pubblicità, che si proponevano di tutelare il pubblico in generale ed anzi in prima battuta i consumatori, ma si trattava di interventi di settore (farmaceutico, alimentare, etc..) o comunque riguardanti particolari modalità/mezzi di diffusione del messaggio pubblicitario (quali radio, televisione, etc..). Secondo l’art. 2 lett. a), del richiamato decreto la pubblicità è “*qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso in qualsiasi modo, nell’esercizio di un’attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere la vendita di beni mobili o immobili, la costituzione o il trasferimento di diritti ed obblighi su di essi ovvero la prestazione di servizi*”. Una definizione, peraltro di pubblicità, già si rinveniva nell’allora vigente Codice di Autodisciplina Pubblicitaria, che confermando l’accezione di pubblicità allora data dalle raccolte di usi ufficiali avvallate dalle alcune delle più importanti Camere di Commercio italiane (quella di Milano in particolare del 1988, e successivamente quelle di Vicenza e Bari) definiva pubblicità “*ogni comunicazione, anche istituzionale, diretta a promuovere la vendita di beni servizi quali che siano i mezzi utilizzati*”.

¹⁴² Fra queste vanno menzionate la legge n. 281/1998, che ha riconosciuto alle associazioni dei consumatori accesso alla tutela degli interessi collettivi di questi ultimi al fine di ottenere l’inibitoria cautelare e la L. n. 49 del 29 aprile 2005 (c.d. legge “Giulietti”), conferendo il carattere di sanzione amministrativa alle violazioni delle sue prescrizioni, con la previsione di ammende pecuniarie da un minimo di € 1.000 ad un massimo di € 100.000.

condivisibili. Ed infatti, nel 2005, si assiste ad un intervento di risistemazione organica dell'intera disciplina in tema di tutela dei consumatori in un unico testo. Si tratta del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, c.d. Codice del consumo, che armonizza e riordina le normative concernenti i processi di acquisto e consumo, al fine di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e degli utenti. A seguito di tale intervento, il D.Lgs. n. 74/92 viene assorbito, trovando la sua collocazione nel Titolo III, Capo I e II, "*Pubblicità e altre comunicazioni commerciali*", negli articoli che vanno dal 18 al 27, senza alcuna modifica di natura sostanziale¹⁴³. Ebbene, nonostante il ruolo, riconosciuto dal nostro legislatore al consumatore e alla tutela del suo diritto soggettivo ad essere correttamente informato e a non essere ingannato attraverso messaggi pubblicitari ingannevoli, è stato già rilevato come una tale collocazione, comprensibilmente, sia sembrata ad alcuni non completamente appropriata e in parte fuorviante¹⁴⁴. In linea di principio, il Codice del consumo avrebbe dovuto contenere disposizioni esclusivamente a tutela del consumatore, mentre invece le norme in materia di pubblicità allora introdotte erano chiaramente e dichiaratamente finalizzate a tutelare interessi, non solo dei consumatori, ma anche dei professionisti e, del pubblico in generale¹⁴⁵. Tant'è che, nelle norme sulla pubblicità introdotte, ed in particolare al precedente art. 18 del codice del consumo, veniva adottata una definizione di consumatore "allargata", comprensiva anche delle persone giuridiche, rispetto a quella restrittiva data dall'art. 3 del codice del consumo, che comprendeva solo il consumatore persona fisica. Vi è di più, come è stato evidenziato, la disciplina della pubblicità, costituiva

¹⁴³ Sugli artt. 19 – 27 del d. lgs. 205/2006 nei quali la disciplina della pubblicità ingannevole era stata trasfusa dal 2005, si vedano i commenti inseriti in AA.VV. *Codice del consumo*, ALPA E ROSSI CARLEO (a cura di), Napoli, 2005; AA. VV. *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e sulla concorrenza*, a cura di MARCHETTI - UBERTAZZI, 2007, Cedam e DE CRISTOFARO G., *Il regime normativo generale della pubblicità*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2008, p. 295 ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁴⁴ Apertamente critico verso l'originaria collocazione della materia pubblicitaria all'interno del Codice del consumo è G. De CRISTOFARO, *op.cit.*, p. 299, il quale, peraltro, se accoglie con favore la scelta del legislatore nostrano del 2007 di non disciplinare più la pubblicità commerciale nell'ambito del codice del consumo, tenuto conto dei destinatari ai quali tale disciplina è rivolta, pare ritenere che forse il decreto legislativo 145/2007, anziché restare isolato, avrebbe potuto trovare collocazione appropriata nell'ambito delle norme codicistiche in materia di concorrenza sleale (all'interno del capo I, titolo X, libro V).

¹⁴⁵ Il testo originario dell'art. 19 del Codice del consumo che riprendeva l'art. 1 del decreto n. 74).

un “corpo estraneo” rispetto al codice del consumo perché, a prescindere dalla questione soggettiva, la stessa non è mai disciplina dei rapporti (nella fattispecie tra consumatori e professionisti), ma dell’attività che, come noto, viene censurata per la sua sola idoneità lesiva, trattandosi di illecito di pericolo¹⁴⁶.

Ebbene, non ci soffermeremo ulteriormente sui contenuti del d.lsg. 74/92, ma ciò che si vuole sottolineare è l’importanza in un tale provvedimento sotto un duplice profilo: a) innanzitutto, esso riconosce e tutela in *modo diretto* il diritto del consumatore contro la pubblicità ingannevole. Prima di tale intervento normativo, come ricordato sopra, la tutela del consumatore contro la pubblicità ingannevole passava attraverso la repressione della concorrenza sleale ai sensi dell’art. 2598 n. 3 cod. civ., il quale peraltro prevedeva (e prevede) che legittimati ad agire siano solamente i concorrenti e le loro associazioni¹⁴⁷, mentre lascia esclusi da tale legittimazione i consumatori, i quali, in realtà, costituiscono i soggetti egualmente colpiti pubblicità ingannevole¹⁴⁸; b) in secondo luogo e conseguentemente, esso si

¹⁴⁶ Alcuni dottrina (MELI) ha ritenuto di dover spiegare una tale collocazione alla luce dell’azione “consumo – centrica”, scatenatasi a livello comunitario a partire dal 2001 (anno in cui vede la luce il Libro verde per la tutela dei consumatori).

¹⁴⁷ Si veda l’ordinanza del 21 gennaio 1988, n. 59, *Daniels c. Bartolini e al.* (in *Foro it.*, 1988, I, c. 2158), la quale esclude ogni contrasto con l’art. 3 Cost. della limitazione della legittimazione ad agire per concorrenza sleale alle associazioni imprenditoriali ex art. 2601 c.c., rifiutando l’ipotesi di emettere una pronuncia c.d. additiva che evidenziasse il contrasto di detto articolo con il principio di eguaglianza ‘per la parte in cui’ non ammetteva, appunto, anche la legittimazione ad agire di associazioni di consumatori i cui interessi fossero *direttamente* lesi da un atto di concorrenza sleale, come nel caso di una pubblicità gravemente ingannevole — il caso oggetto dell’ordinanza di rimessione alla Corte del Tribunale di Milano (G.I. Giorgio Floridia). Colpisce, in particolare, il cuore della motivazione, che investe direttamente anche la clausola generale: “*non appare neppure ipotizzabile il confronto*” fra associazioni di consumatori “con enti od associazioni che abbiano finalità istituzionali diverse dal potenziamento del mercato”. E perché? Perché le prime “fanno valere interessi *del tutto estranei alla correttezza dei rapporti economici di mercato*” In assenza di una specifica norma che reprimesse la pubblicità ingannevole, dottrina e giurisprudenza facevano riferimento all’art. 2598 n. 3 c.c. che considera come atti di concorrenza sleale “*il comportamento di chi si vale direttamente o indirettamente di ogni mezzo non conforme ai principi e alle regole della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l’altrui azienda*”.

¹⁴⁸ Per una ricostruzione della pubblicità nell’ambito del più ampio fenomeno della concorrenza sleale si veda in particolare FLORIDIA G., E AUTERI P., IN AA.VV. *Diritto industriale*, Giappichelli 2005, *Parte IV, Concorrenza e Pubblicità*, pp.289 e ss. L’emanazione di uno specifico provvedimento era stata da qualcuno ritenuta superflua, posto che sarebbe stato sufficiente l’ampliamento della tutela concorrenziale offerta contro la pubblicità menzognera, con la previsione di una fattispecie tipica e l’allargamento della legittimazione ad agire anche in capo alle associazioni di consumatori. Si veda in tal senso, di FLORIDIA G., in *Corriere Giur.*, 1985, pp. 102 e ss.. Per un’analisi della regolamentazione della pubblicità ingannevole prima

configura come un provvedimento di carattere unitario e generale posto a tutela di *tutti* gli interessi coinvolti dalla pubblicità, tanto quelli dei concorrenti, quanto quelli dei consumatori e della collettività.

Stante quanto detto quindi, unico provvedimento assicurava la repressione nei confronti della pubblicità ingannevole, nell'interesse della generalità dei destinatari, di tutti i soggetti, cioè, presenti sul mercato ed in definitiva del mercato stesso¹⁴⁹. E ciò secondo una logica perfettamente circolare, oramai avvallata dagli studi in materia di diritto della concorrenza e del mercato, secondo la quale la tutela del consumatore passa di necessità attraverso la tutela della concorrenza, e viceversa: se le imprese, cioè, agiscono correttamente e in maniera virtuosa sul mercato, la concorrenza funziona e il consumatore non potrà che dirsi ben tutelato¹⁵⁰. La domanda (i consumatori) e l'offerta (le imprese, i *competitors*) si equilibrano reciprocamente e consentono la creazione di un mercato concorrenziale.

Orbene, una tale prospettiva è stata completamente modificata dalla Direttiva sulle PCS che, sulla base del dichiarato intento di perseguire in modo elevato e uniforme l'interesse dei consumatori, ha isolato la tutela economica dei consumatori rispetto a quella dei professionisti, creando in materia pubblicitaria il cd. doppio binario di tutela. Ai fini della protezione del consumatore, quindi, la pubblicità non forma più oggetto di autonoma considerazione, essendo rientrata, a pieno titolo, nel novero delle pratiche commerciali ingannevoli (artt. 22 e 23 del Codice del Consumo)¹⁵¹. D'altro canto, nel quadro disegnato dalla Direttiva, i professionisti ricevono tutela solo nei confronti della pubblicità ingannevole e comparativa (d. lgs. 145/2007), salvo poi stabilire, la Direttiva, al Considerando n. 6, che la stessa "*non riguarda e lascia impregiudicate le leggi nazionali sulle pratiche commerciali sleali che ledono unicamente gli interessi dei concorrenti*". Il criterio adottato dal legislatore,

dell'emanazione delle Direttive Comunitarie in materia GHIDINI G., *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Milano, Giuffrè, 1968.

¹⁴⁹ In tale senso ampiamente AUTERI, *op. cit.* p. 343.

¹⁵⁰ "*La compresenza di finalità economiche e sociali non desta stupore: gli interventi comunitari in materia di consumi sono finalizzati a regolare il mercato e a strutturarlo in senso concorrenziale, sicchè il consumatore viene in rilievo più che come soggetto debole, come soggetto economico chiamato a svolgere un ruolo importante e decisivo per il corretto funzionamento di un mercato realmente concorrenziale*" così, MINERVINI, *op.cit.*

¹⁵¹ Non vi sono dubbi che la pubblicità costituisca una forma di pratica commerciale come riconosciuto espressamente dall'art. 18 lett. d) del codice del consumo novellato.

quindi, al fine di garantire coerenza sistematica, è di tipo “soggettivo”, ed in particolare viene individuato nell’interesse tutelato.

Una prima considerazione, dunque, circa l’impatto della nuova Direttiva sul regime della pubblicità riguarda il fatto che la stessa viene privata di uno dei suoi referenti naturali, vale a dire, il consumatore, e dirottata verso la sola tutela degli interessi dei professionisti. Come è stato giustamente rilevato¹⁵², ciò in parte stupisce se si riflette sull’origine storica della Direttiva 84/450/Ce e con essa della disciplina comunitaria in materia di pubblicità, poiché la stessa nasce proprio dalla volontà e dall’esigenza di identificare degli strumenti a tutela dell’informazione e dell’educazione del consumatore¹⁵³ con il cd. “Programma Preliminare della CEE per una politica di tutela e informazione dei consumatori” in cui si fissano 5 diritti fondamentali del consumatore, fra cui quello all’informazione e all’educazione. D’altro canto, come si è visto, con riferimento al settore della comunicazione commerciale, o della pubblicità *latu sensu* intesa, il consumatore diviene “appannaggio” esclusivo della nuova disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, le quali di contro, apertamente non intendono occuparsi di quelle pratiche che ledono gli interessi dei soli professionisti. Non può tacersi peraltro, il fatto che, l’artificiosa separazione delle tutele che emerge a seguito dell’entrata in vigore e del recepimento della Direttiva viene in parte ridimensionata dalla legittimazione ad agire *ex officio* in capo alla stessa Autorità garante della concorrenza e del mercato, designata, da ultimo, nel nostro ordinamento come competente anche in materia di pratiche commerciali scorrette oltre che di pubblicità. Ciò che realmente si riscontra è peraltro un’inutile duplicazione dei procedimenti davanti all’AGCM, se si considera che fra l’ingannevolezza del messaggio pubblicitario di cui all’art. 2 lett. b del decreto legislativo 145/2007, che sono legittimati ad invocare i soli professionisti, e l’ingannevolezza di un messaggio pubblicitario inquadrabile come pratica commerciale ai sensi dell’art. 18, pare non passare alcuna differenza, se non in termini di destinatario del messaggio. In realtà, qualcuno sostiene che destinatario del messaggio non è sempre e solo necessariamente il consumatore,

¹⁵² MELI V., *op. cit.* p. 14.

¹⁵³ In G.U.C.E. C 92/01 del 25 aprile 1975.

come naturalmente si potrebbe immaginare, ma in alcuni casi il messaggio si rivolge ai cosiddetti “soggetti intermedi”, vale a dire, a coloro i quali pur non essendo i diretti destinatari dell’offerta, sono comunque in grado di influenzare le decisioni di acquisto dei consumatori finali (per es. gli stessi rivenditori)¹⁵⁴.

2.7 Pratiche ingannevoli e pubblicità ingannevole.

Come visto sopra il decreto legislativo n. 74/92 aveva introdotto nel nostro ordinamento un divieto generale di pubblicità ingannevole, segnando peraltro il passaggio da un’ottica puramente privatistica (contrattuale e concorrenziale) a un’ottica anche pubblicistica, la quale riconosceva apertamente il fenomeno pubblicitario nella sua autonomia e nei suoi caratteri peculiari.

Ebbene, premessi tali cenni, vediamo in cosa la fattispecie pratiche ingannevoli si distingue dalla fattispecie pubblicità ingannevole e come la stessa abbia trovato applicazione nei provvedimenti del garante e del giudice amministrativo.

Sulla base del rilievo delle sopradette similitudini nella definizione delle relative fattispecie alcuni Autori, hanno sostenuto, almeno inizialmente, che le pratiche commerciali ingannevoli (artt. 6 e 7 della Direttiva e artt. 21, 22 e 23 del Codice del Consumo novellato) altro non fossero che pubblicità ingannevole¹⁵⁵.

Invero, alla luce delle richiamate definizioni appare evidente come il giudizio di ingannevolezza nell’ambito del decreto legislativo 74/92 esulasse completamente da qualsiasi valutazione di tipo soggettivo avente ad oggetto la condotta del professionista e si articolasse invece in una valutazione sulle caratteristiche oggettive del messaggio pubblicitario. Ciò sebbene l’elemento della colpa veniva spesso richiamato dalla Autorità ai fini della quantificazione della sanzione. Diversa appare invece oggi la fattispecie pratica scorretta la quale richiede fra i suoi

¹⁵⁴ PRATESI, *op.cit.* p. 194 e ss.

¹⁵⁵ Meli V., *Le pratiche sleali ingannevoli*, in AA.VV., “I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette - Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE”, 2008, *op.cit.*, p. 87. Ma si veda anche più di recente (MELI V. – MARANO P. (a cura di), *op.cit.*, 2011, p.____) la revisione da parte dell’Autore stesso della posizione sostenuta inizialmente in cui si propone una lettura della nuova disciplina sulle pratiche commerciali scorrette maggiormente incentrata sul rilievo delle differenze piuttosto che delle similitudini. Questa seconda lettura sembra peraltro la più condivisibile.

elementi costitutivi la contrarietà alla diligenza professionale introducendo così un elemento di tipo soggettivo nella valutazione della condotta.

Venendo quindi a considerare le due clausole che possiamo definire di “specie”, , occupiamoci delle cd. pratiche ingannevoli, tenendo conto che il legislatore comunitario e nazionale si premura di distinguere le ipotesi cosiddette di pratiche *in ogni caso* ingannevoli e/o aggressive, includendole in una sorta di “*black list*” sulla valenza della quale si tornerà più avanti. Non solo, con riferimento alle pratiche ingannevoli, il codice del Consumo, alla stregua della Direttiva, precisa che le stesse possono consistere in azioni ovvero in omissioni ingannevoli¹⁵⁶.

L’art. 21 del Codice del Consumo dispone che sono azioni ingannevoli le pratiche commerciali *che contengono informazioni non rispondenti al vero* o che, sebbene di fatto corrette (cioè non false), *inducono o sono idonee ad indurre in errore il consumatore* facendogli assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso. La falsità dell’informazione o, comunque, l’elemento su cui deve cadere l’errore viene dettagliatamente descritto dal legislatore in 7 punti che vanno dalla natura/esistenza del prodotto, inclusa la sua disponibilità, i rischi, i vantaggi, il metodo di fabbricazione (art. 21 lett. a e b) al prezzo e la modo in cui lo stesso è calcolato (art. 21 lett. d), alle dichiarazioni del professionista (art. 21 lett.c). Sempre secondo l’art. 21 secondo comma, la pratica è ingannevole se *nella fattispecie concreta* induce o è idonea ad indurre il consumatore ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso e comporti confusione e/o il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni assunti tramite un codice di condotta.

Abbiamo già visto come secondo alcuna dottrina il divieto di azioni ingannevoli come proposto dall’art. 21, altro non costituisce se non una specificazione esemplificativa della più generale categoria di pratiche scorrette previste dall’art. 20 del Codice del Consumo. Anche per i divieti contenuti nelle “liste nere”, basati su una presunzione di ingannevolezza o aggressività della pratica, la *ratio* resta quella

¹⁵⁶ Sul punto, si veda R. CALVO, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori*, in *Le pratiche commerciali sleali fra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, (a cura di DE CRISTOFARO G.), *op. cit.*, p. 147.

delineata dalle clausole generali di divieto delle pratiche ingannevoli, aggressive, o comunque scorrette.

Similmente a quanto avviene in materia di pubblicità ingannevole, pare ragionevole affermare che la *ratio* e il contenuto stesso del nuovo art. 21 ricalchino quello del d. lgs. 74/1992, e quindi del decreto 145/2007, vale a dire garantire la libertà di scelta consapevole del destinatario del messaggio anche a prescindere dall'effettivo pregiudizio economico subito. La tutela anche in questo caso è in tutto e per tutto preventiva e mira a sventare l'illecito "sul nascere". Sul punto non paiono esservi dubbi e le sentenze amministrative hanno più volte ribadito che la pratica commerciale scorretta è un illecito di pericolo¹⁵⁷ e non di danno. L'affermazione è condivisibile, e non entra in contrasto con la tesi relativa alla consistenza della pratica. Una cosa è l'attuazione o meno di una pratica (cioè il fatto che la stessa sia ancora limitata al livello degli atti preparatori), altro la dimensione della stessa.

Ebbene, prima di passare all'analisi applicativa delle norme sulle pratiche commerciali ingannevoli da parte delle competenti autorità è opportuno approfondire alcuni spunti di carattere civilistico offerti dalla evidente vicinanza della fattispecie che qui ci occupa (pubblicità o pratica commerciale ingannevole che sia) con alcuni istituti e rimedi di carattere prettamente civilistico. In particolare, alla luce delle nozioni legislative sopra fornite, non sfuggirà la possibile connessione tra le pratiche scorrette in esame e l'eventuale annullamento del contratto vizi della volontà, dolo¹⁵⁸ o errore¹⁵⁹.

¹⁵⁷ TAR Lazio – Roma, sez. I, 14 aprile 2009, n. 3778, *RCS Quotidiani*. Le statuizioni di questa sentenza (richiamata anche alle note successive) sono ripetute nella parallela sentenza n. 3779, emanata nei confronti di Arnoldo Mondadori Editore S.p.A. V. anche, oltre alla sent. 3722/09 (nt. 3), TAR Lazio – Roma, sez. I, 26 maggio 2009, n. 5249, *Due Erre*; TAR Lazio – Roma, sez. I, 3 luglio 2009, n. 6446, *Elsacom*. Sul punto relativo alla qualificazione della pubblicità ingannevole come illecito di pericolo v. anche TAR Lazio – Roma, sez. I, 11 marzo 2008, n. 2220, *Wind Telecomunicazioni*.

¹⁵⁸ Art. 1439 c.c. il dolo: *Il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato. Quando i raggiri sono stati usati da un terzo, il contratto è annullabile se essi erano noti al contraente che ne ha tratto vantaggio*

¹⁵⁹ Art. 1428 c.c. Rilevanza dell'errore. *L'errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale ed è riconoscibile dall'altro contraente.* Art. 1429 c.c. Errore essenziale. *L'errore è essenziale: 1) quando cade sulla natura o sull'oggetto del contratto; 2) quando cade sull'identità dell'oggetto della prestazione ovvero sopra una qualità dello stesso che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso; 3) quando*

In argomento non si deve dimenticare che peraltro il codice del consumo è chiaro all'art. 19 comma 3, nello stabilire che l'applicazione delle norme sulle PCS non pregiudica l'applicazione delle norme in materia contrattuale.

Ebbene, nelle ipotesi descritte dal codice del consumo, non v'è dubbio che il singolo consumatore, ingannato da un'informazione commerciale, possa agire alla luce degli articoli 1439 e 1440 c.c.¹⁶⁰ dettati in materia di annullamento del contratto per dolo. Sul punto va piuttosto rilevato che il legislatore della novella sembrerebbe aver voluto escludere il cd. dolo incidente. La lettera della norma ritiene infatti ingannevole una pratica quando il consumatore, per effetto dell'inganno, abbia assunto una decisione che *“non avrebbe altrimenti preso”*.

In verità, la migliore 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. La scorrettezza è valutata in relazione all'incidenza della pratica non solo sulla determinazione a concludere il contratto, ma anche sulle decisioni concernenti specifiche condizioni o clausole del contratto, con ciò assimilandosi quanto invece il codice civile distingue, e cioè il dolo determinante e il dolo incidente¹⁶¹. In altre parole, la novella attribuisce rilevanza a condotte del professionista che difficilmente lo sarebbero nell'ambito del codice civile. In verità, rare, sono state le occasioni in cui si è riconosciuta l'annullabilità del contratto per dolo derivante da pubblicità/pratica commerciale ingannevole¹⁶². Del resto la giurisprudenza rimane piuttosto restia a riconoscere rilevanza al dolo in

cade sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente, sempre che l'una o le altre siano state determinanti del consenso; 4) quando, trattandosi di errore di diritto, è stato la ragione unica o principale del contratto. Art. 1431 c.c. Errore riconoscibile. L'errore si considera riconoscibile quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo.

¹⁶⁰ C. GRANELLI, op. cit., 782.

¹⁶¹ CAMARDI C., op.cit. p. 414.

¹⁶² Trib. Terni 6 luglio 2004, secondo il quale « il contratto che sia stato concluso a seguito di pubblicità di cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato abbia accertato la natura ingannevole è annullabile per dolo », in *G. it.*, 2005, p. 1836, con nota di Perugini. In dottrina si è osservato come, sebbene le massime ammettano, con una certa frequenza, la possibilità che la semplice menzogna rilevi come dolo, si affrettano poi a precisare come si esiga, a tal fine, la rigorosa verifica di requisiti stringenti, per far così intendere che l'eventualità è contemplata come rara eccezione più che come regola operativa (ROPPO, op.cit. p.814)

quanto tale, ciò sulla base della teoria del cd. *dolus bonus*, già peraltro ampiamente criticata in dottrina¹⁶³.

L'annullamento del contratto tra venditore e compratore ingannato è conseguibile poi anche attraverso la disciplina dell'errore. L'errore rileva in modo particolare in occasione della conclusione del contratto tra intermediario- rivenditore e consumatore, il quale si è determinato ad assoggettarsi al vincolo negoziale in virtù di una falsa o inesatta rappresentazione della realtà, causata dall'ingannevole comportamento pubblicitario del produttore autore della pubblicità/pratica commerciale mendace. Certamente la disciplina sull'errore pare di più agevole applicazione, rispetto a quella del dolo, per il fatto che l'area dell'errore riconoscibile è ben più vasta rispetto a quella dei raggiri « noti », rilevanti ai fini dell'annullamento del contratto per dolo. È quindi più semplice, per il consumatore, riuscire a fornire in giudizio la prova del vizio della volontà.

Ciò che tuttavia preme rilevare a questo punto è la circostanza per la quale, poiché come visto la novella “non pregiudica” l'applicazione delle norme sulla formazione del contratto ciò starebbe a significare che per ottenere l'annullamento di un contratto concluso a seguito di una pratica commerciale che si assume scorretta, non basterebbe il semplice giudizio di scorrettezza da parte di AGCM, ma il consumatore sarebbe tenuto senz'altro a provare l'effettiva realizzazione di tutti i presupposti richiesti dagli artt. 1428 - 1429 e 1431 c.c. ovvero 1439 c.c.. Non basterebbe, cioè, la prova circa l'idoneità della pratica ad ingannare un consumatore

¹⁶³ VANZETTI, *op. cit.* In particolare, è stato sostenuto che il dolo rilevi in sé e per sé, in quanto vi sia un nesso eziologico tra il raggio 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 oggettivi. 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 raggio. La variabile del grado di vulnerabilità della “vittima” del raggio 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 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.

medio, ma occorrerebbe dimostrare che ha ingannato “quel” consumatore, e che l’inganno è stato determinante del “suo” consenso.

Ciò premesso, veniamo quindi alle più recenti applicazioni delle pratiche in questione: un primo “filone” applicativo riguarda certamente la corretta comunicazione e rappresentazione, anche grafica, del prezzo finale del bene/servizio al consumatore.

Sulla definizione e la comunicazione del prezzo finale, quale elemento fondamentale nella scelta del consumatore, AGCM, così come il giudice amministrativo, si è espressa più volte, ed in modo (quanto meno la prima), a dire il vero, univoco. In particolare e con riguardo al settore del trasporto aereo, AGCM si è recentemente pronunciata, nei confronti del vettore spagnolo VUELING¹⁶⁴ sanzionando il professionista per complessivi 70.000,00 euro per violazione degli artt. 20, comma 2, e 21, comma 1, lettera *d*) cod. cons. avendo il professionista omissso di rappresentare nel prezzo finale di acquisto di biglietti aerei *on line* l’importo di un supplemento dovuto al pagamento tramite carta di credito. Sul punto AGCM - conformemente a quanto già espresso in precedenti provvedimenti - ha chiarito che la modalità di comunicazione del prezzo del biglietto (così come di un altro servizio) al netto di supplementi (nel caso di specie il *credit card surchage*) *è da considerarsi scorretta in quanto, non includendo ab origine nel prezzo del biglietto proposto un elemento di costo necessario e prevedibile dal professionista, fornisce un’ambigua e incompleta rappresentazione delle condizioni economiche richieste per l’acquisto del servizio, confondendo il consumatore rispetto all’esborso finale complessivo da sostenere per il volo prescelto”*.

Secondo il consolidato orientamento dell’Autorità in materia¹⁶⁵, lo scorporo dell’importo della tassa legata alle modalità di pagamento dal prezzo del biglietto non sarebbe giustificabile. Infatti, trattandosi di “*un elemento di costo inevitabile e*

¹⁶⁴ PS7383 - Vueling Airlines - Commissioni pagamento con carta di credito- Provvedimento n. 23394 del 14 marzo 2012.

¹⁶⁵ Provv. n. 22340 - PS3771 - Germanwings-Commissioni cata di credito) e provv. n. 22341-PS3773 - BLU-EXPRESS - COSTI ECCESSIVI PER PAGAMENTI CON CARTA DI CREDITO) in Boll. n. 17/11 del 16 maggio2011. Provv. n. 22511 (PS892 – RYANAIR) in Boll. n. 24/11 del 4 luglio 2011.

prevedibile”, esso costituisce parte integrante del prezzo del biglietto e deve essere di immediata percezione e comprensione per il consumatore.

Similmente nel corso del 2011 AGCM ha sanzionato i vettori Alitalia, Blu Express, Germanwings e Air Italy con multe per complessivi 285 mila euro ritenendo una pratica commerciale intrapresa dagli stessi scorretta ai sensi degli artt. 20, comma 2 e 21, comma 1, lettera *d*), del Codice del Consumo in quanto suscettibile, *attraverso lo scorporo di un onere non eventuale, falsamente rappresentato come un costo non preventivabile ex ante ed esterno al controllo del vettore*, di indurre in errore il consumatore medio circa il prezzo effettivo del servizio offerto. In particolare, premesso il contesto normativo di riferimento, le argomentazioni che seguono riguardano la riscontrata scorrettezza della pratica in contestazione rispetto: (i) ai principi di trasparenza informativa che devono essere osservati dal professionista, indipendentemente dal mezzo di comunicazione utilizzato, ai fini di una corretta rappresentazione del costo di un biglietto aereo; (ii) alla reale natura e alle modalità di calcolo del supplemento di 8 euro per transazione, addebitato dal professionista a titolo di *credit card surcharge*¹⁶⁶.

Sul punto quindi è stata ribadita la necessità che l’indicazione del prezzo finale “*sia comprensiva di ogni onere economico gravante sul consumatore, il cui ammontare sia determinabile ex ante, o presenti, contestualmente e con adeguata evidenza grafica e/o sonora, tutte le componenti che concorrono al computo (...), al fine di rendere chiara e compiuta l’informazione fornita al consumatore*”. Il consumatore deve infatti potere “*fin dal primo contatto pubblicitario disporre degli elementi essenziali per un’immediata percezione della portata economica dell’offerta pubblicizzata*”. La prima informazione è quella che s’impone subito all’attenzione del lettore e va a rappresentare il principale elemento per la formazione della decisione di acquisto. Ciò assume rilevanza soprattutto quando la prima

¹⁶⁶ Provvedimento n. 22340-PS3771: *Il prezzo dei biglietti per il trasporto aereo deve essere chiaramente ed integralmente indicato, sin dal primo contatto con il consumatore in modo da rendere immediatamente e chiaramente percepibile l’esborso finale necessario per l’acquisto del biglietto aereo offerto. Tale principio trova conferma non solo nella giurisprudenza del giudice amministrativo, ma anche nella normativa nazionale (Legge n. 40/200774), negli orientamenti espressi dalla Commissione a seguito dell’indagine (sweep) condotta nel 2007 per l’applicazione della Direttiva sulle pratiche commerciali scorrette, e, più recentemente, nel Regolamento CE n. 1008/2008 (di seguito anche “il Regolamento comunitario”).*

informazione consiste nella presentazione di un prezzo “d’impatto” in assoluto conveniente rispetto alle aspettative del cliente, al quale ultimo viene poi scaricato l’onere di calcolarsi il costo complessivo.

Del resto, anche i giudici amministrativi¹⁶⁷ avevano chiarito che sono da ritenersi ingannevoli i messaggi pubblicitari in cui “*il prezzo finale ed effettivo del servizio non sia quello enfatizzato nel claim principale, ma a tale prezzo si debbano aggiungere ulteriori voci di costo in base ad indicazioni non contestuali e prive della stessa enfasi*”. Nella medesima sentenza è stato sottolineato inoltre che “*Se, in linea di massima, è l’omissione di alcuno degli elementi da cui dipende il prezzo del servizio pubblicizzato che può indurre in errore il consumatore e rendere ingannevole il messaggio con riguardo a tale profilo, anche le sole modalità di presentazione del prezzo possono indurre in errore il consumatore, e quindi porsi in contrasto con l’ampia previsione della norma richiamata, quando il messaggio pubblicitario enfatizza non il prezzo finale ed effettivo, ma un prezzo base a cui si aggiungono ulteriori costi ed oneri, e il prezzo finale ed effettivo non risulta di chiara ed immediata percezione da parte del consumatore, per la macchinosità del calcolo o per la non agevole percezione delle relative informazioni*”.

Sulla presentazione del prezzo merita, tuttavia, di essere segnalata una pronuncia del TAR LAZIO dell’aprile 2010¹⁶⁸, dalla quale pare emergere un orientamento parzialmente diverso, quanto meno nella misura in cui lo stesso, ricollegando la corretta informazione sul prezzo del bene/servizio al dovere di diligenza che incombe sul professionista, lega tale dovere di diligenza all’onere di diligenza/avvedutezza che viene parimenti richiesto al consumatore medio, e non solo al professionista, secondo quel (difficile) bilanciamento di oneri sul quale dovrebbe reggersi la corretta applicazione della normativa in esame. Particolarmente interessanti appaiono dunque alcuni passaggi del giudice di prime cure, che si premura di chiarire che, se la promozione di un tariffa dovrebbe essere inclusiva di ogni onere economico gravante sul consumatore (sempre che di ammontare quantificabile *ex ante*), sì da illustrare compiutamente il relativo

¹⁶⁷ Tar. Sez. I, n. 276/2008.

¹⁶⁸ Tar Lazio Sez. Prima - Sent. del 22.04.2010, n. 8263.

esborso finanziario (e da rendere, conseguentemente, la scelta economica pienamente consapevole), tale orientamento merita alcune precisazioni. Premesso che non solo l'omissione di qualche elemento del prezzo può configurarsi come ingannevole, ma anche le semplici modalità di comunicazione del prezzo medesimo possono essere astrattamente idonee a trarre in inganno il consumatore (per esempio attraverso la scelta di enfatizzare con caratteri/colori di forte impatto un prezzo base al quale non corrisponde il prezzo conclusivo), il TAR precisa che se la tecnica pubblicitaria preferibile è quella basata sull'indicazione di un prezzo finale onnicomprensivo, non è, tuttavia, permesso *“spingersi al punto di qualificare come necessariamente ingannevoli - e quindi illecite - tutte le formule pubblicitarie che in qualsiasi misura e circostanza si discostino dal relativo modello.”*¹⁶⁹.

Secondo il Collegio, premesso che *“un'acritica equiordinazione dell'obbligo di diligenza facente capo all'operatore commerciale (e normativamente sancito) rispetto al grado di consapevole assunzione delle scelte commerciali (predicabile con riferimento al consumatore), è suscettibile di condurre a conseguenze distorsive, laddove si introduca, all'interno del paradigma di correttezza che deve normalmente assistere l'informazione commerciale, un elemento di eterointegrazione informativa quale componente aggiuntiva ed adeguatrice rispetto all'assolvimento di un obbligo che, invece, deve ritenersi precipuamente ascrivibile a fatto proprio (ed esclusivo) del professionista.(...)”* il consumatore è comunque chiamato a comportarsi in modo avveduto e parzialmente attivo nella comprensione dell'offerta, pur senza che ciò si debba tradurre in una etero integrazione del messaggio pubblicitario oggettivamente lacunoso e/o poco chiaro. Viene quindi, in considerazione proprio quella “eterointegrazione” del contenuto del messaggio promozionale a fronte della quale la pur pretendibile (nei limiti sopra indicati) “diligenza” e/o “avvedutezza” del consumatore inevitabilmente recede in ragione

¹⁶⁹ Così il Collegio: *“non può tuttavia escludersi la legittimità della reclamizzazione (dell'offerta di una fornitura o di un servizio) in cui l'esborso finale richiesto scaturisca, con sufficiente immediatezza e con ragionevole percepibilità, dalla composizione addizionale di componenti di prezzo fornite in modo contestuale e con pari grado di enfasi espressiva; o, almeno, che abbia un rilievo grafico tale da rendere concretamente percepibile la presenza di siffatti elementi -ulteriori - rispetto a quello immediatamente visualizzabile per effetto dell'evidenza assunta dal claim principale”*.

della lacunosità della comunicazione promozionale: la carente completezza della quale insanabilmente rivela contenuto ingannevole laddove si consideri che il potenziale utente non è, comunque, posto in grado di poter ricostruire il complessivo onere finanziario che è chiamato a sostenere ove intenda aderire all'offerta.

Il TAR ha quindi precisato in altra sentenza¹⁷⁰ che “(...) il precetto sul divieto di ingannevolezza impone soltanto che sia consentito al consumatore di avere una percezione precisa e sufficientemente immediata dell'esborso finale: perciò se anche in una pubblicità non venga riportato il prezzo onnicomprensivo del prodotto o del servizio offerto, ma vi sia un chiaro riferimento alle voci variabili che lo compongono, il messaggio non è ingannevole”.

Oltre che con riferimento alla definizione e alla prospettazione del prezzo, l'ingannevolezza della pratica è stata più in generale ricollegata alla assenza di completezza e chiarezza del messaggio pubblicitario.

Sul punto va rilevato che la possibilità che il consumatore possa essere tratto in errore circa l'esatta portata dell'offerta non può essere esclusa dalla circostanza che l'utente sia in grado di conoscere le condizioni della stessa anche in un momento immediatamente successivo, quale quello della consultazione di un *link* recante le “ulteriori informazioni”, oppure, attraverso la fruizione del servizio di assistenza-clienti. Con riguardo a ciò AGCM ha ribadito che: “costituisce principio interpretativo consolidato dell'Autorità, confermato dalla giurisprudenza amministrativa, che il rinvio a fonti informative ulteriori rispetto al messaggio non è idoneo a sanare l'ingannevolezza di quest'ultimo”¹⁷¹.

Sempre in argomento, nel corso del 2011, l'Autorità ha concluso un'istruttoria per pratiche commerciali scorrette relative alla prospettazione ambigua e fuorviante della *velocità di navigazione internet in mobilità*. In particolare, l'Autorità ha sanzionato l'operatore di telefonia mobile H3G SPA, ai sensi degli articoli 20, comma 2, 21, comma 1, e 22 del Codice del consumo, con un'ammenda di 100 mila euro per aver pubblicizzato sistemi di navigazione in mobilità, riferendosi alle

¹⁷⁰ TAR LAZIO sent. 06204/2011REG (SNAV – MOBY).

¹⁷¹

sole *teoriche* velocità apicali della *internet key*, non raggiungibili in realtà o comunque scollegate da elementi di funzionalità concretamente apprezzabili dall'utente per valutare la qualità del servizio, quali il dato relativo alla tecnologia di rete effettivamente disponibile¹⁷². Il dato relativo alla velocità del dispositivo è stato utilizzato dal professionista per identificare commercialmente la tecnologia supportata dai singoli modelli di *internet key* (3.6 Mbps, 7.2 Mbps e 21.6 Mbps). L'Autorità, tuttavia, ha ritenuto che il valore in questione, per i toni enfatici utilizzati, fosse percepito dal destinatario del messaggio in termini di concrete *performance*. Conseguentemente, il riferimento alla teorica velocità della *internet key* è stato ritenuto fuorviante per il consumatore medio, che nell'acquistare il prodotto reclamizzato non è interessato alle astratte potenzialità, ma alla concreta possibilità di fruire di un servizio di elevate velocità di navigazione.

Nel settore della telefonia mobile, particolarmente rilevante è stata un'altra istruttoria conclusa nel marzo 2011 sempre nei confronti di H3G concernente le modalità di applicazione di nuovi piani tariffari, introdotti a partire dal dicembre 2007, ai propri clienti (*H3G-MODIFICA TARIFFA*). In base a tali schemi, infatti, le tariffe applicate all'utente dipendevano dal rispetto di soglie mensili, difficilmente controllabili e verificabili, di traffico telefonico generato, sia in uscita che in entrata, in modalità *roaming*, mediante l'utilizzo delle reti di altri operatori. In base alle condizioni generali di contratto, in caso di superamento di dette soglie, H3G avrebbe avuto la facoltà di applicare all'utente un diverso e meno vantaggioso piano tariffario. Dall'esame delle condizioni d'uso, l'Autorità ha rilevato che le condizioni attinenti a volumi di traffico realizzati con utenti di operatori diversi da H3G risultavano difficilmente verificabili *ex ante* dal consumatore, attesa l'attuale possibilità per i consumatori di conservare l'originario numero telefonico in caso di migrazione ad altro operatore. Analogamente, la condizione in base alla quale il totale dei minuti di chiamate ricevute nel mese non doveva essere superiore al 10% dei minuti totali di chiamate effettuate nel medesimo arco temporale era in larga parte indipendente dal traffico direttamente generato dal cliente H3G e includeva elementi (il numero e la durata delle chiamate ricevute) evidentemente non

¹⁷² PS3616 - H3G-NAVIGAZIONE INTERNET KEY. Provvedimento n. 22551 del 28 giugno 2011.

controllabili dal consumatore. Peraltro, l'esistenza di sistemi di monitoraggio del traffico disponibili su internet non è stata considerata sufficiente, in considerazione del carattere eventuale della loro consultazione, spesso effettuabile solo successivamente alla fruizione del servizio, e della natura aggregata dei dati di traffico forniti.

Accanto ai temi appena tracciati, altro filone di indagine in crescita è quello della violazione della disciplina sulla garanzia legale dei prodotti nell'ambito dell'attività di vendita di apparecchiature associate a servizi di telefonia¹⁷³.

Sul punto particolarmente significativa è stata la pronuncia di AGCM con cui sono state irrogate ad Apple per quasi un milione di euro, per aver, *inter alia*, omesso il professionista di informare in modo adeguato i consumatori circa i diritti di assistenza gratuita biennale loro spettanti per legge. Secondo l'istruttoria Apple non riconosceva ai consumatori gli stessi diritti, limitandosi invece a riconoscere la garanzia convenzionale del produttore, di 1 anno¹⁷⁴. La sentenza è stata in toto confermata da Tar¹⁷⁵.

2.8 (Segue) b) Le omissioni ingannevoli e il dolo omissivo.

Oltre alle azioni ingannevoli, il Codice del consumo alla stregua della Direttiva si occupa di omissioni ingannevoli, le quali per sostanziarsi non necessitano di una condotta attiva da parte del professionista o dell'imprenditore, ma di una semplice assenza di diligenza professionale. D'altra parte le pratiche in questione richiamano ancora una volta l'istituto del dolo omissivo già considerato in precedenza.

L'articolo 8 comma 1, della Direttiva 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*

¹⁷³ Sulla garanzia legale di conformità e garanzie commerciali per i beni di consumo dispongono gli artt. 128 - 135 del Codice del Consumo.

¹⁷⁴

¹⁷⁵ T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 16-05-2012, n. 4457.

*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”.*¹⁷⁶ 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. L’art. 8 della Direttiva al comma 4 prende poi in considerazione il cosiddetto “invito all’acquisto”¹⁷⁶ e 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. Sul punto la Corte di Giustizia in una recente pronuncia ha stabilito che *“sussiste un invito all’acquisto quando le informazioni sul prodotto commercializzato e sul relativo prezzo sono sufficienti per consentire al consumatore di prendere una decisione di natura commerciale, senza che sia necessario che la comunicazione commerciale comporti anche un mezzo concreto di acquistare il prodotto oppure che avvenga in prossimità o in occasione di un tale mezzo”*. Ha inoltre aggiunto che: *“il requisito relativo all’indicazione del prezzo del prodotto può considerarsi soddisfatto se la comunicazione commerciale contiene un prezzo «a partire da», o prezzo di partenza, ovvero sia il prezzo minimo al quale è possibile acquistare il prodotto o il tipo di prodotti commercializzato, quando esso è disponibile anche in altre varianti o con un contenuto diverso, a prezzi non indicati. Spetta al giudice del rinvio verificare, a seconda della natura e delle caratteristiche del prodotto nonché del supporto utilizzato per la comuni”*

¹⁷⁶ Deve intendersi per «invito all’acquisto»: una comunicazione commerciale indicante le caratteristiche e il prezzo del prodotto in forme appropriate rispetto al mezzo impiegato per la comunicazione commerciale e pertanto tale da consentire al consumatore di effettuare un acquisto;

Pertanto, la sleale “*chiusura del canale informativo*”¹⁷⁷, che incrementa l’ignoranza della vittima della condotta scorretta, può essere ravvisata quando la stessa induce 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 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

¹⁷⁷ R. Calvo, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, cit., pag. 73.

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 riconducibile 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'informazione¹⁷⁸. Resta inteso che, in assenza di norme specifiche, opera sempre e comunque l'articolo 1337c.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 maggioritaria, 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 giurisprudenza¹⁷⁹ 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”*. In sostanza si può concludere che la norma garantisce una protezione in toto da ogni condotta poco trasparente (attuata sia consapevolmente che inconsapevolmente) ed è

¹⁷⁸ Si vedano 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).

¹⁷⁹ Cfr. Cass. Civ., 28 ottobre 1993, n. 10718, in *Foro It.*, 1994, I, c. 423 ss.

improntata alla logica del *clare loqui* grazie al quale non può essere fornita al consumatore una versione mistificata della realtà.

2.9 Le pratiche aggressive.

Gli articoli da 24 a 26 Cod. cons. contemplano infine una terza ed innovativa¹⁸⁰ categoria di pratiche scorrette, le cd. *pratiche aggressive*. In particolare, l'art. 24 cod. cons. 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, limita o è 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 preso*”¹⁸¹.

Una pratica è “*aggressiva*” quando ha una portata limitativa della capacità di autodeterminarsi liberamente tale da indurre - in potenza o in atto - il consumatore medio a scegliere. 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 e rientrino quindi nel normale quadro di elementi strutturali alla comunicazione commerciale.

Si noti che qui, a differenza di quanto avviene con le pratiche ingannevoli, che incidono sulla *consapevolezza* della scelta del consumatore deformando il

¹⁸⁰ Nell'attuale contesto degli scambi commerciali, fortemente caratterizzato dall'evoluzione tecnologica e dalla distanza delle contrattazioni, si assiste sempre più ad un mutamento dei rapporti di consumo in senso automatizzato informatizzato e massivo. Parallelamente, si sviluppa il ricorso da parte dei professionisti a tecniche di marketing, pubblicità e promozione dei propri beni / servizi anche molto “aggressivi”. La dottrina più attenta (LIBERTINI M.) aveva peraltro già da tempo sottolineato l'esigenza di reprimere i comportamenti di tale genere che incidono sulla libertà di scelta del consumatore di fatto inducendolo ad assumere decisioni commerciali che altrimenti non avrebbe preso attraverso il ricorso a molestie, coercizioni e/o indebiti condizionamenti, quali “*atti lesivi della libertà e della dignità de consumatore*”. Si veda *Commentario al Cod. civ.*, a cura di P. Cendon, vol. V sub. Art. 2598, Torino 1991, 1568 ss.).

¹⁸¹ Per un'analisi senz'altro approfondita delle pratiche in esame si rinvia a L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali aggressive in Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori*, a cura di G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, pp. 215 e ss.

contenuto informativo della stessa a causa di informazioni errate false o omissive, l'elemento centrale è, più in generale, la *libertà* di scelta del consumatore. Mentre le pratiche ingannevoli hanno, cioè, una portata decettiva rispetto alla decisione commerciale del consumatore, quelle aggressive hanno una valenza estorsiva più generale della libertà di scelta che sfrutta le debolezze caratteriali, emotive e culturali del consumatore medio per indurlo a prendere certe decisioni positive o negative che altrimenti non avrebbe preso. Appare importante sottolineare che, ancor più che con riguardo alle pratiche ingannevoli, il legislatore si è giustamente preoccupato di inserire una serie di precisazioni al fine di evitare un'applicazione distorta ed eccessivamente estensiva della norma, per effetto della quale tutta o almeno buona parte della pubblicità possa essere ritenuta condotta aggressiva.

Il tema appare delicato e riporta alla linea di demarcazione (sottile) che corre fra pubblicità lecita e illecita che alcuni fondano sulla contrapposizione informazione – suggestione o fra cosiddetta pubblicità informativa e suggestiva. Sul punto è stato correttamente rilevato in dottrina¹⁸² come che vi siano svariate situazioni intermedie fra persuasione illecita e coazione psicologica illecita. La norma sulle pratiche aggressive si dovrebbe occupare solo di queste ultime, non anche delle prime. Sulla base di tale assunto quindi il legislatore si richiama quindi 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*”. Inoltre si tenga a mente che anche nell'applicazione delle pratiche oggetto di analisi la chiave interpretativa resta quella fornita dalla clausola generale di cui all'art. 20 Cod. cons. con conseguente applicazione della regola del *de minimis* (o soglia di materialità) e del parametro del consumatore medio nonché dell'elemento della diligenza professionale.

Ciò premesso, l'articolo 25 cod. cons. elenca quindi gli elementi sulla base dei quali valutare l'aggressività o meno di una pratica e stabilisce che “*nel determinare se una pratica commerciale comporti molestie, coercizione compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento sono presi in considerazione i seguenti*

¹⁸² FUSI M. *Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolatoria* in *Riv. Dir. Ind.* 2009, I, pp. 15 ss.

condizionamenti: 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 non sia giuridicamente ammessa”.

Sulla base della sopraccitata elencazione, nonché del riferimento di cui all'art. 25 Cod. cons. alle modalità rilevanti di attuazione della pratica (*id est*, coercizione, minacce, molestie o indebito condizionamento), la dottrina ha ritenuto che le pratiche commerciali aggressive potessero essere divise in tre diverse tipologie: (a) le pratiche moleste, (b) quelle coercitive e (c) quelle condizionanti.

Esempi delle richiamate categorie di pratiche si trovano all'art. 26 cod. cons. che, come noto, riporta l'elencazione delle pratiche “*in ogni caso*” aggressive (“black list”).

Con riguardo alle pratiche moleste quindi, certamente possono essere fatte rientrare in tale categoria le ipotesi richiamate ai punti a)¹⁸³ b)¹⁸⁴ e c)¹⁸⁵ del succitato articolo 26 cod. cons. In tali condotte, peraltro, possono essere riconosciute anche ipotesi di pratiche aggressive coercitive, le quali potrebbero ravvedersi anche nell'ipotesi di cui alla lettera g)¹⁸⁶.

¹⁸³ Art. 26, lett. a) *creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto.*

¹⁸⁴ Art. 26, lett. b) *effettuare visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale.*

¹⁸⁵ Art. 26 lett. c) *effettuare ripetute e non richieste 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 58 e l'articolo 130 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196;*

¹⁸⁶ Art. 26 lett. g) *informare esplicitamente il consumatore che, se non acquista il prodotto o il servizio saranno in pericolo il lavoro o la sussistenza del professionista;*

Con riguardo a queste, non sfuggirà un richiamo ai vizi del consenso, ed in particolare alla violenza, 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 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.

Con riguardo alle pratiche condizionanti, che integrano lo sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, le stesse si candidano a rappresentare la categoria più interessante di tutte le condotte considerate aggressive. In particolare, integrano gli estremi della pratica condizionante le lett. d)¹⁸⁷ e)¹⁸⁸ f)¹⁸⁹ e h)¹⁹⁰ dell'art. 26.

¹⁸⁷ Art. 26 lett. d) *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 la fondatezza della richiesta, o*

Infine, con riguardo al punto *d*) dell'art. 25, è stato sostenuto¹⁹¹ 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 contrattuali¹⁹². 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 diritti facenti capo al consumatore rappresenta decisamente un

omettere sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza, al fine di dissuadere un consumatore dall'esercizio dei suoi diritti contrattuali.

¹⁸⁸ Art. 26 lett. e) *salvo quanto previsto dal decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, e successive modificazioni, 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.*

¹⁸⁹ Art. 26 lett. f) *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 quanto previsto dall'articolo 54, comma 2, secondo periodo.*

¹⁹⁰ Art. 26 lett. h) *lasciare intendere, contrariamente al vero, 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.*

¹⁹¹ L. Di Nella, *op. cit.*, pp. 234 e ss.

¹⁹² Tale accezione distingue nettamente queste pratiche dalle clausole vessatorie, introdotta 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.

deterrente contro le pretese di quest'ultimo, tanto da indurlo a rinunciare alla realizzazione dei suoi intenti¹⁹³.

Ebbene, è stato correttamente rilevato¹⁹⁴ come, quanto meno nell'esperienza italiana, alcune dei comportamenti e delle modalità di attuazione richiamate con riferimento alle pratiche in esame, siano difficilmente ipotizzabili nell'ambito di iniziative pubblicitarie o promozionali o di marketing. Infatti, che la pubblicità possa avvalersi di forme di costrizione basate sulla forza fisica o consistenti in minacce, anche solo verbali, a quanti non compiano un certo atto economico, appare situazione piuttosto inverosimile o quanto meno non bizzarra nella prassi di settore nazionale¹⁹⁵. D'altra parte, alcuni dei comportamenti richiamati dall'art. 26 cod.cons., ed in particolare dalle lettere b) e c) dello stesso, sono riconducibili a fattispecie già note agli operatori del sistema: tra questi basti ricordare l'*intrusive advertising* (consistente in ripetute visite presso l'abitazione del consumatore, contro l'espressa volontà del consumatore) quale forma di pubblicità diretta *door-to-door*, e il cd. *direct marketing*, in cui rientra anche la tecnica dello *spamming*, che copre i casi ripetute sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza¹⁹⁶.

¹⁹³ Su ipotesi di cui alla lett. d dell'art. 25 cod. cons. si veda: AGCM: "Inoltre, il mancato rispetto degli obblighi di garanzia legale da parte del professionista, con la richiesta di un pagamento per la riparazione in garanzia ovvero il rifiuto di Monzacar di riparare la vettura e di dar seguito alla richiesta del consumatore di risolvere il contratto, sono state valutate come una distinta pratica commerciale aggressiva ai sensi degli articoli 20, 24 e 25, lettera d), del Codice del consumo, in quanto consistente nell'imposizione di ostacoli non contrattuali, onerosi o sproporzionati, all'esercizio dei diritti contrattuali del consumatore in materia di garanzia legale di conformità di cui agli articoli 128 e ss. del Codice del consumo"

¹⁹⁴ FUSI M. *Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolatoria*, op. cit. p. 6 ss.

¹⁹⁵ Ciò peraltro non esclude che in altri paesi membri tali pratiche siano maggiormente diffuse, il che pertanto giustifica la loro previsione in tali termini da parte del legislatore comunitario.

¹⁹⁶ Si precisa che 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 elettroniche (attuata con il D.Lgs n. 196/2003) che peraltro copre già le fattispecie sopra citate. 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 email 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

Si potrebbe quindi dire che fra le varie figure e fattispecie di pratiche aggressive qui richiamate quella che pare destare più interesse, stante anche la sua verosimiglianza e ricorrenza, è quella delle pratiche che abbiamo definito condizionanti e che si basano quindi su di un indebito condizionamento.

Il tema richiama chiaramente quello della cd. *pubblicità non ingannevole ma manipolatoria*¹⁹⁷, che rappresenta oggi più che mai, visti i recenti e celeri sviluppi di tecniche di marketing sempre più affinate (si pensi all'*emotional marketing* o al cd. *neuro marketing* che si basano entrambi sullo studio delle interazioni fra emozioni e processi decisionali) un tema importante e attuale¹⁹⁸.

Con riferimento a tali pratiche appare quindi corretto sostenere che la disciplina oggetto di esame interviene opportunamente a colmare di fatto una lacuna normativa, posto che le comunicazioni commerciali non ingannevoli, ma tuttavia capaci di annullare o limitare sensibilmente la capacità decisionale del consumatore, sebbene censurabili indirettamente o contemplate dai codici di condotta¹⁹⁹, non erano, fino alla novella del codice del consumo, specificatamente contemplate, al pari della pubblicità ingannevole, come fattispecie illecite.

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).

¹⁹⁷ Ancora FUSIM., *op. cit.*, 12.

¹⁹⁸ Sul punto si veda anche una recente pronuncia del Consiglio di Stato sent. 06204/2011: "Sottolinea il Collegio che i mezzi di pubblicità sono espressione di strategie commerciali che, con rinvii, esterni o interni al testo pubblicitario, attivano l'interesse, la curiosità, il convincimento del consumatore verso un certo prodotto, rappresentato come migliore e più conveniente, e richiamano la sua libertà di scelta per aumentare la notorietà del marchio e stimolarlo all'acquisto: è fenomeno generale che oggi la pubblicità è sempre più mirata a persuadere piuttosto che a informare, a orientare i consumi, a stimolare i bisogni, a promuovere l'assorbimento della domanda e in questo quadro la libertà di scelta del consumatore può essere attirata da messaggi che esaltano le qualità di un prodotto e che costituiscono strumenti di sollecitazione orientati a provocare preferenze commerciali. *In questo quadro, il punto di rottura della liceità sta nell'alterazione della consapevolezza della facoltà di scelta del consumatore*".

¹⁹⁹ Si veda per esempio il Codice di Autodisciplina pubblicitaria che già prima dell'entrata in vigore della novella prevedeva la fattispecie in esame.

La valenza prevalente e assorbente della pratica aggressiva quale pratica consistente nell'indebito condizionamento del consumatore medio²⁰⁰ sembrerebbe avvallata anche dall'analisi dei provvedimenti del giudice amministrativo e di AGCM²⁰¹: con particolare riferimento al settore specifico delle telecomunicazioni, sono state quindi considerate aggressive alcune condotte consistenti in attivazione di servizi di telefonia fissa e mobile attraverso canali di vendita a distanza (il cd. *teleselling*)²⁰². Secondo il TAR, la pratica del *teleselling*, che, “*in sé considerata, non è una pratica aggressiva*”, lo diventa se svolta con insistenza e con pesante intrusione nella sfera privata del consumatore. Al fine di individuare la distorsione del comportamento, il TAR si richiama ad alcune variabili di ordine sociale (famiglia, classe sociale, gruppo di riferimento, cultura), nonché a tutti i fattori previsti dall'art. 25 Cod. del Cons., fra i quali rivestono maggiore importanza quelli ricordati al punto a): *i tempi, il luogo, la natura o la persistenza*, specialmente se riguarda l'attivazione di servizi non desiderati, come nel caso in esame. Il TAR, in verità, si limita a ricordare le osservazioni (ormai standardizzate) dell'AGCM, che, riconoscendo come l'indebito condizionamento consiste nello sfruttamento di una posizione di potere da parte del professionista, conclude che la conclusione di contratti di utenza a mezzo telefono rappresenta una tecnica di commercializzazione dei propri servizi, caratterizzata “*da forme di pressione ed intrusione nella sfera del consumatore particolarmente incisive, tenuto conto dell'esistenza di un'elevata asimmetria informativa tra il professionista e il consumatore, dovuta sia alla particolare complessità del settore sia alle modalità con cui avviene il contatto telefonico...*”²⁰³.

²⁰⁰ Contro questa interpretazione si veda però LIBERTINI M., *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, n. 15/2009: “*Si deve anche notare l'improprietà del richiamo alla figura dello “indebito condizionamento”, nella motivazione della sentenza. Questa figura è infatti compresa, nel testo normativo, come una delle possibili manifestazioni di pratica aggressiva di un'impresa, a danno dei consumatori. La sentenza parla invece di improbabilità dello “indebito condizionamento” del presunto complice nei confronti dell'autore principale dell'illecito*”.

²⁰¹ PS6013 – *Easy Download/attivazione non richiesta*.

²⁰² T.A.R. Roma Lazio, 29/03/2010, n. 4931, sez. I.

²⁰³ Con riferimento al settore delle TLC si vedano: Provv. n. 19051 del 30 ottobre 2008 (PS 24 *Telecom-Fatturazione per chiamate satellitari e/o a numerazioni speciali*), cit.; Provv. n. 19091 del 5 novembre 2008 (PS 557 *H3G - ADSM Card Modem USB*), in *Boll.* n. 42/2008; Provv. n.

Nel 2010 aggressive sono state considerate altresì le pratiche poste in essere dall'operatore telefonico H3G SPA in ordine al comunicazioni inviate alla clientela per sollecitare il pagamento di crediti vantati dalla stessa H3G²⁰⁴. Si è ritenuto che le peculiari modalità grafiche ed espressive utilizzate dai professionisti nel sollecito ultimativo fossero connotate da caratteri di aggressività, risultando idonee a esercitare una indebita pressione psicologica nei confronti dei destinatari per indurli al pagamento degli importi derivanti da prestazioni effettuate da H3G.

Il Giudice di secondo grado ha altresì riconosciuto la natura aggressiva delle pratiche poste in essere da Telecom SPA per la condotta realizzata da tale operatore consistente nell'esigere dal consumatore il pagamento di servizi (anche quelli non richiesti consapevolmente) *“prospettando agli utenti la sanzione del distacco della linea telefonica in caso di mancato pagamento delle telefonate verso le numerazioni satellitari internazionali ovvero l'esecuzione coattiva del credito in caso di traffico verso le numerazioni non geografiche”*²⁰⁵. In tutte queste situazioni si noti come peraltro l'indebito condizionamento faccia leva sullo sfruttamento di una posizione di potere da parte del professionista.

Fuori dal particolare settore delle telecomunicazioni, nel 2011, il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 3763 del 22 giugno 2011, *Accord Italia Carta Auchan*, confermando l'orientamento già espresso dal Giudice di primo grado, ha ribadito come la pratica aggressiva si sostanzia *“in una condotta fortemente invasiva, per le pressioni in cui in concreto consiste, delle libertà di scelta del consumatore. Tale condotta quindi non incide, quanto meno necessariamente, sulla possibilità per il*

19224 del 3 dicembre 2008 (PS 463 – *Tiscali Attivazione servizi non richiesti*), in *Boll.* n. 46/2008; Provv. n. 19254 del 11 dicembre 2008 (PS 77, *Telecom Connessione Alice non Richiesta*)

²⁰⁴ In particolare, tali comunicazioni contenevano espliciti riferimenti all'Istituto Penitenziario di Bollate, sia nell'associazione della denominazione sociale di WSC con la specifica *“Sede operativa istituita presso Istituto Penitenziario di Bollate”* sia nel testo della lettera, in caratteri evidenziati. Inoltre, le intimazioni di pagamento - qualificate nell'oggetto come *“sollecito ultimativo”* - pur non indicando la causale del credito per cui si procedeva, contemplavano l'avvertenza che, in caso di mancato pagamento *“entro e non oltre 5 giorni”* dal ricevimento della comunicazione (inviata ai consumatori utilizzando buste di colore verde del tutto simili a quelle degli atti giudiziari), il professionista avrebbe intrapreso *“le opportune azioni legali, ivi compresa la fase di esecuzione, sino a copertura di quanto dovuto”*.

²⁰⁵ CDS sent. N. 5303, 5306, 5307, 5363, 5364 e 5365 del 21 settembre 2011, *Telecom fatturazione per chiamate satellitari e/o numerazioni speciali*.

consumatore di acquisire gli elementi conoscitivi necessari circa il contenuto del contratto, ma sulla stessa volontà di stipularlo pur in presenza di un giudizio negativo sulla sua convenienza”. Similmente Il Consiglio di Stato ha ravvisato nel comportamento del professionista Enel quell’elemento di coercizione che qualifica l’indebito condizionamento. Il Giudice di secondo grado, nel confermare l’aggressività della pratica (al pari del TAR), ha rilevato come *“La minaccia dei distacco della fornitura, unitamente al sollecito di pagamento (pur in presenza di precisi reclami da parte degli utenti tendenti a contestare l’entità dell’importo fatturato) corrisponde al paradigma di coercizione o di indebito condizionamento configurato dagli artt. 24 e 25 del Codice del Consumo , in quanto idonea a limitare la libertà di scelta del comportamento del consumatore”*²⁰⁶.

2.10 Impegni e moral suasion.

Coerente con l’obiettivo di rendere più efficace l’azione amministrativa dell’Autorità, limitando l’apertura di procedimenti ai soli casi in cui ciò sia realmente necessario, è l’introduzione del potere di sollecitare il ravvedimento operoso da parte del professionista, prima dell’avvio del procedimento²⁰⁷. Tale attività, non consentita nei casi di particolare gravità, si concretizza nell’invio da parte del *“responsabile del procedimento”*, previa informativa al collegio dell’Autorità, di un invito scritto al professionista a rimuovere i possibili profili di scorrettezza della pratica, che siano stati *prima facie* identificati (Regolamento, art. 4, comma 2). L’obbligo di previa informativa del Collegio garantisce che l’Autorità mantenga la supervisione delle iniziative assunte dal responsabile del procedimento in fase pre-istruttoria, verificando che sussistano tutte le condizioni per l’applicazione dell’istituto in questione. Nella Relazione Annuale pubblicata da AGCM la stessa Autorità ha considerato la *“moral suasion”* come uno strumento che, *“da un lato, garantisce immediatezza e proporzionalità dell’intervento, e*

²⁰⁶ CDS sent. n. 720 del 31 gennaio 2011, *Enel Energia Bolletta Gas*.

²⁰⁷ Sulla moral suasion si veda ALVISI C., *La 'moral suasion' dell'AGCM nel procedimento sulle pratiche commerciali sleali (nota a TAR LAZIO, 10 novembre 2010, 1443)*AIDA 2011, vol. 20, p. 837-843

dall'altro esonera il professionista dalla sanzione" e dalle stesse conseguenze negative anche del solo avvio di un procedimento formale. Peraltro, pur avendo l'Autorità limitato l'applicazione di tale istituto "ai soli casi nei quali sussistesse attualmente la possibilità per i professionisti di eliminare i profili di scorrettezza, restando[ne] esclusa l'utilizzabilità [...] qualora la pratica commerciale si fosse già esaurita (ipotesi di norma ricorrente nell'ambito delle campagne pubblicitarie)", lo stesso ha consentito di archiviare il caso ancor prima del formale avvio del procedimento in un numero significativo di occasioni (nel corso del 2008 "per il 3% delle segnalazioni il professionista ha accolto l'invito a rimuovere i profili di possibile scorrettezza della condotta commerciale").

Occorre tuttavia notare che l'introduzione di questo nuovo strumento *dissuasivo* di cui può avvalersi il responsabile del procedimento nella fase pre-istruttoria non è stata accompagnata dall'attribuzione di corrispondenti diritti di difesa in capo al professionista destinatario dell'invito scritto a cessare la pratica oggetto di indagine. In specie, nella fase pre-istruttoria durante la quale si colloca un'eventuale iniziativa di *moral suasion* da parte del responsabile del procedimento, il professionista non ha diritto di accesso agli elementi informativi di cui è in possesso l'Autorità e non è, quindi, posto pienamente in condizione di valutare appieno la bontà delle censure mosse.

2.10 (Segue): l'istituto degli impegni.

Riprendendo un istituto già collaudato in materia antitrust, anche in materia di PCS il legislatore nazionale ha previsto che "ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale, l'Autorità può ottenere dal professionista l'assunzione dell'impegno a porre 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 definire il procedimento senza procedere all'accertamento dell'infrazione" (Codice del consumo, Art. 27, comma 7). L'art. 8, comma 2, del Regolamento precisa che, nel caso di presentazione di una proposta di impegni da parte del professionista, l'Autorità ha tre possibilità: (i) qualora li ritenga idonei, ne dispone con provvedimento l'accettazione, rendendoli obbligatori per il professionista e chiudendo il procedimento senza accertare l'infrazione; (ii) qualora li ritenga parzialmente idonei, fissa un termine al professionista per un'eventuale integrazione degli impegni stessi; (iii) nei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale o in caso di inidoneità degli impegni, ne delibera il rigetto. L'art. 8 del Regolamento prevede, inoltre, un limite temporale per la presentazione degli impegni, prevedendo che *"entro e non oltre 30 giorni dalla ricezione della comunicazione di avvio dell'istruttoria, il professionista può presentare, in forma scritta, impegni tali da far venire meno i profili di illegittimità della pratica commerciale"* (si ricordi che il Regolamento 2006/2004/CE non prevedeva invece alcun limite temporale per la presentazione degli impegni da parte del professionista). Il TAR Lazio ha avuto modo di chiarire che tale termine ha *"chiara natura perentoria [e] risponde all'evidente fine di consentire una rapida definizione della procedura con la più sollecita e tempestiva eliminazione della pratica e dei suoi effetti e implica che l'operatore professionale formuli in modo chiaro ed esaustivo gli impegni che intende sottoporre all'Autorità"* (TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 8673 del 14 settembre 2009, *Fastweb c. Autorità*). Sarebbe invece preferibile una soluzione più flessibile che attribuisca a tale termine esclusivamente natura sollecitatoria e non impedisca, dunque, all'Autorità di valutare anche proposte di impegni "tardive". Ciò tanto più ove si tenga a mente che, nella prassi, i provvedimenti di avvio del procedimento sono formulati in senso estremamente ampio e generico, non consentendo dunque al professionista di individuare tempestivamente i profili di criticità e le conseguenti eventuali misure idonee a porre ad essi rimedio. In tal senso sembra, in effetti, essersi orientata l'Autorità, che in alcuni casi ha accolto proposte di impegni presentate anche diversi mesi dopo la data di avvio del procedimento (si veda il caso PS/3291 - *Scheda Takitime-Mancata Restituzione Credito Residuo* – avvio del procedimento

in data 9 marzo 2009, presentazione della proposta di impegni (poi resa obbligatoria con decisione di accettazione) in data 7 maggio 2009, ossia quasi due mesi dopo l'avvio del procedimento. Nello stesso senso si vedano anche i casi PI/6460-*Bed&Breakfast Boccuti* e PI/6237- *Rivista HITEST numero gratis*, in cui gli impegni risultano esser stati proposti, rispettivamente, quasi due mesi e mezzo e poco meno di tre mesi dopo il provvedimento di avvio). In assenza di un ripensamento da parte del giudice amministrativo in merito alla natura (perentoria o sollecitatoria) del termine per la presentazione degli impegni, rimane, comunque, il rischio che la legittimità di tali decisioni possa essere contestata da terzi interessati. La rilevanza pratica dell'introduzione dell'istituto degli impegni nell'ambito della normativa in materia di PCS è stata finora, peraltro, pressoché nulla.

In questa prima fase di applicazione della normativa in questione, l'Autorità ha infatti interpretato in maniera estremamente rigorosa le condizioni per l'applicazione dell'istituto in questione. In primo luogo, essa ha ritenuto che la nozione di “*manifesta gravità e scorrettezza della pratica commerciale*” – al ricorrere della quale, come già visto, è preclusa la possibilità di una chiusura del procedimento con accettazione della proposta di impegni – debba essere “*ricondata [al ricorrere di] almeno uno tra i seguenti fattori: i) elevato numero - anche soltanto potenziale - di consumatori coinvolti; ii) pregiudizio economico concreto o eventuale per i medesimi; iii) particolare gravità in sé dell'inganno (in caso di condotta ingannevole) o della pressione (in caso di aggressività); iv) condizione di debolezza del consumatore medio o di una delle categorie di consumatori medi interessati; v) sussumibilità della fattispecie contestata ad una tra le ipotesi incluse nelle liste nere di cui agli articoli 23 e 26 del Codice del consumo*” (Relazione annuale sull'attività svolta, 30 aprile 2009, pp. 259 e 260). L'estrema ampiezza della citata interpretazione della nozione di “manifesta gravità e scorrettezza” è stata, peraltro, ulteriormente ampliata da una pronuncia del TAR Lazio, secondo cui “*dal coordinamento esegetico tra le disposizioni normativa e regolamentare è agevole desumere che la sfera delle pratiche commerciali scorrette alle quali risulta riferibile l'istituto degli impegni è limitata a fattispecie di maggiore tenuità e minore impatto socioeconomico, stante l'espressa esclusione*

per le ipotesi di pratiche ‘manifestamente scorrette e gravi’, che in effetti individua una sorta di endiadi, essendo arduo immaginare che una pratica grave non sia anche ‘manifestamente’, ossia ‘ictu oculi’, scorretta, e che a sua volta una pratica di palese evidente scorrettezza non presenti, proprio in funzione della sua qualificata scorrettezza, profili di gravità” (TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 8673 del 14 settembre 2009, Fastweb c. Autorità).

D'altra parte, l'Autorità ha ritenuto che, anche per in presenza di pratiche non manifestamente gravi e scorrette, l'istituto degli impegni non dovesse trovare applicazione in tutti i casi in cui sussisteva un interesse prevalente all'accertamento dell'illecito: “[o]ve la pratica commerciale per la quale si procede, superando lo scoglio del giudizio sulla manifesta scorrettezza e gravità, non sia tale da precludere la valutazione degli impegni nel merito, l'Autorità ha tenuto presenti, ai fini delle determinazioni da assumere ai sensi dell'articolo 27, comma 7, del Codice del consumo, gli ulteriori profili attinenti: a) all'idoneità a rimuovere i profili di illegittimità; b) all'esigenza di procedere comunque all'accertamento dell'infrazione, elemento particolarmente valorizzato in fase di prima applicazione, anche in vista dell'esigenza di definire i contorni della materia” (Relazione annuale sull'attività svolta, 30 aprile 2009, pp. 259 e 260). L'atteggiamento di tendenziale chiusura nei confronti dell'istituto degli impegni in materia di PCS è stato finora motivata dall'Autorità sulla base dell'esigenza di non depotenziare la deterrenza dei divieti di PCS, esigenza tanto più sentita secondo l'Autorità in ragione della novità della disciplina in questione, da un lato, e della relativa scarsa entità delle sanzioni comminabili alle imprese a fronte degli interessi economici coinvolti. “Rispetto a pratiche particolarmente gravi, il legislatore ha senz'altro ritenuto prevalente l'obiettivo della deterrenza” (Relazione annuale sull'attività svolta, 30 aprile 2008, p. 24).

In conseguenza di tale approccio, a fronte di 238 procedimenti istruttori chiusi nel corso del 2008, in soli “9 procedimenti l'Autorità ha accettato gli impegni offerti dalle parti, ritenendoli idonei a rimuovere i profili di illegittimità della pratica” (Relazione annuale sull'attività svolta, 30 aprile 2009, p. 246).

Nel corso del 2009 ci risulta che l’Autorità abbia accettato gli impegni proposti dal professionista in soli 5 altri casi.

Si tratta in particolare dei seguenti casi: (i) PS/83 - Euroclub-libro non richiesto; (ii) PS/1340-Zurich Assicurazioni-disdetta polizza assicurativa; (iii) PS/2469 – Credito Cooperativo-pagamento bollettino MAV; (iv) PS/2820 -Foot Center-esame e cura del piede; (v) PS/3291 - Scheda takitime-mancata restituzione credito residuo. Le considerazioni che hanno indotto – in radicale contrasto con la prassi decisionale dell’Autorità in tema di tutela della concorrenza – a espungere “virtualmente” l’istituto degli impegni dall’ambito della normativa in materia di PCS appaiono ad oggi non più integralmente attuali. In primo luogo, possiamo ormai ritenere conclusa la fase di “infanzia” della normativa in questione. Anche grazie agli enormi sforzi profusi dall’Autorità, non vi è, infatti, più alcun dubbio che imprenditori e professionisti siano ormai ben edotti in merito all’esistenza di tale normativa e alla necessità di rispettarne in modo rigoroso precetti e principi. “[L]’importo complessivo delle sanzioni pecuniarie comminate dall’Autorità [per PCS e pubblicità ingannevole e comparativa illecita] nel corso del 2008 ha registrato una decisa crescita rispetto all’anno precedente; esso è stato pari a 37.156.850 EUR (5.022.800 EUR nel 2007)” (Relazione annuale sull’attività svolta, 30 aprile 2009, p. 248). Numero viepiù significativo se si pensa che, nello stesso anno, il totale delle sanzioni pecuniarie comminate dall’Autorità per illeciti antitrust è stato pari a € 4.882.630 (*Relazione annuale sull’attività svolta, 30 aprile 2009, pp. 40-41*). D’altra parte, quanto all’esigenza di garantire l’efficacia deterrente della normativa in questione, non si può non ricordare che, a valle dell’entrata in vigore dell’azione di classe di cui all’art. 140bis del Codice del Consumo (come è noto, applicabile anche ai casi di PCS), ci si trova di fronte a uno scenario del tutto nuovo e diverso. Infatti, per quanto la Cassazione abbia avuto modo di ribadire che le pronunzie dell’Autorità non abbiano effetti vincolanti sulle decisioni dei giudici ordinari (v. SS. UU. 15.1.2009 n. 794, in materia di pubblicità ingannevole), è indubbio che – in linea con quanto avviene in ambito antitrust – un’eventuale decisione di condanna per PCS da parte dell’Autorità finirebbe per assumere di certo un notevole rilievo in sede di eventuale azione follow on. Ciò, in

tutta evidenza, è suscettibile di determinare un deterrente ben maggiore di quello rappresentato dalle (sole) sanzioni pecuniarie comminabili dall'Autorità. D'altronde, avendo riguardo al fine pubblicistico che deve guidare l'azione dell'Autorità (tutela dei consumatori e del corretto funzionamento del mercato), sembra ragionevole affermare che, quanto meno in alcuni casi, la strada dell'accettazione degli impegni potrebbe essere preferibile a quella di una mera condanna con irrogazione di sanzioni pecuniarie.

Invero, laddove la pratica commerciale contestata non consiste in un singola azione (ad esempio una singola campagna pubblicitaria, in ipotesi ingannevole), ma interessa lo stesso *modus operandi* del professionista con riferimento a uno o più specifici ambiti della sua attività – ad esempio, i criteri e le modalità di commercializzazione dei prodotti/servizi ovvero le modalità di gestione dei partner esterni della cui collaborazione il primo si avvalga), un'eventuale decisione di accettazione di impegni che implichi un'adeguata rivisitazione delle attività ritenute "illecite" da parte dell'Autorità, avrebbe al contempo l'indiscutibile vantaggio di comportare la cessazione della pratica contestata e la garanzia pro-futuro che le attività in questione si svolgeranno nel pieno rispetto della normativa a tutela dei consumatori.

D'altra parte, almeno nei casi citati, l'istituto degli impegni consentirebbe certamente all'Autorità e alle imprese di individuare soluzioni di maggiore tutela per i consumatori, evitando al tempo stesso i costi ed i tempi di un'istruttoria approfondita e dell'eventuale giudizio di impugnazione. La riflessione su un più oculato utilizzo dell'istituto degli impegni, che non ne escluda a priori l'applicabilità, appare invero funzionale a consentire "all'Autorità di contemperare efficacemente l'interesse pubblico all'accertamento e alla repressione degli illeciti con l'esigenza di concentrare le risorse dell'Amministrazione sulle fattispecie più meritevoli di tutela" (Relazione annuale sull'attività svolta, 30 aprile 2008, p. 24).

Nel 2011, l'Autorità ha considerato inammissibili gli impegni presentati laddove, per effetto di un intervento dell'Autorità di regolamentazione che ne esauriva il contenuto, non era rinvenibile un sostanziale interesse pubblico alla loro accettazione o laddove essi sono stati ritenuti inadatti a rimuovere i profili di

scorrettezza contestati nella comunicazione di avvio del procedimento, mentre ha accolto impegni laddove le misure proposte determinavano un concreto miglioramento del livello di precisione e affidabilità delle informazioni fornite ai consumatori.

L'APPLICAZIONE DELLE NUOVE NORME

SOMMARIO: 3.1 I codici di condotta e autodisciplina pubblicitaria. 3.2. L'applicazione delle norme. Il nuovo regolamento AGCM sulle procedure istruttorie. 3.3 AGCM e IAP: raccordi o separatezza? 3.4 AGCM e AGCOM. Il tema del riparto di competenze. 3.5 Conclusioni: la disciplina sulle PCS tra ragioni dell'impresa e ragioni del consumo. Una sintesi possibile.

3.1 I codici di condotta e l'autodisciplina pubblicitaria.

Tratteggiati così i contenuti precettivi e la prassi applicativa e interpretativa delle norme contenute nel Codice di consumo come novellato a seguito dell'entrata in vigore della Direttiva sulle PCS, possiamo ora ad occuparci, seppure brevemente, dei profili applicativi e procedurali delle norme oggetto di studio. Nella analisi di tali aspetti appare opportuno inserire la trattazione di un tema importante e nuovo, quale è quello dei codici di condotta, ai quali, si è visto, la Direttiva dedica un intero capo (..) fatto peraltro di un solo articolo, l'art. 10. Il tema dei codici di condotta si inserisce nel più ampio quadro della cosiddetta autodisciplina che rappresenta (o avrebbe dovuto rappresentare..) a sua volta, un aspetto rilevante nella applicazione delle norme in esame. Seguiranno quindi alcune brevi considerazioni da un lato sui codici di condotta, in generale e in riferimento alla disciplina in esame, dall'altro all'autodisciplina e, in particolare, a quella pubblicitaria, stanti le innegabili analogie e connessioni con la materia trattata.

Con la Direttiva prima e con la novella al codice del consumo poi, il codice di condotta trova innanzitutto una sua definizione normativa, con ciò distinguendosi da altre normative comunitarie che si sono occupate del tema.

Secondo la lett. f) dell'art. 18 del cod. cons., per codice di condotta si deve intendere *“un accordo o una normativa che non e' imposta dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro e che definisce il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tale codice in*

relazione a una o piu' pratiche commerciali o ad uno o piu' settori imprenditoriali specifici". La definizione riprende esattamente quella utilizzata all'art. 2 lett. f della Direttiva²⁰⁸.

Vale la pena ricordare come quello dei codici di condotta, non sia tema nuovo alla tradizione legislativa comunitaria: già la direttiva 84/450/Cee sulla pubblicità ingannevole e comparativa faceva espressa menzione dei codici di autodisciplina, quali strumenti con finalità prettamente defatiganti del sistema giudiziario²⁰⁹. Così, anche la direttiva 2000/31/Ce sul commercio elettronico richiamava il ruolo dei codici di condotta in relazione all'autodisciplina²¹⁰. E ancora, più di recente, il legislatore comunitario ritorna sul tema con la direttiva 2010/13/Ce in materia di servizi media e audiovisivi²¹¹.

²⁰⁸ L'art. 2 lett. f) stabilisce infatti che si intende per codice di condotta *"un accordo o una normativa che non sia imposta dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro e che definisce il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tale codice in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici"*. Sui codici di condotta nell'ambito della normativa qui in esame si veda in particolare Ghezzi F., *Codici di condotta, autodisciplina, pratiche commerciali scorrette. Un rapporto difficile*, in *Riv. soc.*, 2011, 680. e Fabbio Ph., *op.cit.*; Pinto F., *I codici deontologici e la direttiva 2005/29/ce*, in E. Minervini - L. Rossi Carleo, *op.cit.*

²⁰⁹ In tale senso si veda il considerando n. 16 (ora n. 18 della versione codificata d. CE 06/114) ove si legge che *"i controlli esercitati da organismi volontari e autonomi per eliminare la pubblicità ingannevole possono evitare azioni giudiziarie o ricorsi amministrativi e devono quindi essere incoraggiati"*. Si consideri peraltro che la direttiva non poteva ignorare la presenza, già allora, in molti dei sistemi europei, ivi compreso il nostro, di organismi di controllo della pubblicità su base volontaria.

²¹⁰ Il considerando n. 32, recita: *"i codici di condotta a livello comunitario sono lo strumento privilegiato per enunciare regole deontologiche sulla comunicazione commerciale. Occorre incoraggiare la loro elaborazione e il loro eventuale aggiornamento."* Nella stessa direttiva la Commissione, al considerando n. 8, *"incoraggia le associazioni e organizzazioni professionali, a elaborare codici di condotta a livello comunitario che precisino le informazioni che possono essere fornite a fini di comunicazioni commerciali"*. E infine (considerando n. 10), recita: *"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"*. Similmente, il considerando 49: *"gli stati membri e la commissione incoraggiano l'elaborazione dei codici di condotta; ciò lascia impregiudicati il carattere volontario di siffatti codici e la possibilità per le parti interessate di decidere liberamente di aderirvi"*. Per alcune considerazioni di ordine generale si veda G. Conte, *Codici etici e attività di impresa nel nuovo spazio globale del mercato in Contr. Impresa* 2006, p. 108 ss.

²¹¹ La Commissione incoraggia *"i fornitori di servizi di media a elaborare codici di condotta concernenti le comunicazioni audiovisive commerciali non appropriate che accompagnano i programmi per bambini o vi sono incluse, relative a prodotti alimentari o bevande che contengono sostanze nutritive e sostanze con un effetto nutrizionale o fisiologico, in particolare quelle come i grassi, gli acidi grassi trans, gli zuccheri, il sodio o il sale, la cui assunzione eccessiva nella dieta generale non è raccomandata"*. Così l'art. 9 comma 2 della Direttiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 10 marzo 2010 relativa al

Vale la pena ricordare inoltre, come quello dei codici di condotta sia argomento “di moda” nel diritto dell’impresa, ove attualmente si sovrappongono modelli di *self-regulation* e *co-regulation* che prevedono forme più o meno ampie di compartecipazione dei vari attori, sia nel processo di produzione di norme “private”, sia in quello del loro *enforcement*. In tal senso non si può omettere di richiamare l’attuale riflessione in tema di responsabilità sociale di impresa o *Corporate social responsibility* (“Rsi” o “CSR”)²¹² alla quale appare inevitabile e doveroso un richiamo qualora si affronti il tema dei codici di condotta. Rispetto a quanto maturato nell’ambito della riflessione sulla RSI, in cui i codici di condotta vengono concepiti prevalentemente come strumenti di auto-normazione “soft” messi in atto dall’impresa nella gestione dei rapporti con la rete di *stakeholders*, integrativi e complementari, rispetto alle disposizioni di

coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi) (versione codificata).

²¹² Come noto ed in estrema sintesi, la riflessione che gravita attorno alla Responsabilità sociale di Impresa (RSI o CSR secondo l’acronimo inglese di *Corporate sociale responsibility*) si ispira alla rilevanza da attribuire a fattori estranei alla valorizzazione dello *shareholder value* e del valore di mercato nel breve periodo e guarda, in particolare, ai bisogni e alle istanze di protezione degli *stakeholders* che gravitano intorno ad essa (lavoratori, consumatori, fornitori, appaltatori, pubblici poteri, azionisti, investitori, comunità locali, etc.). Punto fondamentale è che tale trasformazione deve poggiare su un approccio *volontario* degli operatori (imprese, società, dalle cooperative alle multinazionali) che vada al di là, di ciò che loro è richiesto dagli obblighi imposti dalla legge. Di qui la diffusione, accanto a *standards* etici e sociali elaborati da enti esterni all’impresa e applicabili alle imprese che intendano aderirvi, di strumenti che potremmo definire di “*auto-responsabilizzazione*” adottati, spontaneamente, dalle imprese al loro interno e rappresentati dai codici di condotta (o codici etici). L’adozione di tali testi scaturisce peraltro molto spesso non solo da iniziative autonome e private esercitate in forma individuale, ma anche collettiva. Così nell’Allegato A del Libro Verde della Commissione europea, “*Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*”, del 18-7-2001 [COM (2001) 366 def.], def., 27 sotto la definizione di codice di condotta si legge: “*Dichiarazione ufficiale dei valori e delle prassi commerciali di un’impresa e, a volte, dei suoi fornitori. Un codice enuncia norme minime e attesta l’impegno preso dall’impresa di osservarle e di farle osservare dai suoi appaltatori, subappaltatori, fornitori e concessionari. Può trattarsi di un documento complesso che richiede il rispetto di norme precise e prevede un complesso meccanismo coercitivo*”. Una sorta di “carta valoriale”, interna all’azienda, con la quale la stessa dichiara quali sono i principi a cui intende conformare il suo operato. Da un punto di vista strutturale, generalmente, accanto ad una prima parte, più generica, dedicata all’enunciazione della *mission* aziendale, se ne trova una seconda, che prevede una serie di sanzioni e sistemi di monitoraggio, di verifica e di segnalazione delle violazioni. Alcune interessanti riflessioni riguardanti i codici di condotta come concepiti nell’ambito della riflessione in materia di RSI si trovano in Perulli A., “*Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*” in *Lav. e Dir.*, XXV, n. 1, 2011, p.12, S. Rossi, *Luci ed ombre dei codici etici d’impresa* in *Rivista di diritto societario*, 2008, p. 23 e Murphy S. *Taking multinational corporate codes of conduct to the next level*, 2004 consultabile sul sito www.ssrn.com p. 3.

legge²¹³, nella disciplina che qui ci interessa il codice di condotta assume un ruolo ed una funzione ulteriori in quanto strumento concorrente e potenzialmente alternativo alle norme statali nell'applicazione delle norme a tutela del consumatore. Sotto tale profilo merita attenzione, il riferimento contenuto nel Considerando n. 20 della Direttiva, che valorizza il ruolo dei codici di condotta (o di autodisciplina) sotto tre diversi profili: i) rimarcando, innanzitutto, l'opportunità di prevedere un ruolo per i codici di condotta “*che consenta ai professionisti di applicare in maniera efficace i principi della direttiva in specifici settori economici*”; ii) auspicando, in secondo luogo, che le organizzazioni dei consumatori vengano “*informate e coinvolte*” nella formazione dei codici al fine di conseguire un maggiore livello di tutela degli stessi; e (iii), da ultimo, rilevando l'opportunità che gli Stati membri, nel recepire le disposizioni comunitarie, incoraggino il controllo esercitato mediante i codici in quanto strumenti potenzialmente idonei ad “*evitare la necessità di esperire azioni giudiziarie o amministrative*”²¹⁴.

Nell'attuale impianto legislativo del Codice del consumo in materia di PCS, si diceva, un primo dato interessante, è rappresentato dalla presenza di un'espressa definizione di codice di condotta.

Attualmente, si apprende che, da un punto di vista giuridico - formale, il codice di condotta può essere un accordo fra parti (e quindi un contratto..?) o una “normativa” - non imposta dalla legge o da atti assimilabili.

Sotto il primo profilo, pare potersi dire con sufficiente certezza che il termine di accordo non possa essere ridotto a quello di contratto valido ed efficace²¹⁵. Sotto

²¹³ PERULLI A., *op. cit.*, 2011; TREU T., *Forme di regolazione “soft”*: dalle direttive “leggere” ai codici di condotta, in *Studi in onore di Antonio Palazzo*, Diritto Privato 1, Fondamenti Etici e Processo, 2009, Utet.

²¹⁴ Similmente disponeva il considerando n. 16 della direttiva 84/450/CE al (ora n. 18 della versione codificata dir. CE 06/114) ove si legge che “*i controlli esercitati da organismi volontari e autonomi per eliminare la pubblicità ingannevole possono evitare azioni giudiziarie o ricorsi amministrativi e devono quindi essere incoraggiati*”. Sul punto si tornerà in seguito. Cap. 2 sulla concorrenza di competenze a giudicare sulla violazione della normativa *de qua* dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e degli organi autodisciplinari, sul sistema di “integrazione forte” auspicato in sede comunitaria e sulla scelta, per così dire, prudente del nostro legislatore nell'optare per una molto più blanda integrazione fra i due sistemi, statale e privato.

²¹⁵ FABBIO PH., *op. cit.*, p.706.

il secondo profilo, l'uso del termine normativa potrebbe suonare contraddittorio nel nostro sistema giuridico nel quale lo stesso richiama, per sua natura, il concetto di legge o comunque di provvedimento con medesima efficacia. Si tratterebbe, onde evitare di cadere in una contraddizione di termini, di una traduzione non particolarmente felice dell'originaria versione in lingua inglese che riporta il termine di "*set of rules*", ovvero di insieme di regole, concetto meno forte e diverso rispetto a quello di normativa intesa in senso stretto, e che senz'altro più si presta ad essere comprensibilmente affiancato dalla successiva locuzione che rimanda alla volontarietà dell'atto.

Dal punto di vista contenutistico, la definizione legislativa fa riferimento al comportamento dei professionisti che s'impegnano (*rectius*: si possono impegnare) a rispettare le regole contenute nel codice, in relazione "*ad una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori specifici*", senza pertanto circoscrivere *a priori* i possibili contenuti del codice²¹⁶. Merita rilevare che secondo alcuni Autori le disposizioni contenute all'interno dei codici di condotta adottati nell'ambito della Direttiva dovrebbero riguardare solo le pratiche *business to consumer* (B2C) e non anche quelle *business to business* (B2B). A me sembra, che nulla vieti che i codici di condotta di cui ci si occupa contengano anche norme riguardanti i rapporti con i *competitors*, per esempio. Il punto semmai, stante l'introduzione nel nostro ordinamento del cd. "*doppio binario di tutela*", è se i *competitors* possano invocare la normativa *de qua* e le norme contenute nel codice del consumo al fine di denunciare usi ingannevoli dei codici ai sensi dei menzionati articoli. Sembrerebbe doveroso ritenere che questi ultimi non possano agire in ragione dell'art. 21, comma 2, lett. b del Codice del consumo, Tuttavia, va rilevato che, l'art. 27 del cod. cons., in punto di applicazione delle norme relative alle PCS, stabilisce che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (cui come vedremo è affidata in via primaria l'applicazione delle norme *de qua*), oltre che d'ufficio, possa agire su istanza di "*ogni soggetto che ne abbia interesse*". Inoltre l'art. 27 *ter* sull'autodisciplina

²¹⁶ Per una completa e puntuale rassegna sui possibili contenuti dei codici di condotta si rinvia ancora una volta a FABBIO Ph., *op. cit.*, p. 21

stabilisce che “*i consumatori, i concorrenti, anche tramite le loro associazioni o organizzazioni, prima di avviare la procedura di cui all'articolo 27, possono convenire con il professionista di adire preventivamente, il soggetto responsabile o l'organismo incaricato del controllo del codice di condotta....*”

Al di là delle varie declinazioni che il codice di condotta può assumere a seconda dei suoi contenuti, pare, in ogni caso, potersi dire con sufficiente certezza che le norme in esso contenute non possono abbassare lo *standard* di tutela previsto dalla Direttiva nei confronti dei consumatori, pena l'esperibilità di azioni contro il responsabile e contro gli aderenti medesimi. Diversamente, come si intuisce anche dai lavori preparatori, le norme autodisciplinare devono tendere all'innalzamento dello standard legale²¹⁷.

La nozione data rileva, dunque, a diversi fini, ed in particolare: *i*) in relazione alla possibile ingannevolezza, e quindi slealtà, di una pratica (art. 21, comma secondo, lett. b) e art. 23, comma 1 lett. a) e c) cod. cons.²¹⁸); *ii*) al fine di garantire l'osservanza delle norme di cui alla Codice del consumo, in via, eventualmente, pregiudiziale, ma anche concorrente, rispetto al procedimento amministrativo o giudiziario azionabile in ipotesi di violazioni del divieto di pratiche commerciali sleali (artt. 27 ss cod. cons.²¹⁹). Su questo ultimo profilo si tornerà in seguito. Sotto il primo profilo, invece va rilevato subito che né la Direttiva né il Codice del consumo, prevedono che la violazione di norme contenute nel codice di condotta dia di per sé luogo ad una pratica commerciale scorretta, ma vietano, bensì, solo determinati usi ingannevoli dei codici. Il professionista o l'impresa, che faccia un uso ingannevole del codice commette una pratica commerciale scorretta; diversamente, se all'interno delle previsioni del codice di condotta adottato afferma il falso, nessuna sanzione è prevista²²⁰.

²¹⁷ Seguito dato al Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'UE, Bruxelles, 11 giugno 2002, COM (2002) 289 definitivo, spec. par. 30.

²¹⁸ Parallelamente art. 6, comma 2, lett. b e nn. 1 e 3 Allegato I della Direttiva.

²¹⁹ Art. 10 e 11 comma 1, 3 cpv., lett. b Direttiva.

²²⁰ La *ratio* dell'assenza di una previsione in tal senso pare essere quella di evitare una sorta di disincentivo per le imprese rispetto all'adozione/adesione di/a codici di condotta. Si veda FABBIO PH., *op. cit.* ed ivi i relativi riferimenti.

Ebbene, secondo l'art. 21 lett., 2° comma, lett. b) la pratica può risultare ingannevole e illecita laddove il professionista disattenda gli impegni assunti, nei confronti del consumatore con il codice di condotta, se questi sono stati assunti *in termini fermi e verificabili*. Non solo, ma, ai fini dell'ingannevolezza, è necessario che il professionista abbia dichiarato nella pratica commerciale considerata illecita (pubblicità, comunicazione commerciale, attività di marketing, etc..) l'adesione al codice poi disatteso, e sempre che, si badi bene, si accerti che la condotta sleale del professionista è idonea a indurre il consumatore a prendere una decisione commerciale che altrimenti egli non avrebbe preso. A ben guardare, quindi, sarebbero almeno cinque i presupposti richiesti ai fini dell'uso ingannevole dei codici ai sensi del menzionato art. 21 comma 2 lett. b, e segnatamente: a) l'esistenza di un codice di condotta; b) l'assunzione, in detto codice, da parte del professionista, di un impegno in termini fermi e verificabili; c) l'indicazione da parte del professionista nella pratica commerciale dedotta in giudizio, del vincolo autodisciplinare discendente dal codice; d) il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni assunti col codice; ed infine e) l'idoneità del vincolo autodisciplinare e degli impegni con esso assunti dal professionista a indurre il consumatore ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso.

Vero è che il legislatore si premura di precisare che la valutazione va svolta tenuto conto "di tutte le caratteristiche e circostanze del caso", ma va da sé che la norma, così come formulata e per i presupposti richiesti, specie *sub e)*, non è di facile e pronta applicazione, e non stupisce che ad oggi, non si registrino, almeno nell'ambito dei provvedimenti dell'AGCM, casi di applicazione della stessa e/o di condanna pertanto del professionista per uso ingannevole del codice. Venendo al carattere "fermo e verificabile" che deve presentare l'impegno, sebbene non di immediata comprensione, l'inciso serve sicuramente a porre l'attenzione sugli usi generici, evasivi e dunque strumentali, dei codici di condotta²²¹. D'altra parte, è stato giustamente osservato come, il ricorso a formule evasive o

²²¹ Si tenga conto peraltro che nella versione ufficiale in lingua inglese si legge che l'impegno oltre ad essere "*firm and capable to be verified*", non può essere meramente "*aspirational*", legato cioè appunto ad aspirazioni e ad un generico "credo di responsabilità sociale".

aspirazionali nei codici di condotta, consentirebbe al professionista di mettersi al riparo dal rischio di applicazione della norma *de qua* e finirebbe quindi con il favorire l'elusione del divieto²²².

Accanto agli usi ingannevoli del codice, vi sono poi le due fattispecie tipiche considerate "in ogni caso ingannevoli": i) *l'affermazione, non rispondente al da parte di un professionista, di essere firmatario di un codice di condotta* (art. 23 comma 1 lett. a); ii) *l'asserire, contrariamente al vero, che un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura*' (art. 23 comma 1 lett. c). Tali ultime due previsioni sono certamente importanti in un'ottica di applicazione del divieto in quanto introducono una presunzione sul ricorrere dei presupposti applicativi che la Direttiva (e, come si vedrà, il Codice del consumo) richiede invece negli altri casi di uso ingannevole del codice. Fondamentale e innovativa, quindi, ai fini del controllo e dell'effettiva applicazione delle norme autodisciplinari, è, l'introduzione della figura del "responsabile del codice", definito come "*qualsiasi soggetto, compresi un professionista o un gruppo di professionisti, responsabile della formulazione o revisione di un codice di condotta e/o del controllo del rispetto del codice da parte di coloro che si sono impegnati a rispettarlo*" (art. 18 lett. g cod. cons.). Sulla figura del responsabile del codice, è stato correttamente osservato in dottrina²²³, che chiare sono le analogie con il Giurì della pubblicità incaricato della applicazione e del controllo sulle norme contenute nel Codice dell'autodisciplina pubblicitaria (CAP), oggi Codice della comunicazione commerciale²²⁴. Contro il responsabile del codice il quale incoraggi l'uso di codici *contra legem*, la Direttiva non esclude che gli Stati membri prevedano possibili azioni giudiziarie (art. 11 comma 1, 3 cpv lett. b). Diversamente, nel Codice del consumo, non sono previste, azioni contro i responsabili dei codici.

²²² Alcuni esempi di *mission statement* (ad es. "*cercheremo di*", "*faremo del nostro meglio per*" e simili), suscettibili di essere considerati mere aspirazioni o impegni fermi e verificabili sono riportati in FABBIO PH., *op. cit.*, p. 24

²²³ UBERTAZZI L.C. – MARCHETTI P.G. (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza, sub Commento al codice di autodisciplina della comunicazione commerciale*, Cedam 2008. p. 148.

²²⁴ Per ulteriori approfondimenti si rimanda all'ultima versione del Codice della comunicazione commerciale entrata in vigore l'11 gennaio 2011.

Il fulcro delle disposizioni riguardanti i codici di condotta e l'autodisciplina è rappresentato dagli articoli 27 *bis*, 27 *ter* e 27 *quater* del Codice del consumo.

L'art. 27 *bis* stabilisce al primo comma che *“le associazioni o le organizzazioni imprenditoriali o professionali possono adottare in relazione ad una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici, appositi codici di condotta che definiscono il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tali codici, con l'indicazione del soggetto responsabile o organismo incaricato del controllo della loro applicazione”*.

L'art. 27 *bis* prosegue nei commi successivi delineando quali devono essere le caratteristiche dei codici di condotta, introducendo alcune regole, tanto formali quanto di contenuto, la cui mancanza, peraltro, non risulta sanzionata in alcun modo (...). Sotto quest'ultimo profilo, l'unico obbligo che si prevede riguarda la protezione dei minori e la salvaguardia della dignità umana (comma 3).

Più interessanti appaiono i profili “formali” o “organizzativi”, giacchè attraverso tali previsioni il legislatore italiano si è preoccupato di garantire la fase divulgativa dei codici di condotta, e quindi la loro conoscibilità, sia da parte dei consumatori sia da parte delle categorie professionali. I codici di condotta pertanto devono essere: *i*) redatti in lingua italiana e inglese, *ii*) accessibili ai consumatori, anche per via telematica (art. 27*bis* comma 2); *iii*) comunicati agli operatori dei rispettivi settori imprenditoriali per rendere possibile l'eventuale loro adesione (art. 27 *bis* comma 4); *iv*) conservati e aggiornati ad opera del responsabile del codice che, fra le altre cose, indica chi sono i soggetti aderenti; *v*) comunicati, da parte del professionista firmatario, ai consumatori, dando evidenza dei contenuti del codice (art. 27 *bis* comma 3).

Tali regole, ispirate al principio della trasparenza e della conoscibilità, costituiscono presupposto indefettibile ai fini dell'efficace funzionamento dei codici di condotta. Non si dimentichi che il codice di condotta diviene strumento utile laddove esso sia conosciuto e adeguatamente pubblicizzato. Vale la pena quindi riflettere un istante. L'esistenza di un codice di condotta, i suoi contenuti, le imprese che vi aderiscono, costituiscono tutti elementi importanti e potenzialmente rilevanti nella scelta del consumatore, specie in un mercato

globalizzato, in cui appare importante sapere chi e che cosa c'è dietro ciò che acquistiamo. La comunicazione, da parte dell'impresa che offre un bene o un servizio sul mercato, attraverso il codice di condotta, di tali elementi, è fondamentale. In tale contesto, infatti, il fattore reputazionale diviene essenziale. I codici di condotta possono avere un qualche effetto reputazionale ed influire in una qualche modo sulle scelte dei consumatori, contribuendo, così, a garantire, fra l'altro, una naturale selezione nel mercato delle pratiche migliori, solo laddove essi siano effettivamente resi noti e comunicati ai consumatori. Ebbene, diligentemente il legislatore italiano delle pratiche commerciali scorrette si è quindi preoccupato di garantire in principio tale funzionalità dei codici di condotta. Peccato che, come vedremo, da una breve analisi empirica, sono ben pochi, a ormai 4 anni dall'entrata in vigore del decreto 146 del 2007, i codici di condotta che rispettano le regole previste a presidio della loro efficacia.

Va inoltre rilevato che nella trasposizione della Direttiva il legislatore nazionale ha...dimenticato di fare riferimento al possibile coinvolgimento dei consumatori e/o delle loro organizzazioni nella formulazione dei codici di condotta, disattendendo così un espresso invito del legislatore comunitario (si veda il Considerando n. 20 ultimo cpv. della Direttiva). Sotto questo profilo la lacuna non è banale, tenuto conto che i dati oggi ci dicono che il ricorso agli organi dell'autodisciplina è minimamente esercitato dal consumatore, il quale invece tende perlopiù a rivolgersi all'autorità statale, nella fattispecie all'Autorità garante della concorrenza e del mercato²²⁵. Il coinvolgimento dunque delle

²²⁵ Il dato è tratto dalla relazione presentata dal Prof. Barbarito in occasione del seminario di studio tenutosi presso l'Università Europea di Roma il 18 novembre del 2010 dal titolo *I dati quantitativi dell'attività delle tre istituzioni*. La relazione evidenzia in particolare come, su un periodo di riferimento che va dal 1996 al 2009, i consumatori rappresentano la categoria più numerosa di soggetti che si rivolgono all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per segnalazioni di violazioni di loro diritti. Tra il 2007 e il 2008, periodo che coincide con l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 146/2007 sulle pratiche commerciali scorrette e che recepisce la Direttiva attribuendo competenza "generale" all'AGCM nella difesa dei diritti dei consumatori connessi ad esse, il dato si impenna, passando dal 45% a quasi il 60% dei denunciatori (la statistica riguarda i soggetti denunciatori dei provvedimenti assunti dall'Autorità nel periodo di riferimento, mentre non prende in considerazione o non evidenzia quali siano i numeri in relazione ai casi di archiviazione). La ricerca mette in evidenza inoltre, come, le denunce all'AGCM abbiano anch'esse subito un'impennata dall'entrata in vigore del decreto sulle PCS o dall'anno subito precedente, passando da circa 900 a 2600, il ché ci fa intuire come la macchina

associazioni dei consumatori nella redazione dei codici di condotta sarebbe stato utile in una prospettiva di incoraggiamento del consumatore a prendere in considerazione altri mezzi di tutela messi a sua disposizione, con un utile defatigamento della macchina statale che ad oggi anche in materia di pratiche commerciali scorrette, appare piuttosto satura.

Infine, alcuna indicazione circa il ruolo per così dire “specificativo” o chiarificatore degli obblighi e dei principi contenuti nelle norme che i codici di condotta avrebbero dovuto svolgere, secondo il richiamato considerando n. 20, è prevista dall’art. 27*bis*. Una tale previsione sarebbe stata particolarmente utile considerato che la maggior parte dei codici di condotta al momento presentano forti lacune in termini di chiarezza e di precisione circa quali sono i veri obblighi che con essi l’impresa dichiara di assumere.

Proseguendo nell’analisi delle norme e tralasciando momentaneamente l’art. 27*ter* relativo all’applicazione delle norme, vediamo come all’art. 27*quater* vengano previsti “oneri informativi”, sia a carico del professionista sia dello Stato stesso, ed in particolare del Ministero dell’economia e dello sviluppo. Nel citato articolo si legge quindi che le associazioni dei professionisti, insieme con l’Autorità garante della concorrenza e del mercato, si impegnano a comunicare le decisioni assunte in base ai codici di condotta al Ministero dell’economia e dello sviluppo (art. 27*ter* 1 comma), il quale a sua volta provvederà affinché i codici di condotta (evidentemente, forniti dai professionisti) e le informazioni tutte relative alle procedure di reclamo e ricorso in essi previsti, nonché la sintesi delle decisioni assunte e comunicate ai sensi del precedente comma 1, “*siano rese disponibili sul proprio sito*”. Ebbene, già nel 2008, una ricerca condotta dal Prof. Ghezzi dell’Università Bocconi di Milano, evidenziava come, dopo un primo e breve “momento di gloria”, nel quale era dato rinvenire una pagina web nel sito del Ministero dove, così si diceva²²⁶, sarebbero state pubblicate le informazioni richieste dalla legge, i collegamenti e i riferimenti alle pratiche

amministrativa risulti indubbiamente “congestionata” e abbia bisogno di uno sfogo che l’accesso agli organi di autodisciplina mediante l’uso dei codici di condotta forse sarebbe in grado di dare.

²²⁶ Troiani U., *Codici di condotta nelle pratiche scorrette* pubblicato in *Mercato e Consumatori – Quaderno informativo del Ministero dello sviluppo economico*, Roma 2009.

commerciali sleali erano completamente spariti²²⁷. Forse la ricerca effettuata dal prof. Ghezzi era stata troppo celere rispetto alle tempistiche tutte italiane. Dopo qualche anno forse qualcosa è cambiato...E invece no. Se si accede al sito del ministero (www.sviluppoeconomico.gov) e si digita nell'area ricerca la parola "codici di condotta" o "codici di autodisciplina", nulla di utile appare. Nessun codice. Nessun riferimento ai codici di condotta di cui all'art. 27 *ter* del Codice del consumo come modificato nel 2007. Continuando nella ricerca, leggermente più fortunati si è nel caso in cui si digiti la locuzione "pratiche commerciali sleali" o "pratiche commerciali scorrette": appariranno in tale caso numerosi link, ma nessuno utile ai nostri fini. Se si considera, la *ratio* delle disposizioni, che è quella di garantire al consumatore accesso ai dati del Ministero al fine di giovare di maggiori e diverse tutele, l'efficacia delle stesse rimane paralizzata dalla loro mancata implementazione.

Ebbene, i dati che emergono sono quindi i seguenti: da un lato, il legislatore italiano ha recepito, solo in parte, correttamente le prescrizioni della Direttiva, omettendo in alcuni casi, come quelli sopra evidenziati riguardo al coinvolgimento dei consumatori e al contenuto dei codici di condotta, di tenere conto della *ratio* e del ruolo da essa attribuito ai codici di condotta che, come si è visto, era tutt'altro che secondario.

Dall'altro, per certi versi, ed in particolare con riguardo agli oneri informativi e al ruolo che dovrebbe essere svolto dagli apparati statali ai fini della divulgazione dei codici di condotta, è stato, si direbbe, "socialmente responsabile", poiché con l'art. 27*ter*, è andato persino oltre quanto richiesto dalla Direttiva, introducendo obblighi (meglio oneri) ulteriori per i professionisti, e non solo, rispetto a quanto richiesto a livello comunitario!

Ciò che emerge dunque, e che non si può fare a meno di rilevare, è che il momento dell'implementazione e dell'*enforcement* dei codici di condotta, nel ristretto ambito applicativo delle PCS, per quanto potenzialmente realizzato "sulla carta", risulta ancora del tutto da migliorare o, si spera, *in fieri*. Parrebbe doversi dire che, forse, un piccolo sforzo da parte delle autorità statali

²²⁷ GHEZZI F., *op. cit.* p.447 ss.

competenti nell'attendere gli impegni previsti in capo ad essi potrebbe portare qualche piccolo miglioramento.

3.1 (Segue) L'Autodisciplina pubblicitaria.

Ebbene come si diceva, il tema dei codici di condotta richiama inevitabilmente quello dell'autodisciplina pubblicitaria. Giustamente, è stato osservato che l'art. 27 *bis* del codice del consumo, prevede due diverse tipologie di codici di condotta, poiché distingue tra codici relativi ad una specifica categoria di pratiche commerciali e codici "settoriali" relativi ad un settore imprenditoriale specifico (ad esempio, il settore tessile, farmaceutico, edile, etc...) ²²⁸. Il primo tipo trova certamente riscontro nel codice di Autodisciplina sulla comunicazione commerciale. Non è possibile dilungarsi in questa sede, per evidenti ragioni di sintesi, sull'esperienza, del Codice di autodisciplina pubblicitaria, sulle sue previsioni e sui suoi usi, tuttavia, appare doveroso dedicare alcuni brevi cenni a quella che appare senz'altro la più compiuta ed efficiente espressione di auto-normazione finora attuata in Italia ²²⁹.

L'esperienza autodisciplinare nasce nel 1966 con il *Codice di lealtà pubblicitaria*, con il quale gli operatori del settore si proponevano un duplice obiettivo: da un lato, l'individuazione e la selezione, per così dire, di quelle prassi virtuose che si erano sedimentate e diffuse nel corso degli anni e che erano state pertanto, in qualche modo, "certificate" dal mercato, al fine di fissare degli standard di correttezza, lealtà nell'attività pubblicitarie col fine ultimo chiaramente, di ottenere degli standard uniformi di comportamento da parte di tutti gli operatori del settore; dall'altro lato e contestualmente, l'obbiettivo era anche quello di eliminare dal

²²⁸ *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza, sub* Commento al codice di autodisciplina della comunicazione commerciale, *op.cit.* p. 148.

²²⁹ In argomento si veda in particolare MELI V., *Autodisciplina pubblicitaria e legislazione statale* in *Giur. Comm.* 1995, pp. 451, ss.; AUTERI P., *Il Codice di autodisciplina pubblicitaria* in ZATTI P., a cura di, *Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore e dell'utente*, Padova 1996, 14 ss.; GRAZZINI B., *Autodisciplina pubblicitaria e ordinamento statale*, Giuffrè Editore, 2003, FUSI M., *Presto e bene (Considerazioni a margine del nuovo Regolamento sui tempi tecnici di attuazione delle decisioni autodisciplinari)*, in *Riv. Dir. Ind.* 1999, pp. 84 ss. DI CATALDO, *Natura giuridica dell'autodisciplina pubblicitaria e ambito soggettivo di applicazione del Codice di Autodisciplina*, in *Contr. e Impr.*, 1991, I, pp. 111-124.

mercato quei messaggi pubblicitari che avrebbero potuto avere effetti decettivi per il mercato stesso e per i concorrenti, anche se già allora si riconosceva l'indiretto effetto sul pubblico dei consumatori. Va detto peraltro che, stante la carenza all'epoca di una normativa *ad hoc* a tutela del mercato e del pubblico in materia pubblicitaria, il Codice assumeva una particolare importanza. Seguirono quindi numerose edizioni e revisioni, a partire dal 1975, anno in cui si passò dal *Codice di lealtà pubblicitaria* al *Codice di autodisciplina pubblicitaria*, fino a giungere all'attuale versione, la 55^a edizione, in vigore dal 23 agosto 2012 che a seguito della Direttiva, ha assunto il nome di *Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale*.

Sul codice di autodisciplina pubblicitaria (oggi comunicazione commerciale) è stato recentemente rilevato come lo stesso “*evidenzia caratteristiche in grado di mettere in crisi la ben nota distinzione dell'efficacia erga omnes e inter partes*”²³⁰. Ricordando che il Codice di autodisciplina pubblicitaria è un complesso di norme di carattere “privato”, promananti, cioè, da soggetti privati, nonostante la diffusione e la indiscussa autorevolezza che il Codice di autodisciplina avrebbe assunto negli anni, sia a livello disciplinare che giudiziario – arbitrale, è evidente come la sua efficacia, non pare possa essere assimilata *tout court* a quella di norme giuridiche, ciò almeno secondo l'opinione maggioritaria²³¹. Trattandosi di norme private, adottate su base volontaria dagli operatori del settore attraverso l'adesione, per via associativa, ovvero attraverso la stipulazione di un contratto di pubblicità contenente la clausola di accettazione, la loro efficacia non può dirsi immediatamente *erga omnes*, ma limitata solamente ai soggetti che direttamente o indirettamente vi hanno aderito. Ciò detto, tuttavia, appare doveroso segnalare un orientamento dottrinale che tende invece a riconoscere, attraverso teorie tutt'altro che peregrine, una possibile estensione dell'efficacia del codice in commento anche a soggetti che, pur non avendo aderito al Codice secondo le vie istituzionali sopra

²³⁰ STRUKUL M., *La variegata esperienza dei codici di condotta, tra diritto dei contratti e autodisciplina* in *Obbl. e Contr.* 2011, vol. 7 p. 681.

²³¹ In tema di autodisciplina pubblicitaria la letteratura è assai vasta. Per la considerazione dell'autodisciplina pubblicitaria come espressione dell'autonomia negoziale si veda Floridia, *Legge e autodisciplina in Italia*, in *Riv. Dir. Ind.* 1987, I, 2947 e Id., *Il contratto di autodisciplina dell'informazione*, in *Dir. Inf.* 1991, 489.

menzionate, risultino appartenenti al settore di mercato della pubblicità anzi della comunicazione commerciale²³².

Ebbene, già la direttiva 84/450/Cee, all'art. 5, faceva riferimento al controllo volontario sulla pubblicità ingannevole da parte di organismi autonomi e ne ammetteva il ricorso da parte dei soggetti interessati, in aggiunta alla tutela giurisdizionale o amministrativa, al fine anche di evitare un eccesso di azioni giudiziarie. Non solo, la direttiva del 1984 faceva un passo ulteriore, attribuendo agli Stati il potere di attrarre il fenomeno autodisciplinare in seno all'ambito del sistema statale di repressione della pubblicità ingannevole e di configurare il ricorso agli organi di autodisciplina come mezzo preliminare per la risoluzione delle controversie in materia di pubblicità ingannevole, riservando l'intervento degli organi dello Stato ai soli casi in cui si sia rivelato impossibile raggiungere una soluzione attraverso la via autodisciplinare (Considerando n. 10).

Appare importante sottolineare fin'ora, tuttavia, che il legislatore italiano si è limitato ad istituire un collegamento piuttosto blando fra le procedure istituite davanti agli organi autodisciplinari e all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato²³³, e ciò nonostante l'accresciuto ruolo che tali organismi hanno oramai assunto. Ed infatti, se da un lato già l'art. 8 del decreto legislativo del '92 dava attuazione al principio riconosciuto dagli organi comunitari, in forza del quale il ricorso agli organi di autodisciplina rende possibile la sospensione del giudizio innanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per un periodo non

²³² A tratti favorevole ad una lettura delle norme autodisciplinari in chiave non esclusivamente contrattuale pare essere Lipari, in *Le fonti del diritto*, pp. 169 ed in particolare anche Grazzini, *op.cit.* Si veda ancora Strukul, *op. cit.*, il quale propone un'interessante ricostruzione dell'esperienza del codice di autodisciplina pubblicitaria e soprattutto della sua qualificazione giuridica in termini non esclusivamente e necessariamente negoziali, ma forse anche normativi, tutto ciò passando attraverso un'accurata analisi delle posizioni dottrinarie aperte con riferimento agli elementi rilevanti ai fini dell'una o dell'altra teoria. Tali elementi sono rappresentati dalla clausola di adesione al codice, del provvedimento pronunciato dal Giurì e dalle sanzioni da esso comminate in sede di pronuncia. Ancora, per una ricostruzione delle posizioni dottrinarie succedutesi nel tempo con riguardo alla natura giuridica della clausola di accettazione del codice di autodisciplina pubblicitaria quale elemento essenziale ai fini della configurazione dello stesso in termini contrattuali o normativi, GRAZZINI, *op. cit.* pp. 16 -38. Fondamentale risulta poi la pronuncia del Tribunale di Milano del 22 gennaio 1976, fatta successivamente propria dal Giurì, che interpreta invece la clausola di adesione come un contratto a favore del terzo (art. 1411 cod.civ.). Di quest'idea è anche Galgano F., *Degli effetti del contratto, commento all'art. 1372 C.c.*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di Scialoja e Branca, 1993.

²³³ MELI, 1994, *op.cit.* p. 150.

superiore ai 30 giorni, detta sospensione da parte dell'Autorità resta, anche nell'attuale art. 9 del decreto legislativo n. 145/2007, assolutamente discrezionale. D'altro canto, l'eventuale sospensione e la conseguente decisione emessa da parte degli organi autodisciplinari (il Giurì della Pubblicità o altro organismo autodisciplinare) non ha carattere vincolante per l'Autorità Garante, essendo la stessa libera di riassumere (ora anche *ex officio*) il relativo procedimento, disattendendo il giudizio dell'organo autodisciplinare, posto che pare permanere un interesse pubblico da tutelare.

3.2 L'applicazione delle norme. Il nuovo regolamento AGCM sulle procedure istruttorie.

Inquadri in tali termini i codici di condotta e l'autodisciplina pubblicitaria, vediamo come gli stessi si inseriscano nell'applicazione delle norme sulle PCS. L'ultimo punto di analisi riguarda quindi quella che nel Codice del consumo viene definita, riprendendo il linguaggio del legislatore comunitario, "Applicazione" (Capo III). Vale la pena ricordare come, in relazione al controllo sulle pratiche commerciali scorrette e ferma restando l'armonizzazione massima, la Direttiva lasci ampia libertà di scelta ai governi nazionali. Ciò che interessa al legislatore comunitario è che gli stati membri predispongano "mezzi adeguati ed efficaci" al fine di combattere le pratiche commerciali scorrette (art. 11 primo comma). L'art. 11 prevede quindi che tali mezzi includano, alternativamente o cumulativamente, l'intervento dell'autorità giudiziaria o di una amministrativa. Inoltre, e questo pare un punto centrale nel rapporto tra *enforcement* pubblico e privato, la Direttiva stabilisce che spetta a ciascuno stato membro decidere se, prima del ricorso a tali autorità statali, sia opportuno prevedere il ricorso in via preliminare ad altri mezzi, compresi quelli di cui all'art. 10²³⁴ (che richiama i

²³⁴ Abbiamo visto con riguardo ai codici di condotta, che l'art. 10 della Direttiva "*non esclude il controllo esercitato dai responsabili del codice*", ribadendo la possibilità per gli stati membri di incoraggiare tale controllo, e altresì non esclude che i soggetti legittimati ad agire ai sensi del successivo articolo 11 "*possano ricorrere a tali organismi* (gli organismi di autodisciplina) *qualora sia previsto un procedimento dinanzi ad essi*".

codici di condotta), consentendo in tal modo di attribuire agli organismi volontari ed autonomi di disciplina di esperire un controllo quanto meno preventivo, anche se non esclusivo e/o preclusivo, rispetto agli altri rimedi (artt. 10 e 11)²³⁵.

Importante in tal senso il richiamo di cui al Considerando n. 20: *“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 e coinvolte nella formulazione di codici di condotta, al fine di conseguire un elevato livello di protezione dei consumatori.”*

Appare chiaro, dunque, come nell’impostazione adottata dal legislatore comunitario nella Direttiva, il ricorso ai codici di condotta e ad organismi di autodisciplina sia, non solo visto con favore, ma anche significativamente auspicato, tenuto conto della sua utilità, sotto i diversi profili su esposti, non da ultimo quello deflattivo. Il legislatore comunitario ha inteso chiaramente valorizzare il sistema di autocontrollo da parte degli organismi autodisciplinari e il ruolo da essi svolto in via preliminare, ed eventualmente alternativa, al controllo esercitato dagli organi statali, ciò peraltro precisando che lo stesso non può mai considerarsi rinuncia agli altri strumenti di tutela.

Secondo il tenore letterale della Direttiva e l’interpretazione più consona che di essa deve darsi, anche alla luce del richiamato considerando n. 20, quindi, il consumatore, a fronte di una pratica sleale, avrebbe diritto di rivolgersi

²³⁵ Sul punto la Direttiva si premura di precisare che il ricorso agli organi di cui all’art. 10 “non è mai considerato equivalente alla rinuncia agli altri strumenti del ricorso giudiziario o amministrativo” (così recita il secondo comma dell’art. 10).

indifferentemente all'autorità statale o a quella autodisciplinare, fatto salvo il suo diritto di provocare in ogni caso l'intervento degli organi statali²³⁶.

Tale tesi viene confermata inequivocabilmente dall'art. 11 della Direttiva, che al comma 1, dopo aver stabilito che gli Stati membri nel garantire mezzi adeguati di tutela possono decidere se affidare il controllo delle pratiche commerciali sleali a organi giudiziari o amministrativi, aggiunge che “*spetta a ciascuno stato membro decidere se sia opportuno che l'organo giurisdizionale o amministrativo possa esigere che si ricorra in via preliminare ad altri mezzi previsti per la risoluzione delle controversie, compresi quelli di cui all'art. 10. [...]*”. Due, in conclusione, erano le possibilità offerte dal legislatore comunitario agli stati membri in sede di recepimento della Direttiva: 1) rendere fungibili i due sistemi, statale e autodisciplinare; 2) rendere il ricorso all'organo autodisciplinare condizione di procedibilità del (eventuale, a quel punto) successivo giudizio amministrativo/giurisdizionale.

Ebbene, nessuna di queste due possibilità è stata accolta dal nostro legislatore e vedremo perché.

Vedremo infatti come il nostro legislatore, per quanto abbia diligentemente raccolto la lettera di cui alla Direttiva, non ha poi, in concreto, saputo trasporre fino in fondo gli spunti offerti a livello comunitario. E, come già era accaduto²³⁷, ha prudentemente rinunciato ad andare oltre il mero riconoscimento formale dei codici di condotta e a dare effettivo spazio applicativo all'autodisciplina. Si è persa così, si direbbe, “un'altra occasione buona”, posto che, come si è detto, non c'è altra sede, se non quella applicativa, per valutare l'effettiva utilità di uno strumento, la sua rispondenza agli obiettivi e alle funzioni che gli sono proprie e la sua possibilità di essere migliorato e perfezionato. Diremo, ahimè, che in tal

²³⁶ Floridia G., *Il coordinamento fra controllo autodisciplinare e controllo amministrativo delle pratiche sleali*, Il diritto industriale n. 2/2009, p. 175 ss.

²³⁷ Ci si riferisce a quanto accaduto con il decreto legislativo 74/92, in materia di pubblicità ingannevole, in sede di trasposizione della direttiva 84/450/Cee. Anche in quell'occasione, infatti, ad un chiaro ed ampio riconoscimento dell'autodisciplina (in tale sede ancora non compare ancora il termine proprio di codice di condotta, ma quello di “autodisciplina”), non faceva seguito un altrettanto chiaro ed ampio accoglimento in sede nazionale. In proposito ampiamente Meli V. *La repressione della pubblicità ingannevole. Commento al d. lgs. 74/1992*, Torino, 1993, pp. 148 e ss.

caso, l'occasione persa appariva particolarmente fruttifera e importante, considerata la rilevanza che il tema delle pratiche commerciali fra imprese e consumatori rivela, come si è detto, sul versante della responsabilità sociale di impresa.

Prima di affrontare quest'ultimo aspetto merita tuttavia fare almeno un cenno al nuovo regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette e clausole vessatorie, entrato in vigore il 10 settembre 2012²³⁸. Il nuovo Regolamento viene introdotto in attuazione della delega di cui alla legge n. 27/2012 (d.l. 24 gennaio 2012, n. 1) e sostituisce il “*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa*” (delibera n. 17590/2007) e il “*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette* (delibera n. 17589/2007)” e introduce le procedure in materia di tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti per adesione conclusi tra le imprese e i consumatori. Sulla necessità che il “vecchio” regolamento venisse in qualche modo rivisto e aggiornato alla luce dell'esperienza concreta di applicazione delle norme sostanziali, la dottrina si era espressa più volte e AGCM ha ritenuto quindi opportuno anche indire una consultazione pubblica prima dell'emanazione del nuovo Regolamento.

In particolare, si osservava come il Regolamento del novembre 2007 fosse carente e poco chiaro sotto diversi aspetti, fra i quali certamente quelli riguardanti i rapporti tra AGCM e parti nella fase pre istruttoria e istruttoria. Così il precedente art. 5 (Provvedimenti pre istruttori) non prevedeva che il provvedimento di chiusura del procedimento pre-istruttorio (archiviazione o non luogo a provvedere) venisse comunicato al professionista, ad eccezione del caso di archiviazione a seguito della rimozione dei profili di possibile scorrettezza (art.5.1.d). Ad oggi, l'art. 5 introduce la facoltà di AGCM di comunicare l'esito di questa prima fase anche nei rimanenti casi.

²³⁸ Approvato con delibera n. 23788/2012 (pubblicata in Boll. AGCM n. 34/2012 e in Gazzetta Ufficiale n. 200/2012).

Non è stato raccolto invece l'auspicio di evitare in questa prima fase istruttoria "pubblicità negative" verso l'impresa attraverso per esempio la pubblicazione sul sito AGCM dell'avvio della stessa (art. 6 vecchio e nuovo testo). Neppure modificato l'art. 12 (richiesta di informazioni e audizioni) laddove nel corso della consultazione pubblica era emersa l'opportunità che il professionista fosse informato di tale eventualità o quanto meno dell'esito delle richieste.

Di seguito quindi si riportano sinteticamente le principali novità introdotte dal nuovo regolamento, che, è bene ricordare, troverà applicazione non solo in materia di pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole e comparativa, come il precedente del 2007, bensì anche in materia di clausole vessatorie.

a) Tutela estesa alle microimprese.

Il Regolamento si applica anche alle microimprese, ossia "*entità, società o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione della Commissione europea 2003/361/CE del 6 maggio 2003*".

b) Presentazione degli impegni.

Come si è visto sopra, gli impegni sono misure individuate dal professionista e volte a rimuovere i profili di illegittimità della pubblicità o della pratica commerciale individuati dall'AGCM nella comunicazione di avvio del procedimento. Se gli impegni sono ritenuti idonei dall'AGCM, il procedimento si chiude, senza accertamento dell'infrazione e irrogazione della sanzione.

Il termine per la presentazione degli impegni è stato aumentato da 30 a 45 giorni decorrenti dalla ricezione della comunicazione di avvio del procedimento.

Peraltro, neppure il nuovo testo qualifica il termine di 45 giorni quale perentorio. Gli impegni devono essere presentati mediante apposito Formulario²³⁹.

- c) Nuova tutela amministrativa dei consumatori contro le clausole vessatorie.

Con l'introduzione del Regolamento 201, l'AGCM può, d'ufficio o a seguito di denuncia, avviare un'istruttoria al fine di accertare la vessatorietà delle clausole inserite in contratti conclusi tra professionisti e consumatori mediante la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari. Il provvedimento dell'AGCM che accerti la vessatorietà delle clausole esaminate è comunicato alle parti e ai soggetti eventualmente intervenuti (ad es. associazioni dei consumatori), nonché pubblicato, entro venti giorni dalla sua adozione, nel sito internet dell'AGCM e, a cura e spese del professionista, nel sito del professionista stesso e mediante qualsiasi altro mezzo ritenuto dall'AGCM opportuno e idoneo ad informare i consumatori. In caso di accertata vessatorietà, l'impresa deve adeguarsi in ragione del provvedimento adottato dall'AGCM. È fatta salva, in ogni caso, la competenza del giudice ordinario sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno.

- d) Interpello dell'AGCM.

Le imprese possono interpellare preventivamente l'AGCM in merito alla vessatorietà delle clausole che intendono inserire nei contratti da sottoporre ai consumatori. L'interpello è richiesto attraverso comunicazione in formato

²³⁹ Formulario per la presentazione degli impegni ai sensi dell'art. 27, comma 7 del Codice del Consumo e dell'art. 8, comma 7 del d.lgs. 145/2007: <http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc>. Si ricorda inoltre che con la delibera n. 23863/2012 l'AGCM ha approvato la Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-ter della l. n. 287/1990, recante le nuove regole procedurali da seguire per la presentazione di "impegni idonei a rimuovere i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria" anche in materia antitrust. Gli impegni - da presentare entro il termine di tre mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria - devono essere suscettibili di attuazione piena e tempestiva, nonché facilmente verificabili e idonei a rimuovere efficacemente i profili anticoncorrenziali individuati nel provvedimento di avvio dell'istruttoria. L'accettazione degli impegni da parte dell'AGCM, anche in questo caso, determina la chiusura del procedimento, senza accertamento dell'infrazione e irrogazione della sanzione. Nei casi in cui il comportamento restrittivo o lesivo della concorrenza appare sufficientemente grave da far ritenere appropriata l'irrogazione della sanzione, l'AGCM può decidere di non esaminare le misure proposte.

cartaceo o elettronico, utilizzando l'apposito Formulario. L'AGCM si pronuncia sull'istanza entro 120 giorni dalla data di ricezione del formulario.

In caso di informazioni inesatte, incomplete, non veritiere ovvero di estensione dell'oggetto di interpello, il termine decorre nuovamente dal ricevimento delle informazioni che integrano l'interpello o dell'istanza che ne estende l'oggetto.

Se, all'esito dell'interpello, non sia ravvisata la vessatorietà della clausola, l'AGCM può astenersi dall'adottare una risposta formale e motivata. In tal caso, decorsi 120 giorni, le clausole oggetto di esame si ritengono approvate²⁴⁰

Oltre alle modifiche riportate sopra si segnala anche: l'aumento dei giorni, da 5 a 7, per la predisposizione della difesa da parte del professionista coinvolto nell'ipotesi prevista dall'art. 8 di sospensione provvisoria della pubblicità o della pratica commerciale.

3.3 AGCM e IAP: raccordi o separatezza?

Veniamo quindi, all'ultimo punto che qui interessa riguardante i rapporti tra sistema autodisciplinare e sistema amministrativo in relazione all'applicazione delle norme sostanziali sulle pratiche commerciali scorrette.

Abbiamo visto come nella configurazione comunitaria dei rapporti fra controllo privato²⁴¹ e controllo statale, la Direttiva attribuiva grande spazio applicativo ai codici di condotta e prevedeva, altresì, una funzione deflattiva rispetto alla macchina statale – giudiziaria o amministrativa che fosse - in capo agli organi dell'autodisciplina (considerando n. 20 e artt. 10 e 11).

Va subito detto che, al momento dell'attuazione in sede nazionale del dettato comunitario, il legislatore italiano ha scelto, innanzitutto, di affidare la competenza ad applicare la disciplina sulle pratiche commerciali sleali (scorrette), in via principale, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato

²⁴⁰ Al riguardo, si rinvia all'articolo "Condizioni generali di contratto: al via il sindacato dell'AGCM sulle clausole vessatorie", *NewsLator*, Luglio 2012, pag. 8.

²⁴¹ "Il sistema autodisciplinare è espressione di un legittimo esercizio di autonomia privata. [...] Nel sistema dell'autodisciplina vi è nient'altro che un legislatore autodisciplinare" vedi Floridia G. *op. cit.* p. 176.

(art. 27 cod. cons.)²⁴², mentre ha riconosciuto ai codici di condotta e all'autodisciplina un ruolo apparentemente importante (dedicando ad essi previsioni *ad hoc* – rispettivamente l'art. 27bis e l'art. 27ter), ma, in pratica, certamente minore rispetto a quello avuto in mente dal legislatore del 2005.

Per comprendere come il ruolo dei codici di condotta sia stato sminuito in sede nostrana basta focalizzarsi sulle norme di coordinamento tra controllo amministrativo e controllo autodisciplinare.

L'art. 27ter del Codice del consumo, rubricato "Autodisciplina", al comma 1 stabilisce che i consumatori, i concorrenti, anche tramite le loro organizzazioni, possono, prima di avviare la procedura davanti all'Autorità Garante, convenire con il professionista di adire *preventivamente* il soggetto responsabile o l'organismo incaricato del controllo del codice di condotta relativo ad uno specifico settore per la risoluzione concordata della controversia volta a vietare o far cessare la continuazione della pratica commerciale scorretta. In ogni caso, prosegue il secondo comma, tale ricorso, qualunque sia l'esito della procedura, *non pregiudica* il diritto del consumatore di adire l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi del precedente articolo 27 ovvero il giudice competente. Infine, al terzo comma, stabilisce che, una volta iniziata la procedura dinnanzi all'organismo di autodisciplina, le parti possono astenersi dall'adire l'Autorità fino alla pronuncia definitiva ovvero possono chiedere all'Autorità la sospensione del procedimento eventualmente radicato dinanzi ad essa, anche da altro soggetto legittimato, fino alla pronuncia definitiva del giudizio privato e in ogni caso per un periodo non superiore ai trenta giorni. Su tale richiesta, l'Autorità decide in via del tutto discrezionale, valutate le circostanze. Vi è innanzitutto un dato da evidenziare, vale a dire: il legislatore italiano ha demandato la possibilità di ricorso preliminare davanti agli organi autodisciplinari all'accordo fra le parti (consumatore e concorrenti, da un lato, e professionista, dall'altro, o loro rispettive organizzazioni), tralasciando così

²⁴² L'ultimo comma dell'art. 27 del codice del consumo, peraltro, fa salva la competenza del giudice ordinario in determinate materie (concorrenza sleale, pubblicità comparativa, marchi, diritto d'autore, denominazioni d'origine, e altri segni distintivi di imprese, beni o servizi concorrenti).

anche solo di prendere in considerazione la possibilità offerta dalla Direttiva a ciascuno stato membro, di rendere obbligatorio il preliminare giudizio autodisciplinare e di configurarlo dunque quale condizione di procedibilità del successivo giudizio (art. 11 comma 1)²⁴³.

Con riferimento al secondo comma, la norma prende in considerazione l'ipotesi in cui entrambi i procedimenti, autodisciplinare e amministrativo, siano radicati, il che può tranquillamente avvenire, in tutte le ipotesi in cui nessun patto sia intervenuto fra le parti del giudizio autodisciplinare e poiché non vi è pregiudizialità necessaria²⁴⁴. Ebbene, in tale caso ciascuna parte del procedimento amministrativo, può chiedere la sospensione dello stesso in attesa della pronuncia dell'organo autodisciplinare. Ad una simile richiesta di parte l'Autorità non è in alcun modo vincolata, poiché come si è visto, essa decide in maniera discrezionale se accettarla o meno, evitando di interrompere in tale seconda ipotesi, il giudizio in corso. D'altra parte, è stato acutamente rilevato in proposito, che tale sospensione, qualora concessa, appare, in ogni caso, pressoché inutile, sia dal punto di vista giuridico (alla sospensione della causa normalmente si lega la pregiudizialità delle questioni), sia e soprattutto dal punto di vista pratico poiché la pronuncia emessa in sede autodisciplinare non ha alcun tipo di rilievo poi nel riassunto procedimento amministrativo²⁴⁵. Ciò è vero sulla "carta" e nei fatti dato che si rinvencono pochissimi casi in cui sia stata fatta richiesta dalle parti di sospensione.

La Direttiva inoltre, nel sottolineare il valore deflattivo potenzialmente svolto dall'autodisciplina, configurava i due procedimenti verosimilmente come

²⁴³ Sul primo comma ci sarebbe peraltro da dire che l'art. 27 ter parla di "*risoluzione concordata*" della controversia il che potrebbe fare pensare che la norma consente solo il ricorso ad organi autodisciplinari con funzione conciliativa e non giudicante. La dottrina ha messo in rilievo come una tale lettura contraddica nuovamente la *ratio* della Direttiva oltre a privare di rilievo importanti organi autodisciplinari ad oggi operanti (ad esempio lo IAP, Istituto di autodisciplina pubblicitaria) e come tale quindi vada scartata. Ubertazzi-Marchetti (a cura di), *op. cit.* p. 119.

²⁴⁴ In argomento, sulle ipotesi di raccordo previste, vedi, anche se con riferimento all'art. 8 del d.lgs. 74/92 identico tuttavia a quello in commento, Fusi M. – Testa P., *La pubblicità ingannevole*, 1993, Torino.

²⁴⁵ Riferimenti. Alcuni sostengono che in realtà la pronuncia autodisciplinare dovrebbe essere quanto meno tenuta in considerazione sotto il profilo di ciò che essa dispone (così in particolare Florida, *op. cit.*, p.180). Ma ciò è stato ampiamente smentito in sede applicativa dall'Autorità.

alternativi, sicchè l'espletamento del giudizio dinnanzi agli organi disciplinari avrebbe ben potuto rappresentare la conclusione del procedimento, laddove si fossero raggiunti gli effetti desiderati: eliminazione della pratica sleale con neutralizzazione dei suoi effetti dannosi. Sul punto, non vi è modo di pensarla altrimenti proprio alla luce dell'evidenziata *ratio* defatigante del sistema (considerate poi le condizioni del nostro sistema giudiziario, la disposizione se correttamente recepita sarebbe risultata particolarmente utile...). A pensarla diversamente, infatti, tale *ratio* viene pesantemente frustrata poiché l'effetto che si ottiene non è lo snellimento della macchina statale, bensì la duplicazione dei procedimenti, con evidente buona pace di qualsiasi sforzo deflattivo.

In conclusione, non si può negare, che la materia dell'attività commerciale delle imprese rivolta ai consumatori avrebbe potuto costituire terreno fertile per l'emergere di prassi professionali volontarie e migliorative rispetto agli obblighi di legge. Ciò resta vero anche oggi, a seguito dell'introduzione di una normativa europea, quella introdotta proprio dalla Direttiva, di armonizzazione massima, che non consente pertanto ai legislatori nazionali di discostarsi dalle previsioni della Direttiva, neppure al fine di introdurre standard di comportamento e di tutela più elevati, ma che al tempo stesso non impedisce, ed anzi incentiva, i professionisti ad incrementare la base di tutele attraverso la previsione di codici di condotta e di norme private di autodisciplina. E ciò, sia dal lato del consumatore, il quale, laddove il codice fosse adeguatamente usato, potrebbe contare su una serie di vantaggi, tra cui la possibilità di avere a disposizione uno strumento di contatto con l'impresa e di tutela certamente più rapida, tanto a livello individuale quanto collettivo, sia dal lato dell'impresa che avrebbe la possibilità di rafforzare realmente relazioni di lungo termine con i consumatori e di aumentarne così la fiducia.

La Direttiva avrebbe quindi potuto offrire un terreno di implementazione efficace. Il Codice del consumo di fatto raccoglie l'imput comunitario, ma si poi arresta. Dall'esame delle norme e dall'analisi svolta risulta che ancora c'è da lavorare: a fronte di una pratica commerciale scorretta, il riconoscimento pratico dato all'autodisciplina è estremamente blando, tanto da ridursi ad una mera

chimera o rimanere lettera morta. Sul punto la migliore dottrina ha denunciato come le norme recentemente entrate in vigore rischiano di marginalizzare e spegnere definitivamente il ruolo svolto dai sistemi autodisciplinari nel nostro paese²⁴⁶.

Si sarebbe potuto “osare di più”, insomma, in occasione del recepimento della Direttiva, nella valorizzazione dei codici di condotta e ciò senz’altro avrebbe dato al nostro paese la possibilità non solo, di offrire una maggiore tutela nei confronti dei consumatori, ma anche di porre un tassello importante in un’ottica di responsabilità sociale dell’impresa.

Vi è da pensare che i tempi non sono ancora maturi. Ma c’è un po’ da sorridere se si considera che, tanto per citarne uno, il Codice di autodisciplina pubblicitaria (oggi comunicazione commerciale), esempio nel nostro paese, ma anche in Europa, di sistema autodisciplinare assolutamente autorevole, ha da poco festeggiato il suo..45° anno di onorata ed efficiente attività.

Vale la pena da ultimo sottolineare un punto: della recente relazione annuale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato ciò che colpisce sono da un lato il calo naturale nel numero dei provvedimenti adottati; dall’altro la crescita del numero degli impegni e lo sviluppo (4%) della c.d *moral suasion*. Si tratta di quella volontaria collaborazione che le imprese, finite sotto esame dell’Autorità, ricercano al fine di evitare l’avvio di un procedimento, spesso lungo e costoso. Una sorta di “pratica positivamente chiusa in via breve” si direbbe in ambito autodisciplinare. Questi segnali confermano l’inizio di una nuova stagione nella giustizia pubblicitaria? Oppure, data la crisi economica e dei consumi, i cui effetti ricadono anche sulla pubblicità e conseguentemente sull’attività degli organismi deputati alla tutela del mercato e dei consumatori (Agcm e Iap), danno corpo alla ricerca di un nuovo settore di attività da parte dell’Autorità? È forse presto per dare una risposta. Quel che è certo è che forse sarebbe utile in questa fase, non facile per tutti, imprese e giudici della pubblicità, approfittarne per immaginare una nuova rete di collaborazione che permetta a ciascuno di dare il meglio di sé.

²⁴⁶ UBERTAZZI L.C., *Le PCS ed il futuro dell'autodisciplina*, Il dir. Ind. 2010, 4 p. 374; FLORIDIA, 2009, *op. cit.* MELI, 1992 *op. cit.*

3.4 AGCM e AGCOM. Il riparto di competenze.

Il tema del riparto di competenze attribuite ad AGCM e AGCOM nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette si è imposto nuovamente all'attenzione del giurista a seguito di alcune recenti e importanti pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Trattasi delle Sentenze 11 maggio 2012, n. 11, 12, 13, 15 e 16²⁴⁷ con cui il Consiglio di Stato è intervenuto a chiarire (nuovamente, in realtà) il tema della cosiddetta *actio finium regundorum* tra le due Autorità amministrative indipendenti, coinvolte, nei menzionati casi, in una questione concernente alcuni provvedimenti sanzionatori inflitti da AGCM e confermati dal TAR ad alcune società di telecomunicazione²⁴⁸. Come ha precisato il Consiglio di Stato in una delle citate pronunce (segnatamente la n. 13) la questione del riparto di competenze fra le due Autorità indipendenti in merito a determinate pratiche commerciali, è questione di fondamentale importanza in quanto la stessa investe il sostanziale principio del *ne bis in idem*, toccando così direttamente il principio di buon andamento di cui all'articolo 97 della Costituzione .

Ebbene, prima di analizzare in punto di diritto le citate pronunce appare utile riassumere rapidamente il quadro normativo rilevante per quanto concerne quest'ultimo aspetto di trattazione.

Si è visto sopra come l'art. 27, primo comma, del Codice del consumo ha attribuito all'AGCM una competenza generale in materia di pratiche commerciali scorrette ad

²⁴⁷ In *Federalismi*, 2012

²⁴⁸ Volendo sintetizzare le singole vicende su cui sono intervenuti i provvedimenti dell'Antitrust, impugnanti dinanzi al Giudice Amministrativo, si può osservare quanto segue: 1) nella sentenza n. 11/2012 si analizza la pratica commerciale scorretta posta in essere dagli operatori di telefonia mobile in regime di traffico prepagato in caso di mancato riconoscimento del credito residuo in favore dell'utente recedente; si affronta, inoltre, il tema dell'informativa riguardante l'esercizio del diritto di recesso che l'operatore deve fornire al cliente in sede di conclusione del contratto (analoghe questioni vengono affrontate nella sentenza n. 15/2012, con riguardo a pratiche simili intrattenute da un altro operatore di telefonia mobile); 2) nella sentenza n. 12/2012 si prende in considerazione la pratica commerciale degli operatori telefonici che comunicano ai propri clienti le variazioni unilaterali delle condizioni economiche dell'abbonamento telefonico (manovra denominata in gergo tecnico di *repricing*) tramite SMS o attraverso la divulgazione della relativa informazione su quotidiani a diffusione nazionale e sui siti Internet della società; 3) nella sentenza n. 13/2012 si affronta la questione dei contratti a distanza per servizi di comunicazione elettronica, con specifico riferimento alle pratiche commerciali di *teleselling* (la medesima questione è affrontata anche nella sentenza n. 16/2012);

inibire la continuazione degli illeciti contestati e eliminarne gli effetti prodotti. Più precisamente, l'Autorità può disporre la sospensione provvisoria delle pratiche commerciali scorrette, richiedere informazioni ai soggetti interessati e imporre al professionista la prova dei dati fattuali connessi alla pratica commerciale e infine, può applicare sanzioni amministrative, sia pecuniarie che interdittive. Il tutto agendo non solo su domanda dei soggetti interessati, ma anche, e questa è una novità importata dalla normativa in esame, d'ufficio.

Ai sensi dell'art. 27 comma 6, poi, quando la pratica deve essere diffusa anche attraverso i mezzi di comunicazione (stampa, tv, radio), AGCM è tenuta (questa l'interpretazione dominante) a richiedere il parere ad AGCOM (Autorità garante nelle comunicazioni)²⁴⁹ in merito al carattere scorretto della stessa. Oltre a queste due norme, il codice del consumo non detta altre disposizioni di raccordo tra la competenza generale di AGCM e la convergente competenza di AGCOM quale autorità amministrativa indipendente "di settore". Ciò nonostante, l'art. 19 comma 3°, stabilisce che, nel caso di contrasto, fra le disposizioni di cui al medesimo codice del consumo e le disposizioni - comunitarie e/o nazionali - che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette, prevalgono queste ultime le quali trovano applicazione, sembrerebbe, in deroga alla normativa trasversale e generale contenuta nel codice del consumo, con riferimento a tali aspetti "specifici". D'altra parte, tuttavia, dopo aver sancito tale principio di specialità la

²⁴⁹ L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è un'autorità indipendente, istituita dalla legge 249 del 31 luglio 1997. Al pari delle altre autorità previste dall'ordinamento italiano, l'Agcom risponde del proprio operato al Parlamento, che ne ha stabilito i poteri, definito lo statuto ed eletto i componenti. L'Agcom è innanzitutto un'autorità di garanzia: la legge istitutiva affida all'Autorità il duplice compito di assicurare la corretta competizione degli operatori sul mercato e di tutelare i consumi di libertà fondamentali dei cittadini. In questo senso, le garanzie riguardano: a) gli *operatori*, attraverso: l'attuazione della liberalizzazione nel settore delle telecomunicazioni, con le attività di regolamentazione e vigilanza e di risoluzione delle controversie; la razionalizzazione delle risorse nel settore dell'audiovisivo; l'applicazione della normativa antitrust nelle comunicazioni e la verifica di eventuali posizioni dominanti; la gestione del Registro Unico degli Operatori di Comunicazione; la tutela del diritto d'autore nel settore informatico ed audiovisivo e, b) gli *utenti*, attraverso: la vigilanza sulla qualità e sulle modalità di distribuzione dei servizi e dei prodotti, compresa la pubblicità; la risoluzione delle controversie tra operatori e utenti; la disciplina del servizio universale e la predisposizione di norme a salvaguardia delle categorie disagiate; la tutela del pluralismo sociale, politico ed economico nel settore della radiotelevisione. L'AGcom per le garanzie nelle comunicazioni è un'autorità "convergente". La definizione fa riferimento alla scelta del legislatore italiano di attribuire a un unico organismo funzioni di regolamentazione e vigilanza nei settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e dell'editoria.

citata norma non opera alcuna ricognizione delle disposizioni legislative speciali vigenti (es. Codice delle comunicazioni elettroniche).

Venendo alla competenza di AGCOM, per quanto concerne quest'ultima, va ricordato che alla stessa viene affidato dal legislatore il duplice compito di assicurare la corretta competizione degli operatori sul mercato nonché di tutelare gli utenti dei servizi nei settori di telecomunicazioni audiovisivi ed editoria (Codice delle Comunicazioni elettroniche attuato con decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259). Il ruolo di AGCOM è stato poi di recente ribadito con la legge Gasparri (l. n. 112/2004) che ha sottolineato che nel esercizio dei compiti ad essa attribuiti, essa assicura il rispetto e la tutela dei *diritti fondamentali dei consumatori* nei servizi di comunicazione anche televisiva. Sulla base di un tale riconoscimento quindi è dato rinvenire nel Codice delle Comunicazioni elettroniche numerosi riferimenti alla tutela del consumatore. Così per esempio, all'art. 70, viene disciplinata l'attività di stipulazione dei contratti con i fornitori di servizi telefonici; l'art. 71, che assicura ai consumatori la fruizione di informazioni trasparenti e aggiornate. Ad integrare corpus normativo rappresentato dal Codice è poi intervenuta la delibera n. 664/06/CONS di AGCOM (*“Adozione del regolamento recante disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza”*), avente portata regolatoria, che in attuazione delle disposizioni indicate (nelle premesse sono citati espressamente, tra gli altri, gli artt. 13, 70, 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche, sopra richiamati), ha declinato compiutamente gli obblighi di comportamento gravanti sugli operatori di settore nella contrattazione a distanza. A ciò si aggiunga che la stessa denominazione dell'oggetto della delibera in questione richiama espressamente la finalità di tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica. Inoltre, nelle premesse della suddetta Delibera, vengono richiamati anche gli artt. 50 e ss. del Codice del consumo, che disciplinano in via generale, a tutela del consumatore, i contratti a distanza, e viene fornita espressa giustificazione del provvedimento adottato, nel senso di soddisfare le esigenze dell'utenza, spesso costretta ad inviare segnalazioni per la fornitura di servizi e beni non richiesti mediante l'utilizzo di tecniche di comunicazione a distanza.

Alla luce di tale quadro normativo, quindi, non parrebbero potersi nutrire dubbi in merito ad una effettiva e reale competenza di AGCOM nell'ambito della tutela del consumatore, chiaramente *rationae materiae*.

Ebbene, il caso da cui prende le mosse la citata sentenza del Consiglio di Stato (la n. 13 del maggio 2012) riguarda in particolare, l'attività di cosiddetto *teleselling*, ossia di "cattura" a distanza (specialmente mediante call center) di clienti di servizi telefonici ed offerta di questi ultimi da parte degli operatori di settore. In esso l'operatore telefonico TELECOM ha denunciato l'incompetenza di Antitrust ad irrogare sanzioni a fronte del comportamento tenuto per acquisire nuova clientela e per l'offerta di servizi telefonici, con conseguente illegittimità della delibera impugnata, (con la quale veniva irrogata la sanzione pecuniaria di 215.000,00 euro). Secondo Telecom infatti competente a giudicare del caso di specie sarebbe stata per l'appunto, AGCOM in forza dei poteri, anche sanzionatori, ad essa attribuiti dalle richiamate disposizioni normative, segnatamente artt. 13, 70, 71 79 e 98 Codice comunicazioni elettroniche nonché dal relativo regolamento attuativo (delibera). Le condotte contestate nel provvedimento impugnato si riassumono infatti in fattispecie regolate da una specifica disciplina di settore di AGCOM completa e palesemente rivolta alla tutela degli utenti nei servizi oggetto di esame. Sempre secondo l'appellante, il TAR, a fronte di una disciplina speciale e di settore come quella dettata dal Codice delle comunicazioni elettroniche, non lacunosa e che persegue i medesimi obiettivi di quella generale contenuta nel Codice del consumo avrebbe dovuto, in applicazione anche del richiamato art. 19 comma 3 Cod. cons., fare applicazione di quelle norme speciale che rimettono fra l'altro la competenza a giudicare all'Autorità di settore, AGcom appunto. Nell'impugnare il provvedimento, Telecom sottolinea inoltre come il TAR non avrebbe applicato i principi elaborati dal Consiglio di Stato (Sezione I , n. 3999/2008) in una fattispecie nella quale si faceva questione proprio del rapporto tra disciplina generale contenuta nel Codice del consumo e singola disciplina di settore²⁵⁰. In quest'ultimo precedente, infatti, il Consiglio di Stato aveva affermato che principio immanente

²⁵⁰ In quel caso la materia era rappresentata dai servizi finanziari e la competenza concorrente quella della Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB).

dell'ordinamento è rappresentato dal divieto di *ne bis in idem*: non può tollerarsi, infatti, la reiterazione del medesimo intervento autoritativo di attuazione del diritto oggettivo da parte di figure pubbliche diverse. Sulla base del principio di specialità, poiché vi sarebbe sostanziale identità degli interessi che entrambe le autorità indipendenti sono chiamate a perseguire, nonché sarebbe configurabile una effettiva sovrapposizione nell'esercizio di tali competenze, avrebbe dovuto quindi prevalere la competenza di AGCOM.

La sentenza di primo grado avrebbe immotivatamente disatteso tale censura, muovendo da un erroneo presupposto, ossia che solo Antitrust sarebbe titolare della cura dell'interesse pubblico primario della tutela dei consumatori e ciò in virtù delle disposizioni in materia di pratiche scorrette di cui agli artt. 18 e segg. del Codice del consumo. Secondo AGCM infatti la disciplina di settore delle comunicazioni elettroniche avrebbe finalità di sola tutela della concorrenza e di garanzia del pluralismo informativo, e non anche di tutela del consumatore.

Ebbene, con una pronuncia estremamente chiara e lineare, il Consiglio di Stato in Adunanza plenaria ha stabilito che dall'analisi dell'assetto normativo sopra descritto, *"emerge ictu oculi che l'intenzione del legislatore (sia nazionale che comunitario, trattandosi in gran parte di norme di diretta derivazione comunitaria) è quella di ricomprendere a pieno titolo nella disciplina in esame anche la tutela del consumatore/utente, nell'ambito di una regolamentazione che dai principi scende fino al dettaglio dello specifico comportamento"*. Secondo il Consiglio di Stato inoltre la comunicazione effettuata dal Governo italiano alla Commissione Europa in ordine all'autorità nazionale preposta, nel settore delle comunicazioni elettroniche, alla tutela del consumatore, la quale, secondo il giudice amministrativo, *"denota l'esistenza di una communis opinio a livello istituzionale in ordine alla competenza di AGCOM ad occuparsi di tutela del consumatore"* e conferma quindi quanto sopra. Posto quindi che AGCOM è depositaria di una funzione di tutela del consumatore nei settori di sua competenza individuati dalla normativa richiamata, al fine di stabilire quale delle due autorità sia in concreto competente a giudicare sulle pratiche in oggetto, è necessario stabilire che tipo di rapporto esiste tra la disciplina generale di cui al Codice del consumo e quella

dettata dal Codice delle comunicazioni elettroniche. A tal fine, ricorda il Collegio, sovrante l'art. 19 comma 3 che sancisce il già richiamato principio di specialità. E poché in forza di tale principio *“non si può fare contemporanea applicazione di due differenti disposizioni normative che disciplinano la stessa fattispecie, ove una delle due disposizioni presenti tutti gli elementi dell'altra e aggiunga un ulteriore elemento di specificità (o per aggiunta o per qualificazione)”* appare evidente che in tal caso prevalgono le norme speciali di cui al Codice delle comunicazioni elettroniche e conseguentemente in tal caso va riconosciuta la competenza esclusiva dell'autorità di settore rappresentata da AGCOM: *“A conclusione delle argomentazioni esposte occorre evidenziare come la soluzione adottata appare più rispettosa del principio costituzionale del "buon andamento" dell'amministrazione, evitando quelle possibili esternalità negative. Infatti, in questo modo si evita di sottoporre gli operatori a duplici procedimenti per gli stessi fatti, con possibili conclusioni anche differenti tra le due autorità (come in pratica è avvenuto). Inoltre, si consente che si dettino indirizzi univoci al mercato, che altrimenti verrebbe a trovarsi in una situazione di possibile disorientamento, con potenziali ripercussioni sulla stessa efficienza dei servizi nei riguardi degli utenti/consumatori e sui costi che questi ultimi sono chiamati a pagare. Per non parlare, poi, della evidente violazione del principio di proporzionalità che si verrebbe a configurare nel caso di cumulo materiale delle sanzioni da parte di entrambe le autorità. 13. Discende da quanto sopra esposto che è fondata l'eccezione di incompetenza di Antitrust formulata dalla società appellante nel primo motivo di impugnazione, con conseguente obbligo di riforma della sentenza di primo grado e di annullamento del provvedimento impugnato”*.

In conclusione si afferma chiaramente che il riparto di competenza tra le varie A. I. in tema di repressione delle pratiche commerciali scorrette si risolva in base al criterio di specialità, per cui la *lex specialis derogat legi generali*.

3.5 Conclusioni: la disciplina sulle PCS tra ragioni dell'impresa e ragioni del consumo. Una sintesi possibile.

Orbene, le riflessioni sviluppate fin qui intorno alle pratiche commerciali sleali, o scorrette, che dire si voglia, consentono ora di formulare qualche breve conclusione, di carattere sistematico, sul ruolo e il significato più profondo della Direttiva e della novella del 2007 al nostro Codice del Consumo.

Ripercorriamo quindi rapidamente l'analisi svolta che, come si ricorderà, ha preso le mosse dall'esame della Direttiva 29/2005/Ce introduttiva delle norme sulle pratiche commerciali sleali. Innanzitutto, quindi si è visto come la stessa si proponga, similmente ad altri precedenti comunitari, una finalità duplice: di tipo "armonizzativo" per un verso, e di tutela del consumatore, dall'altro. Diversamente, tuttavia, da altri provvedimenti, la prima finalità è sembrata, per certi aspetti, prevalere sulla seconda, come hanno confermato alcuni elementi, fra i quali certamente meritano di essere ricordati la scelta dell'armonizzazione completa²⁵¹, la focalizzazione sulla tutela sul consumatore medio, l'introduzione di una soglia di materialità ai fini dell'applicazione del divieto, ed infine, l'indipendenza della disciplina *de qua* e del giudizio sulla slealtà della pratica commerciale rispetto alle singole vicende contrattuali che si pongono eventualmente a valle della stessa. Tali elementi, si è detto, concorrono a fare del provvedimento in esame una disciplina avente finalità regolatorie.

D'altra parte, la Direttiva si pone anche come una direttiva "*quadro*" volta, cioè ad intervenire in maniera sussidiaria e trasversale sulle fattispecie oggetto di regolamentazione. Accanto alle discipline settoriali e sub settoriali in cui si frammenta il diritto, specie comunitario, un provvedimento generale si pone come base comune della correttezza delle pratiche di mercato e quindi del mercato stesso. Rispetto all'oggetto quindi della disciplina sulle PCS, ciò che preme sottolineare è il fatto che la stessa non si occupa più delle singole operazioni economiche o

²⁵¹ Si veda la pronuncia della Corte di giustizia europea CE, 23.4.2009, C-261/07 e C-299/07 (con commento di DE CRISTOFARO reperibile su NGCC 1.11.2009, p.1059) che ha valutato come incompatibile con la Direttiva, sotto il profilo del suo carattere di norma di armonizzazione completa, la normativa nazionale (belga) che vieta in modo assoluto (nel caso di specie con una presunzione di illegittimità) e senza tenere conto delle circostanze di specie, le offerte congiunte ai consumatori, le quali, da un lato, rientrano, secondo i giudici comunitari, a pieno titolo nel novero delle pratiche commerciali di cui all'art. 2 della Direttiva, dall'altro, non sono previste invece nella cd. *black list* di cui all'allegato I della stessa e pertanto non possono essere automaticamente tacciate di illegittimità ai sensi della direttiva. Lo stesso provvedimento risulta importante ai fini della ricostruzione del giudizio di slealtà.

modalità contrattuali, ma prende in considerazione i *comportamenti commerciali* che legano il professionista al consumatore e che d'ora in poi dovranno essere ispirati, in quanto tali, (pena la loro illegittimità e inibizione) ad un generale principio di "*fair trading*". Il comportamento dell'imprenditore rileva, dunque, alla luce della nuova disciplina introdotta, laddove esso sia rivolto ad influenzare il comportamento economico di un consumatore, a prescindere e dall'esistenza di un contratto e dal suo essere riconducibile ad un atto di concorrenza sleale e/o di pubblicità ingannevole o comparativa. Esso rileva nei rapporti economici con i consumatori come pratica commerciale, non necessariamente prodromica alla conclusione di un contratto. Non ha importanza, infatti, che il comportamento economico dell'imprenditore sfoci in un contratto. Esso viene giudicato "a prescindere" da questo dato. Ciò apre il varco anche ad un'altra conclusione interessante, stavolta riguardante il ruolo e il modo di atteggiarsi del contratto alla luce della nuova normativa: in una società globalizzata dove domina l'assenza di dialogo tra le parti e dove lo scambio avviene sempre più spesso "senza un accordo" ma attraverso le comunicazioni commerciali che della parola sembrano aver preso il posto, il contratto pare perdere la sua importanza come fattispecie "in sé e per sé", e cioè come accordo tra le parti produttivo di effetti, fra le parti. Lungi dal porre l'accento sul contratto in quanto tale o sulle conseguenze dannose derivanti dal messaggio ingannevole, la disciplina sulle PCS sposta tale accento sul semplice *contatto* che si instaura fra professionista e consumatore a prescindere dall'esistenza di un *contratto*. Si passa dal contratto al contatto quindi si potrebbe dire. Il primo non pare più rappresentare il punto essenziale e centrale del rapporto fra consumatore e professionista. I rapporti economici fra imprese e consumatori non trovavano più necessariamente il loro punto nevralgico nel (la conclusione del) contratto, ma ben prima e a prescindere dall'esistenza di esso.

Ecco allora come il legislatore comunitario del 2005 attribuendo rilievo ad una fase prodromica lo fa in un'ottica non esclusivamente di tutela della singola parte, ma anche del mercato. Come si diceva il consumatore diventa espressione della domanda, una leva del mercato. Dall'altra parte, il contratto perde di nitidezza e ci di centralità in quanto fattispecie; esso si perde e si confonde nel magma della

comunicazione commerciale che è qualcosa di più complesso, meno definito. Nella disciplina sulle pratiche commerciali sleali il contratto non conta, non rileva, “non pregiudica”. La disciplina sulle pratiche commerciali sleali interviene molto prima. Ed è questa anticipazione della tutela, dal punto di vista del consumatore, che ora assume un autonomo e specifico rilievo, quello della lealtà e della correttezza dei rapporti di mercato.

Ebbene, all’inizio del discorso si era dichiarato l’intento di sondare, attraverso la prospettiva offerta dalla nuova disciplina sulle PCS, il tema dei rapporti tra autonomia privata e regolazione del mercato, fra imprese e consumatori, fra questi e istituzioni. Ciò in quanto il dato che pareva emergere, subito dopo una prima lettura delle norme, era quello di un sostanziale riassetto e riequilibrio dei rapporti fra i vari protagonisti del mercato. Tale riassetto si ricollega certamente ad un nuovo atteggiarsi del rapporto di consumo che negli ultimi anni ha risentito di dell’evoluzione tecnologica e della globalizzazione dei mercati. In tale contesto gli equilibri fra operatori del mercato erano destinati a cambiare. La Direttiva 29/2005 Ce si è fatta interprete di questo mutamento e ha introdotto un nuovo sistema di regole, sia per le imprese che per i consumatori. Questo pare interessante. Le nuove regole dettate, si badi bene, non solo a carico delle imprese ma anche dei consumatori, sono indicative di una nuovo corso, fondato, da un lato sull’innovazione della regolazione dell’attività di impresa, la quale regolazione non viene solo dall’esterno, ma anche “dall’interno” dell’impresa stessa. L’autodisciplina, i codici di condotta, l’istituto degli impegni, la diligenza professionale sono tutti sintomi di questo rinnovato approccio auto – normativo e di responsabilità (anche sociale) di impresa. Dalla prospettiva del consumatore, dall’altro verso, non si è solo voluto riconoscere nuovi diritti ma si è venuti, come si diceva poc’anzi, a codificare una tutela anticipata e integrativa che sembrerebbe avere una portata di chiusura dei diversi sistemi normativi settoriali che presidiano il rapporto di consumo.

Infine, sotto l’ultimo profilo che qui interessa, quello delle istituzioni e delle autorità poste a presidio delle nuove norme, a fronte dei rinnovati e importanti poteri di *enforcement* e di controllo riconosciuti in capo all’Autorità garante della

concorrenza e del mercato, cui è stata attribuita la competenza generale a vigilare sulla corretta applicazione delle nuove regole di mercato, sono stati rivisti sia i regolamenti attuativi, e ciò anche su impulso di associazioni private di professionisti e operatori del sistema, e sono state introdotte delle regole (si veda la *moral suasion*) che se adeguatamente utilizzate, potrebbero contribuire a formare quel circolo virtuoso di etero regolazione e auto regolazione cui, a mio parere, punta la normativa sulle PCS.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV. Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza, Giappichelli, 2005;

AA.VV., (a di DE CRISTOFARO G.), Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori - La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano, a Giappichelli, 2007;

AA.VV., (a cura di MINERVINI E. e ROSSI CARLEO L.), Le pratiche commerciali sleali - Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano, in Quaderni di Giur. Comm., Giuffrè, 2007;

AA.VV., (a di DE CRISTOFARO G.) Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano, Giappichelli, 2008;

AA.VV., (a cura di GENOVESE A.), I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette - Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE. Cedam, 2008;

AA.VV., (a cura di V.MELI - P.MARANO), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Torino, 2011;

ALPA G., *Introduzione al diritto dei consumatori*, Bari, 2006;

ALPA G., – ROSSI CARLEO L., *Commentario al Codice del Consumo*, Napoli 2005;

ALVISI C., Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali, in *Contratto e impr.*, 2008;

ALVISI C., *La 'moral suasion' dell'AGCM nel procedimento sulle pratiche commerciali sleali (nota a TAR LAZIO, 10 novembre 2010, 1443)*

AIDA 2011, vol. 20, p. 837-843;

ANGELINI, R., *Le pratiche commerciali scorrette: alcune considerazioni di sistema*, *Obbligazioni e contratti*, 2011, vol. 7, fascicolo 5, pagg. 327-335

BARTOLOMUCCI P., La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note ad una prima lettura, in *Contratti*, 2005;

BARTOLOMUCCI P., L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo. in *Rass. dir. civ.*, 2008;

CAMARDI C. Pratiche commerciali scorrette e invalidità in *Obbligazioni e contratti*, giugno 2010, p. 408.

M. CLARICH, Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette, in *Giur. comm.*, 2010, 688 ss.;

D'ALBERTI M., Poteri pubblici mercato e globalizzazione, *Il Mulino* 2008;

DE BENEDETTO M., L'autorità garante della concorrenza e del mercato : organizzazione, poteri, funzioni, *Il Mulino*, 2000;

DE CRISTOFARO G., Il regime normativo generale della pubblicità, *Studium Iuris*, 2007;

DE CRISTOFARO G., Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori: il d. lgs. N. 146 del 2007 attuativo della dir. 2005/29/CE, *Studium Iuris*, 2007;

DE CRISTOFARO G., La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali. Commento alla sentenza della Corte di Giustizia CE, sez. I, del 23 aprile 2009, cause C-261/07 e C-299/07, *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 1061 ss.

DENOZZA F., Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita. *Giur. comm.* 2009, 06, 1057.

DI NELLA L., Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali sleali aggressive, in *Contr. Impr. Eur.*, 2007;

DONA M., Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del consumo, *Utet* 2008;

FABBIO P., I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali, *Giur. comm.* 2008, 04, p. 706;

FLORIDIA G., Il coordinamento fra controllo autodisciplinare e controllo amministrativo delle pratiche sleali, in *Il dir. Ind.*, 2009;

FIorentino L. Le pratiche commerciali scorrette, in *Obbligazioni e contratti* 2011, p. 165;

FUSI, TESTA, COTTAFI, *La pubblicità ingannevole*, Milano, 1993;

FUSI M., Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolatoria in *Riv. dir. ind.*, 2009, p. 5 ss.

GAGLIARDI A., *Pratiche commerciali scorrette*, UTET, 2009;

GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, in *Contratti* 2006;

A. GENOVESE, Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti antitrust nella protezione (diretta e indiretta della libertà di scelta) del consumatore, in *AIDA*, 2008, pp. 297-303;

GHEZZI F., *Codici di condotta, autodisciplina, pratiche commerciali scorrette. Un rapporto difficile*, in *Riv. soc.*, 2011, 680.

GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, 2005;

GREAT BRITAIN. DEPT. OF TRADE AND INDUSTRY, *Implementation of the unfair commercial practices directive: consultation on the draft Consumer Protection from Unfair Trading Regulations - Department of Trade and Industry* 2007.

GRANELLI C., Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/Ce modifica il codice del consumo, in *Obbligazioni e contratti*, 2007;

GUERINONI E., *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *Contratti*, 2, 2007;

HOWELLS G.G., MICKLITZ H.W., WILHELMSSON T., *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate Publishing, Ltd., 2006;

IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma - Bari, 2003;

KEIRSBILCK B., *The new European law of unfair commercial practices and competition law*, Oxford - Hart 2011;

LEONE A., *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese. Dir. ind.*, 2008;

LEWIN B. - KIRK J. - COLTART N., Trading standards : law and practice; Scotland editor. Bristol: Jordans 2010;

LIBERTINI M., Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette, in Giur. Comm. 2009;

MARCHETTI P., UBERTAZZI C. Commentario breve al diritto della concorrenza (appendice di aggiornamento) 2009;

MELI V., La repressione della pubblicità ingannevole, 1992, Giappichelli;

MELI V., Pubblicità ingannevole, in Enc. Giur. Treccani, Roma, 2008

MINERVINI E., Dei contratti col consumatore, Torino, 2006;

MURPHY S. Taking multinational corporate codes of conduct to the next level, 2004 consultabile sul sito www.ssrn.com p. 3.

MUSU I., CIOCCA L., Economia per il diritto, 2006;

ORLANDO S., The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice, 2011, European Review of Contract Law 7(1), 25-56;

PERLINGIERI P., Il diritto dei contratti tra persona e mercato, Napoli, 2003.

PERULLI A., Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?" in Lav. e Dir, XXV, n. 1, 2011;

PIAZZA C., Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali scorrette. Tutela amministrativa e giurisdizionale, in Dir. Dell'informazione e dell'informatica 2008, 1 ss.;

S. ROSSI, Luci ed ombre dei codici etici d'impresa in Rivista di diritto societario, 2008, p. 23;

SPADA P., Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette, in Il dir. ind. 1/2011, p. 45.

UBERTAZZI L.C., Le PCS ed il futuro dell'autodisciplina, Il dir. Ind. 2010, 4 p. 374;

VALENTINI S., AA.VV., Diritto e istituzioni della regolazione, Milano, 2005.

VANZETTI A. – DI CATALDO V., Manuale di diritto industriale, Giuffrè, 2006;

VANZETTI A., Legislazione e diritto industriale in Riv. Dir. Ind. 2011, 01;

WEATHERILL S. - BERNITZ U., *The Regulation of Unfair Commercial Practices Under Ec Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, Hart Publishing, 2007;

N. ZORZI, *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Contr. e impr.*, 2010, 433 ss.;

N. ZORZI, *Il controllo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive a danno dei consumatori*, in *Contr. e impr.*, 2010, 671 ss.;

