

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELLA TUSCIA DI VITERBO

**Dipartimento di Istituzioni linguistico-letterarie, comunicazionali e storico-
giuridiche dell'Europa**

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DEI CONTRATTI PUBBLICI E
PRIVATI**

XXIV ciclo

**LE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE E L'INCIDENZA SUL
CONTRATTO**

IUS/01 Diritto Privato

Coordinatore

Chiar.mo Prof. Ferdinando Albisinni

Tutor

Chiar.mo Prof. Maurizio Benincasa

Dottorando

Alfonso Gallo Carrabba

Anno Accademico 2011/2012

Ai miei nonni

INDICE

Introduzione.....	p. 8
-------------------	------

Capitolo I

Parte I

Le origini della disciplina

1. L' <i>iter</i> normativo comunitario e il libro verde.....	p. 12
2. (segue) La proposta di direttiva.....	p. 14
3. (segue) La direttiva 2005/29/CE: struttura e finalità.....	p. 18
4. Un esempio ancora più risalente: unfair commercial practices nel diritto statunitense.....	p. 26
5. (segue) Federal Trade Commission Act: pratiche scorrette e decettive.....	p. 31
6. (segue) Il criterio generale: il così detto “approccio moralistico”.....	p. 33
7. (segue) Le nuove linee guida della Federal Trade Commission.....	p. 34
8. (segue) L'applicazione dei principi nelle decisioni della FTC e delle Corti.....	p. 38
9. La Federal Trade Commission: composizione e competenze.....	p. 45
10. La procedura seguita dalla Federal Trade Commission.....	p. 57

Parte II

Il recepimento nell'ordinamento nazionale

1. Il recepimento della Direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano.....	p. 63
2. Pratiche commerciali scorrette e Codice del consumo.....	p. 67
3. Ambito di applicazione soggettivo.....	p. 70
4. (segue) Consumatore, professionista, prodotto.....	p. 72
5. Ambito di applicazione oggettivo.....	p. 77

6.	(segue) Pratica commerciale: condotta isolata o ripetuta?	p. 82
7.	Clausola generale: due orientamenti a confronto	p. 85
8.	Pratiche commerciali ingannevoli: azioni e omissioni	p. 91
9.	(segue) L'applicazione del divieto di azioni ingannevoli	p. 97
10.	Le omissioni ingannevoli	p. 98
11.	(segue) Le pratiche commerciali in ogni caso ingannevoli	p. 100
12.	Pratiche aggressive: nozione ed elementi costitutivi	p. 126
13.	(segue) Le pratiche moleste	p. 130
14.	(segue) Le pratiche coercitive	p. 131
15.	(segue) L'indebito condizionamento	p. 132
16.	(segue) Le pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive	p. 134

Capitolo II

Parte I

I parametri di valutazione della scorrettezza

	Premessa	p. 138
1.	I parametri di valutazione delle pratiche commerciali scorrette	p. 141
2.	(segue) La diligenza del professionista	p. 143
3.	(segue) Buona fede e correttezza nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette	p. 146
4.	La diligenza professionale tra codice civile e codice del consumo	p. 151
5.	(segue) Pratiche commerciali scorrette e diligenza professionale: le valutazioni della giurisprudenza nel caso 'Portabilità dei mutui ipotecari'	p. 154
6.	L'idoneità della pratica a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore	p. 161
7.	Il consumatore medio e il superamento della concezione paternalistica	p. 164

Parte II

I poteri e il *modus operandi* dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

1.	Il consumatore tra tutela della concorrenza e codice del consumo	p. 169
2.	Il ruolo dell'Autorità in materia di pratiche commerciali scorrette	p. 173
3.	(segue) Intervento d'ufficio dell'Autorità	p. 175
4.	(segue) La <i>moral suasion</i> nella fase pre-istruttoria	p. 177
5.	(segue) L'avvio dell'istruttoria e i maggiori poteri investigativi dell'Autorità	p. 178
6.	(segue) Due ulteriori profili procedurali: accesso agli atti e tutela d'urgenza	p. 182
7.	(segue) L'istituto degli impegni nelle pratiche commerciali scorrette	p. 184
8.	(segue) Chiusura della fase istruttoria e regime sanzionatorio	p. 190
9.	Valutazioni e <i>modus operandi</i> dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato	p. 193
10.	(segue) Il caso PS 2760: analisi critica del provvedimento dell'AGCM e della sentenza del TAR Lazio	p. 194

Capitolo III

Pratiche commerciali scorrette: le conseguenze civilistiche

	Premessa	p. 218
1.	Autonomia ed eteronomia contrattuale	p. 220
2.	Il declino della volontà negoziale	p. 226
3.	L'oggettivazione dello scambio e il ruolo dell'accordo	p. 228
4.	L'art. 19, comma secondo, lett. a), Codice del consumo	p. 231
5.	Analogie e differenze con le soluzioni avanzate in materia antitrust	p. 235
6.	Analisi critica delle soluzioni proposte: la nullità	p. 240
7.	La nullità virtuale di protezione	p. 249
8.	L'annullabilità: inquadramento storico	p. 260

9.	Annulabilità e pratiche commerciali scorrette	p. 269
10.	Violazione degli obblighi di informazione e responsabilità <i>ex art.</i> 1337 c.c.	p. 275
11.	Una ipotesi di lavoro: la responsabilità extracontrattuale	p. 282
12.	Conclusioni	p. 285
Bibliografia		p. 287

“Consumers, by definition, include us all. They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost every public and private economic decision.

Two-thirds of all spending in the economy is by consumers. But they are the only. important group in the economy who are not effectively organized, whose views are often not heard [...]

If consumers are offered inferior products, if prices are exorbitant, if drugs are unsafe or worthless, if the consumer is unable to choose on an informed basis, then his dollar is wasted, his health and safety may be threatened, and the national interest suffers [...]

The federal Government - by nature the highest spokesman for all the people - has a special obligation to be alert to the consumer's needs and to advance the consumer's interests. [...]

Additional legislative and administrative action is required, however, if the federal Government is to meet its responsibility to consumers in the exercise of their rights. These rights include:

(1) The right to safety - to be protected against the marketing of goods which are hazardous to health or life;

(2) The right to be informed--to be protected against fraudulent, deceitful, or grossly misleading information, advertising, labeling, or other practices, and to be given the facts he needs to make an informed choice;

(3) The right to choose--to be assured, wherever possible, access to a variety of products and services at competitive prices;

(4) The right to be heard - to be assured that consumer interests will receive full and sympathetic consideration in the formulation of Government policy, and fair and expeditious treatment in its administrative tribunal¹ [...]”

John F. Kennedy, 1962

¹ La sensibilità verso gli interessi dei consumatori, sebbene ontologicamente connessa alle dinamiche del mercato è questione sorta alla concreta attenzione della cronaca e dei legislatori, solo intorno ai primi del novecento. E' in tale periodo, infatti, che negli Stati più avanzati, in particolare nel Nord America, si cominciano a registrare le prime iniziative del movimento che, nell'arco di mezzo secolo, si diffonderà nel nuovo e nel vecchio continente, secondo una linea direttrice non sempre omogenea, ma costante.

Sintomatico e significativo dell'interesse volto ad assicurare una scelta commerciale libera e consapevole del consumatore è il messaggio speciale del Presidente John F. Kennedy al Congresso degli Stati Uniti d'America sulla difesa degli interessi dei consumatori (15 marzo 1962).

Introduzione

In data 11 maggio 2005, il Parlamento europeo e la Commissione hanno adottato la direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali poste in essere tra imprese e consumatori nel mercato interno. La presente direttiva intende contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori mediante l'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali.

Scopo del presente lavoro vuole essere quello di indagare la disciplina in commento, avendo particolare riguardo alle disposizioni nazionali di recepimento della suddetta direttiva comunitaria, *id est* il D.Lgs., n. 146 del 2 agosto 2007.

Ove si volesse sinteticamente rievocare la recente evoluzione normativa che ha condotto all'affermazione di un diritto dei consumatori anche nel nostro Paese, sarebbe possibile configurarla come un tentativo di superamento dell'inadeguatezza della disciplina codicistica² e delle tecniche di tutela dei diritti basate sull'azione in giudizio del singolo interessato.

Il nuovo sistema, come noto, nasce a seguito dell'introduzione di alcune discipline speciali di origine comunitaria che arricchiscono il quadro di facoltà e poteri che il consumatore può esercitare nei confronti del professionista al quale vengono imposte nuove e più stringenti regole di condotta.

Si riporta di seguito una sintesi (tradotta) del messaggio del Presidente Kennedy. "[...] Per definizione siamo tutti consumatori. Questi costituiscono il gruppo economico più numeroso, influenzando ed essendo influenzati da quasi tutte le decisioni prese in campo economico, sia a livello pubblico che privato. Effettua i due terzi della spesa nazionale, ma spesso non può fare udire la sua voce.

Se al consumatore vengono offerti prodotti scadenti o a prezzi esorbitanti, se i farmaci sono pericolosi o inutili, se il consumatore non è in grado di scegliere con cognizione di causa, spreca il proprio denaro. Il tutto a discapito dell'interesse nazionale [...]. Sono necessarie nuove misure legislative e amministrative per fare in modo che il Governo Federale faccia fronte alle sue responsabilità garantendo e riconoscendo: il diritto alla salute; il diritto all'informazione, alla difesa contro le pubblicità, etichettature e altre pratiche che diffondono informazioni false, fraudolente o molto fuorvianti; il diritto a un'informazione necessaria a garantire una scelta consapevole; il diritto alla possibilità di scelta, per poter accedere a tutta una serie di beni e servizi a prezzi competitivi [...]; il diritto di partecipare alla formulazione di politiche governative e il diritto a un equo e sollecito trattamento giudiziario [...]."

² Si fa riferimento ai meccanismi di tutela previsti dal codice civile.

Il fine è quello di attribuire al consumatore e, oggi, anche alle microimprese³, una posizione giuridicamente più forte per compensare la loro intrinseca debolezza sul piano sostanziale.

Di particolare rilievo, per le implicazioni sistematiche che comporta, è la disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette che, peraltro, estende la tutela del consumatore - oltre la soglia stessa del contratto - all'intero rapporto di consumo.

Si tratta di un corpo normativo da cui trae origine un nuovo importante ambito del diritto privato, costruito intorno all'atto di consumo e alla figura del consumatore.

Il quadro di tutela si completa con il potenziamento dei rimedi di natura privatistica che vanno da forme di autodisciplina a modalità di composizione extragiudiziale delle controversie fino all'azione di classe *ex art. 140 bis* del D.Lgs. 6 settembre 2005 n. 206 ("**Codice del consumo**").

Il complesso di questa normativa, elaborata proprio per superare la constatata inadeguatezza della tutela "formale" garantita dal codice civile, determina una necessaria esigenza di adeguamento del sistema e degli stessi abiti mentali degli operatori del diritto, aprendo una serie di questioni su cui è utile soffermarsi.

Più nel dettaglio, vi è un primo problema connesso all'identificazione dei limiti della tutela garantita dagli articoli 18 ss. del Codice del consumo.

L'atto di consumo è ancora espressione della libertà di un soggetto arbitro dei propri interessi, ovvero è ormai divenuto uno schema giuridico obiettivo che deve rispondere a canoni socialmente riconosciuti e sempre oggettivamente controllabili?

Si tratta di individuare il nuovo punto di equilibrio nei rapporti tra autonomia dei privati e ordinamento.

In tale contesto e alla luce di un nuovo e attuale concetto di autonomia negoziale che "*bussa alle porte della legge*"⁴ per chiedere la regolazione necessaria a garantirle una coerente ed efficace protezione, è ragionevole ritenere che il

³ Il riferimento alle "microimprese" è stato introdotto dalla recente Legge, 24 marzo 2012, n. 27, di conversione del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, in G.U. n. 71 del 24 marzo 2012, Suppl. Ordinario n. 53. Per il testo con note, cfr. G.U. n. 79 del 3 aprile 2012, Suppl. Ordinario n. 65.

Per la definizione di "microimprese" contenuta nel nuovo testo dell'art. 18, comma primo, lett. *d-bis*, Codice del consumo, si rinvia al Cap. I, Parte II, par. 4, p. 74, del presente lavoro.

⁴ N. Irti, *Lettere bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1990, p. 73.

giudizio sulla scorrettezza di una pratica commerciale richiami la necessità di valutare la diligenza del professionista non solo in termini di perizia, accortezza, rispetto di regole tecniche e della legge, ma più specificamente con riferimento al dovere di protezione dell'interesse del consumatore che nasce all'atto del primo contatto sociale che il professionista ha con lui e permane nel corso di tutto il rapporto.

In questo nuovo quadro, occorre ricostituire un bilanciamento degli interessi e degli adeguati criteri di giudizio volti a chiarire se la normativa a tutela dei consumatori esprima un'istanza di tipo dirigista oppure si configuri come una nuova frontiera dell'affermazione della libertà dell'individuo.

Si può proporre un primo tentativo di risposta che ruota intorno alla consapevolezza e all'autonomia della scelta di consumo. Queste devono essere garantite nella loro effettività, in quanto divengono, nel quadro del mercato concorrenziale, un momento altrettanto essenziale come quello della competizione tra le imprese.

Il consumatore, infatti, potendo scegliere tra le varie offerte, induce una pressione nei confronti delle imprese che devono sforzarsi di offrire beni e servizi sempre migliori. E' necessaria, pertanto, una costante salvaguardia della libertà, della consapevolezza e della praticabilità della scelta di consumo.

E' questo, in fondo, il principio cardine di tutte le varie normative poste a tutela dei consumatori, dalla normativa in tema di vendite fuori dei locali commerciali, alle clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette. La volontà e la capacità di giudizio del consumatore devono essere protette da abusive pressioni esterne, senza però essere annullate o sostituite integralmente da determinazioni eteronome di natura amministrativa o giudiziale.

In questo contesto assume un ruolo rilevante l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito anche "**Autorità**") la quale, chiamata a vigilare anche in materia di pratiche commerciali scorrette, ha il delicato compito di rendere operativo l'insieme delle tutele previste in astratto dalla legge senza pregiudicare la libera e consapevole scelta del consumatore nonché la libertà di impresa.

Il diritto dei consumatori è, dunque, un diritto che necessariamente dovrà tenere conto delle esigenze del consumo come di quelle della produzione. Il dibattito su

questi temi e sul ruolo dell'Autorità è molto importante proprio perché si tratta di elaborare criteri di giudizio che diano risposte concrete alle istanze di protezione, senza però cadere nella negazione delle condizioni del libero mercato.

Pertanto, sarà utile chiarire il contesto normativo alla base della disciplina delle pratiche commerciali scorrette a cui seguirà un primo riscontro in ordine alle valutazioni e al *modus operandi* dell'Autorità e dei giudici amministrativi.

Seguendo tali linee programmatiche, sarà possibile individuare i punti di forza e nello stesso tempo di debolezza che potrebbero rilevare in sede di tutela civilistica delle ragioni del consumatore non trascurando il fatto che, da un lato, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette non è stata disegnata dalla direttiva 2005/29/CE in funzione della produzione di effetti inerenti ai rapporti contrattuali tra il professionista e il consumatore, dall'altro, è la prassi che impone di approfondire tale interessante profilo di indagine. Il percorso di ricerca proposto non può, dunque, che iniziare da un'analisi delle origini della normativa in commento alla quale seguirà un approfondimento: 1) dei parametri di valutazione della scorrettezza di una pratica commerciale; 2) dei poteri e del *modus operandi* dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato cui spetta il *public enforcement* nella materia in esame; 3) delle conseguenze civilistiche della condotta scorretta tenuta dal professionista, avendo particolare riguardo al modo in cui questa possa incidere sul contratto eventualmente concluso dal consumatore.

Tra gli obiettivi del presente lavoro, si inseriscono, altresì, talune necessarie considerazioni in merito alla disciplina statunitense delle *unfair commercial practices* – frutto di un periodo di ricerca che, colui che scrive, ha avuto l'onore e il piacere di svolgere negli Stati Uniti d'America presso la Fordham University School of Law (New York City).

Capitolo I

Parte I

Le origini della disciplina

1. L'iter normativo comunitario: Il Libro Verde

L'indagine intorno al delicato tema delle “pratiche commerciali scorrette” rende necessario un approfondimento delle fonti della disciplina in esame. In particolare, nel quadro generale del conseguimento di un elevato livello di protezione dei consumatori previsto dall'articolo 153 §1 Trattato CE (ora art. 169 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, di seguito anche “TFUE”) si innesta la Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali⁵. Quest'ultima costituisce il risultato di un'intensa e interessante analisi che la Commissione europea (di seguito anche “Commissione”) ha avviato in occasione del Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea⁶.

Pertanto, già dalla lettura del citato Libro Verde è possibile cogliere una chiara indicazione degli elementi che porteranno, a pochi anni di distanza, all'adozione della Direttiva sulle pratiche commerciali sleali. In particolare, attraverso l'utilizzo di questo strumento, la Commissione ha svolto una serie di considerazioni sia di carattere politico, sia economico e giuridico che hanno posto quale priorità un intervento organico che miri a contribuire in maniera decisiva alla piena armonizzazione della normativa in materia di tutela dei consumatori⁷. Nonostante l'innegabile esistenza di direttive già adottate in ordine alla suddetta

⁵ E. GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali, Prime note*, in *Contratti*, 2007, p. 173.

⁶ Commissione europea, Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione Europea, 2 ottobre 2001, COM (2001) 531 def. I libri verdi sono documenti pubblicati dalla Commissione europea attraverso cui si vuole stimolare la riflessione su un determinato tema a livello comunitario. Le parti interessate (enti ed individui) partecipano ad un processo di consultazione e di dibattito sulla base delle proposte presentate dalla Commissione. Si veda sul punto LEONELLA DI MAURO, *L'iter normativo: dal Libro Verde sulla tutela dei consumatori alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali, Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini e Liliana Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 25 ss.

⁷ Commissione europea, Libro Verde, *op. ult. cit.*, p. 2 ss. Le finalità perseguite possono essere così sintetizzate: 1) analisi dei diversi ostacoli sottesi allo sviluppo del mercato interno; 2) soluzioni alternative da adottare ai fini della realizzazione di un'organica normativa comunitaria a tutela dei consumatori; 3) necessità di migliorare la cooperazione tra le autorità pubbliche che saranno responsabili dell'attuazione pratica della normativa a protezione dei consumatori all'interno dei singoli Stati membri.

tutela⁸, il quadro complessivo di riferimento si caratterizzava per una evidente eterogeneità sia nelle formulazioni normative che negli ordinamenti applicativi determinando in tal modo sensibili distorsioni della concorrenza e ostacolando il buon funzionamento del mercato interno⁹. La precedente legislazione comunitaria in materia, infatti, non risultava preordinata a realizzare un'armonizzazione effettiva tra le differenti normative nazionali, dal momento che la stessa si limitava a dettare criteri minimi cui uniformarsi, lasciando ai singoli Stati membri la facoltà di adottare misure dirette a garantire una maggiore tutela per il consumatore.

Questa situazione e la conseguente mancanza di uniformità determinavano due conseguenze negative: da un lato, rendeva particolarmente difficile per i professionisti attivi in diversi Stati membri l'esatta conoscenza della normativa nazionale applicabile disorientandoli allo sviluppo delle loro attività oltre i confini domestici; dall'altro, il frammentario quadro normativo contribuiva a ridurre ulteriormente la fiducia dei consumatori verso gli acquisti transfrontalieri, aggiungendo alla difficoltà linguistica e alla distanza anche quella connessa all'incertezza delle norme applicabili¹⁰. La soluzione proposta dalla Commissione si orientava verso la necessità di un maggior grado di armonizzazione in tema di diritto dei consumi destinato a ricostruire un quadro legislativo omogeneo, coordinato e maggiormente fruibile da parte di tutti gli operatori¹¹.

Nel prospettare tale obiettivo, si individuavano due diversi "approcci normativi"¹²: i) l'approccio così detto specifico; ii) l'approccio misto. Il primo si basa sull'adozione di una serie di direttive aventi campi di applicazione settoriali.

⁸ Con riferimento alla disciplina comunitaria vanno ricordate: la direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, in G.U.C.E. n. L 95, 21 aprile 1993; la direttiva 2002/65/CE del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori, in G.U.C.E. n. L 271, 9 ottobre 2002.

⁹ G. DE CRISTOFORO, *La direttiva 2005/29/CE. Contenuti, rationes, caratteristiche*, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, G. De Cristofaro (a cura di), Torino, 2007.

¹⁰ S. BASTIANON, *La tutela del consumatore alla luce delle nuove norme legislative e regolamentari in materia di pratiche commerciali sleali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 7, 2008, p. 1462.

¹¹ Commissione europea, Libro Verde, cit., punto 3.1. Si riconosceva la necessità di creare un "mercato interno dei consumatori pienamente funzionante" volto a diminuire i costi per le imprese, ampliare l'offerta di prodotti e servizi per i consumatori e garantire una maggiore certezza del diritto.

¹² Commissione europea, Libro Verde, cit., p.11.

Il secondo, fondato sull'adozione di una direttiva quadro completata se necessario da direttive specifiche. La Commissione individuava rispetto a ciascuna proposta d'azione i correlativi limiti e benefici mostrando una spiccata preferenza per una direttiva quadro. Infatti, sebbene l'approccio specifico (o anche *vertical approach*) fosse una tecnica già applicata in altri settori legislativi comunitari¹³ e, dunque, in grado di garantire un più facile accordo tra gli Stati membri in sede di recepimento, ciò non sarebbe stato sufficiente al raggiungimento del prospettato coordinamento normativo in ambito europeo.

Di contro, l'impiego del differente approccio misto avrebbe consentito di impostare una disciplina generale idonea ad adattarsi a eventuali cambiamenti delle tecniche negoziali adottate dalle imprese¹⁴. La lettura delle pagine del Libro Verde rappresenta, dunque, un utile esercizio per una migliore comprensione della fisionomia dell'istituto delle pratiche commerciali sleali e del così detto "humus" della direttiva 2005/29/CE¹⁵.

2. (segue) La proposta di direttiva

La consultazione avviata dalla Commissione europea ha ottenuto rapido seguito. Trascorso appena un anno dalla pubblicazione del Libro Verde, la Commissione, in data 11 giugno 2002 adotta la comunicazione dal titolo "*Seguito dato al Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea*". In tale sede si dava atto della diffusa e convinta adesione alla necessità espressa da tutti gli interessati di un intervento che contribuisse a rendere il sistema normativo comunitario maggiormente organico e semplificato mediante una decisa preferenza verso il modello della direttiva quadro¹⁶.

¹³ Basti pensare alla direttiva 65/2002/CE relativa alla vendita a distanza dei servizi finanziari.

¹⁴ R. INCARDONA, *La direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali: Prime valutazioni*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n. 1, 2006, p. 362 ss; Commissione europea, *Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea*, cit., p. 10 ss. La difficoltà evidenziata dalla Commissione con riferimento all'approccio misto riguardava l'ampio numero di questioni di diritto sostanziale che una direttiva quadro avrebbe dovuto affrontare.

¹⁵ V. FALCE, *Appunti in tema di disciplina comunitaria sulle pratiche commerciali sleali*, in *Rivista del Diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1, 2009, p. 437 ss.

¹⁶ T. BROGGIATO, *La direttiva 2005/29 sulle pratiche commerciali sleali*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2006, 2, p. 21 ss.

In particolare, dalle osservazioni delle imprese, delle organizzazioni dei consumatori, dei governi ed organismi nazionali era emerso un generale consenso con riferimento a tre aspetti fondamentali della politica legislativa a tutela dei consumatori: i) necessità di una riforma sostanziale della normativa vigente; ii) preferenza dell'approccio misto fondato sulla direttiva quadro; iii) elaborazione da parte della Commissione di uno strumento giuridico volto alla cooperazione tra gli organismi nazionali responsabili per l'applicazione della normativa a tutela dei consumatori. Nonostante il positivo riscontro delle parti interessate, non sono mancate osservazioni critiche in merito al Libro Verde e alla successiva comunicazione della Commissione¹⁷. Basti pensare alle osservazioni presentate da Confindustria¹⁸ la quale ha condiviso gli obiettivi di semplificazione del quadro regolamentare vigente in materia consumeristica, ma ha espresso talune perplessità in merito al coordinamento di una direttiva quadro con la normativa comunitaria preesistente¹⁹.

In secondo luogo, Confindustria ha criticato l'eccessiva celerità dell'*iter* normativo seguito dalla Commissione la quale contrariamente alla prassi ha saltato la consueta fase del Libro Bianco²⁰ procedendo direttamente alla formulazione di una bozza di direttiva quadro in materia di pratiche commerciali sleali nelle transazioni commerciali.

Preso atto delle minoritarie osservazioni critiche al progetto della Commissione anche il Comitato economico e sociale esprimeva la propria adesione²¹, pur sottolineando che il Libro Verde non analizzava gli aspetti legati al diritto contrattuale e chiedendo ulteriori dettagli in merito ai meccanismi necessari atti a

¹⁷ Si fa riferimento alla Comunicazione dal titolo "Seguito dato al Libro Verde sulla Tutela dei consumatori nell'Unione europea", 11 giugno 2002

¹⁸ Osservazioni di Confindustria, Roma, 24 settembre 2002.

¹⁹ Più nel dettaglio, si fa riferimento ai seguenti atti: i) Direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità ingannevole; ii) Direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori; iii) Direttiva 97/7/CE sulla tutela dei consumatori nei contratti a distanza; iv) Direttiva 98/27/CE relativa ai provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori; v) Direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori; Regolamento CE 2006/2004 sulla cooperazione tra le Autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori.

²⁰ I Libri Bianchi pubblicati dalla Commissione sono documenti contenenti proposte di azione comunitaria in relazione a un determinato settore. Questi costituiscono il seguito normativo dei Libri Verdi, il cui scopo è invece quello di avviare un processo di consultazione a livello europeo.

²¹ Comitato economico e sociale europeo, *Parere "Sul Libro Verde della Commissione sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea"*, 20 marzo 2002.

garantire un'applicazione uniforme di un'eventuale direttiva quadro in materia di tutela dei consumatori. Successivamente, la Commissione, mediante la strategia per la politica dei consumatori 2002-2006²² tornava sulla necessità dell'adozione di un quadro comune a livello normativo in grado di garantire un'uniforme protezione dei consumatori²³. Non si trattava solo di linee programmatiche, ma di un programma ormai in fase di realizzazione. Ciò risulta chiaro anche alla luce dell'impegno finanziario stanziato dalla Comunità europea ai fini della predisposizione di un'adeguata legislazione consumeristica; 6,95 milioni di euro per il 2002 e 5,4 per il 2003²⁴.

Non a caso il passaggio successivo alle predette iniziative e all'analisi delle ulteriori osservazioni pervenute²⁵ è stato l'emanazione di una proposta di direttiva²⁶ in seguito alla quale si è avviata la prevista procedura di codecisione che ha condotto alla definitiva approvazione della direttiva 2005/29/CE²⁷. L'iniziativa normativa in esame conferma la già dichiarata preferenza per il così detto approccio misto²⁸, inserendosi nel quadro degli interventi volti a creare *ex artt. 14 e 95 Trattato CE* (ora artt. 26 e 114 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea) un mercato interno unitario sia sotto il profilo giuridico che economico²⁹.

²² Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni. Strategia della politica dei consumatori 2002-2006*, Bruxelles, 2002.

²³ A questo obiettivo si affiancava la necessità di stabilire forme di collaborazione per l'effettiva applicazione delle norme e il coinvolgimento delle organizzazioni dei consumatori nelle politiche dell'Unione europea.

²⁴ Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni. Strategia della politica dei consumatori 2002-2006*, cit., p. 12 ss.

²⁵ È utile rilevare che anche il Parlamento europeo è intervenuto nel dibattito aperto dal Libro Verde mediante due risoluzioni del 2003 con le quali ha espresso adesione alla finalità di rendere il diritto dei consumi maggiormente accessibile, fruibile ed efficace. Cfr. Risoluzioni del Parlamento europeo "Sulle prospettive della tutela giuridica dei consumatori alla luce del Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea" e "Sulle implicazioni del Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea per il futuro della politica europea dei consumatori", 13 marzo 2003.

²⁶ Commissione europea, *Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio relativa alle Pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive n. 84/450/CEE, 98/27/CE, COM (2003) 356 def.*, 18 giugno 2003.

²⁷ P. AMICO, *La Commissione europea propone di armonizzare la disciplina comunitaria in tema di pratiche commerciali sleali*, in *I contratti*, 2003, p. 957 ss.

²⁸ S veda p. 8 del presente lavoro.

²⁹ Commissione europea, *Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio relativa alle Pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno*, cit., p. 4 ss.

Alla chiarezza degli obiettivi perseguiti dalla Commissione ha fatto seguito un articolato processo di formazione del documento definitivo in linea con quanto disposto dall'art. 95 Trattato CE (ora art. 114 TFUE) secondo cui ogni testo di legge mirante ad implementare la creazione di un mercato interno unitario deve essere adottato tramite la procedura di codecisione di cui all'art. 251 Trattato CE (ora art. 294 TFUE). Nel caso di specie le istituzioni comunitarie coinvolte³⁰ prima di giungere a una versione definitiva del testo hanno emendato più volte il testo della proposta in oggetto cercando di colmare eventuali lacune normative attraverso un crescente riferimento³¹ alle circostanze materiali nelle quali viene a indentificarsi la fattispecie concreta di pratica commerciale sleale³².

Sotto tale profilo, è evidente il riferimento ad una tecnica già sperimentata da normative consolidate sul piano comunitario ed in particolare alla disciplina antitrust. Un esempio sarà utile a chiarire ulteriormente la questione.

Nelle prime versioni della proposta di direttiva si faceva riferimento all'idoneità della pratica ad alterare in misura considerevole la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole. Alla luce dei successivi emendamenti tale

³⁰ Si fa riferimento alla Commissione europea, al Parlamento europeo e al Consiglio.

³¹ Volendo ripercorrere l'iter normativo in esame è necessario partire dalla Proposta di direttiva presentata dalla Commissione il 18 giugno 2003 alla quale fa seguito il parere favorevole del Comitato economico e sociale europeo. Successivamente, il 20 aprile 2004, il Parlamento europeo adotta il proprio parere in prima lettura introducendo taluni emendamenti. Il 15 novembre 2004 il Consiglio esprime la propria posizione comune sulla proposta di direttiva e formula alcuni emendamenti. Da ultimo in data 24 febbraio 2005 il Parlamento europeo adotta il proprio parere in seconda lettura ed elabora ulteriori 19 emendamenti. In data 15 marzo 2005 si giunge secondo quanto disposto dall'art. 294, par. 2, punto c), TFUE al parere della Commissione sugli emendamenti proposti dal Parlamento europeo che delibera di accoglierli integralmente così modificando l'originaria proposta secondo quanto indicato. La raccolta completa dei documenti ora citati è disponibile al seguente indirizzo:

http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=en&DosId=197211

³² V. DE CRISTOFORO, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, La direttiva 2005/29/CE, cit., p. 28 ss.; Si vedano anche gli emendamenti proposti in seconda lettura dal Parlamento europeo rispetto alla posizione comune espressa dal Consiglio: Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori, *Raccomandazione per la seconda lettura relativa alla posizione comune del Consiglio in vista dell'adozione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno*, Bruxelles, 2005. Tra gli emendamenti proposti si segnalano: i) introduzione nel considerando 7 della previsione secondo la quale in sede di applicazione della direttiva, in particolare delle clausole generali, è opportuno tenere ampiamente conto delle circostanze del singolo caso; ii) un ulteriore emendamento proposto, modificando il Considerando n. 18 specifica la definizione di consumatore medio prevedendo che questi debba essere individuato non solo in base all'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, ma anche tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici.

espressione era stata sostituita con il concetto di “alterazione sensibile”³³ con evidente richiamo alla normativa antitrust. Basti pensare, infatti, alla fattispecie di intesa restrittiva della concorrenza e alla mancata previsione da parte dell’art. 81 del Trattato CE (ora art. 101 del TFUE) di un criterio quantitativo di valutazione della restrizione. Quest’ultima lacuna era stata colmata dalla giurisprudenza comunitaria e successivamente dalla Comunicazione *de minimis* ritenendo illecite solo le intese idonee a provocare una restrizione sensibile della concorrenza³⁴.

La stretta connessione tra disciplina della concorrenza e tutela del consumatore³⁵ sembra così riflettersi anche sul dato testuale delle norme. La prospettata connessione tra le due materie si configura come un dato positivo³⁶ in quanto consente ad una materia ancora giovane di servirsi di concetti piuttosto generali, come quello di “alterazione sensibile”, riferendosi al preciso significato che questi hanno assunto in settori normativi contigui.

Alla luce delle considerazioni sopra espresse, si comprende come lo studio dell’*iter* legislativo che ha preceduto l’entrata in vigore della direttiva 2005/29/CE rappresenti una irrinunciabile chiave di lettura per la migliore comprensione della disciplina in parola.

3. (segue) La direttiva 2005/29/CE: struttura e finalità

In data 11 maggio 2005 il Consiglio e il Parlamento europeo hanno formalmente adottato la Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno³⁷. La base giuridica della Direttiva in esame viene rispettivamente individuata negli articoli 95 e 153 del Trattato CE (ora artt. 114 e 169 TFUE) la cui lettura contribuisce a chiarire la *ratio* della disciplina in commento.

³³ Nella versione finale della direttiva 2005/29/CE si parla di “idoneità della pratica a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio.

³⁴ Corte di giustizia, caso *Völk c. Vervaecke*, in *Raccolta giurisprudenza della Corte di Giustizia*, 1969, p. 295 ss.; Sul tema si veda anche I. VAN BAELE, J. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law international, 2005, p. 73. Secondo gli A.A. “*Agreements will not be caught by the prohibition of Article 81 (1) if they do not have an appreciable effect on competition*”

³⁵ Il rapporto tra tutela della concorrenza e disciplina consumeristica sarà oggetto del cap. II, parte II, p. 169 del presente lavoro.

³⁶ V. FALCE, *Appunti in tema di disciplina comunitaria sulle pratiche commerciali sleali*, cit., p. 438 ss.

³⁷ Direttiva 2005/29/CE, in G.U.U.E. n. L 149, 11 giugno 2005.

Si tratta, infatti, di un provvedimento diretto “a contribuire al corretto funzionamento del mercato interno³⁸ e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori mediante l’armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori”³⁹.

Nei *considerando* della Direttiva le istituzioni comunitarie hanno, inoltre, ritenuto necessario evidenziare la piena compatibilità del provvedimento con i principi di sussidiarietà⁴⁰ e di proporzionalità⁴¹ di cui all’art. 5 del Trattato sull’Unione europea. In verità, come già accennato⁴², già in taluni provvedimenti comunitari anteriori alla Direttiva 2005/29/CE era possibile rinvenire norme finalizzate a disciplinare le condotte tenute dai professionisti nei confronti dei consumatori. Queste direttive erano, tuttavia, caratterizzate da un approccio verticale e come tali volte a regolamentare singole tipologie di pratiche commerciali⁴³ attinenti a speciali categorie di beni o servizi o ancora poste in essere mediante il ricorso a determinati mezzi di comunicazione⁴⁴.

³⁸ Il legislatore comunitario ribadisce l’attenzione verso un efficiente mercato comune europeo all’interno del quale è possibile individuare una molteplicità di interessi progressivamente affermatasi sin dal 18 aprile 1951 “allorquando taluni Stati (Belgio, Francia, Germania Occidentale, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi) nel sottoscrivere a Parigi il Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell’acciaio (“CECA”) assunsero un consapevole impegno di attività, esprimendo un progetto di intervento volto a realizzare una condizione di stabilità attraverso un approccio attivo di governo che il mercato per sé solo non è idoneo a garantire”. Sul punto, cfr. F. ALBISINNI, *Soggetti e oggetti della sicurezza, non solo alimentare, in Europa, prima e dopo Lisbona*, in *Riv. di diritto agrario*, 4, 2010, p. 614.

³⁹ Cfr. Direttiva 2005/29/CE, cit., art. 1; La Direttiva può essere altresì ricondotta all’art. 14, paragrafo 2, del Trattato CE secondo il quale “il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci e dei servizi, nonché la libertà di stabilimento”. Lo sviluppo di pratiche commerciali leali all’interno dello spazio senza frontiere interne è, dunque, essenziale per la promozione delle attività transfrontaliere (*considerando* n. 3).

⁴⁰ Cfr. Direttiva 2005/29/CE, *considerando* n. 23. “La Comunità può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall’art. 5 del Trattato CE qualora gli scopi della Direttiva non possano essere realizzati in misura sufficiente dagli Stati membri e possano essere meglio realizzati a livello comunitario”.

⁴¹ Nel medesimo *considerando* n. 23 si afferma che la Direttiva “si limita a quanto è necessario per eliminare gli ostacoli al funzionamento del mercato interno e conseguire un elevato livello comune di tutela dei consumatori in ottemperanza al principio di proporzionalità”.

⁴² Cfr. paragrafo 1 del presente lavoro.

⁴³ Cfr. Direttiva 98/6/CE, 16 febbraio 1998, relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori, in *G.U.C.E.* n. L 136 del 30 aprile 2004.

⁴⁴ Cfr. Direttiva 89/552/CEE, 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l’esercizio delle attività televisive, in *G.U.C.E.* n. L 298 del 17 ottobre 1989, come modificata dalla direttiva 97/36/CE, in *G.U.C.E.* n. L 202 del 30 luglio 1997.

Diversa è invece la natura della Direttiva 2005/29/CE, la quale con un approccio tipicamente orizzontale non si limita a dettare criteri minimi cui uniformarsi, ma si propone di regolamentare “tutte le pratiche commerciali sleali nei rapporti tra professionista e consumatore quali che ne siano le caratteristiche”⁴⁵. Si tratta, pertanto, di una Direttiva “quadro”⁴⁶ orientata a perseguire una così detta “*Target full armonization*”⁴⁷ in virtù della quale non è consentito agli Stati membri adottare previsioni di attuazione che si discostino dal suo contenuto, non solo, come prevedibile, in termini di minore tutela per il consumatore, ma anche attraverso condotte maggiormente restrittive per le imprese⁴⁸.

L’ambizioso obiettivo del legislatore comunitario⁴⁹ non trova però una esplicita statuizione che espressamente riconosca alla direttiva 2005/29/CE la natura di provvedimento di armonizzazione completa. Ciò nonostante, anche alla luce delle considerazioni di seguito espresse non sussistono elementi sufficienti per negarle tale natura⁵⁰. In primo luogo, non è dato rilevare nel testo normativo la disposizione, presente nelle direttive sino ad allora adottate in materia di tutela degli interessi economici dei consumatori⁵¹ che in un ottica di armonizzazione minima e di approccio verticale autorizza gli Stati membri ad introdurre o mantenere in vigore, nel settore disciplinato dalla direttiva, disposizioni più rigorose dirette a garantire ai consumatori un livello di tutela più elevato rispetto a quello garantito dalla direttiva medesima.

⁴⁵ G. De Cristofaro, Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il D.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/CE, in *Studium iuris*, 11, 2007, p. 1182.

⁴⁶ Cfr. Relazione illustrativa della Proposta della Commissione, nn. 44 e 45.

⁴⁷ T. BROGGIATO, *La direttiva n. 2005/29 sulle pratiche commerciali sleali*, cit., p. 23.

⁴⁸ F. SEBASTIO, *I consumatori di fronte alle pratiche commerciali sleali delle imprese*, in *Disciplina del Commercio e dei Servizi*, 1, 2007, p. 38 ss.; C. GRANELLI, *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 p. 777. L’Autore ricorda che il legislatore nazionale non avrebbe potuto discostarsi dalle statuizioni della Direttiva né per abbassare, ma neppure per innalzare la soglia di tutela riservata ai consumatori.

⁴⁹ Tale orientamento è stato, peraltro, confermato dalla Corte di Giustizia con sentenza del 23 aprile 2009, cause riunite C-261/07 e C-299/07, *VTB-VAB NV / Total Belgium NV e Galatea BVBA / Sagoma Magazines Belgium NV*. Secondo la Corte “gli Stati membri non possono adottare misure più restrittive di quelle definite dalla direttiva sulle pratiche commerciali sleali, nemmeno per garantire un più elevato livello di tutela dei consumatori”.

⁵⁰ A. SACCO GINEVRI, *La direttiva 2005/29/CE e la disciplina della Concorrenza*, in *Le pratiche commerciali sleali, direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini, L. Rossi Carleo, p. 85 ss.

⁵¹ Dal novero dei richiamati provvedimenti comunitari va esclusa la direttiva 2002/65/CE relativa alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari.

A ciò si aggiunga che l'art. 4 della direttiva vieta espressamente agli Stati membri l'introduzione o il mantenimento di regole che limitano la libertà di prestazione dei servizi o la libera circolazione delle merci per ragioni afferenti al settore armonizzato dalla presente direttiva⁵². La norma appena richiamata rubricata, "Mercato interno", è stata oggetto di un'attenta riflessione che ha condotto il legislatore comunitario a modificarne il testo originariamente contenuto nella Proposta di direttiva, ove si leggeva al paragrafo n. 47: "la convergenza prodotta dalla proposta di direttiva crea le condizioni per introdurre il principio del mutuo riconoscimento delle norme in materia di pratiche commerciali sleali".

A norma del paragrafo n. 47 della Proposta di Direttiva, i professionisti erano tenuti a rispettare le leggi dello Stato membro di stabilimento. In altri termini, la clausola del mercato interno introducendo il principio del mutuo riconoscimento comportava, da un lato, il rispetto da parte dei professionisti, delle sole norme del "paese di origine"⁵³ indipendentemente dal fatto che le stesse fossero rivolte ai consumatori residenti in quel territorio; dall'altro, impediva che altri Stati della Comunità europea prevedessero ulteriori obblighi in capo ai professionisti.

Come chiarito dalla Commissione nella citata Proposta di Direttiva, ciò era necessario al fine di garantire anche agli operatori commerciali una maggiore certezza del diritto applicabile al commercio transfrontaliero incentivandone le attività *cross-border*⁵⁴.

Nonostante il meritevole obiettivo, la descritta formula dell'art. 4 della Proposta di direttiva è stata abbandonata nel corso dei lavori preparatori⁵⁵ nel timore che il suo mantenimento potesse: i) condurre a una sorta di corsa al ribasso da parte dei

⁵² Cfr. altresì *Relazione illustrativa della Proposta di direttiva relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno*, cit., p. 9.

⁵³ Commissione europea, *Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio relativa alle Pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno*, cit., p. 10 ss. Con l'indicazione paese di origine si fa riferimento allo Stato membro in cui il professionista ha la sua sede legale.

⁵⁴ Di diverso avviso è ELENA BIGI, *Osservatorio comunitario*, in *i Contratti*, n. 7, 2005, p. 728 ss. Secondo l'A., l'obiettivo di armonizzazione massima ha reso "non giuridicamente necessario" il riferimento al principio del mutuo riconoscimento oggetto della Proposta di direttiva. Non a caso il testo dell'attuale art. 4 della Direttiva (così detta clausola di mercato interno) non riprende il contenuto del citato principio limitandosi a disporre "che gli Stati membri non limitano la libera prestazione dei servizi né la libera circolazione delle merci per ragioni afferenti al settore armonizzato dalla presente direttiva".

⁵⁵ Cfr. sul punto la Posizione comune del Consiglio del 15 novembre 2004 inviata al Parlamento in data 16 novembre 2004.

legislatori nazionali in sede di definizione dei contenuti delle normative di recepimento; 2) rappresentare un incentivo per le imprese a stabilirsi nei Paesi della Comunità europea che si fossero dotati delle legislazioni attuative meno restrittive con conseguente pregiudizio dell'effettiva tutela del consumatore, nonché degli obiettivi di armonizzazione dichiaratamente perseguiti dal legislatore comunitario.

La tesi dell'armonizzazione massima sembrerebbe, altresì, suffragata dall'art. 3, paragrafi 5 e 6 con i quali la Direttiva pur riconoscendo agli Stati membri della Comunità europea di continuare ad applicare fino al 12 giugno 2013 disposizioni più dettagliate o vincolanti di quelle previste dalla presente Direttiva nel settore da questa armonizzato, limita tale facoltà all'ipotesi in cui tali misure: i) siano state introdotte in attuazione di direttive contenenti clausole minime di armonizzazione ii) siano essenziali al fine di assicurare un'adeguata protezione dei consumatori da pratiche commerciali sleali; iii) siano proporzionate al raggiungimento di tale obiettivo⁵⁶.

Come si evince dal testo dell'art. 5 della Direttiva i requisiti appena richiamati devono sussistere congiuntamente⁵⁷, pertanto, se ne ricava, a contrario che in mancanza anche di uno solo di essi la conservazione di disposizioni nazionali divergenti rispetto a quanto stabilito dalla direttiva 2005/29/CE deve ritenersi da subito interdetta ancorchè si tratti di disposizioni suscettibili di assicurare un più elevato livello di tutela dei consumatori.

Come chiarito dal *considerando* n. 12 della Direttiva, si tratta di un'armonizzazione volta ad assicurare un notevole rafforzamento della certezza del diritto sia per i consumatori che per le imprese, potendo contare entrambi su un unico quadro normativo fondato su nozioni giuridiche chiaramente definite che disciplinano tutti gli aspetti inerenti alle pratiche commerciali sleali nell'Unione europea. In tal modo sarà più agevole eliminare gli ostacoli derivanti dalla frammentazione delle norme sulle pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori e favorire la realizzazione del mercato interno in questo settore.

⁵⁶ Cfr, Direttiva 2005/29/CE, cit., art. 5.

⁵⁷ Cfr. sul punto H. COLLINS, *The Unfair Commercial Practices Directive*, in *European Review of Contract Law*, 2005, 420 ss.

Tenuto conto della dichiarata natura completa dell'armonizzazione perseguita dal Legislatore comunitario i singoli Stati chiamati al recepimento avrebbero dovuto, per un verso, attenersi rigorosamente al dettato della direttiva, limitandosi a riprodurre i contenuti senza apportarvi alterazioni sostanziali ed esercitando i margini di discrezionalità previsti dalla stessa.; per altro verso, provvedere all'eliminazione di tutte le disposizioni di diritto interno recanti precetti in tutto o in parte contrastanti con quelli dettati dalla Direttiva in esame. A ben vedere, le cose sono andate diversamente. Alla chiarezza della *ratio legis* sottesa all'armonizzazione non ha fatto seguito un risultato univoco sotto il profilo applicativo delle norme in commento⁵⁸.

Diversi e rilevanti sono, infatti, gli ambiti con riferimento ai quali gli Stati membri hanno la possibilità di discostarsi dal regime normativo previsto dalla Direttiva. Basti pensare alla citata possibilità di mantenere *ex art. 3, comma 5* della Direttiva, disposizioni nazionali "più dettagliate o vincolanti di quelle previste dalla stessa"⁵⁹.

E' utile, inoltre, ricordare che al *considerando* n. 9 il legislatore comunitario prevede una specifica esenzione dall'obbligo di armonizzazione massima, per le pratiche aventi ad oggetto taluni beni che possano incidere ad esempio sulla tutela della salute e della sicurezza dei consumatori⁶⁰. Con riferimento ai servizi finanziari è disposto che la Direttiva "non pregiudichi il diritto degli Stati membri di andare al di là delle sue disposizioni al fine di tutelare gli interessi economici dei consumatori"⁶¹. In questo ambito, dunque, i legislatori sono ammessi ad intervenire innalzando il livello di protezione dell'investitore la cui tutela è in ogni caso garantita dal contenuto minimo del testo comunitario.

Un'ulteriore limitazione all'obiettivo di armonizzazione completa della disciplina in materia di pratiche commerciali sleali è disposta dal *considerando* n. 7 il quale

⁵⁸ G. DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contratto e Impresa/Europa*, p. 3 ss.

⁵⁹ Direttiva n. 2005/29/CE, cit., art. 3, paragrafo 5.

⁶⁰ Per una migliore chiarezza espositiva si richiama il testo del *considerando* n. 9 il quale riconosce agli Stati membri la possibilità di mantenere o introdurre limitazioni o divieti in materia di pratiche commerciali, motivati dalla tutela della salute e della sicurezza dei consumatori nel loro territorio ovunque sia stabilito il professionista (alcol, tabacchi o prodotti farmaceutici). Quanto ai servizi finanziari e ai beni immobili occorrono, tenuto conto della loro complessità e dei gravi rischi inerenti, obblighi particolareggiati.

⁶¹ Direttiva 2005/29/CE, cit., *considerando* n. 9

precisa che le prescrizioni contenute nella Direttiva trovano applicazione con riguardo alle condotte commerciali realizzate al precipuo scopo di influenzare le decisioni dei consumatori. Restano escluse tutte quelle pratiche poste in essere per altre finalità tra cui le comunicazioni realizzate dagli intermediari finanziari in conformità a precisi obblighi di legge⁶². Infine, gli Stati chiamati al recepimento della normativa in esame vengono autorizzati a continuare a stabilire che determinate pratiche commerciali ancorchè inidonee a limitare la libertà di scelta del consumatore siano vietate per ragioni di buon gusto e decenza o per motivi culturali valevoli nei loro territori purchè le relative disposizioni nazionali siano conformi alla disciplina comunitaria⁶³.

Guardando poi alla struttura e ai contenuti della Direttiva, ci si accorge come questa si articoli essenzialmente in due parti⁶⁴. La prima parte (artt. 2-13) contiene una generale regolamentazione dell'istituto⁶⁵ da cui si evince l'intenzione del legislatore comunitario di disciplinare "l'atto di consumo nel suo aspetto dinamico"⁶⁶, dunque, prestando attenzione già al momento in cui il professionista prende contatto con il consumatore per sollecitare il suo interesse verso una determinata scelta economica.

La seconda parte contiene una serie di modifiche alle preesistenti direttive in tema di pubblicità ingannevole e comparativa, di contratti a distanza e commercializzazione a distanza di servizi finanziari, di provvedimenti inibitori collettivi e al regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori⁶⁷. Le fattispecie interessate dalla disciplina sono tutte e soltanto quelle suscettibili di

⁶² Il *considerando* n. 7 fa riferimento alle "comunicazioni commerciali rivolte agli investitori, come le relazioni annuali e le pubblicazioni promozionali delle aziende".

⁶³ Direttiva 2005/29/CE, *considerando* n. 7.

⁶⁴ G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il D.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/CE*, in *Studium iuris*, 11, 2007, p. 1182 ss.

⁶⁵ Si fa riferimento alle pratiche commerciali scorrette.

⁶⁶ P. BARTOLOMUCCI, *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura*, in *i Contratti*, n. 10, p. 954 ss.

⁶⁷ Segnatamente la direttiva 84/450/CEE del 10 settembre 1984, in G.U.C.E. L250 del 19 settembre 1984, p. 17, così come modificata dalla direttiva 97/55/CE del 6 ottobre 1997 in G.U.C.E. L 290 del 23 ottobre 1997, p. 17; la direttiva 97/7/CE del 20 maggio 1997, in G.U.C.E. L 144 del 4 giugno 1997, p. 19; la direttiva 2002/65/CE del 23 settembre 2002, in G.U.C.E. L 271 del 9 ottobre 2002, p. 16; la direttiva 98/27/CE del 19 maggio 1998, in G.U.C.E. L 166 dell'11 giugno 1998, p. 51; Regolamento CE 2006/2004 del 27 ottobre 2004, sulla cooperazione tra le Autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori ("Regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori") in G.U.U.E. L. 364 del 9 dicembre 2004, p. 1.

essere ricomprese nell'ampia nozione di pratiche commerciali tra imprese e consumatori di cui all'art. 5 della Direttiva.

In primo luogo, il testo normativo⁶⁸ pone a carico del professionista il divieto di porre in essere pratiche commerciali sleali dettando i criteri (generali) in applicazione dei quali una pratica commerciale lesiva degli interessi economici dei consumatori deve essere giudicata sleale.

Il legislatore ha ritenuto opportuno non imporre ai professionisti che operano all'interno della Comunità europea obblighi di contenuto positivo limitandosi per contro a porre a loro carico il divieto (art. 5, § 1) di ricorrere a pratiche commerciali sleali⁶⁹. L'opportunità di questa scelta, peraltro, opposta alla diversa soluzione paventata sin dal Libro Verde nel quale vi era traccia della possibile introduzione di un principio generale di correttezza nell'esercizio delle pratiche commerciali, è stata generalmente condivisa nel corso dei lavori preparatori⁷⁰.

In altri termini, appare certamente più agevole per l'interprete valutare quando un professionista abbia posto in essere una condotta, ovvero abbia omesso di compiere qualcosa di dovuto, in violazione di un divieto generale, piuttosto che dover stabilire caso per caso se un determinato comportamento debba essere considerato corretto in quanto conforme a una clausola generale di lealtà nella prassi commerciale.

In proposito, richiamando la disciplina comunitaria, l'art. 5, paragrafo 2 della Direttiva, definisce sleale “una pratica commerciale contraria alle norme di diligenza professionale e idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori”.

Riservandoci di approfondire il tema nei successivi paragrafi, merita sin d'ora segnalare che la qualificazione della pratica commerciale come sleale postula l'accertamento della sussistenza, nel caso concreto, di entrambi gli elementi sopra

⁶⁸ Cfr. art. 5 della Direttiva 2005/29/CE.

⁶⁹ ELENA BIGI, *Osservatorio comunitario*, cit., 728. L'A. riprendendo il testo della Relazione alla Proposta di direttiva, cit., paragrafo 30 chiarisce che “una maggiore certezza del diritto può essere conseguita definendo ciò che è sleale piuttosto che ciò che è leale”

⁷⁰ Cfr. Relazione alla Proposta di direttiva presentata dalla Commissione europea il 18 giugno 2003, cit., paragrafo 30.

descritti: la contrarietà della pratica alle norme di diligenza professionale e la contestuale idoneità a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio. Sulla base del citato contenuto della clausola generale, la Direttiva 2005/29/CE procede a definire il complesso sistema di valutazione del carattere sleale di una pratica attraverso la previsione di due categorie speciali, le pratiche ingannevoli⁷¹ e quelle aggressive⁷² nonché tramite l'analitica e puntuale individuazione di singole fattispecie concrete inserite nella *black list* di "pratiche commerciali considerate in ogni caso sleali" di cui all'Allegato I della medesima Direttiva.

Posti questi preliminari e necessari cenni relativi all'argomento in oggetto, occorre ora addentrarsi nell'indagine muovendo da un diverso riferimento normativo, il D.lgs. n. 146/2007 che ha introdotto nell'ordinamento nazionale la disciplina in commento. Nel corso di tale approfondimento si cercherà, inoltre, di dare evidenza delle divergenze riscontrabili tra i due testi citati e delle potenziali ripercussioni sull'applicazione della disciplina nazionale il cui studio è strumentale all'esame delle conseguenze civilistiche delle pratiche commerciali scorrette⁷³.

4. Un esempio ancora più risalente: unfair commercial practices nel diritto statunitense

Taluni autori⁷⁴ definiscono la legge istitutiva della Federal Trade Commission come "la madre delle legislazioni in materia di pratiche commerciali scorrette" a cui successivamente si ispirarono gli Stati membri per la definizione delle rispettive e necessarie discipline nazionali in materia di tutela del consumatore.

La stessa Federal Trade Commission (di seguito anche "FTC") ha dichiarato che "la garanzia di un'adeguata tutela dei consumatori era un obiettivo ambizioso, ma nello stesso tempo difficile da raggiungere con il solo impegno dell'Agenzia situata sulla Pennsylvania avenue".

⁷¹ Nel concetto di pratiche commerciali ingannevoli rientrano rispettivamente: i) le azioni ingannevoli (art. 6 della Direttiva) e ii) le omissioni ingannevoli (art. 7 della Direttiva).

⁷² Per la nozione di pratica commerciale aggressiva cfr. art. 8 della Direttiva.

⁷³ Il termine "pratiche commerciali scorrette" è stato previsto dal legislatore italiano in sede di recepimento della Direttiva 2005/29/CE.

⁷⁴ M. M. GREENFIELD, *Consumer Law*, Little, Brown & Company, p. 59 ss.

Rinviando ai paragrafi seguenti l'analisi dei poteri e delle valutazioni della FTC in materia di *unfair commercial practices* è opportuno ora soffermarsi sulle vicende sociali e giuridiche che hanno favorito il consolidarsi della disciplina consumeristica⁷⁵ negli Stati Uniti e la conseguente competenza della FTC. Quest'ultima fu istituita nel 1914 come Autorità di vigilanza e regolazione contro gli "unfair methods of competition". La *ratio* del limitato compito della Federal Trade Commission si evince dalla lettura dei primi provvedimenti della FTC nei quali le condotte ingannevoli per i consumatori venivano ricomprese nella categoria dei "metodi di concorrenza sleale".

Tale restrittiva interpretazione trovava conferma nelle prime pronunce della stessa Corte Suprema degli Stati Uniti d'America la quale limitava al profilo antitrust le "unfair practices" disciplinate dalla Section 5 del Federal Trade Commission Act⁷⁶. Nonostante l'iniziale applicazione della disciplina in commento fosse orientata sotto il profilo antitrust, la giurisprudenza non si è mostrata indifferente a una più approfondita indagine del concetto di scorrettezza ("*unfairness*") mostrando una sempre maggiore esigenza di revisione dell'ambito di applicazione di quest'ultimo⁷⁷.

L'*overruled* della Corte Suprema nel caso *FTC v. Raladam Co.* segnò la svolta necessaria a legittimare un autonomo ruolo del diritto dei consumatori nella Section 5 del FTC Act. La previsione di "fattori non concorrenziali nell'analisi del complesso concetto di scorrettezza fu ratificato" nel 1938 in seguito

⁷⁵ Il *consumerism*, tale è il nome del movimento di protezione del consumatore, ebbe origine intorno al 1930 negli Stati Uniti, grazie alla fondazione di un'organizzazione conosciuta come "Consumer Union", fondata da dipendenti dell'American Bureau of Standard, i quali ritennero opportuno e quanto mai conveniente, che la popolazione Americana conoscesse l'esito di appositi test comparativi che il Governo eseguiva su di una gamma di prodotti di futura acquisizione. L'Unione, perciò, ritenne opportuno eseguire in proprio test comparativi del tipo anzidetto e pubblicarne gli esiti, a uso dei membri, in un Consumer Report.

⁷⁶ M. M. GREENFIELD, *Consumer Law*, cit., p. 59 ss. L'A. richiama i seguenti precedenti giurisprudenziali nei quali la condotta ingannevole posta in essere dall'impresa in pregiudizio dei consumatori doveva essere valutata come "una scorretta pratica anticoncorrenziale". Corte Suprema, *FTC v. Gratz*, 1920; *FTC v. Sinclair Refining*, 1923; *FTC v. Curtis Publishing*, 1923.

⁷⁷ Cfr. Corte Suprema, *FTC v. Raladam Co.*, 1931. In questo caso si assiste ad un *overruled* della Corte, la quale aveva ritenuto che le motivazioni individuate dalla Federal Trade Commission a sostegno della responsabilità della Raladam Co. per le fuorvianti informazioni diffuse dalla stessa in merito all'uso di un suo prodotto erano insufficienti a dimostrare una "unfair competition", ma idonee a incidere direttamente sulla consapevolezza dei consumatori. Cfr., altresì, *FTC v. R.F. Keppel & Brother*, 1934.

all'emendamento Wheeler-Lea Act⁷⁸ con il quale il Congresso ha esteso la competenza della FTC anche in materia di "unfair or deceptive acts or practices" attribuendo all'Agenzia il potere di vigilanza e tutela diretta dei consumatori. Con il suddetto emendamento, il Congresso colse l'occasione per aggiungere una sezione 12 al FTC Act dedicata al divieto di pubblicità ingannevole in materia di "food, drugs, devices or cosmetics".

Fu, inoltre, previsto il potere dell'Agenzia di comminare una sanzione pecuniaria nell'ipotesi di violazione delle decisioni della stessa⁷⁹. Si tratta di un primo, ma rilevante sviluppo della normativa e dei poteri della FTC tenuto conto che il solo meccanismo di *enforcement* originariamente conferito all'Agenzia era rappresentato da un provvedimento che imponeva all'impresa la sospensione della condotta accertata.

Spesso, il procedimento istruttorio si chiudeva in una fase antecedente l'accertamento dell'infrazione con un impegno presentato dalla parte a porre fine volontariamente alla presunta pratica scorretta⁸⁰. La citata riforma del 1938 ha dato il via a una serie di successivi emendamenti volti a rafforzare i poteri e le competenze della FTC. Basti pensare alle nuove regole definite dall'Agenzia nel 1964 con riguardo ai prodotti da fumo e alla relativa previsione sui pacchetti contenenti sigarette della nocività di queste ultime⁸¹.

In tale contesto, la *Federal Trade Commission* ha individuato taluni fattori in relazione ai quali determinare quando un particolare atto o pratica dovrebbe essere considerato "unfair". Secondo lo Statement dell'Agenzia la valutazione di scorrettezza è connessa ai seguenti requisiti: "i) immoralità della pratica; ii)

⁷⁸ Cfr. Wheeler-Lea Act, 21 marzo 1938.

⁷⁹ Si tratta di un significativo potenziamento delle competenze e dei poteri della FTC. Basti pensare che prima di tali interventi le sanzioni pecuniarie venivano irrogate solo nel caso di violazione delle sentenze con le quali la corte era stata chiamata a pronunciarsi su una precedente decisione della FTC. Si trattava del così detto "two-bites-at-the-apple approach". Sul punto cfr. PETER C. WARD, *Federal trade Commission*, 2011, *Law Journal Press*, § 1.03.

⁸⁰ Tale prassi, paragonabile alla disciplina degli "impegni" prevista dal legislatore comunitario e recepita (per quanto concerne la disciplina delle pratiche commerciali scorrette) dal nostro legislatore in attuazione della Direttiva 2005/29/CE, è ancora frequente nell'attività della FTC.

⁸¹ Trade Regulation Rule for the Prevention of Unfair or Deceptive Advertising and Labeling of Cigarettes in Relation to the Health Hazard of Smoking, 29 Fed. Reg. 8324, 2 luglio 1964. Il Congresso senza negare il sempre maggiore ruolo di *rule maker* della FTC ha approvato Nil Federal Cigarette Labeling and Advertising Act del 1965, successivamente inserito nel Titolo 15, chapter 36, § 1331 ss. del Federal Trade Commission Act.

mancata chiarezza del messaggio pubblicitario diffuso; *iii*) pregiudizi per i consumatori”⁸².

Sebbene questa iniziativa avesse rappresentato un positivo sviluppo rispetto alla precedente assenza di sufficienti parametri di valutazione, la genericità dei criteri appena richiamati risultava ancora poco utile a una migliore comprensione del concetto di pratica “scorretta”⁸³. Il relativo quadro normativo volto a riconoscere una specifica tutela dei consumatori in materia di “unfair commercial practices” fu avallato dall’interpretazione della Corte Suprema nel famoso caso *FTC v. Sperry & Hutchinson Co.*⁸⁴.

Come dichiarato dalla Corte “la Federal Trade Commission non esercita un eccessivo potere nel perseguire una pratica scorretta posta in essere da un’impresa in danno dei consumatori ancorchè la pratica non rientri tra gli illeciti concorrenziali o sia comunque contraria allo spirito della legge antitrust”⁸⁵.

In una nota alla sentenza in commento si legge che la Corte nel valutare l’attività della FTC in materia di “unfair practices” ha fatto riferimento al Cigarette Rule statement⁸⁶ determinando, ad avviso di parte della dottrina⁸⁷ una tacita approvazione di quest’ultimo documento. Il 4 gennaio 1975 il Congresso approva un ulteriore emendamento così detto “*Magnuson-Moss-Warranty-Federal Trade Commission Improvement Act*”⁸⁸ attribuendo alla Federal Trade Commission nuovi poteri necessari ad una migliore realizzazione del “consumer protection mandate”⁸⁹.

⁸² Trade Regulation Rule for the Prevention of Unfair or Deceptive Advertising and Labeling of Cigarettes in Relation to the Health Hazard of Smoking, cit., § 29.

⁸³ PETER C. WARD, *Federal trade Commission*, cit. § 5.01.

⁸⁴ *FTC v. Sperry & Hutchinson Co.*, 405 United States Reports, 233.

⁸⁵ Si tratta della così detta “*unfairness doctrine*”. Cfr. MARY DEE PRIDGEN, *FTC Law of Unfair and Deceptive Trade Practices*, in *Consumer protection and the Law*, chapter 8, p. 2 ss., Thomson Reuters, 2010.

⁸⁶ Trade Regulation Rule for the Prevention of Unfair or Deceptive Advertising and Labeling of Cigarettes in Relation to the Health Hazard of Smoking, cit.

⁸⁷ Cfr. PETER C. WARD, *Federal trade Commission*, cit. § 5.01.

⁸⁸ Magnuson-Moss-Warranty-Federal Trade Commission Improvement Act, Sezione 15, United State Code, Chapter 50, § 2301. L’obiettivo era quello di assicurare una maggiore garanzia ai consumatori fornendo un’informazione più puntuale e comprensibile sulle caratteristiche dei prodotti acquistati. L’emendamento fu presentato dal Senatore Warren G. Magnuson dello Stato di Washington and dal Rappresentante John E. Moss dello Stato della California, entrambi erano esponenti del partito democratico, così come il Senatore Frank Moss dello Stato dello Utah.

⁸⁹ M. M. GREENFIELD, *Consumer Law*, cit., p. 58 ss.

Nonostante, il significativo sviluppo degli anni '70 il decennio successivo segnerà una battuta d'arresto per la legislazione consumeristica. Infatti, la proposta della FTC di "vietare" o "regolare" la pubblicità televisiva diretta ai bambini suscitò la negativa reazione della politica statunitense che definì l'iniziativa come "eccessiva nell'ambito dell'obiettivo di tutela dei consumatori"⁹⁰ tanto da rivolgersi alla FTC utilizzando ironicamente l'appellativo di "Tata nazionale"⁹¹. La negativa reazione della politica fu "celere ed incisiva"⁹². Non a caso, il successivo emendamento approvato dal Congresso realizzò un'involuzione dei poteri e delle competenze della FTC in materia tutela dei consumatori.

E' sufficiente in tal senso guardare all'introduzione del potere di revisione e di veto assicurato al Congresso sulla regolamentazione consumeristica prodotta dalla FTC⁹³. Secondo parte della dottrina⁹⁴ la *ratio* delle critiche al sistema della FTC era da ravvisarsi "nell'ampia latitudine del mandato conferito all'Agenzia"⁹⁵ la quale, nonostante gli strumenti a disposizione, non aveva ancora provveduto ad elaborare chiari e dettagliati criteri di valutazione di una pratica scorretta o decettiva.

Dinanzi al manifesto ostruzionismo del Congresso, il presidente della FTC Michael Pertshuck pubblicò un "pungente report"⁹⁶ con il quale rivolgendosi al potere politico dichiarava espressamente "oggi l'Agenzia è paralizzata, domani se continueranno queste soffocanti redini sarà moribonda"⁹⁷.

Dopo l'*impasse* degli anni '80 i toni del dibattito generato dalle divergenze tra la linea politica del Congresso e l'attività della Federal Trade Commission tornarono alla normalità in occasione dell'emendamento del 1994 con il quale si intervenne

⁹⁰ Cfr. sul punto il commento di MARY DEE PRIDGEN, *FTC Law of Unfair and Deceptive Trade Practices*, cit., chapter 8, p. 3.

⁹¹ MARY DEE PRIDGEN, *FTC Law of Unfair and Deceptive Trade Practices*, op.ult. cit., chapter 8, p. 3.

⁹² Cfr. W. MACLEOD, E. BRUNINS AND A. KERTESZ, *Three rules and a constitution: consumer protection finds its limits in competition policy*, in *Antitrust Law Journal*, 2005, p. 943

⁹³ MARY DEE PRIDGEN, *FTC Law of Unfair and Deceptive Trade Practices*, cit., chapter 8, p. 3.

⁹⁴ Cfr. tra gli altri, M. M. GREENFIELD, *Consumer Law*, cit., p. 58 ss.

⁹⁵ MARY DEE PRIDGEN, *FTC Law of Unfair and Deceptive Trade Practices*, cit., chapter 8, p. 3.

⁹⁶ MARY DEE PRIDGEN, *FTC Law of Unfair and Deceptive Trade Practices*, op. ult. cit., chapter 8, p. 3.

⁹⁷ MICHAEL PERTSHUCK, *Report to the House Subcommittee on Oversight and Investigations of the Committee on Energy and Commerce*, in *Federal Trade Review*, 1984..

ancora una volta sul testo del FTC Act modificandone certi aspetti relativi alle procedure in uso, ai poteri investigativi e ai provvedimenti inibitori⁹⁸.

Alla luce dei passaggi storici sopra delineati il testo finale della Sezione 5 (a) del Federal Trade Commission Act⁹⁹ attribuisce all'Agenzia poteri di vigilanza e regolazione in materia di condotte anticoncorrenziali e di pratiche commerciali scorrette o decettive. Con l'utilizzo delle due "parole chiave"¹⁰⁰ "unfair methods of competition" or "unfair or deceptive acts or practices" l'Agenzia ha così legittimamente ampliato il suo mandato costituendo al suo interno due differenti dipartimenti ai quali sono stati affidati le rispettive competenze in materia di Concorrenza e Protezione del consumatore¹⁰¹.

5. (segue) Federal Trade Commission Act: pratiche scorrette e decettive

Come si evince dal testo della Sezione 5 del FTC Act una pratica commerciale è scorretta quando: *i)* causa o è idonea a causare un danno sostanziale per i consumatori; *ii)* non può essere evitata dai consumatori; *iii)* non è compensata da sostanziali benefici per i consumatori o per la concorrenza¹⁰².

Accanto alla nozione di pratica scorretta il legislatore statunitense ha definito "decettiva": *i)* una rappresentazione, una omissione o una pratica ingannevole o idonea a ingannare il consumatore; *ii)* l'interpretazione ragionevole secondo le circostanze che il consumatore fa della rappresentazione, dell'omissione o della pratica commerciale posta in essere dal professionista; *iii)* una rappresentazione, omissione o pratica "materialmente"¹⁰³ ingannevole.

Dalla lettura del testo normativo si evince il carattere generale e la conseguente flessibilità delle nozioni sopra riportate. Come affermato dalla dottrina

⁹⁸ Cfr. Federal Trade Commission Act Amendments, 26 agosto 1994.

⁹⁹ Il contenuto della Sezione 5 del FTC ACT è riportato anche nella Sezione 15, § 41-58 dello United State Code.

¹⁰⁰ STEPHANIE W. KANWIT, *Federal Trade Commission*, capitolo 1, paragrafo 1.2, Thomson West ed., 2010

¹⁰¹ Cfr. il sito internet della Federal Trade Commission <http://www.ftc.gov/>.

¹⁰² Cfr. FTC Act, Section 5, dove si legge "An act or practice is unfair where it: Causes or is likely to cause substantial injury to consumers; cannot be reasonably avoided by consumers, and is not outweighed by countervailing benefits to consumers or to competition".

¹⁰³ Cfr. Section 5 del Federal Trade Commission ACT. "An act or practice is deceptive where: a representation, omission, or practice misleads or is likely to mislead the consumer; a consumer's interpretation of the representation, omission, or practice is considered reasonable under the circumstances; and the misleading representation, omission, or practice is material.

maggioritaria in materia di diritto dei consumatori¹⁰⁴ questa generica impostazione normativa è il frutto di una precedente riflessione del Congresso il quale ha ritenuto opportuno attribuire all'Agenzia un ampio potere discrezionale nella definizione di una pratica commerciale scorretta.

Significativa in proposito è la dichiarazione del 1914 nella quale il Congresso riconosce “l'impossibilità di formulare una definizione che abbracci l'intero concetto di scorrettezza, il quale è troppo ampio per essere relegato al testo di una legge”¹⁰⁵. Tenuto conto dell'ampia portata del mandato conferitole, non sorprende come la stessa FTC abbia per lo più elaborato parametri generali di valutazione delle “unfair commercial practices”¹⁰⁶ non sfruttando, quantomeno nel primo periodo della sua attività¹⁰⁷, il potere di compensare la generica descrizione normativa con più dettagliati criteri di valutazione derivanti da un'analisi caso per caso tipica dei sistemi di common law¹⁰⁸.

I procedimenti conclusi dalla FTC e sottoposti al vaglio giurisprudenziale hanno confermato l'investitura dell'Agenzia come “autorità quasi legislativa”¹⁰⁹ e l'utilità di lasciare alla stessa ampi spazi di regolazione e controllo. La stessa Corte Suprema chiamata a pronunciarsi sul primo procedimento concluso dalla FTC in materia di pratiche commerciali scorrette (*Federal Trade Commission v. R.F. Keppel & Bro.*, in *United States Supreme Court decisions*, volume 291, p. 304, 5 febbraio 1934) ha disposto che “né la lettera della legge, né il contesto

¹⁰⁴ STEPHANIE W. KANWIT, *Federal Trade Commission*, cit., chapter 4.

¹⁰⁵ Cfr. Congresso degli Stati Uniti d'America, Report. N. 1142, 1914, H.P. Rep. NO. 1142, 63d Cong., 2d Sess. 19 (1914). Sebbene il Report avesse ad oggetto le pratiche anticompetitive è stato ritenuto rilevante anche in seguito all'emendamento del 1938 che ha introdotto accanto agli “unfair methods of competition” il diretto riferimento ai consumatori a mezzo dell'inciso “unfair or deceptive acts or practices”.

¹⁰⁶ In particolare, come anticipato nel paragrafo precedente, si fa riferimento al periodo antecedente agli anni '80 che furono segnati da una crisi dei rapporti tra il Congresso e l'Agenzia.

¹⁰⁷ Cfr. MARY DEE PRIDGEN, *FTC Law of Unfair and Deceptive Trade Practices*, cit., chapter 8, p. 2 ss.

¹⁰⁸ Come si avrà modo di approfondire nella seconda parte del capitolo I del presente lavoro, il criterio della normativa generale in materia di pratiche commerciali scorrette caratterizza anche la disciplina comunitaria e nazionale. Sebbene sia utile il riferimento a sistemi consumeristici ben più consolidati come quello statunitense, è necessario non tralasciare che la tradizione giuridica di *civil law* non è basata sulla produzione giurisprudenziale e dunque sul meccanismo del precedente vincolante e della valutazione caso per caso, dovendo già la legge garantire la certezza del diritto richiesta per una adeguata tutela dei consumatori.

¹⁰⁹ Cfr. MARY DEE PRIDGEN, *FTC Law of Unfair and Deceptive Trade Practices*, cit., chapter 9, p. 35 ss.

storico in cui si è sviluppato il FTC Act rivela l'intenzione di confinare le pratiche vietate entro fisse e rigide categorie”.

In un successivo caso, i giudici della Corte¹¹⁰ affermarono che l'Agenzia “non arroga eccessivi poteri, [...] ma agisce come giudice d'equità”. Dopo questa breve premessa è utile ai fini della presente ricerca esaminare i suddetti criteri generali elaborati dalla FTC nell'ambito dei procedimenti in materia di “unfair or deceptive acts or practices”.

6. (segue) Il criterio generale: il così detto “approccio moralistico”

Come già precisato nel precedente paragrafo 4, la prima applicazione dei principi sanciti dal legislatore statunitense in materia di pratiche scorrette coincide con il caso “Keppel & Bro” del 1934¹¹¹.

In tale occasione, l'Agenzia aveva ritenuto scorretta la condotta posta in essere dalla società Keppel & Bro. nella promozione di un prodotto dolciario per bambini con possibilità per l'acquirente di avere determinate *chance* di ricevere quote aggiuntive e gratuite di prodotto o un più basso prezzo.

La decisione della FTC è stata in seguito esaminata dalla Corte Suprema, la quale ha confermato la valutazione dell'Agenzia ritenendo la pratica in esame “immorale” in quanto volta a sfruttare l'ingenuità dei bambini cui era destinata” e, pertanto, scorretta ai sensi della Sezione 5 del FTC Act¹¹².

Il così detto approccio moralistico trovò conferma in una successiva sentenza della Corte in cui il giudice Learned Hand affermò che “la FTC ha il dovere di scoprire ed esplicitare quegli inespressi standard morali e sociali che dovrebbero guidare le relazioni commerciali e sviluppare la coscienza della comunità”¹¹³.

¹¹⁰ Corte Suprema degli Stati Uniti, *FTC v. Sperry & Hutchinson Co.*, in *United States Supreme Court decisions*, volume 405, p. 233, 1972.

¹¹¹ Federal Trade Commission, caso *R.F. Keppel & Bro.*, in *Federal Trade Commission resources*, 1934.

¹¹² La Corte Suprema ritenne, altresì, che la pratica fosse “contraria alla *public policy* e contraria ai diritti di molti Stati membri”.

¹¹³ Corte Suprema, *Federal Trade Commission v. Standard Education Society*, in *United States Supreme Court decisions*, volume 301, p. 2674, 1937.

7. (segue) Le nuove linee guida della Federal Trade Commission

Nonostante l'utilità dell'approccio moralistico, quest'ultimo non era in grado di assicurare alla FTC un nucleo di parametri di valutazione sufficienti a garantire una piena tutela dei diritti dei consumatori. La necessità di disporre di criteri specifici e puntuali condusse l'Agenzia all'adozione del FTC Policy Statement on Unfairness¹¹⁴.

Nella lettera di accompagnamento del suddetto statement la FTC riconosceva la difficoltà di delineare “un più stretto ambito di applicazione del concetto di consumer unfairness”, ma nello stesso tempo rassicurava il Congresso circa l'intenzione di fornire delle opportune linee guida per le future applicazioni della normativa in esame.

Nella redazione del Policy Statement, l'Agenzia ha tenuto in considerazione taluni procedimenti dalla stessa conclusi e successivamente sottoposti alle Corti federali sintetizzandone i principi maggiormente rilevanti in ambito consumeristico.

Ad avviso della FTC, il Policy Statement rappresenta una pronta risposta alle critiche espresse dal Congresso in merito alla mancanza di specifici criteri di individuazione di una pratica commerciale scorretta.

Va ricordato che lo stesso Congresso degli Stati Uniti d'America aveva in un primo momento riconosciuto “l'impossibilità di limitare a un *numerus clausus* la lista delle pratiche commerciali scorrette”¹¹⁵ tenuto conto del continuo sviluppo e diversificazione delle stesse. Dichiarazione di principio poi confermata nel 1931 dalla Corte Suprema la quale dichiarò che “il divieto di scorrettezza rientra in una classe di concetti che non ammettono specifiche definizioni, ma il cui significato e applicazione devono essere elaborati caso per caso attraverso quello che la Corte ha definito “graduali processi di giudiziale inclusione ed esclusione”¹¹⁶. Tuttavia, come brevemente anticipato¹¹⁷, a partire dal 1964¹¹⁸ l'Agenzia provò a restringere il concetto di “unfairness” avvalendosi dei seguenti fattori valutativi secondo i

¹¹⁴ Cfr. FTC Policy Statement on Unfairness, 17 dicembre 1980, Washington.

¹¹⁵ Congresso degli Stati Uniti d'America, Report. N. 1142, 1914, H.P. Rep. NO. 1142, 63d Cong., 2d Sess. 19 (1914).

¹¹⁶ Corte Suprema, *Federal Trade Commission v. Raladam Co.*, cit. p. 643.

¹¹⁷ Cfr. § 3, p. 23 del presente lavoro.

¹¹⁸ Trade Regulation Rule for the Prevention of Unfair or Deceptive Advertising and Labeling of Cigaretts in Relation to the Health Hazard of Smoking, cit., p. 3.

quali una pratica commerciale è scorretta se *i)* determina un pregiudizio per i consumatori; *ii)* è contraria alla legge; *iii)* è immorale.

Questi criteri apparentemente confermati dalla Corte Suprema nel caso *FTC v. Sperry & Hutchinson Co.*¹¹⁹ meritano una più approfondita riflessione.

- Pregiudizio per i consumatori:

Con riferimento al primo, nonché principale fattore¹²⁰, il pregiudizio per i consumatori, l'Agenzia ha smentito il necessario binomio “pregiudizio del consumatore-pratica commerciale scorretta *ex* sezione 5 del FTC Act”¹²¹. Infatti, affinché la condotta posta in essere dal professionista possa essere considerata “unfair” è necessario che siano soddisfatti i seguenti requisiti: *i)* il pregiudizio deve essere sostanziale; *ii)* non deve essere compensato da eventuali benefici che la pratica produce per i consumatori o per la concorrenza; *iii)* i consumatori non avrebbero potuto ragionevolmente evitarlo.

In primo luogo, dunque, il pregiudizio deve essere sostanziale ovvero come chiarito dalla FTC non deve determinare un danno “irrilevante in senso economico”¹²². In molti dei procedimenti avviati dall'Agenzia, il concetto di “sostanziale pregiudizio” è riferito per lo più ai danni monetari determinati da “acquisti inconsapevoli” di beni o servizi o di prodotti difettosi¹²³.

Con riferimento alla necessità che il pregiudizio non sia compensato da ulteriori benefici derivanti dalla pratica commerciale il Policy Statement della FTC chiarisce che l'effetto negativo prodotto dalla pratica deve sempre essere maggiore di un eventuale beneficio derivante dalla stessa.

A titolo di esempio l'Agenzia riporta il caso relativo a un'incompleta informazione sulle caratteristiche e sul prezzo di un prodotto commerciale acquistato da un consumatore. In questo caso, secondo la FTC “ove le omesse o erranee informazioni fornite dal professionista siano state tali da incidere negativamente sulla capacità di scelta del consumatore, ma nello stesso tempo

¹¹⁹ *FTC v. Sperry & Hutchinson Co.*, 405 United States Reports, 233.

¹²⁰ STEPHANIE W. KANWIT, *Federal Trade Commission*, cit., paragrafo 4.5, Thomson West ed., 2010

¹²¹ *FTC v. Sperry & Hutchinson Co.*, 405 United States Reports, 240.

¹²² Trade Regulation Rule for the Prevention of Unfair or Deceptive Advertising and Labeling of Cigarettes in Relation to the Health Hazard of Smoking, cit., p. 4.

¹²³ Non rientra nel concetto di sostanziale pregiudizio il danno derivante dall'offesa di “gusti o opinioni sociali, religiose o politiche.

abbiano determinato una riduzione del prezzo del prodotto, deve comunque ravvisarsi la scorrettezza della pratica in esame in quanto “il vantaggio inerente al pagamento di un prezzo più basso non è tale da compensare il pregiudizio derivante dalla lesa consapevolezza del consumatore”¹²⁴.

Da ultimo, volendo soffermarci sulla necessità che il pregiudizio sia tale che i consumatori non avrebbero potuto ragionevolmente evitarlo, è interessante notare come l’Agenzia dopo un’iniziale dichiarazione di fiducia rispettivamente verso la capacità dei professionisti di porre in essere condotte commerciali idonee a favorire una scelta pienamente consapevole da parte dei consumatori, ha riconosciuto l’esigenza di vigilare e vietare eventuali profili di scorrettezza. Tra gli altri, il FTC policy Statement on Unfairness riporta l’esempio dell’ingannevole promozione di cure rivolte a una determinata classe di acquirenti¹²⁵.

- Contrarietà alle disposizioni di legge:

Ad avviso della FTC, sebbene la contrarietà alle disposizioni di legge sia stata elaborata come criterio autonomo, la prassi dimostra come quest’ultimo sia stato frequentemente utilizzato “quale addizionale strumento di valutazione del livello di pregiudizio subito dal consumatore”¹²⁶.

Tuttavia, ciò non deve condurre l’interprete a ridimensionare “l’importanza della valutazione di disposizioni legislative o di determinazioni giudiziali” la quale mantiene la sua autonomia e rilevanza tenuto conto che nei casi in cui la scorrettezza di una pratica commerciale non sia facilmente evincibile dall’analisi della mera condotta del professionista, diventa fondamentale individuare e valutare il dispositivo normativo o la giurisprudenza necessaria a supportare l’azione dell’Agenzia¹²⁷.

A titolo di esempio il FTC Policy Statement on Unfairness riporta un precedente del 1979 in cui l’Agenzia ha accertato la scorrettezza di una pratica commerciale posta in essere da talune società produttrici di automobili¹²⁸ facendo riferimento

¹²⁴ Cfr. FTC Policy Statement on Unfairness, 17 dicembre 1980, p. 6, Washington.

¹²⁵ Federal Trade Commission, Travel King, Inc., ET AL., 1975, www.ftc.gov/bcp/policystmt/ad-unfair.htm.

¹²⁶ FTC Policy Statement on Unfairness, 17 dicembre 1980, p. 8, Washington.

¹²⁷ Sul punto cfr. M. M. GREENFIELD, *Consumer Law*, cit., p. 104 ss.

¹²⁸ Cfr. in proposito il FTC Policy Statement on Unfairness, cit., p. 8. Lo Statement fa riferimento ai seguenti casi esaminati dall’Agenzia: Ford Motor Co., 1979; General Motors Corp., 1980. Come chiarito dalla FTC “l’intervento dell’Autorità amministrativa è stato necessario in quanto

allo Uniform Commercial Code e disponendo che “le indagate società produttrici e i loro distributori rimborsassero ai loro clienti le eccedenze di denaro che avevano realizzato in seguito alla rivendita delle auto restituite da questi ultimi”¹²⁹.

Tuttavia, affinché la “*public policy*”¹³⁰ possa essere utilizzata come parametro di valutazione della scorrettezza di una pratica commerciale è necessario che questa sia “chiara e consolidata”¹³¹. In particolare, deve trattarsi di disposizioni legislative, di decisioni giurisprudenziali, di interpretazioni giudiziali della Costituzione degli Stati Uniti d’America che non siano mera espressione di una Corte o di uno Stato membro, ma largamente condivise a livello federale¹³². In assenza di tali caratteristiche, “mancherebbero, dunque, i presupposti per l’impiego della *public policy* ai fini della valutazione della scorrettezza di una pratica”¹³³.

- Condotta scorretta e immorale:

Il terzo ed ultimo parametro descritto nello Statement della Federal Trade Commission e ribadito dalla Corte Suprema nel caso *Sperry & Hutchinson Co.* concerne l’eventuale immoralità della condotta posta in essere dal professionista. Come rilevato da taluni autori¹³⁴ quest’ulteriore criterio fu previsto per garantire una più sicura realizzazione del divieto di “unfair actices or practices” attribuendo rilevanza alla violazione di riconosciuti standard di “etica commerciale”¹³⁵. L’applicazione di tale parametro si è, tuttavia, rivelata duplicativa dei medesimi risultati forniti dai sopra descritti test inerenti al pregiudizio per i consumatori e alla “public policy”. Del resto, una condotta commerciale che si configuri come immorale deteminerà “nella quasi totalità dei casi anche un pregiudizio per i

nonostante il diritto di 49 Stati preveda che i creditori rimborsino il quantum di denaro percepito in eccesso dai debitori, questi ultimi non hanno gli strumenti per verificare l’esatto adempimento dell’obbligo restitutorio”.

¹²⁹ FTC Policy Statement on Unfairness, cit., p. 9.

¹³⁰ E’ questo il termine con il quale l’Agenzia si riferisce al criterio rappresentato dalle disposizioni legislative e dalle determinazioni giudiziali utili a ricostruire il profilo della scorrettezza della pratica commerciale.

¹³¹ FTC Policy Statement on Unfairness, cit., p. 8.

¹³² M. M. GREENFIELD, *Consumer Law*, cit., p. 105 ss.

¹³³ FTC Policy Statement on Unfairness, cit., p. 10.

¹³⁴ Cfr. tra gli altri STEPHANIE W. KANWIT, *Federal Trade Commission*, cit., capitolo 4, paragrafo 4.1

¹³⁵ FTC Policy Statement on Unfairness, cit., p. 12.

consumatori nonché una violazione delle disposizioni legislative o delle pronunce della Corti”¹³⁶ interessando in tal modo gli ulteriori meccanismi di valutazione della scorrettezza. E’ questa la ragione per la quale l’Agenzia non ha mai riconosciuto il criterio della “immoralità della pratica commerciale” come autonomo e affidabile standard di valutazione attribuendo primaria rilevanza al profilo del pregiudizio arrecato al consumatore.

8. (segue) L’applicazione dei principi nelle decisioni della FTC e delle Corti

In un sistema giuridico di common law, i criteri di valutazione sopra descritti sono lasciati alla decisiva interpretazione dei giudici la quale rappresenta la migliore linea guida cui attenersi al fine di approfondire la nozione di pratica commerciale scorretta nel diritto statunitense. E’ questa la ragione per cui ai contenuti del “FTC Policy Statement on Unfairness” è opportuno far seguire una breve disamina dei principali casi sui quali l’Agenzia e le Corti federali sono stati chiamati ad esprimersi.

- Metodi di vendita coercitiva:

Nel caso *Holland Furnace*¹³⁷ la combinazione tra false dichiarazioni e coercitive strategie finalizzate alla vendita di caldaie furono dichiarate dall’Agenzia “ingannevoli e scorrette”. In particolare, sfruttando l’effetto sorpresa delle vendite porta a porta un dipendente della compagnia proponeva un’apparente ispezione del dispositivo già in possesso del consumatore. Dopo aver smontato il congegno si rifiutava di riassemblarlo lamentando il falso pericolo di incendio dovuto ad una perdita di gas e convincendo, pertanto, l’ignaro consumatore ad acquistare una nuova caldaia della società *Holland*.

Tale prassi commerciale va annoverata tra le prime condotte scorrette e decettive accertate dall’Agenzia la quale dichiarò che “la condotta del dipendente della *Holland Furnace* impediva al consumatore di adottare una decisione pienamente

¹³⁶ FTC Policy Statement on Unfairness, cit., p. 13.

¹³⁷ Federal Trade Commission, caso *Holland Furnace Co.*, 1958, in FTC decisions, vol. 55, p. 55 ss.

consapevole in merito alla necessità di acquisto di un nuovo prodotto”¹³⁸. Nonostante la rilevanza del caso *Holland Fornace*, è opinione diffusa in dottrina¹³⁹ che il più chiaro esempio di vendita coercitiva realizzata in seguito alle pressioni esercitate sui consumatori sia rappresentato dal caso “Arthur Murray”¹⁴⁰. Si trattava di una pratica commerciale in cui il professionista facendo leva “sulla solitudine e sull’insicurezza degli anziani clienti”¹⁴¹ li persuadeva a concludere o rinnovare i contratti con la sua scuola di danza per un valore di migliaia di dollari. I metodi adottati includevano: *i*) condotte fittizie volte a determinare nei clienti la convinzione di avere “spiccata attitudine per la danza”; *ii*) pressioni sui clienti che avevano avuto qualche precedente non gradevole al fine di evitare richieste di risoluzione del contratto; *iii*) “tenere i clienti chiusi in una stanza al fine di incentivarli ad aumentare il numero delle lezioni”; *iv*) escludere dalle ulteriori attività della scuola coloro i quali avevano rifiutato di sottoscrivere un contratto relativo a un più ampio numero di lezioni. La Corte d’Appello di Waschingon¹⁴² chiamata a valutare il caso in esame ha confermato la ricostruzione della FTC, riconoscendo la natura coercitiva delle condotte tenute dalla società e dichiarando viziata la volontà degli anziani clienti “molti dei quali erano stati ridotti in lacrime dalle forti pressioni della pratica commerciale scorretta”¹⁴³.

Utili profili di indagine sono forniti anche dai casi nei quali la FTC non ha accertato la scorrettezza di una pratica commerciale ritenendone insussistenti i presupposti. A titolo di esempio, nel 1973 non è stata ritenuta “unfair” una condotta commerciale avente ad oggetto la vendita di libri o altri articoli attraverso l’utilizzo della così detta “opzione negativa”¹⁴⁴.

In particolare, nel caso *The book of the Month Club*¹⁴⁵ il sistema di vendita di libri per corrispondenza prevedeva l’invio ai consumatori di una carta necessaria

¹³⁸ Federal Trade Commission, caso *Holland Furnace Co.*, cit., p. 64 ss. Secondo l’Agenzia Il rappresentante della compagnia “non avrebbe dovuto ingenerare nel consumatore la falsa convinzione di essere meramente coinvolto in una indagine di mercato”.

¹³⁹ Cfr. tra gli altri MARY DEE PRIDGEN, *FTC Law of Unfair and Deceptive Trade Practices*, cit., chapter 9.10, p. 1 ss.

¹⁴⁰ Federal Trade Commission, caso *Arthur Murray Studio of Washington*, 1971, vol. 78, p. 401 ss.

¹⁴¹ Enfasi aggiunta. E’ utile osservare come la FTC si riferisca ai consumatori utilizzando il termine clienti.

¹⁴² Corte d’Appello di Washington, *FTC v. Arthur Murray Studio of Washington*, 1972.

¹⁴³ Federal Trade Commission, caso *Arthur Murray Studio of Washington*, 1971, vol. 78, p. 404 ss.

¹⁴⁴ Cfr. Federal Trade Commission, *Trade Regulation Rule*, vol. 38, 1973.

¹⁴⁵ Federal Trade Commission, “*The Book of the Month Club*”, vol. 40.

all'eventuale acquisto di uno specifico prodotto offerto con l'indicazione che la mancata restituzione della stessa entro un termine prefissato avrebbe comportato l'acquisto del bene. Nonostante la chiara propensione della richiamata "clausola negativa" a sfruttare la "non curanza e, dunque, il silenzio del consumatore"¹⁴⁶ la Federal Trade Commission, non ha ritenuto ciò sufficiente a configurare una pratica commerciale scorretta limitandosi a richiedere al professionista maggiori chiarimenti in merito all'esatto funzionamento del descritto sistema di vendita.

Il mancato accertamento della scorrettezza di una pratica si è registrato anche nel caso *Horizon land sales*¹⁴⁷ del 1981 in cui oggetto di indagine è stata la condotta commerciale posta in essere dalla compagnia Horizon nella promozione e vendita di beni immobili.

Le tecniche utilizzate dalla società erano dirette ad accelerare il processo di scelta del consumatore ingenerando in quest'ultimo "il timore di non essere più in tempo per trarre beneficio da un eccellente investimento in materia di acquisto di immobili".

Al fine di incidere sulla volontà dei consumatori la compagnia si avvaleva di specifiche tecniche tra le quali: *i)* il mantenimento di determinati livelli di prezzo solo per brevissimi periodi di tempo; *ii)* la concreta possibilità che l'immobile offerto potesse essere venduto a uno specifico acquirente già il giorno successivo all'inizio dell'offerta. Ad avviso dell'Agenzia, le pressioni determinate dalla strategia di *marketing* posta in essere dalla Horizon Co. "non erano suscettibili di configurare una pratica scorretta e come tale vietata dalla Sezione 15 del Federal Trade Commission Act"¹⁴⁸.

- L'assenza di adeguate informazioni: efficacia, prezzi, rischi per la sicurezza:

La mancata diffusione di informazioni idonee a garantire la libera e consapevole scelta del consumatore è considerata tra le più frequenti forme di scorrettezza di una pratica commerciale. Diversamente dalla sopra discussa categoria delle tecniche di vendita coercitiva, quella in esame trova la sua origine nella "teoria del mercato orientato" secondo la quale "tutti i consumatori devono essere ben

¹⁴⁶ Federal Trade Commission, Trade Regulation Rule, cit., vol. 38.

¹⁴⁷ Federal Trade Commission, Horizon Co., 1981, vol. 97, p. 464 ss.

¹⁴⁸ Federal Trade Commission, Horizon Co., 1981, vol. 97, p. 841 ss.

informati sulle caratteristiche del prodotto offerto così da valutare le eventuali disponibili alternative¹⁴⁹.

In proposito, gli studiosi del Federal Trade Commission Act¹⁵⁰ hanno cercato di suddividere in alcune categorie gli standard informativi che devono essere assicurati ai consumatori e in assenza dei quali potrebbe giustificarsi una valutazione di scorrettezza della condotta del professionista. Tra queste, si segnalano: *i)* il prezzo – ossia la possibilità di confrontare il prezzo di vendita di beni o servizi offerti da società *competitors*; *ii)* il controllo – ossia il rischio che il normale uso del prodotto determini un pregiudizio per i consumatori.

Con riferimento alla categoria del prezzo, come dichiarato da taluni autori¹⁵¹, “il mercato dovrebbe garantire il corretto flusso di informazioni che il consumatore è chiamato a utilizzare nell’adozione di consapevoli scelte economiche”. Tuttavia, spesso la sola *lex mercatoria* non è sufficiente a garantire questo obiettivo. In un contesto commerciale in cui la celerità degli scambi e la standardizzazione contrattuale¹⁵² hanno preso il sopravvento, la composizione degli interessi degli operatori economici con quelli dei fruitori di beni e servizi mal si presta a essere lasciata all’auto-organizzazione e al “mercato”. Quest’ultimo, infatti, non offrirebbe a tutti i contraenti le stesse garanzie potendo divenire luogo di incontro e di conciliazione solo con l’intervento correttivo della legge o di un’attività regolatoria posta in essere da una pubblica Autorità competente in materia di consumatori¹⁵³. Tali esigenze furono ben comprese dall’Agenzia statunitense, la quale approvò due distinti regolamenti, “The Eyeglasses Rule”¹⁵⁴ e “The Funeral Service Rule”¹⁵⁵.

Con riferimento al primo documento volto alla regolamentazione del *set* informativo che il professionista è chiamato a fornire nella promozione e vendita di prodotti o servizi ottici, l’Agenzia aveva rilevato, da un lato, la scarsa

¹⁴⁹ MARY DEE PRIDGEN, *FTC Law of Unfair and Deceptive Trade Practices*, cit., capitolo 9.12, p. 1.

¹⁵⁰ Cfr. tra gli altri, STEPHANIE W. KANWIT, *Federal Trade Commission*, cit. capitolo 5, paragrafo 4.5.

¹⁵¹ MARY DEE PRIDGEN, *FTC Law of Unfair and Deceptive Trade Practices*, cit., capitolo 9.13, p. 2.

¹⁵² Di tali argomenti si discuterà diffusamente nel cap. III del presente lavoro.

¹⁵³ G. OPPO, *Le ragioni del diritto: il diritto commerciale*, in *Jus*, 1996, p. 75.

¹⁵⁴ *Advertising of Ophthalmic Goods and Services, Trade Regulation Rule*, 1978, vol. 43.

¹⁵⁵ *Funeral Industry Practices, Trade Regulation Rule*, 1982, vol. 47.

diffusione di informazioni che potessero consentire agli acquirenti un ponderato raffronto dei prezzi praticati dai vari operatori economici, dall'altro, la conseguente assenza di incentivi per i professionisti a rendere maggiormente competitivi i prezzi dei loro prodotti. Sulla stessa scia si pone il secondo documento avente ad oggetto le informazioni che dovrebbero essere fornite per un consapevole utilizzo dei servizi funebri. Sul punto, il Regolamento del 1982 prevede specificamente che il direttore del servizio fornisca ai consumatori: i) anche a mezzo di conversazioni telefoniche informazioni sul prezzo dell'attività offerta; ii) un listino dei prezzi; iii) un documento che riassume i beni e i servizi scelti con annessa indicazione di ciascun prezzo. Come chiarito dalla FTC¹⁵⁶ la *ratio* della nuova regolamentazione era ravvisabile nella mancanza di adeguate informazioni sul prezzo di singoli beni e servizi funebri¹⁵⁷ che impediva ai clienti un consapevole raffronto delle ulteriori offerte del mercato. L'Agenzia ha aggiunto che “nonostante i professionisti del settore funerario avessero affermato l'utilità e la convenienza delle loro offerte tutto compreso, in realtà un effettivo beneficio per i consumatori non poteva che essere garantito dall'offerta e da una dettagliata lista dei prezzi di ciascun bene o servizio”¹⁵⁸.

I consumatori, inoltre, dovrebbero essere informati su eventuali rischi o effetti collaterali derivanti dall'utilizzo dei prodotti loro offerti. Sul tema, tenuto conto della competenza concorrente di altre Autorità amministrative tra cui “The Consumer Product Safety Commission” e “The Food and Drug Administration”, si registrano solo poche pronunce con le quali la FTC ha accertato la scorrettezza di una pratica commerciale.

Tra queste si segnala il caso *International Harvester*¹⁵⁹ del 1984 nel quale l'Agenzia definì come scorretta ai sensi della Sezione 5 del Federal Trade Commission Act l'omessa informazione dei possibili pregiudizi fisici associati

¹⁵⁶ *Funeral Industry Practices, Trade Regulation Rule*, 1982, vol. 50.

¹⁵⁷ Si precisa che prima del Regolamento della FTC, le industrie attive nel mercato dei servizi funebri erano solite offrire soltanto i così detti pacchetti tutto compreso non lasciando al consumatore la possibilità di scegliere singoli beni o determinati servizi. Sul punto cfr. MARY DEE PRIDGEN, *FTC Law of Unfair and Deceptive Trade Practices*, cit., capitolo 9.14 p. 2.

¹⁵⁸ *Funeral Industry Practices, Trade Regulation Rule*, 1982, vol. 51.

¹⁵⁹ *The International Harvester Company* (dal 1984 Navistar International Corporation) è una grande società statunitense attiva nel mercato della produzione di macchinari e veicoli agricoli.

all'uso dei veicoli prodotti dalla società¹⁶⁰. Più nel dettaglio, la FTC accertò che “il mancato chiarimento del rischio di fuoriuscita di carburante ustionante dai serbatoi dei veicoli agricoli aveva impedito ai consumatori¹⁶¹ di adottare adeguate misure di sicurezza. L'omessa comunicazione di informazioni relative alla sicurezza dei prodotti fu oggetto di un'ulteriore pronuncia dell'Agenzia statunitense nel caso *Beck's North America*¹⁶². Il procedimento aveva ad oggetto la diffusione di una campagna pubblicitaria “che ritraeva giovani ragazzi che consumavano alcohol durante un'escursione in barca”.

Secondo quanto sostenuto dall'Agenzia “pubblicizzare il consumo di bevande alcoliche da parte di ragazzi a bordo di una barca in navigazione senza curarsi di rappresentare, altresì, le idonee misure di sicurezza - quale ad esempio la necessità di indossare i giubbotti di salvataggio – poteva essere interpretato come un invito a disattendere le regole di prudenza necessarie a evitare un pregiudizio alla salute del consumatore”¹⁶³.

- Clausole contrattuali e condotte post-vendita:

Un'ultima categoria di pratiche commerciali ritenute scorrette ai sensi della Sezione 5 del FTC Act è rappresentata dalle clausole inserite nei contratti conclusi con i consumatori nonché da talune attività post-vendita realizzate dal professionista. In proposito, i principali procedimenti avviati dalla FTC al fine di accertare “unfair contract clauses” hanno riguardato i) “pratiche attraverso le quali i professionisti “richiedevano ai consumatori il pagamento del prezzo del prodotto in un periodo eccessivamente precedente la consegna della merce”¹⁶⁴; ii) “la consegna di merce qualitativamente inferiore a quella acquistata dal consumatore”¹⁶⁵; iii) “la mancata restituzione della somma versata dal consumatore a titolo di deposito nel caso di mancata consegna della merce”¹⁶⁶.

¹⁶⁰ Federal Trade Commission, caso *International Harvester Company*, 1984, vol. 104, p. 949.

¹⁶¹ Si fa riferimento agli acquirenti di veicoli agricoli prodotti dalla società Harvester i quali durante l'utilizzo di tali beni subirono rilevanti danni fisici che portarono in alcuni casi alla morte del soggetto.

¹⁶² Federal Trade Commission, caso *Beck's North America*, 1999, C-3859, p. 12.

¹⁶³ Federal Trade Commission, caso *Beck's North America*, 1999, cit. Il procedimento non si è concluso con l'accertamento della scorrettezza della pratica in esame tenuto conto dell'impegno della società a porre fine alla diffusione del messaggio pubblicitario esaminato dalla FTC.

¹⁶⁴ Cfr. Federal Trade Commission, caso *In re Moye*, 1954, vol. n. 50, p. 926.

¹⁶⁵ Federal Trade Commission, caso *Tri-State Printers*, 1957, vol. 53, p. 1019.

¹⁶⁶ Federal Trade Commission, caso *Jay Norris Corp. et al.*, 1978, vol. 91, p. 751.

Al fine di evitare la diffusione del fenomeno delle clausole contrattuali scorrette la Federal Trade Commission approvò nel 1975 il così detto “Mail Order Merchandise, Statement of Basis and Purpose”. Si trattava di un documento volto a regolare sotto il profilo temporale la consegna dei beni acquistati dai consumatori e gli eventuali diritti di questi ultimi a chiedere il rimborso della merce difettosa o non pervenuta¹⁶⁷. Le regole contenute nel suddetto *Statement* prevedono, oltre all’immediata attivazione dei servizi oggetto del contratto, che il professionista sia capace di spedire la merce acquistata dal consumatore entro 30 giorni successivi al ricevimento dell’ordine o comunque entro un ulteriore, ma specifico periodo di tempo comunicato all’acquirente il quale, in quest’ultimo caso, potrà esercitare il diritto di recesso e pretendere il rimborso della somma già versata¹⁶⁸.

Le regole contenute nello *Statement* approvato dalla FTC hanno agevolato l’accertamento della scorrettezza di talune pratiche. Basti pensare al caso *Griffin Sys* del 1994¹⁶⁹ nel quale il fornitore di servizi di assistenza per automobili al fine di attrarre una maggiore clientela aveva contrattualmente previsto l’utilizzo da parte dei clienti di un numero gratuito attraverso il quale richiedere un primo soccorso stradale. Come si evince dalla lettura del provvedimento dell’Agenzia, “il servizio non era stato attivato nei termini previsti nella clausola sottoscritta dal consumatore determinando un significativo pregiudizio per quest’ultimo”¹⁷⁰.

L’interpretazione pro-consumeristica delle clausole contrattuali si ravvisa anche nel caso *Horizon*¹⁷¹ concernente la vendita di beni immobili. In particolare, l’Agenzia, ribadendo la necessità di un controllo più incisivo sulla trasparenza delle clausole contrattuali predisposte dal professionista, ha ritenuto scorretta la previsione contenuta nel contratto predisposto dalla società *Horizon* secondo la quale nel caso di mancato pagamento di una sola rata, l’acquirente-consumatore doveva rinunciare alle somme precedentemente versate per l’acquisto del bene.

¹⁶⁷ Federal Trade Commission, *Mail Order Merchandise, Statement of Basis and Purpose*, 1975, vol. 40, p. 51 ss.

¹⁶⁸ Federal Trade Commission, *Mail Order Merchandise, Statement of Basis and Purpose*, cit., p. 57 ss.

¹⁶⁹ Federal Trade Commission, *Griffin Sys*, 1994, vol. 117, p. 515.

¹⁷⁰ Federal Trade Commission, caso *Griffin Sys*, cit., vol. n. 117, p. 540 ss.

¹⁷¹ Federal Trade Commission, caso *Horizon Corp.*, 1981, vol. n. 97, p. 464 ss.

La FTC ha, dunque, definito “unfair” la pratica in esame in quanto “consentiva al venditore di trattenere una somma eccessiva rispetto al danno subito a causa dell’inadempimento del debitore”¹⁷². I contenuti in relazione ai quali individuare la scorrettezza di una clausola contrattuale furono oggetto di un ulteriore documento predisposto dall’Agenzia sebbene con specifico riferimento al settore del credito. Si tratta del *Credit Practices Rule*¹⁷³ il quale considera scorrette le clausole contrattuali che prevedano: i) la rinuncia del consumatore ad agire in giudizio contro il professionista; ii) il pagamento del prezzo del bene acquistato dal consumatore mediante trasferimento diretto del suo stipendio sul conto del creditore-professionista; iii) l’imprecisa o omissiva spiegazione dell’esatta natura e del limite della responsabilità del professionista nel caso di mancata o tardiva consegna dei prodotti acquistati dai consumatori.

Alla luce di quanto sopra esposto è chiaro che l’interesse in materia di tutela del consumatore ha indotto la Federal Trade Commission a occuparsi di differenti condotte commerciali considerate scorrette. Coercitive tecniche di vendita spesso unite a informazioni ingannevoli sono state il principale obiettivo dell’Agenzia che nel periodo storico sopra esaminato ha fatto registrare un *trend* crescente nella predisposizione di regole e nell’utilizzo delle stesse ai fini dell’accertamento delle pratiche in oggetto.

9. La Federal Trade Commission: composizione e competenze

I giuristi che in Europa si occupano di concorrenza o di tutela del consumatore dovrebbero tenere in considerazione le fonti originarie della materia in esame e, dunque, guardare alla disciplina statunitense. In particolare, accanto alle Sezioni nn. 1 e 2 dello *Sherman Act* e alla Sezione 7 del *Clayton Act*¹⁷⁴ deve annoverarsi la Sezione 5 del Federal Trade Commission Act che attribuisce alla FTC il potere di vigilare e proibire illeciti concorrenziali nonché atti o pratiche commerciali

¹⁷² Federal Trade Commission, caso *Horizon Corp.*, 1981, vol. n. 97, p. 843 ss.

¹⁷³ Federal Trade Commission, *Credit practices, Statement of basis and purpose*, 1984, vol. n. 49, p. 774.

¹⁷⁴ MARY DEE PRIDGEN, *FTC Law of Unfair and Deceptive Trade Practices*, cit., capitolo 8. p. 2. Secondo l’A., “la Sezione 1 dello *Sherman Act* assolve sostanzialmente alle stesse funzioni dell’art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea. La Sezione 7 del *Clayton Act* soddisfa i medesimi obiettivi dell’art. 2, paragrafo n. 3 del Regolamento CE del Consiglio n. 139/2004 (relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese).

scorrette. Quando Woodrow Wilson fu eletto presidente degli Stati Uniti d'America nel 1913 riuscì grazie alla collaborazione di alcuni suoi consiglieri, tra i quali Justice Louis Brandeis e George Rublee (che sarebbero stati di lì a poco nominati giudice e commissario rispettivamente alla Corte Suprema e alla FTC) a convincere il Congresso in merito alla necessità di adottare il Clayton Act e il FTC Act nel 1914¹⁷⁵.

Come noto, il Clayton Act fu principalmente mosso dalla spinta populista di regolare le pratiche anticoncorrenziali con maggiore specificità rispetto a quanto genericamente disposto dalla norme dello Sherman Act¹⁷⁶ e, soprattutto, la Sezione 7 era indirizzata a coprire la lacuna normativa che rendeva le fusioni orizzontali un'alternativa legalizzata ai trust e ai cartelli¹⁷⁷. Per quanto attiene, invece, al FTC Act, la novità più rilevante è stata la creazione della stessa Agenzia federale che inizialmente investita di esclusive competenze antitrust ha in seguito ampliato i suoi poteri al punto da rappresentare oggi “un innegabile punto di riferimento per la tutela dei diritti dei consumatori”¹⁷⁸.

- Composizione e uffici:

La FTC è composta da 5 membri ed è basata sul principio “pluralistico”, secondo il quale non più di tre commissari possono rappresentare la stessa corrente politica. Sebbene ciò implichi che la maggioranza del Collegio sia “vicina a uno stesso partito politico”¹⁷⁹, tale risultato non è affatto scontato. Alcuni commissari possono, infatti, rassegnare le dimissioni prima della scadenza del mandato settennale. Così, ad esempio, nel periodo compreso tra il 2008 e il 2010 la Commissione è stata composta da 2 repubblicani, 1 democratico e 1

¹⁷⁵ WILLIAM KOVACIC, MARC WINERMAN, *Competition Policy and the application of Section 5 of the FTC Act*, in *Antitrust Law Journal*, 2010, vol. 76, p. 942 ss.

¹⁷⁶ Ad esempio, diversamente dalle sezioni 1 e 2 dello Sherman Act (1890), il Clayton Act fa riferimento a particolari pratiche come il *tying* e gli accordi di esclusiva. Inoltre, la Sezione 2 di quest'ultimo Atto relativa alle pratiche di discriminazione sui prezzi è stata modificata e ulteriormente elaborata nel 1936 con il discusso Robinson Patman Act (di seguito anche “RPA”) il cui scopo era quello di proteggere i piccoli commercianti e i loro fornitori dalla condotta concorrenziale aggressiva di catene commerciali verticalmente integrate.

¹⁷⁷ Sebbene la Sezione 7 del Clayton Act vietasse l'acquisizione di “tutto o di parte del capitale azionario di un'altra società” non prevedeva un sistema di notifiche *ex ante* successivamente introdotto nel 1976 con l'*Hard-Scott-Rodino Act*.

¹⁷⁸ WILLIAM KOVACIC, MARC WINERMAN, *Competition Policy and the application of Section 5 of the FTC Act*, cit., p. 954 ss.

¹⁷⁹ STEPHANIE W. KANWIT, *Federal Trade Commission*, cit. capitolo 2, paragrafo 2.1. L'A. conferma che al momento tre commissari sono democratici: il Presidente Jon Leibowitz, Julie Brill e Edith Ramirez.

indipendente¹⁸⁰. Conformemente al disegno legislativo, la FTC risponde del proprio operato al Congresso chiamato a vigilare sull'attività della stessa Agenzia. E' lo stesso Congresso che dispone gli stanziamenti a favore della FTC, oltre ad avere la facoltà di modificare o destituire i membri "qualora vi sia la volontà politica"¹⁸¹.

Sebbene la FTC goda di una maggiore indipendenza rispetto alla composizione dell'Antitrust Division del Dipartimento di Giustizia (di seguito anche "**DOJ**") – organo espressamente politico in quanto parte del potere esecutivo – ciascuno dei cinque commissari è nominato dal presidente USA e successivamente confermato dal Senato¹⁸². Il dato spiega la diffusa tendenza tra gli osservatori ad accomunare FTC e DOJ e ritenere "che le politiche di *enforcement* di entrambi gli organismi oscillino considerevolmente in funzione di chi sieda alla Casa Bianca"¹⁸³. Il Presidente degli Stati Uniti d'America sceglie tra i cinque commissari colui che sarà a capo dell'Agenzia. Quest'ultimo è incaricato delle "funzioni gestionali e amministrative"¹⁸⁴, tra cui il potere di nominare i funzionari responsabili delle due principali divisioni di *enforcement* della Federal Trade Commission: il Dipartimento Antitrust (di seguito anche "**Bureau of Competition**") e il Dipartimento per la Tutela del Consumatore (di seguito anche "**Bureau of Consumer Protection**").

Ciascun commissario può disporre di uno staff composto da giuristi, economisti e altro personale qualificato. L'Agenzia è composta da diverse unità operative tra le quali è possibile ricordare: 1) Office of the Executive Director; 2) l'Ufficio del General Counsel; 3) Office of Secretary; 4) Office of the Inspector General; 5)

¹⁸⁰ Rispettivamente: William Kovacic, J. Thomas Rosch, Jon Leibowitz e Pamela Jones Harbour.

¹⁸¹ WILLIAM KOVACIC, *Congress and the Federal Trade Commission*, in *Antitrust Law Journal*, n. 57, p. 869 ss., 1988; Dello stesso Autore cfr. anche *The Federal Trade Commission and Congressional Oversight: A historical Perspective*, in *Public Choice and Regulation* 63-94, Washington D.C., a cura di Robert Mackai et al., 1987.

¹⁸² Cfr. Titolo 15 United States Code, capitolo 41. Tale norma dispone, altresì, che "i commissari possono essere rinominati dal Presidente USA dopo la scadenza del primo mandato, posto che il Senato acconsenta".

¹⁸³ WILLIAM KOVACIC, *The Modern Evolution of U.S Competition Policy Enforcement Norms*, in *Antitrust Law Journal*, n. 71, 2003, p. 377 ss.

¹⁸⁴ Cfr. Code of Federal Regulations, titolo n.16, commercial practices. Si tratta di una codificazione dell'attività normativa e regolatoria posta in essere dai dipartimenti del Governo degli Stati Uniti e dalle Agenzie Federali.

Bureau of Competition; 6) Bureau of Consumer Protection; 7) Bureau of Economics; 8) Regional offices.

- Office of the Executive Director:

Nominato dal presidente, il Direttore Esecutivo svolge un ruolo comparabile a quello del Segretario Generale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato italiana. E' il capo degli uffici della Federal Trade Commission ed è responsabile del coordinamento e della supervisione dello staff dell'Agenzia¹⁸⁵. L'Executive Director lavora a stretto contatto con i singoli Dipartimenti anche al fine di elaborare una valutazione preventiva all'avvio di un singolo procedimento istruttorio.

- Office of the General Counsel¹⁸⁶:

Il General Counsel è il capo della direzione per gli affari giuridici e il contenzioso dell'Agenzia. L'ufficio, tradizionalmente composto da avvocati, rappresenta la FTC dinanzi alle corti federali o statali e formula pareri su questioni "di diritto sostanziale o processuale"¹⁸⁷. Il General Counsel è responsabile, inoltre, del coordinamento delle relazioni con altre agenzie federali e con il Congresso nonché della valutazione dei provvedimenti legislativi che potrebbero incidere sull'attività della FTC. Per una efficiente distribuzione dei carichi di lavoro, l'ufficio è stato suddiviso in tre sezioni: i) *legal counsel*, per l'attività di consulenza dell'Agenzia in merito a questioni giuridiche; ii) *legislation*, che si occupa della formulazione dei pareri della FTC su proposte legislative attinenti a materie di competenza dell'Agenzia; iii) *litigation*, per la rappresentanza giudiziale della FTC.

- Office of the Secretary:

Il Segretario della Federal Trade Commission è responsabile dei verbali delle riunioni dell'Agenzia ed è il legale custode della documentazione istruttoria. Ciascun provvedimento adottato dalla FTC così come la corrispondenza ufficiale della stessa, deve riportare la firma del Segretario¹⁸⁸. L'ufficio è diviso in tre sezioni cui è possibile richiedere le seguenti categorie di informazioni: i) *Public reference*, presso la quale richiedere copia degli esposti, delle decisioni e di

¹⁸⁵ Code of Federal Regulations, titolo 16, § 0.10.

¹⁸⁶ Code of Federal Regulations, titolo 16, § 0.11.

¹⁸⁷ WILLIAM KOVACIC, *Congress and the Federal Trade Commission*, cit., p. 869 ss., 1988

¹⁸⁸ Code of Federal Regulations, titolo 16, § 0.12.

eventuali avvisi adottati dalla FTC; *ii*) Sezione Verbali, presso la quale ottenere pubbliche informazioni o verbali non riservati; *iii*) Sezione “libertà di informazione e legge sulla privacy”, a cui è possibile rivolgersi per ottenere chiarimenti su questioni attinenti alla riservatezza di determinati documenti.

- Office of the Inspector General:

L'ufficio dell'ispettore generale fu stabilito nel 1989 in ottemperanza all'*Inspector General Act Amendments of 1988*¹⁸⁹. L'ufficio fu creato allo scopo di favorire “l'economia, l'efficienza e l'efficacia dell'amministrazione della FTC”¹⁹⁰ e attualmente rappresenta un'unità indipendente dalla stessa Agenzia con il compito di verificare il corretto esercizio dei poteri investigativi e sanzionatori esercitati dalla Federal Trade Commission.

- The regional offices:

La Federal Trade Commission dispone di alcuni uffici localizzati in diverse aree geografiche degli Stati Uniti d'America e soggetti alla supervisione dell'Executive Director di Washington D.C.¹⁹¹. Questi “regional offices”¹⁹² hanno competenza in merito a procedimenti istruttori, accordi, attività di “educazione” dei consumatori su delega della sede centrale. Nonostante la loro competenza sia limitata a questioni di interesse statale generalmente connesse alla sede

¹⁸⁹ Code of Federal Regulations, titolo 16, § 0.13.

¹⁹⁰ Code of Federal Regulations, titolo 16, § 0.13.

¹⁹¹ Code of Federal Regulations, titolo 16, § 0.19. Per completezza, si riportano di seguito i nomi, le aree geografiche e gli indirizzi dei richiamati *regional offices*: (1) Northeast Region (located in New York City, New York), covering Connecticut, Maine, Massachusetts, New Hampshire, New Jersey, New York, Rhode Island, Vermont, and Puerto Rico. Federal Trade Commission, One Bowling Green, Suite 318, New York, New York 10004; (2) Southeast Region (located in Atlanta, Georgia), covering Alabama, Florida, Georgia, Mississippi, North Carolina, South Carolina, and Tennessee. Federal Trade Commission, Suite 5M35, Midrise Building, 60 Forsyth Street, SW., Atlanta, Georgia 30303; (3) East Central Region (located in Cleveland, Ohio), covering Delaware, District of Columbia, Maryland, Michigan, Ohio, Pennsylvania, Virginia, and West Virginia. Federal Trade Commission, Eaton Center, Suite 200, 1111 Superior Avenue, Cleveland, Ohio 44114; (4) Midwest Region (located in Chicago, Illinois), covering Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Minnesota, Missouri, Nebraska, North Dakota, South Dakota, and Wisconsin. Federal Trade Commission, 55 East Monroe Street, Suite 1860, Chicago, Illinois 60603-5701.; (5) Southwest Region (located in Dallas, Texas), covering Arkansas, Louisiana, New Mexico, Oklahoma, and Texas. Federal Trade Commission, 1999 Bryan Street, Suite 2150, Dallas, Texas 75201; (6) Northwest Region (located in Seattle, Washington), covering Alaska, Idaho, Montana, Oregon, Washington, and Wyoming. Federal Trade Commission, 915 Second Avenue, Suite 2896, Seattle, Washington 98174; (7) Western Region (located in San Francisco and Los Angeles, California), covering Arizona, California, Colorado, Hawaii, Nevada, and Utah: (i) San Francisco Office: Federal Trade Commission, 901 Market Street, Suite 570, San Francisco, California 94103; (ii) Los Angeles Office: Federal Trade Commission, 10877 Wilshire Boulevard, Suite 700, Los Angeles, California 90024.

¹⁹² Code of Federal Regulations, titolo 16, § 0.19.

dell'azienda indagata, “non è escluso un loro coinvolgimento in casi di rilevanza federale”¹⁹³.

- The Bureau of economics¹⁹⁴:

Il dipartimento in esame svolge un ruolo di consulenza per le questioni attinenti ad aspetti economici con particolare riferimento ai seguenti tre programmi: i) *The Quarterly Financial Report Program*, consistente in un'indagine statistica con cadenza trimestrale sui dati relativi al bilancio di esercizio e ai redditi dichiarati da circa 16.000 società; ii) *The Line of Business Program*, concernente la raccolta di informazioni sui risultati economici realizzati da grandi società individuate dal Bureau of economics; iii) *The Report on mergers and acquisitions program*, avente ad oggetto un'annuale compilazione di un documento che riporti dettagliate informazioni sul livello di fusioni e acquisizioni di società negli Stati Uniti. La struttura del Bureau of economics attivo anche con riferimento ad indagini conoscitive e studi sulla “prescrizione di farmaci industriali”¹⁹⁵ si articola in tre divisioni: *The Division of economic evidence*, la quale indaga e valuta possibili violazioni di legge che potrebbero determinare il sorgere di una lite giudiziaria; *The Division of industry analysis*, la quale conduce indagini economiche sulle pratiche commerciali poste in essere da determinate società; *The Division of Financial Statistics*, che si occupa della raccolta e dell'analisi dei dati finanziari dei “gruppi di società” negli Stati Uniti.

Il *Bureau of economics* supporta l'attività dei due principali dipartimenti della Federal Trade Commission il Bureau of Competition e il Bureau of Consumer protection¹⁹⁶ fornendo a questi ultimi personale specializzato per una migliore gestione delle questioni economiche.

Lo staff economico della FTC svolge, infatti, un ruolo chiave nell'attività dell'Agenzia, in quanto chiarisce al personale con formazione giuridica la rilevanza o meno di determinati dati o informazioni riguardanti la condotta commerciale di una determinata impresa. Attraverso l'utile filtro degli economisti,

¹⁹³ WILLIAM KOVACIC, *The Federal Trade Commission at 100: Into our 2nd Century*, gennaio 2009, in <http://www.ftc.gov/os/2009/01/ftc100rpt.pdf>, p. 24 ss.

¹⁹⁴ Code of Federal Regulations, titolo 16, § 0.18.

¹⁹⁵ WILLIAM KOVACIC, *The Federal Trade Commission at 100: Into our 2nd Century*, cit., p. 24 ss.

¹⁹⁶ L'attività del Bureau of Competition e del Bureau of Consumer Protection saranno di seguito approfondite.

gli organi competenti potranno valutare con maggiore chiarezza le condotte lesive o comunque idonee a determinare un pregiudizio per la concorrenza o per i consumatori.

- The Bureau of Competition:

Il *Bureau of Competition* della FTC, la cui attività è comparabile a quella esercitata dalla Direzione Generale per la Concorrenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato italiana, è il dipartimento attraverso il quale l'Agenzia esercita le sue competenze in materia antitrust. Il *Bureau of Competition* è autorizzato ad adottare le “misure necessarie a prevenire o a disporre la cessazione di eventuali illeciti concorrenziali”¹⁹⁷ assicurando la conformità delle condotte commerciali alle norme dello Sherman Act¹⁹⁸, del Clayton Act¹⁹⁹ o della Section 5 del Federal Trade Commission Act.

Pertanto, è possibile individuare tre fonti legali da cui scaturiscono obblighi giuridici in forza dei quali il Bureau of Competition e, dunque, la Federal Trade Commission²⁰⁰ è responsabile dell'*enforcement* in materia antitrust. In primo luogo, la FTC ha il potere esplicito di imporre l'applicazione del Clayton Act del 1914, come modificato dal Robinson Patman Act del 1936 (di seguito anche “**RPA**”)²⁰¹.

Questo potere è condiviso con l'Antitrust Division del Dipartimento di Giustizia, sebbene storicamente solo la FTC fosse chiamata ad assicurare il rispetto del RPA²⁰². In secondo luogo, la FTC può procedere, ai sensi della Section 5 del FTC Act, nei confronti delle imprese che abbiano adottato “metodi di concorrenza sleale”²⁰³.

¹⁹⁷ Code of Federal Regulations, titolo 16, § 0.16.

¹⁹⁸ Cfr. Titolo 15, United States Code, § 1.

¹⁹⁹ Cfr. Clayton Act, § 2. Il Bureau of Competition è chiamato a valutare eventuali discriminazioni di prezzo finalizzate a una sostanziale riduzione della concorrenza.

²⁰⁰ E' chiaro che l'attività esercitata dal *Bureau of Competition* è espressione dei poteri che il FTC Act attribuisce in generale all'Agenzia. E' questa la ragione per la quale le successive argomentazioni pur incentrate sulla specifica attività del *Bureau of Competition* saranno riferite in generale alla FTC.

²⁰¹ Cfr. Sezione 11 del Clayton Act.

²⁰² Negli anni '70 l'Antitrust Division decise che l'applicazione delle regole contenute nel RPA in materia di discriminazione dei prezzi fossero controproducenti e che la FTC divenisse di fatto il solo organo di *enforcement* in materia. Cfr. WILLIAM KOVACIC, *The Federal Trade Commission at 100: Into our 2nd Century*, gennaio 2009, cit., p. 26 ss.

²⁰³ Crr. Sezione 5 del FTC Act, “unfair methods of competition”. Come già anticipato, in materia di tutela dei consumatori, la stessa disposizione autorizza la stessa FTC a vigilare su “azioni o

In terzo luogo, la FTC è indirettamente autorizzata all'applicazione delle Sezioni 1 e 2 dello Sherman Act²⁰⁴. Tale facoltà le deriva dall'ampia formulazione della Sezione 5 del FTC Act che riguarda genericamente i metodi di concorrenza sleale²⁰⁵ più volte richiamati dall'Agenzia per descrivere determinate condotte contrarie allo *Sherman Act*. Emblematico, in tale senso, è il caso *Rambus* che la FTC avviò nel 2002 definendo come “metodo di concorrenza sleale” la condotta monopolistica tenuta dalla società statunitense attiva nel mercato dei microprocessori informatici²⁰⁶.

Con riferimento all'esercizio dei poteri riconosciuti al *Bureau of Competition* della FTC è interessante notare che anche il sistema statunitense è stato chiamato ad affrontare il problema della competenza concorrente di diverse agenzie federali²⁰⁷. Il *Bureau of Competition*, infatti, ha competenze concorrenti non soltanto con l'Antitrust Division, ma anche con altre agenzie federali, quali il Dipartimento dei Trasporti, la Federal Communications Commission e le Autorità federali nel settore bancario²⁰⁸.

Tuttavia, è il rapporto della FTC con l'Antitrust Division ad essere ovviamente fondamentale nella quotidiana applicazione delle norme antitrust. In linea teorica, entrambe le Agenzie potrebbero intervenire nella medesima controversia,

pratiche scorrette o ingannevoli”. Questa nuova formulazione è stata inserita nel 1938 dal Wheeler-Lea Act.

²⁰⁴ STEPHANIE W. KANWIT, *Federal Trade Commission*, cit., capitolo 1, paragrafo 1.3

²⁰⁵ Cfr. WILLIAM KOVACIC, *The Federal Trade Commission at 100: Into our 2nd Century*, gennaio 2009, cit., p. 27 ss.

²⁰⁶ Cfr. Federal Trade Commission, caso *Rambus Incorporated*, in www.ftc.gov, Administrative Complaint n. 9302, 18 giugno 2002. Si contestava a Rambus di aver adottato una condotta scorretta sotto il profilo concorrenziale al fine di escludere tecnologie alternative che altrimenti sarebbero state scelte dall'Organismo di standardizzazione JEDEC (associazione che rappresenta le più grandi società attive nel settore dell'elettronica).

²⁰⁷ Come sarà approfondito nel capitolo II, parte II, del presente lavoro la questione dei conflitti di competenza tra le Autorità indipendenti nell'ordinamento giuridico italiano è oggi al centro di un acceso dibattito politico e dottrinario.

²⁰⁸ Come chiarito in dottrina, cfr. MARY DEE PRIDGEN, *FTC Law of Unfair and Deceptive Trade Practices*, cit., capitolo 6, p. 2. In casi relativi a vettori ferroviari, l'autorità competente nell'ambito del Clayton Act è la Surface Transportation Board (“STB”). Nelle questioni concernenti i vettori aerei è il Department of Transportation (“DOT”). Per i casi che coinvolgono le Società di telecomunicazioni la competenza è della Federal Communications Commission (“FCC”). La Federal Reserve Board (“FRB”) gestisce casi che coinvolgono banche ed istituzioni analoghe. In linea di principio, secondo la Sezione 15 del Clayton Act, la STB, il DOT, la FCC e la FRB esercitano giurisdizione concorrente con l'Antitrust Division e le Corti USA. Tuttavia, i tribunali statunitensi hanno sviluppato un concetto di “primaria giurisdizione” secondo il quale la priorità di azione è attribuita a organismi di regolamentazione settoriale. Sul punto cfr. P. KNIPPA, *Primary Jurisdiction Doctrine and the Circumforaneous Litigant*, in *Texas Law Review*, 2007, vol. 85, p. 1289 ss.

effettuando accertamenti paralleli²⁰⁹, ma l'Autorità responsabile sarà solo quella che ha avviato l'indagine *ex officio* o a seguito di denuncia²¹⁰. Inoltre, tenuto conto che solo l'Antitrust Division può imporre l'applicazione delle norme di diritto penale dello *Sherman Act*, è chiaro che il *Bureau of Competition* della FTC tenda ad astenersi da indagini relative a illeciti concorrenziali soggetti a sanzioni penali che non sarebbe competente ad applicare.

La ripartizione di competenze in materia di fusioni è invece più delicata a causa del sistema di notifica *ex ante* disciplinato dall'Hart-Scott-Rodino Act. Nell'ambito delle concentrazioni vi sono, infatti, circostanze in cui la ripartizione di competenze non è affatto chiara. Ognuna delle agenzie è formalmente autorizzata a richiedere informazioni aggiuntive (c.d. *clearance process*) tese idealmente a propiziare una razionale ripartizione delle competenze²¹¹. Alla luce di questo "opaco sistema distributivo"²¹², ciò che rileva è l'esperienza e la competenza di ciascuna agenzia²¹³ anche se la convergenza di taluni settori industriali conseguente al progresso tecnologico rende spesso difficile accertare quale agenzia abbia un reale vantaggio²¹⁴.

Peraltro, tensioni implicite o esplicite nelle procedure di assegnazione dei casi possono talvolta essere complicate dalle divergenti *policies* perseguite dalle due agenzie²¹⁵ che possono a loro volta incidere in senso negativo sull'attuale indiscussa *leadership* degli Stati Uniti nell'arena internazionale del diritto antitrust.

²⁰⁹ Corte Suprema degli Stati Uniti, *FTC v. Cement Institute*, in *United States Supreme Court decisions*, volume 333, p. 683, 1948.

²¹⁰ STEPHANIE W. KANWIT, *Federal Trade Commission*, cit., capitolo 1, paragrafo 1.2

²¹¹ Cfr. *inter alia*, LAUREN KEARNEY PEAY, *The Cautionary Tale of the Failed 2002*, FTC/DOJ Merger Clearance Accord, in *Vanderbit Law Review*, 2007, p. 1307 ss.

²¹² STEPHANIE W. KANWIT, *Federal Trade Commission*, cit., capitolo 1, paragrafo 1.3

²¹³ Ad esempio i casi relativi al settore farmaceutico, chimico e petrolifero sono in genere assegnati alla FTC. Casi di fusioni di compagnie attive nel settore del trasporto aereo, della produzione di acciaio, dei cosmetici sono normalmente assegnati all'Antitrust Division. Sul punto cfr. LAUREN KEARNEY PEAY, *The Cautionary Tale of the Failed 2002*, FTC/DOJ Merger Clearance Accord, cit., p. 1309 ss.

²¹⁴ STEPHANIE W. KANWIT, *Federal Trade Commission*, cit., capitolo 1, paragrafo 1.3

²¹⁵ Per un resoconto circa le tensioni tra la FTC e l'Antitrust Division, cfr. K. EVERETT, *Trust issues: Will President Barack Obama Reconcile the Tenuous Relationships Between Antitrust Enforcement Agencies?*, in *Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary*, 2009, n. 29, p. 727 ss.

Ulteriori elementi discordanti possono sorgere da “gelosie istituzionali”²¹⁶ in casi di rilievo nazionale come l’acquisizione di DoubleClick da parte di Google (alla fine esaminato dalla FTC) solo per citare uno dei più significativi esempi di attrito²¹⁷. Come ha sostenuto il Commissario Kovacic “il numero delle collisioni nei processi di autorizzazione è relativamente basso [...] ma le singole collisioni sono costose per le parti e inficiano l’efficace cooperazione tra le agenzie”²¹⁸.

Si può complessivamente affermare che il rapporto tra la FTC e l’Antitrust Division, fondato su pragmatismo e reciprocità, ha garantito un livello minimo di efficacia del sistema²¹⁹.

Tuttavia, sembra esserci spazio per notevoli miglioramenti sia in termini di trasparenza che di ripartizione²²⁰ delle competenze. In tale senso, ispirandosi al modello europeo dello European Competition Network, è sempre più diffusa negli Stati Uniti l’idea di un maggiore sviluppo degli organismi di enforcement settoriali nell’ambito di una “rete domestica della concorrenza”²²¹.

In attesa di concrete riforme, il delicato rapporto tra *Bureau of Competition* della FTC e Divisione Antitrust del Dipartimento di Giustizia in tema di *enforcement* civile del diritto della concorrenza induce alcuni studiosi a porre l’accento sui diversi compiti che i due organismi dovrebbero perseguire.

Ad avviso di parte della dottrina²²² la FTC²²³ “è stata creata per essere un guardiano *ex ante* delle regole antitrust, laddove il Department of Justice sarebbe un’agenzia tesa a una valutazione *ex post*. Il FTC Act era destinato a guardare al futuro, mentre lo Sherman Act così come il Clayton Act erano considerati

²¹⁶ MARY DEE PRIDGEN, *FTC Law of Unfair and Deceptive Trade Practices*, cit., capitolo 8, p. 2.

²¹⁷ Cfr. Relazione del Commissario J. THOMAS ROSCH, *Rewriting History: Antitrust Not As We know It ... Yet*, Washington, D.C., 23 aprile 2010, in www.ftc.gov/speeches/rosch.

²¹⁸ WILLIAM KOVACIC, *Antitrust Source*, agosto 2008, in <http://www.ftc.gov/speeches/kovacic.shtm>

²¹⁹ Negli ultimi anni sembra essersi stabilita una cooperazione efficiente tra le due istituzioni. Nel 2009, ad esempio, su 716 fusioni, una o entrambe le agenzie hanno chiesto un trasferimento di competenza 92 volte, registrandosi contestazioni solo in otto casi comunque risolti in pochi giorni. Cfr. J. LEIBOWITZ, *Making the Grade? A Year at the FTC*, Washington, D.C., 21 settembre 2010, in <http://www.ftc.gov/speeches/10speech.shtm>.

²²⁰ N. AVERITT, R. LANDE, *Using the “Consumer Choice” Approach to antitrust law*, in *Antitrust Law Journal*, 2007, n. 74, p. 256 ss.

²²¹ WILLIAM KOVACIC, *Toward a Domestic Competition Network*, in *Competition Laws in conflict*, a cura di R. Epstein, M. Greve, Washington, D.C., 2004, p. 316 ss.

²²² R. J.R. PERITZ, *Toward an Expansive Reading of FTC Act § 5: Beyond the Sherman Act and Ex Post Model of Enforcement*, in *New York Law School Research Paper Series*, 27 luglio 2009, p. 2.

²²³ In particolare, si fa riferimento al Bureau of Competition.

entrambi retrospettivi”²²⁴. Si tratta di un orientamento volto a considerare la FTC come un organismo di regolamentazione *ex ante*, “autorizzato a condurre indagini di settore, pubblicare studi e allestire nuove teorie economiche sulla responsabilità per violazione del diritto della concorrenza, piuttosto che un organo esecutivo di tipo *ex post*”²²⁵.

Questo orientamento, seppur diffuso, non trova piena conferma nella realtà. La FTC possiede, infatti, diverse caratteristiche e poteri, tra cui quello di adottare *prospective injunctions*²²⁶, che confermano come l’indagine *ex post* e la condanna di comportamenti anticoncorrenziali costituiscono una parte fondamentale dell’attività dell’Agenzia. Ci si potrebbe interrogare sull’utilità di un sistema binario di autorità federali competenti per l’enforcement civile del diritto antitrust. La risposta risiede nel fatto che il sistema descritto è il risultato di scelte passate “il cui cambiamento richiederebbe eccessivi costi”²²⁷. E’ questa una delle principali ragioni per le quali il progetto di un unico organismo esecutivo antitrust negli USA è ancora ben lungi dal concretizzarsi²²⁸.

- Il Bureau of Consumer Protection:

Il Dipartimento per la tutela del consumatore vigila sugli atti o le pratiche potenzialmente scorrette o decettive ai sensi della Sezione 5 del FTC Act²²⁹. In particolare, il *Bureau of Consumer Protection* si occupa dei procedimenti amministrativi necessari ad accertare la scorrettezza o meno di condotte commerciali lesive o comunque idonee a determinare un pregiudizio per i consumatori. A tale fine, il dipartimento in esame è chiamato: i) nel rispetto di quanto previsto dal Magnusson Moss Warranty-Federal Trade Commission

²²⁴ R. J.R. PERITZ, *Toward an Expansive Reading of FTC Act § 5: Beyond the Sherman Act and Ex Post Model of Enforcement*, cit., p. 3.

²²⁵ R. J.R. PERITZ, *op. ult. cit.*, p. 3.

²²⁶ WILLIAM KOVACIC, *The Federal Trade Commission at 100: Into our 2nd Century*, gennaio 2009, in <http://www.ftc.gov/os/2009/01/ftc100rpt.pdf>, p. 26 ss.

²²⁷ J. THOMAS ROSCH, *Rewriting History: Antitrust Not As We know It ... Yet*, cit., nota 41, p. 3.

²²⁸ D. Garza, report of the American Modernization Commission, aprile 2007, http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf, p. 129. Secondo l’A., “anche se l’attribuzione dei poteri di *enforcement* in capo ad una singola agenzia creerebbe, generalmente, un organismo istituzionale migliore, i costi e la difficoltà di cambiare sistema, a questo punto, sarebbero verosimilmente più alti dei guadagni”. Altri autori riconoscono taluni aspetti positivi all’attuale sistema del doppio binario FTC – Antitrust Division (Dipartimento di Giustizia). Sul tema cfr. ELEANOR FOX, *Antitrust and Institutions: Design and Change*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, n. 41, 2010, p. 487.

²²⁹ Code of Federal Regulations, titolo 16, § 0.17.

Improvement Act²³⁰, a fornire le regole necessarie a chiarire quando una condotta commerciale potrà essere valutata come “unfair” e dunque vietata dal FTC Act; ii) a porre in essere le azioni civili mediante le quali assicurare il rispetto da parte delle imprese indagate dei provvedimenti finali adottati dalla FTC in materia di *consumer protection*; iii) “fornire a consumatori e imprese adeguate informazioni rispettivamente volte a tutelare i loro diritti e a evitare la realizzazione di illeciti”²³¹.

Il dipartimento opera attraverso sette divisioni ciascuna con una propria area di competenza. - La divisione *Advertising Practices* tutela il consumatore da eventuali pubblicità ingannevoli o pratiche di *marketing* scorrette poste in essere da professionisti attivi nel commercio di cibi, medicinali da banco, integratori dietetici, alcolici, tabacco, prodotti high-tech²³². - La divisione Consumer and Business Education pianifica e realizza campagne informative dirette a favorire l’educazione dei consumatori e delle imprese in materia di pratiche commerciali fraudolente, decettive e scorrette. L’esercizio di queste competenze richiede una diffusione e promozione mediatica del *set* informativo predisposto dalla divisione in esame la quale si avvale di testate giornalistiche, del mezzo televisivo e radiofonico, di *partnership* con agenzie governative, associazioni di consumatori, associazioni di imprese e professionisti.

- La divisione *Enforcement* promuove dinanzi alle corti le azioni civili necessarie ad assicurare il rispetto dei provvedimenti adottati dalla FTC in materia di *consumer protection* e provvede al coordinamento dei procedimenti avviati dalla FTC con la Criminal Liaison Unit alla quale spetta l’indagine dei profili penalistici delle pratiche commerciali indagate dalla FTC.

- La divisione *Financial Practices* tutela i consumatori rispetto a pratiche scorrette o decettive realizzate nel settore dei servizi finanziari o concernenti attività di prestito, recupero crediti, consulenza in materia di investimenti di denaro.

- La divisione *Marketing Practices* si occupa principalmente di decettive pratiche di *marketing* poste in essere da società attive nel mercato *high-tech* e nel settore

²³⁰ Cfr. Sezione 15 U.S.C. §§ 2301-2312.

²³¹ MARY DEE PRIDGEN, *FTC Law of Unfair and Deceptive Trade Practices*, cit., capitolo 8, p. 1.

²³² Cfr. <http://www.ftc.gov/bcp/about.shtm>.

delle comunicazioni con particolare riguardo al *telemarketing* o all'invio ai consumatori di materiale promozionale ingannevole.

- La divisione *Planning & Information* raccoglie ed esamina i risultati delle attività di *enforcement* ed *education* di competenza del Bureau of Consumer Protection valutando l'efficienza degli obiettivi perseguiti e gestendo le risorse a disposizione. La divisione è inoltre coinvolta in vari programmi tra cui l'interlocuzione con i consumatori che hanno presentato un esposto e il coordinamento dell'attività del dipartimento con Agenzie competenti in merito alle questioni oggetto di indagine.

- La divisione *Privacy and Identity Protection* esercita un'attività di controllo volta a garantire il rispetto della privacy dei dati finanziari dei consumatori. A tale scopo, la divisione conduce le opportune indagini e provvede alla redazione di *report* e documenti informativi che, da un lato, diano conto della normativa vigente, dall'altro forniscano utili linee-guida ai consumatori e alle imprese.

10. La procedura seguita dalla Federal Trade Commission

Come chiarito dal Titolo 16 del *Code of Federal Regulations*²³³ un procedimento istruttorio può essere avviato dalla FTC su richiesta del Presidente degli Stati Uniti d'America, su indicazione del Congresso o delle agenzie governative, su richiesta delle Corti, in seguito a un esposto di un consumatore o di un'impresa o ancora d'ufficio dall'Agenzia. La denuncia da parte di un privato o l'iniziativa d'ufficio rappresentano le cause più frequenti registrate nella prassi della FTC la quale ogni anno riceve migliaia di segnalazioni telefoniche e lettere di denuncia relative ad asserite violazioni della disciplina antitrust o del Federal Trade Commission Act²³⁴.

Sino al 1974 l'Agenzia, in ottemperanza al così detto "mailbag approach"²³⁵ tendeva a esaminare, sebbene spesso con un inevitabile difetto di completezza, tutte le segnalazioni ricevute da privati. Successivamente, preso atto dell'inefficienza e non economicità di tale sistema la FTC elaborò tre distinti

²³³ Code of Federal Regulations, titolo 16, § 2.1

²³⁴ WILLIAM KOVACIC, *The Federal Trade Commission at 100: Into our 2nd Century*, gennaio 2009, in <http://www.ftc.gov/os/2009/01/ftc100rpt.pdf>, p. 26 ss.

²³⁵ STEPHANIE W. KANWIT, *Federal Trade Commission*, cit., capitolo 1, paragrafo 1.3.

criteri da utilizzare per la scelta della questioni meritevoli di indagine. Il primo criterio attiene: i) all'area geografica in cui è stata realizzata l'asserita pratica commerciale scorretta; ii) alla rilevanza economica della stessa. Il secondo coinvolge l'impatto della pratica sui consumatori o sui competitor²³⁶. Il terzo criterio concerne una valutazione in termini di costi/benefici dell'avvio dell'analisi di una determinata questione.

In particolare, l'Agenzia valuta la convenienza dell'avvio di un determinato procedimento tenuto conto delle necessarie risorse da impiegare, di una possibile competenza concorrente di un altro organismo pubblico, dell'opportunità di ottenere il medesimo risultato attraverso un'azione legale dinanzi a una Corte. Secondo l'orientamento maggioritario della dottrina²³⁷, con riferimento al primo dei criteri sopra citati, l'avvio di un'indagine istruttoria dovrebbe essere valutata alla luce dell'incidenza geografica della pratica in esame e del volume di affari dell'impresa.

L'impatto su consumatori e sui competitor andrebbe, invece, misurato in termini di danno economico determinato dalla pratica. Da ultimo, la possibilità di assicurare un'adeguata tutela della concorrenza o del consumatore attraverso un'azione promossa da un privato dinanzi a una corte assume un certo rilievo nelle considerazioni preventive che la FTC è chiamata a formulare.

Infatti, nell'ipotesi in cui “sussistano i presupposti necessari all'avvio di un procedimento giurisdizionale”, difficilmente si procederà all'avvio di un'indagine istruttoria da parte della FTC²³⁸. Come si evince dall'analisi del titolo n. 16 del Code of Federal Regulations²³⁹ le indagini condotte dall'Agenzia si articolano in due fasi. Un'indagine così detta “preliminare”, comparabile all'indagine preistruttoria utilizzata in Italia dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'ambito della quale viene valutata “la consistenza”²⁴⁰ degli elementi che dovrebbero comprovare la potenziale scorrettezza di una pratica commerciale.

²³⁶ Con riferimento ai consumatori, la FTC dovrebbe valutare l'impatto della pratica alla luce del pericolo determinato da quest'ultima per la salute o sicurezza del consumatore. Sul punto cfr. STEPHANIE W. KANWIT, *Federal Trade Commission*, cit., capitolo 2, paragrafo 2.14.

²³⁷ Tra tutti cfr. STEPHANIE W. KANWIT, *Federal Trade Commission*, cit., capitolo 2, paragrafo 2.14.

²³⁸ STEPHANIE W. KANWIT, *Federal Trade Commission*, cit., capitolo 2, paragrafo 2.14.

²³⁹ Come già chiarito il Titolo n. 16 del Code of Federal Regulations è facilmente consultabile all'indirizzo <http://www.ftc.gov/os/rules.shtml>.

²⁴⁰ STEPHANIE W. KANWIT, *Federal Trade Commission*, cit., capitolo 2, paragrafo 2.15.

In questa fase, non è richiesta una delibera del Collegio²⁴¹ che autorizzi l'avvio “della fase preliminare di un procedimento”²⁴².

L'eccezione è rappresentata da taluni settori quali ad esempio “food, drugs or cosmetics” per i quali, nelle questioni attinenti al diritto antitrust, è necessaria l'autorizzazione del Director del Bureau of Competition²⁴³ tenuto conto della necessità di un coordinamento con la divisione Antitrust del Dipartimento di Giustizia al fine di evitare duplicazioni o conflitti di competenza.

Nel caso in cui l'impresa indagata “non collabori”²⁴⁴ con gli uffici dell'Agenzia, quest'ultima, in virtù delle competenze riconosciute dal FTC Act, § 6, può esercitare ulteriori poteri investigativi trasmettendo al soggetto interessato una specifica richiesta di informazioni con indicazione di un termine perentorio per l'invio della risposta²⁴⁵.

Se al termine della descritta indagine preliminare emergono dati “rilevanti”²⁴⁶ la questione viene approfondita con l'avvio di una seconda fase così detta “piena o *seven-digit investigation* (dal numero assegnato secondo la procedura interna dell'Agenzia). Secondo la prassi della FTC, l'avvio di questa seconda fase è delegata dal Collegio al Director del Bureau of Competition o del Bureau of Consumer Protection²⁴⁷ i quali saranno chiamati a monitorare lo sviluppo delle indagini, firmando i relativi documenti e richiedendo al Collegio le autorizzazioni necessarie a completare l'istruttoria.

Al termine della seconda fase di indagine, il dipartimento competente redige e sottopone all'attenzione del Collegio un *memorandum* che riporta una sintesi del caso e le valutazioni giuridiche delle condotte esaminate. Come chiarito dagli studiosi del regolamento di procedura della FTC²⁴⁸ l'orientamento espresso dal Bureau nel richiamato *memorandum* è generalmente confermato dal Collegio, il quale nonostante la delegata funzione investigativa, segue costantemente il

²⁴¹ Con il termine Collegio si fa riferimento ai 5 commissari posti ai vertici della FTC.

²⁴² Code of Federal Regulations, titolo 16, § 2.1. In questi termini si pronuncia anche STEPHANIE W. KANWIT, *Federal Trade Commission*, cit., capitolo 2, paragrafo 2.15.

²⁴³ Sul punto cfr. STEPHANIE W. KANWIT, *op. ult. cit.*, capitolo 2, paragrafo 2.15.

²⁴⁴ M. M. GREENFIELD, *Consumer Law*, Little, Brown & Company, cit., p. 94 ss.

²⁴⁵ Federal Trade Commission Act, § 6, lett. b.

²⁴⁶ Cfr. *United States Court of Appeals*, FTC v. Harrell, n. 13838, 24 gennaio 1963.

²⁴⁷ La competenza dell'uno o dell'altro dipartimento dipenderà dalla materia (antitrust o consumer protection) cui attiene la questione in esame.

²⁴⁸ Cfr. tra gli altri M. M. GREENFIELD, *Consumer Law*, Little, Brown & Company, p. 94 ss.; S. W. KANWIT, *Federal Trade Commission*, cit., capitolo 2, paragrafo 2.15.

procedimento istruttorio che si concluderà, alternativamente, i) con un formale provvedimento di denuncia della condotta oggetto di indagine; ii) con l'accoglimento di una proposta di impegni ritenuta idonea a far venire meno i profili di illegittimità della pratica commerciale ("consent order")²⁴⁹; iii) con un provvedimento con il quale il Collegio deliberi la "non violazione" della normativa posta a tutela della concorrenza o dei consumatori"²⁵⁰. Nell'ipotesi di denuncia della pratica commerciale indagata, l'Agenzia è competente a individuare il "rimedio necessario a porre fine o quantomeno a compensare il pregiudizio subito dal consumatore"²⁵¹.

La FTC potrà, dunque, agire nei confronti dell'impresa denunciata avviando un procedimento interno in forza della competenza giurisdizionale attribuita dal Titolo 16, § 3.1 e ss. del *Code of Federal Regulations*.

In particolare, conclusa la fase investigativa, lo staff della FTC è autorizzato ad agire dinanzi al così detto "Administrative Law Judge" (di seguito anche "ALJ") che è un organismo interno all'Agenzia e, in rarissimi casi, può essere rappresentato da uno dei Commissari²⁵². L'ALJ è comunque tenuto a pronunciarsi in modo assolutamente imparziale rilasciando, in via preliminare, un'*Initial Decision* nella quale vengono chiariti i fatti in causa e i punti di diritto e, in seguito, adottando un provvedimento finale con il quale delibera la cessazione delle pratiche contestate (*cease and desist order*) ovvero il rigetto della denuncia²⁵³.

²⁴⁹ Il regolamento di procedura della FTC attribuisce alle imprese sottoposte alle indagini la possibilità di presentare una proposta di impegni che ove valutata positivamente dall'Agenzia determinerà la chiusura del procedimento senza accertamento dell'infrazione. Cfr. *Code of Federal Regulations*, titolo 16, § 2.31 "*any individual, partnership, or corporation being investigated shall be afforded the opportunity to submit through the operating Bureau or Regional Office having responsibility in the matter a proposal for disposition of the matter in the form of a consent order agreement*". Nella prassi, la formulazione del *consent order*, che viene sottoposto all'Agenzia in composizione collegiale per la finale approvazione, non proviene dall'offerta unilaterale dei privati, ma piuttosto è il frutto di intense negoziazioni tra questi e il personale delle direzioni istruttorie della FTC.

²⁵⁰ *Code of Federal Regulations*, Titolo 16, § 2.1 ss.

²⁵¹ In questi termini si è espressa la *Corte Suprema degli Stati Uniti*, caso *Jacob Siegel Co. v. Federal Trade Commission*, in *U.S. Supreme Court cases*, 1946, vol. 327, p. 608.

²⁵² Ad esempio il Commissario Rosch fu designato da altri 3 Commissari ad assolvere le funzioni di ALJ nel caso *Inova Fondazione/PWHS*. In quell'occasione Rosch non partecipò al procedimento di adozione della denuncia né, ovviamente, avrebbe preso parte a un eventuale appello nell'ipotesi di ricorso avverso la decisione adottata in qualità di ALJ.

²⁵³ MARY DEE PRIDGEN, *FTC Law of Unfair and Deceptive Trade Practices*, cit., chapter 12, p. 1 ss.

Contro la decisione dell'ALJ, le parti possono proporre ricorso dinanzi al Collegio dei Commissari. Sebbene questi ultimi non partecipino direttamente alla fase istruttoria è legittimo domandarsi se il meccanismo descritto assicuri l'effettiva imparzialità nella fase di appello. Numerose statistiche elaborate tra il 1983 e il 2007, hanno contribuito a confermare alcune delle accuse di parzialità. In particolare, queste sembrano suggerire che “ad eccezione dei casi di controllo delle concentrazioni tra imprese, i Commissari che agiscono quali giudici di appello sostengono le accuse di violazione delle norme antitrust o di protezione dei consumatori”²⁵⁴.

Tuttavia, come rilevato da taluni autori²⁵⁵, “nonostante il concreto rischio di parzialità dei Commissari, la decisione finale potrà comunque essere impugnata dinanzi a una delle Corti Federali statunitensi²⁵⁶ e in ultima istanza davanti alla Corte Suprema²⁵⁷. Sebbene fondato, il suddetto orientamento sembrerebbe tralasciare i conseguenti costi pubblici e privati, unitamente ai ritardi, che deriverebbero da una eventuale impugnazione della delibera del Collegio della FTC.

Da ultimo, è interessante notare come il Federal Trade Commission Act o lo stesso *Code of Federal Trade Regulations* non prevedono alcuna azione che i privati possono esperire al fine di ottenere il ristoro dei danni determinati da una pratica commerciale scorretta²⁵⁸.

Si tratta di una differenza fondamentale rispetto al sistema di *enforcement* previsto in materia antitrust dallo *Sherman Act* e dal *Clayton Act*. Basti pensare alla Sezione 4 del Clayton Act il quale riconosce ai privati danneggiati da una violazione delle norme concorrenziali il diritto di agire in giudizio per ottenere un risarcimento che può arrivare a coprire “il triplo del danno subito”²⁵⁹.

²⁵⁴ Cfr. Douglas Melamed, “Comments” inviati alla FTC il 14 ottobre 2008, in <http://www.ftc.gov/os/comments/section5workshop/537633-00004.pdf>, p. 14 ss.

²⁵⁵ Tra gli altri cfr. STEPHANIE W. KANWIT, *Federal Trade Commission*, cit., chapter 9.1.

²⁵⁶ Il ricorso può essere presentato presso la Corte d'Appello nella cui giurisdizione il ricorrente risiede o esercita la propria attività o dove è stata posta in essere la pratica commerciale contestata. Cfr. Titolo 15, § 45, United States Code.

²⁵⁷ B. HOFFMAN, S. ROYALL, *Administrative litigation at the FTC: Past, Present and Future*, in *Antitrust Law Journal*, 2003, vol. 71, p. 319 ss.

²⁵⁸ B. HOFFMAN, S. ROYALL, *Administrative litigation at the FTC: Past, Present and Future*, op. ult. cit., p. 319 ss.

²⁵⁹ Cfr Clayton Act, cit., Sezione 4.

In realtà, un'attenta lettura dello *United States Code* (di seguito anche "U.S.C.")²⁶⁰ rivela come la FTC sia competente a esperire, in favore dei privati, talune azioni dinanzi alle Corti Federali. Nel dettaglio, La Sezione 15 del citato U.S.C. attribuisce all'Agenzia: i) il potere di chiedere la restituzione di somme indebitamente pagate dai consumatori destinatari di pratiche commerciali scorrette; ii) la rescissione dei contratti sottoscritti e oggetto della condotta commerciale ritenuta "unfair"²⁶¹.

L'impegno della FTC a recuperare i guadagni illecitamente ottenuti dalle imprese denunciate è stato spesso criticato in ragione del fatto che lo stesso metterebbe a rischio il ruolo dell'Agenzia quale organo di *enforcement* dal carattere puramente "forward-looking"²⁶².

Preso atto delle criticità manifestate, la FTC pubblicò nel 2003 un documento di *policy* con il quale si impegnò a limitare tali azioni pro-consumeristiche²⁶³ alle ipotesi in cui "la violazione sia chiara; sussista una base ragionevole per determinare l'importo da restituire"²⁶⁴.

²⁶⁰ Cfr., in particolare, il Titolo 15 dello United States Code, § 57, lett. b.

²⁶¹ Sono state le Corti Federali ad avere effettivamente confermato questi poteri in capo alla FTC. Sul punto cfr. E. ELHAUGE, *Disgorgement as an Antitrust Remedy*, in *Antitrust Law Journal*, 2009, vol. 76, p. 5 ss.; R. PITOFKY, *Antitrust at the Turn of the Twenty-First Century: The Matter of the Remedies*, in *Georgetown Law Journal*, 2002, vol. 91, p. 181 ss.

²⁶² Cfr. le dichiarazioni del Commissario Thomas Leary nel caso FTC v. Mylan, in FTC file n. X990015, punto 7.

²⁶³ Si fa riferimento ai richiamati interventi giudiziari volti ad ottenere: 1) la restituzione di somme di denaro illecitamente percepite per effetto di una pratica commerciale scorretta; 2) la rescissione dei relativi contratti.

²⁶⁴ Cfr., FTC, Policy 2003, in www.ftc.gov.

Parte II

Il recepimento nell'ordinamento nazionale

1. Il recepimento della Direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano

La disciplina comunitaria in materia di pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori è stata recepita nel nostro ordinamento attraverso i Decreti Legislativi n. 145 e 146 del 2 agosto 2007 e gli articoli 2, 4 e 8 del D.Lgs. 23 ottobre 2007, n. 221. La legge comunitaria del 2005²⁶⁵ delegava al Governo l'adozione dei decreti legislativi contenenti le disposizioni necessarie per attuare una serie di direttive comunitarie, elencate negli allegati A e B alla legge medesima, tra le quali anche la Direttiva 2005/29/CE.

Tuttavia, la stessa legge comunitaria non forniva al legislatore italiano principi e criteri specifici per il recepimento della Direttiva²⁶⁶.

Questa delega, “quasi in bianco”²⁶⁷, è stata esercitata dal Governo con i D.Lgs. n. 145 e n. 146 del 2 agosto 2007. Il primo²⁶⁸, contiene la disciplina generale della pubblicità ingannevole e comparativa e, dunque, anche le norme di recepimento della Direttiva 84/450/CEE. Il secondo²⁶⁹, invece, modifica gli articoli 18 e seguenti²⁷⁰ del D.Lgs. 206/2005 (di seguito anche “**Codice del consumo**”) introducendo nell'ordinamento nazionale la disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

Si fa presente come entrambi i suddetti provvedimenti siano entrati in vigore il quindicesimo giorno successivo alla relativa data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale - avvenuta il 6 settembre 2007 - dal momento che il legislatore italiano ha deciso di non avvalersi della facoltà di differire l'entrata in vigore della

²⁶⁵ Legge 25 gennaio 2006 n. 29, pubblicata in *Supplemento ordinario* n. 34 alla *G.U.* n. 32 dell'8 febbraio 2006.

²⁶⁶ G. DE CRISTOFARO, *Il “cantiere aperto” codice del consumo: modificazioni e innovazioni apportate dal D.Lgs 23 ottobre 2007 n. 221*, in *Studium iuris*, 2008, p. 265 ss.

²⁶⁷ G. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 265 ss

²⁶⁸ D.Lgs. 145 del 2 agosto 2007 recante “*L'Attuazione dell'articolo 14 della Direttiva 2005/29/CE che modifica la Direttiva 84/450/CE sulla pubblicità ingannevole*”.

²⁶⁹ D.Lgs. 146 del 2 agosto 2007 contenente la normativa in materia di “Attuazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/Ce, 98/27/CE, 2002/65/CE e il Regolamento (CE) n. 2006/2004”.

²⁷⁰ Più nel dettaglio il D.Lgs 146/2007 sostituisce gli articoli da 18 a 27 del Codice del consumo che originariamente prevedevano la disciplina della pubblicità ingannevole.

normativa attuativa fino al 12 dicembre 2007²⁷¹. Pur non essendo oggetto del presente lavoro è utile un breve cenno alla disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa la quale è stata novellata dall'art. 14 della direttiva 2005/29/CE che ne ha circoscritto l'ambito di applicazione ai soli rapporti tra professionisti.

Tale modifica, che assume rilievo sul piano sistematico, è stata recepita dal legislatore nazionale attraverso una scissione dell'impianto normativo²⁷² a seconda della natura dei soggetti destinatari delle garanzie apprestate dalla nuova disciplina.

In tale contesto, l'ambito di applicazione delle disposizioni in materia di pubblicità ingannevole è stato limitato ai soli rapporti tra professionisti, mentre i rapporti tra questi ultimi e i consumatori risultano ormai disciplinati dal D.Lgs. 146/2007.

In seguito all'adesione del legislatore nazionale alla scelta sistematica compiuta a livello comunitario²⁷³ la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa, in quanto non più applicabile ai consumatori, è stata espunta dal Codice del Consumo trovando una nuova collocazione nel D.Lgs. 145/2007²⁷⁴. Anche alla luce di tale “*migrazione*” si è indotti a ritenere che le disposizioni contenute in quest'ultimo decreto siano destinate a valere soltanto per i messaggi pubblicitari diffusi e inviati ai professionisti.

²⁷¹ L'attuazione della Direttiva 2005/29/CE è stata successivamente completata con il D.Lgs. 23 ottobre 2007, n. 221 contenente “Disposizioni correttive ed integrative del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 – Codice del Consumo. In particolare, questo decreto legislativo per così dire “correttivo” ha, di fatto, introdotto le seguenti modifiche/integrazioni al testo del codice del consumo: a) L'articolo 4 del D.Lgs n. 221/2007 ha modificato la rubrica del Titolo III della Parte II del codice del consumo, che adesso è intitolato “Pratiche commerciali”, pubblicità e altre comunicazioni commerciali; b) L'articolo 8 del D.Lgs n. 221/2007 ha sostituito il comma 2 dell'articolo 57 (fornitura non richiesta), rendendo omogenei i richiami normativi nonché la stessa formulazione testuale ai quali si considerano soggette sia le forniture previste dall'articolo 57 Codice del consumo sia quelle previste dall'articolo 67 *quinquies decies* del medesimo codice (Servizi non richiesti); c) L'articolo 2 del D.Lgs n. 221/2007 ha inserito nell'elenco dei diritti riconosciuti ai consumatori e agli utenti “come fondamentali”, contenuti nell'articolo 2, comma 2, del Codice del consumo, il diritto “all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà”, ora contenuto nella lettera c-bis) del medesimo articolo.

²⁷² E. FRENI, *Pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole: il ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2008, p. 5.

²⁷³ P. AUTERI, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette, Attuazione e impatto sistematico della Direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008, p. 19 ss.

²⁷⁴ S. CICCARELLI, *La tutela del consumatore nei confronti della pubblicità ingannevole e delle pratiche commerciali scorrette ex D.lgs. n. 146/2007*, in *Giur. Merito*, 2008, VII-VIII, p. 1820.

In realtà, la nozione di pubblicità ingannevole, non essendo stata oggetto della modifica introdotta dalla Direttiva 2005/29/CE, continua a qualificare come ingannevole *«qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione, induca in errore o possa indurre in errore le persone alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, dato il suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il comportamento economico di dette persone o che, per questo motivo, leda o possa ledere un concorrente»*. Il legislatore comunitario²⁷⁵ ha, pertanto, preferito mantenere il generico riferimento alle “persone” e ai “concorrenti” quali potenziali destinatari del messaggio pubblicitario ingannevole.

Tale scelta sembra essere il frutto di una tendenziale sovrapposizione tanto a livello comunitario²⁷⁶, quanto a livello nazionale²⁷⁷ delle discipline rispettivamente volte a tutelare i professionisti (disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa) e i consumatori (disciplina della pratiche commerciali sleali)²⁷⁸.

La scissione del precedente unitario apparato normativo a tutela della correttezza delle comunicazioni commerciali dirette al mercato, pone, infatti, il problema della esatta delimitazione dei confini delle due discipline e dei rispettivi ambiti applicativi. Basti pensare che i Decreti Legislativi nn. 145 e 146 del 2007 non chiariscono le eventuali interferenze nell'applicazione dei due complessi normativi, limitandosi unicamente ad una distinzione teleologica delle tutele rispettivamente garantite²⁷⁹.

E' evidente che una comunicazione commerciale ingannevole sia suscettibile di integrare una fattispecie pluri-offensiva in grado di ledere tanto i consumatori,

²⁷⁵ Il generico riferimento a persone e concorrenti è confermato nella versione codificata della direttiva sulla pubblicità ingannevole e comparativa: cfr. l'art. 2, lett. b), direttiva 2006/114/CE. La medesima nozione di pubblicità ingannevole è contenuta nel D.lgs. 145/2007, art. 2, lett. b).

²⁷⁶ Cfr. la direttiva 2005/29/CE e la direttiva 2006/114/CE.

²⁷⁷ Cfr. il D.lgs. n. 145/2007 e il D.lgs. n. 146/2007

²⁷⁸ Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino, 2007, p. 292. Secondo l'A. «l'interesse tutelato non è un elemento discriminante al fine di giustificare due distinte tipologie di intervento normativo. Elemento discriminante sembra, invece, essere quello di carattere strutturale costituito dalla dimensione giuridica del fatto regolato: la disciplina c.d. a tutela dei consumatori regola rapporti preparatori in senso ampio o negoziali in senso stretto tra consumatori e professionisti; la disciplina c.d. a tutela del mercato regola l'attività d'impresa in quanto tale.

²⁷⁹ P. AUTERI, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. Genovese, cit., p. 21.

quanto i professionisti concorrenti²⁸⁰. La scorrettezza nelle comunicazioni commerciali, in quanto mezzo idoneo ad alterare le dinamiche competitive del mercato, determina, salvo casi eccezionali²⁸¹, una violazione di entrambi gli ordini di disciplina.

In assenza di linee guida che consentano di risolvere l'interferenza in esame, è plausibile ritenere che nell'ipotesi non infrequente, in cui ricorrano i presupposti normativi posti a base delle relative fattispecie²⁸² andrebbe avviato, per ragioni di economia procedurale, un solo procedimento istruttorio. La prassi dell'Autorità conferma tale orientamento limitandosi ad un'applicazione esclusiva del D.lgs. 145/2007 nei soli casi di pubblicità ingannevole *business to business*²⁸³.

Tuttavia, occorre pur sempre individuare quale disciplina debba ritenersi prevalente e come tale applicabile in modo unitario e assorbente. In tal senso, si discute in dottrina sull'«*an*» e sul «*quomodo*» relativi all'istituzione fra i due decreti di un rapporto di specialità. Secondo taluni autori²⁸⁴, è possibile configurare un rapporto di specialità e di reciproca esclusione tra le fattispecie contemplate nei decreti.

L'avvio di un'istruttoria *ex art.* 27, comma 3, Codice del consumo, nonché ai sensi dell'art. 6 del «Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette»²⁸⁵ ha efficacia assorbente rispetto alle ragioni che potrebbero indurre l'Autorità ad avviare un parallelo procedimento *ex art.* 6 del «Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita»²⁸⁶ e viceversa.

²⁸⁰ Un messaggio pubblicitario idoneo ad alterare indebitamente le scelte economiche dei consumatori, danneggia anche i concorrenti che si vedono privati di una clientela effettiva o potenziale con mezzi diversi dalla normale concorrenza. Sul punto cfr. G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, cit., p. 293.

²⁸¹ Una delle possibili ipotesi di applicazione autonoma del D.lgs. 145/2007 è rappresentata dalla pubblicità ingannevole per denigrazione. Questa, costituisce una fattispecie monoffensiva in grado di ledere unicamente la reputazione del concorrente.

²⁸² Si fa riferimento alle discipline in materia di pubblicità ingannevole e comparativa e di pratiche commerciali scorrette (o sleali, secondo la dizione comunitaria).

²⁸³ Cfr. AGCM, PB103, provv. n. 19193, *Nova Channel – Elenco Medici e Terapeuti*, 26 novembre 2008, in Boll. n. 45/2008.

²⁸⁴ In particolare cfr. A. GENOVESE, *L'enforcement e le tutele*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Padova, 2008, p. 218 ss.

²⁸⁵ AGCM, provv. n. 17589, 15 novembre 2007, in G.U. n. 283 del 5 dicembre 2007.

²⁸⁶ AGCM, provv. n. 17590, 15 novembre 2007, in G.U. n. 283 del 5 dicembre 2007.

In entrambi i casi, infatti, identica è la procedura istruttoria seguita dall'Autorità. Secondo un altro orientamento dottrinario²⁸⁷ andrebbe sostenuta la tesi del “*rilevato cumulativo*” delle due discipline sull'assunto che sarebbe difficile negare che una pratica commerciale scorretta ai sensi del Codice del consumo non possa astrattamente rilevare anche come pubblicità lesiva degli interessi dei concorrenti ex D.Lgs. 145 del 2007.

Sebbene condivisibile, il rilievo cumulativo delle due discipline presta il fianco ad un'evidente critica. Questo, infatti, determinerebbe, da un lato, l'avvio di un procedimento parallelo, dall'altro, il possibile cumulo di sanzioni, che alla luce della parziale coincidenza del campo di applicazione dei decreti si rivelerebbero contrari a ragioni di economia procedurale con conseguente violazione del principio del *ne bis in idem*²⁸⁸.

2. Pratiche commerciali scorrette e Codice del consumo

Come già anticipato²⁸⁹ le disposizioni di recepimento degli articoli 1-13 della Direttiva 2005/29/CE sono state inserite nel Codice del consumo (articoli 18-27 *quater*)²⁹⁰. Si tratta di uno dei più significativi interventi sul testo originale del Codice del consumo che conferma la vocazione di quest'ultimo a rappresentare una “codificazione sempre viva e in divenire non solo destinata a raccogliere l'esistente, ma anche a costituire un contenitore in cui possano trovare ingresso le successive disposizioni rilevanti in tema di diritti dei consumatori”²⁹¹.

Tuttavia, nonostante la portata di quest'ultima modifica, il Codice del consumo non muta la sua *ratio* che è quella di costituire un *corpus* normativo unico che raccolga le disposizioni nazionali in tema di diritti dei consumatori, e che costituisca una base unitaria per l'interprete il quale potrà ritrovare in questo non soltanto i principi generali *in subiecta materia*, ma anche utili parametri di valutazione delle condotte disciplinate.

²⁸⁷ G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa: il D.Lgs. 2007, n. 145*, in *Studium iuris*, 2007, p. 1307 ss.

²⁸⁸ P. AUTERI, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, cit., p. 22 ss.

²⁸⁹ Cfr. il precedente paragrafo 1 del presente lavoro.

²⁹⁰ Come sopra anticipato le disposizioni in materia di pubblicità ingannevole sono state espunte dal Codice del consumo e inserite in un provvedimento normativo *ad hoc*, il D.Lgs. 145/2007.

²⁹¹ F. GALGANO, *Un codice per il consumo*, in *Vita notarile*, 2007, 1, p. 2 ss.

Inoltre, come chiarito da taluni autori²⁹², le norme sulle pratiche commerciali scorrette “rafforzano ancora di più il principio ispiratore intorno al quale ruota l’intera codificazione: l’atto di consumo”.

La stessa Relazione del Governo al Codice del consumo specifica che le disposizioni contenute nel D.Lgs. n. 206/2005 sono raccolte in maniera organica intorno a questo criterio di natura oggettiva²⁹³, che “è plastico e soggetto a mutamenti”²⁹⁴.

L’atto di consumo non deve essere esclusivamente riferito alla contrattazione o alla successiva esecuzione delle obbligazioni assunte²⁹⁵, bensì comprende anche le fasi precedenti relative alla diffusione di informazioni dirette ad incidere sulla volontà del consumatore chiamato a compiere una scelta commerciale²⁹⁶.

In tale contesto, il recepimento della disciplina comunitaria in materia di pratiche commerciali sleali contribuisce a colmare talune delle lacune che la dottrina aveva individuato in seguito all’entrata in vigore della prima versione del Codice del consumo la quale era stata considerata disorganica e frammentaria, frutto di una mera riproduzione delle disposizioni esistenti²⁹⁷.

La rilevanza di norme di carattere generale che incidono sull’intero assetto della disciplina consumeristica²⁹⁸ rafforza l’identità stessa del Codice del consumo come codice di settore, che come chiarito dalla Sezione Consultiva del Consiglio di Stato²⁹⁹ “risponde a una logica affatto differente da quella delle grandi codificazioni”. Pertanto, il Codice del Consumo deve essere inteso “non come un contenitore di norme speciali, bensì di norme specializzate”³⁰⁰.

²⁹² G. DE CRISTOFARO, *Il “codice del consumo”: un’occasione perduta?*, in *Studium Juris*, 2005, p. 1137 ss.

²⁹³ Si fa riferimento all’atto di consumo.

²⁹⁴ G. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 1137 ss.

²⁹⁵ R. ROLLI, *Il “codice” e i “codici” nella moderna esperienza giuridica, il modello del codice del consumo*, in *Contratto e Impresa*, 2007, 6, p. 1496.

²⁹⁶ A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, p. 165.

²⁹⁷ R. CALVO, *Il Codice del consumo tra “consolidazione” di leggi e autonomia privata*, in *Contratto Impresa Europa*, 2006, p. 77 ss.; A. PALMIERI, *Arriva il Codice del consumo: riorganizzazione (tendenzialmente) tra addii e innovazioni*, in *Foro italiano*, 2006, V, p. 81 ss.

²⁹⁸ A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, p. 166 ss. Secondo l’A., il precetto di porre in essere pratiche commerciali improntate a lealtà e correttezza è divenuto uno dei principi cardine dell’intera disciplina posta a tutela dei consumatori.

²⁹⁹ Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, parere n. 11602/2004 adottato nell’adunanza generale del 20 dicembre 2004.

³⁰⁰ N. IRTI, *“Codici di settore”: compimento della “decodificazione”*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005, p. 19 ss.

Con riferimento alla collocazione delle disposizioni attuative degli articoli 1-13 della Direttiva 2005/29/CE all'interno del Codice del consumo, è possibile ravvisare in dottrina due distinti orientamenti. Ad avviso di taluni autori³⁰¹, tenuto conto che la nozione di pratica commerciale include qualsiasi condotta rivolta a promuovere l'acquisto di beni o servizi tra professionisti e consumatori³⁰², la sede più corretta sotto il profilo sistematico e contenutistico sarebbe stata la Parte III del Codice del consumo (intitolata "Il rapporto di consumo").

La Parte III contiene, infatti, disposizioni che investono non soltanto il contenuto e gli effetti dei contratti conclusi tra professionisti e consumatori, ma anche la fase precontrattuale specificamente attinente agli obblighi informativi.

A dispetto di tali osservazioni, il legislatore ha preferito includere la nuova disciplina delle pratiche commerciali sleali (*rectius* scorrette) nella Parte II, Titolo III rubricato "Pratiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali" che fino ad allora aveva ospitato le norme in materia di pubblicità ingannevole e comparativa.

Questa scelta sistematica è stata criticata dagli studiosi che aderiscono all'orientamento sopra citato³⁰³ che la definiscono "non coerente con gli ulteriori contenuti della Parte II" che impone ai professionisti "un insieme di regole di condotta concernenti esclusivamente la fase che precede la (possibile) conclusione di contratti con i consumatori"³⁰⁴.

Del resto, secondo l'orientamento in commento il legislatore avrebbe, altresì, trascurato quanto sancito dallo stesso art. 19, comma 1, del Codice del consumo che estende l'ambito di applicazione della disciplina in esame alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto, nonché alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese³⁰⁵.

³⁰¹ Cfr. tra gli altri P. BARTOLOMUCCI, *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice civile*, in *Rassegna di diritto civile*, 2008, p. 267 ss.

³⁰² P. BARTOLOMUCCI, *op. ult. cit.*, p. 267 ss.

³⁰³ P. BARTOLOMUCCI, *op. ult. cit.*, p. 271 ss.

³⁰⁴ G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, Giovanni De Cristofaro (a cura di), 2008, p. 64 ss.

³⁰⁵ Il riferimento alle microimprese è stato introdotto dalla recente Legge, 24 marzo 2012, n. 27, di conversione del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, cit.

L'interpretazione autentica del legislatore è invece condivisa da un'altra parte della dottrina³⁰⁶ secondo la quale una diversa collocazione sistematica avrebbe determinato il rischio di “un appiattimento della disciplina di attuazione della direttiva all'interno della categoria contrattuale”³⁰⁷.

3. Ambito di applicazione soggettivo

Sulla scia di quanto previsto dalla direttiva 2005/29/CE, la pratica commerciale rilevante ai fini degli artt. 18 ss. del Codice del consumo è quella “fra professionisti e consumatori”. In materia di diritto dei consumi, il legislatore italiano si è dunque mantenuto – come era prevedibile nel nostro sistema – lungo il solco della separazione delle relazioni *B2C* (“*Business to Consumer*”) tanto dalla disciplina del codice civile, quanto dalla regolamentazione dei rapporti fra imprenditori³⁰⁸ individuando nel Codice del consumo la sede naturale della materia in esame³⁰⁹.

La scelta sistematica compiuta dal legislatore nazionale è stata seguita qualche mese più tardi in Francia dove, in presenza di un'analogia distinzione fra codice civile e codice del consumo, l'attuazione della direttiva nel gennaio 2008 è stata limitata alle relazioni *B2C* e, anche in quel sistema, ha trovato spazio all'interno del *code de la consommation* e, più precisamente, nella parte dedicata alle informazioni ai consumatori e alla formazione del contratto³¹⁰.

In senso differente si è invece indirizzato nel novembre 2007 il legislatore austriaco, che ha incorporato e integrato la legge di attuazione della direttiva nella

³⁰⁶ Cfr. fra tutti L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali*, E. Minervini e L. Rossi Carleo (a cura di), Milano, 2007, p. 19 ss.

³⁰⁷ L. ROSSI CARLEO, *op. ult. cit.*, p. 76 ss.

³⁰⁸ G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, I, p. 841 ss.; G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa. Valore sistematico ermeneutico delle classificazioni*, in *Rivista di diritto civile*, I, 2004, p. 849 ss.; Sul punto cfr. inoltre V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra contratti commerciali e contratti dei consumatori)*, in *Giurisprudenza italiana*, 1993, IV, p. 57 ss.

³⁰⁹ G. DE CROSTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/Ce, concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2006, p. 28 ss.

³¹⁰ Cfr. le modifiche al *code de la consommation* introdotte dall'art. 39, loi n. 2008-3 3 gennaio 2008 (artt. L. 120-1 ss.). Sul punto cfr. COX - GHEUR, *La directive sur les pratiques commerciales déloyales: Analyse critique de sa transposition en droit belge et en droit français*, in *Revue Européenne de droit de la consommation*, 2008, p. 205 ss.

disciplina preesistente sulla concorrenza sleale (*Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* 1984 – UWG)³¹¹ con la conseguenza che la nozione di *unlautere Geschäftspraktik*³¹² comprende non solo la pratica adatta a influenzare, in modo sostanziale e in contrasto con i canoni della diligenza professionale, il comportamento economico del consumatore medio che essa raggiunge o al quale si rivolge; ma abbraccia altresì il comportamento sleale idoneo ad alterare in misura non irrilevante la concorrenza a svantaggio degli imprenditori (§ 1, *UWG-Novelle* 2007).

Non è possibile, in questa sede, dedicare un’analisi approfondita ai due modelli di intervento appena ricordati: ci si manterrà, pertanto, nei limiti di qualche breve cenno.

Fra questi modelli, quello che regola l’intera materia dello svolgimento corretto delle attività commerciali – anziché frazionarla a seconda delle categorie soggettive coinvolte – avrebbe il pregio, in astratto, di fornire una visione unitaria del problema³¹³, di coordinare e dunque di semplificare le possibili situazioni di sovrapposizione degli interessi ad agire (eventualmente anche attraverso la loro differenziazione), di evitare rigidi divari di tutela legati a *status* soggettivi, soprattutto qualora la distinzione fra le diverse categorie non sia agevole da tracciare.

La collocazione nel Codice del consumo della disciplina in materia di pratiche commerciali, d’altra parte, valorizza la vocazione di *consumer law* dell’intervento comunitario e la dimensione necessariamente trasversale della materia regolata (posta sul crinale fra diritto pubblico e diritto privato); spinge, inoltre, a ricercare anche nel diritto privato rimedi da affiancare, in un separato binario

³¹¹ Trattasi della *UWG-Novelle* del 13 novembre 2007. A favore di una disciplina unitaria, inserita nell’ambito della UWG, v., già prima della riforma, AUGENHOFER, *Ein “Flickenteppich” oder doch der “Große Wurf”*, in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 2005, p. 204 ss.

³¹² Si fa riferimento alle pratiche commerciali scorrette.

³¹³ In proposito cfr. le considerazioni critiche contenute nel parere del Comitato economico e sociale europeo del 29 gennaio 2004, n. 3.4.1.1., a proposito del regime della pubblicità ingannevole: “la coesistenza di due regimi giuridici differenziati per disciplinare la stessa materia – la pubblicità ingannevole – a seconda del soggetto economico interessato – impresa o consumatore – (...) [può] introdurre incongruenze e differenze nel trattamento e nella regolamentazione; tutto ciò è in contrasto con il principio di semplificazione normativa e può dar origine a una mancanza di certezza giuridica”.

giurisdizionale, alle sanzioni irrogate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato³¹⁴.

Quanto al problema dell'accertamento del requisito incentrato sullo *status* dei soggetti cui si applica la disciplina in esame, questo non pone particolari problemi quando la pratica commerciale si sia concretata nell'instaurazione di una relazione precontrattuale o contrattuale fra un determinato professionista e un consumatore. La possibilità di verificare la sussistenza del requisito testé menzionato è invece meno sicura quando la pratica si sostanzia nella pubblicità o nel *marketing*, in quanto non è agevole identificare lo *status* soggettivo del destinatario del messaggio.

4. (segue) Consumatore, professionista, prodotto

Preso atto che le norme di recepimento della Direttiva hanno trovato collocazione all'interno del Codice del consumo è utile soffermarsi sulle nozioni contenute nell'art. 18 della disciplina in esame. La norma, la cui lettura si presenta indispensabile per chi voglia confrontarsi con la materia, necessita di essere coordinata e analizzata alla luce delle ulteriori disposizioni contenute nel citato codice di settore.

Il legislatore italiano ha ritenuto opportuno riportare pedissequamente l'elenco delle definizioni sancite dall'art. 2 della Direttiva. Questa scelta seppur legittima è stata criticata dalla dottrina³¹⁵ sotto due distinti profili. Innanzitutto perché la loro riproposizione lascia immaginare che la *ratio* sia stata quella di inserire "definizioni *ad hoc* che tendano a ricostruire l'ambito di applicazione soggettivo limitandolo alla sola disciplina delle pratiche commerciali"³¹⁶.

³¹⁴ G. DE CROSTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/Ce, concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, cit., p. 28 ss.

³¹⁵ E. BARGELLI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ambito di applicazione (art. 18, lett. a) e d) e art. 19, comma 1, C. Cons.*, cit., p. 95 ss.; M. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, Torino, 2007, p. 21; S. KIRSCHEN, sub art. 18, lett. a), in *Le modifiche al codice del consumo*, E. Minervini, L. Rossi Carleo (a cura di), Torino, 2009, p. 45.

³¹⁶ S. KIRSCHEN, *op. ult. cit.*, p. 45.

In secondo luogo perché non introducendo novità rilevanti³¹⁷, determina “un’inutile duplicazione”³¹⁸ dei contenuti già previsti dall’art. 3 del Codice del consumo.

Con particolare riguardo a questo secondo aspetto, la scelta appare ancora più criticabile se si tiene conto delle caratteristiche stesse della disciplina sulle pratiche commerciali, “la quale si distingue per la sua generalità e trasversalità che accomuna tutte le fasi dell’attività di consumo nel suo profilo dinamico”³¹⁹.

Per tale ragione, sarebbe stato più utile rinviare, per quanto attiene alle definizioni di consumatore e professionista a quanto già previsto dall’art. 3 del Codice del consumo³²⁰.

Da non sottovalutare l'importanza della previsione di cui all'art. 7 della recente Legge, 24 marzo 2012, n. 27³²¹ che amplia in misura decisamente sensibile l'ambito di applicabilità del titolo III, parte II del Codice del consumo (“pratiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali”) estendendolo alle “microimprese” definite quali “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 [...]”³²².

Pertanto, anche la microimpresa potrà beneficiare della tutela amministrativa e giurisdizionale prevista dall’art. 27 del Codice di Consumo in tema di pratiche commerciali scorrette.

- Nozione di consumatore:

L’art. 18, lett. a), Codice del consumo definisce il consumatore “quale persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale,

³¹⁷ Fatte salve alcune distinzioni semantiche che, come si avrà modo approfondire, non aggiungono nulla dal punto di vista sostanziale.

³¹⁸ M. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, cit., p. 21; E. BARGELLI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ambito di applicazione (art. 18, lett. a) e d) e art. 19, comma 1, C. Cons.*, cit., p. 95 ss.

³¹⁹ F. LUCCHESI, sub art. 18, in *Codice del Consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2009, p. 8.

³²⁰ F. LUCCHESI, *op. ult. cit.*, p. 8.

³²¹ Legge, 24 marzo 2012, n. 27, di conversione del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, cit.

³²² La definizione di “microimprese” è stata inserita nell’art. 18, comma primo, lettera d-bis, Codice del consumo.

artigianale o professionale”. Al momento dell’entrata in vigore del nuovo testo dell’art. 18³²³ la definizione di consumatore presentava, rispetto a quella generale di cui all’art. 3, le ulteriori specificazioni relative “all’attività commerciale e artigianale” quali ambiti al cui interno la persona fisica “non avrebbe dovuto svolgere la sua attività per essere considerata consumatore”³²⁴.

L’iniziale difformità rispetto all’art. 3 è stata eliminata con la modifica di quest’ultima norma a mezzo del D.Lgs. n. 221 del 23 ottobre 2007³²⁵. Tuttavia, nonostante la sostanziale coincidenza del dato letterale, è utile porre, altresì, attenzione sull’inciso con il quale si specifica che il disposto di cui all’art. 18 troverebbe applicazione solo con riferimento “alle pratiche commerciali disciplinate dal presente titolo”³²⁶.

Così disponendo, il legislatore nazionale sembrerebbe manifestare l’intenzione di introdurre una nozione “speciale” di consumatore³²⁷. Se così è, devono essere rintracciate le ragioni di tale specialità rispetto al testo del richiamato art. 3, lett. a).

In realtà delle differenze sul piano lessicale, sussistono, ma non sembra possano assurgere a distinzioni apprezzabili sul piano sostanziale, “al punto da ritenere che si sia di fronte a una definizione effettivamente diversa da quella generale”³²⁸.

Inoltre, tanto l’art. 3 che l’art. 18 del Codice del consumo si riferiscono al consumatore che “agisce”, sebbene quest’ultimo – specie nella sua veste di destinatario di comunicazioni commerciali o informazioni – “è spesso un mero destinatario passivo delle attività poste in essere dal professionista”³²⁹.

³²³ Va ricordato che il D.Lgs. 146/2007 (attuativo della Direttiva 2005/29/CE) modificò il testo degli artt. 18-27 del Codice del consumo.

³²⁴ F. LUCCHESI, sub art. 18, in *Codice del Consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, cit., p. 5 ss.

³²⁵ In particolare, il D.Lgs. n. 221/2007 ha novellato il testo dell’art. 3 del Codice del consumo introducendo il riferimento “all’attività commerciale e artigianale”.

³²⁶ Cfr. art. 18, lett. a), Codice del consumo.

³²⁷ E. MINERVINI, *Dei contratti dei consumatori in generale. Appendice di aggiornamento*, Torino, 2008, p. 7 ss.

³²⁸ E. BARGELLI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ambito di applicazione (art. 18, lett. a) e d) e art. 19, comma 1, C. Cons.*, cit., p. 100 ss.

³²⁹ E. BARGELLI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ambito di applicazione (art. 18, lett. a) e d) e art. 19, comma 1, C. Cons.*, cit., p. 122 ss.

A tale riguardo, il richiamo all'agire del consumatore deve essere correttamente inteso come “possibilità per il consumatore di avviare delle trattative o concludere un contratto per finalità di carattere non professionale”³³⁰.

- Nozione di professionista:

Ai sensi dell'art. 18, lett. b) del Codice del consumo è professionista “qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista”³³¹. Non sono molto differenti le considerazioni relative alla definizione di professionista di cui al novellato art. 18.

Anche in questo caso, le modifiche contenute nella definizione speciale lasciano più dubbi che certezze³³².

Invero, al di là delle aree di attività professionale, sulle quali si è già argomentato, la modifica che merita qualche osservazione è quella relativa “a colui che agisce in nome e per conto del professionista”, riferimento che è stato inserito nell'art. 18 in luogo dell'intermediario cui fa menzione l'art. 3 del Codice del consumo. L'utilizzo dell'espressione impiegata dal legislatore del 2007 è apparsa più tecnica rispetto alla locuzione di “intermediario”³³³. Tuttavia, anche in questo caso può parlarsi di una modifica puramente terminologica alla quale non corrisponde una distinzione di concetti rilevante sotto il profilo applicativo³³⁴.

- Nozione di prodotto:

Con riferimento alla nozione di prodotto, l'art. 18, lettera c) del Codice del consumo richiama “qualsiasi bene o servizio compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni”. Anche la definizione di prodotto va letta in maniera coordinata

³³⁰ G. DE CRISTOFARO, *Il Codice del consumo*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2006, p. 762 ss.

³³¹ Secondo l'art. 3, lettera c) come modificato dal D.Lgs. 23 ottobre 2007, n. 221, “il professionista è la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario.

³³² P. BARTOLOMUCCI, *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice civile*, cit., p. 272 ss.

³³³ S. KIRSCHEN, sub art. 18, lett. a), in cit., p. 72.

³³⁴ E. BARGELLI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ambito di applicazione (art. 18, lett. a) e d) e art. 19, comma 1, C. Cons.*, cit., p. 122 ss.; S. KIRSCHEN, sub art. 18, lett. a), in cit., p. 72.

con quella generale contenuta nell'art. 3, lettera e)³³⁵ del medesimo codice rispetto alla quale introduce alcuni elementi di novità.

Innanzitutto, nel nuovo testo dell'art. 18, manca il riferimento espresso alla destinazione del prodotto. Nonostante tale silenzio, il prodotto cui si riferisce la disciplina sulle pratiche commerciali è certamente da considerarsi un prodotto di consumo³³⁶.

Per altro verso, il novellato art. 18 introduce una esemplificazione di cosa può essere considerato prodotto, riferendosi oltre che ai beni (compresi gli immobili e i servizi³³⁷) anche ai diritti e alle obbligazioni³³⁸. *Nulla quaestio* rispetto alla citata corrispondenza tra prodotto e beni immobili.

I beni in quanto tali (mobili o immobili) sono suscettibili di rientrare nella nozione di prodotto³³⁹.

Qualche perplessità è invece espressa da taluni autori³⁴⁰ con riguardo alla possibilità di configurare come prodotto “un diritto o una obbligazione”. Sembrerebbe più plausibile riconoscere che nell'ambito di un'operazione commerciale relativa all'acquisto o alla fornitura di un bene, il professionista ponga in essere una pratica sleale incidente sull'esercizio di un diritto (ad esempio ometta di informare il consumatore sull'esistenza di un diritto di recesso) o sull'adempimento di un'obbligazione derivante da contratto “piuttosto che identificare un'obbligazione o un diritto con il concetto di prodotto”³⁴¹.

³³⁵ Per un commento a tale norma, cfr. E. BELLISSARO, sub art. 3 lett. e), in *Codice del consumo*, G. Alpa, L. Rossi Carleo (a cura di), cit., p. 85 ss.

³³⁶ E. BARGELLI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ambito di applicazione (art. 18, lett. a) e d) e art. 19, comma 1, C. Cons.*, cit., p. 124 ss.

³³⁷ Tra i servizi devono essere anche ricompresi quelli finanziari cui fa espresso riferimento il considerando n. 9, il quale specifica che “a causa della loro complessità e della gravità dei rischi ad essi inerenti, per i servizi finanziari e i beni immobili occorrono obblighi particolareggiati, inclusi obblighi positivi per i professionisti. Pertanto, nel settore dei servizi finanziari e dei beni immobili, la Direttiva 2005/29/CE non pregiudica il diritto degli Stati membri di andare al di là delle sue disposizioni al fine di tutelare gli interessi economici dei consumatori.

³³⁸ L. G. VIGORITI, *Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 2, p. 523 ss.

³³⁹ L.G. VIGORITI, *op. ult. cit.*, 528.

³⁴⁰ F. LUCCHESI, sub art. 18, in *Codice del Consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, cit., p. 5 ss.; E. BARGELLI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ambito di applicazione (art. 18, lett. a) e d) e art. 19, comma 1, C. Cons.*, cit., p. 124 ss.;

³⁴¹ E. BARGELLI, *op. ult. cit.*, p. 123.

Questa definizione di natura oggettiva³⁴² insieme a quelle soggettive di consumatore e professionista valgono, dunque, a delimitare e perimetrare l'ambito di applicazione della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette che, al di là delle espresse esclusioni di cui all'art. 19 del Codice del consumo³⁴³, verrà in rilievo ogni qual volta vi sia un'operazione commerciale che coinvolga un professionista e uno o più consumatori o microimprese, relativamente a un prodotto inteso come bene o servizio suscettibile di essere utilizzato per finalità di consumo³⁴⁴.

5. Ambito di applicazione oggettivo

La nozione comunitaria di pratica commerciale sleale³⁴⁵ è stata recepita nell'ordinamento nazionale all'interno del D.Lgs. n. 206/2005, *sub* art. 20 che al comma secondo stabilisce che “una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica sia diretta a un determinato gruppo di consumatori”.

Si tratta, a ben vedere, di una sostanziale riproposizione del dettato comunitario, nonostante alcune differenze terminologiche siano comunque presenti fra i due testi citati.

Di queste si darà conto nel corso della trattazione dei singoli elementi costitutivi della fattispecie. In via preliminare, è agevole osservare che la denominazione della fattispecie è parzialmente mutata poiché è scomparso il riferimento alla slealtà, sostituito da un richiamo alla scorrettezza.

Non è chiara la *ratio* di tale scelta del legislatore interno, il quale, secondo un'opinione diffusa in dottrina³⁴⁶, “sarebbe stato ispirato dall'esigenza di evitare

³⁴² Si fa riferimento alla definizione di prodotto.

³⁴³ Cfr. art. 19, comma 4, Codice del consumo. “Il presente titolo non è applicabile in materia di certificazione e di indicazioni concernenti il titolo degli articoli in metalli preziosi”

³⁴⁴ F. LUCCHESI, *sub* art. 18, in *Codice del Consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, cit., p. 5 ss.

³⁴⁵ Cfr. paragrafo 3, p. 20 del presente lavoro.

³⁴⁶ Cfr. fra gli altri, P. BARTOLOMUCCI, *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice civile*, cit., p. 274 ss. Secondo l'A., l'aggettivo “scorrette” sarebbe stato scelto allo scopo di non interferire con la disciplina della concorrenza sleale”.

possibili interferenze con le norme del codice civile in materia di concorrenza sleale ex art. 2598 c.c.”. Se tale è stato l’intento non si può certo affermare che la scelta sia caduta sul termine più idoneo ad assicurarne la piena realizzazione. Basti pensare che ai sensi dell’art. 2598 c.c. compie atti di concorrenza sleale chiunque si avvalga di mezzi non conformi ai principi della correttezza professionale e idonei a danneggiare l’altrui azienda³⁴⁷.

Un’ulteriore, ma solo apparente, diversità rispetto al testo comunitario potrebbe essere riscontrata nella nozione di pratica commerciale scorretta contenuta nel Codice del consumo.

In particolare, a differenza di quanto sancito dalla Direttiva secondo la quale è sleale una pratica commerciale che oltre ad essere contraria alla diligenza professionale, “falsa³⁴⁸ o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio”³⁴⁹, l’art. 20 del Codice del consumo definisce scorretta “una pratica commerciale che [...] è falsa³⁵⁰ o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio.

Una interpretazione letterale della disposizione italiana di recepimento dovrebbe a rigore indurre a considerare scorretta solo una pratica falsa o comunque idonea a falsare [...]”³⁵¹.

Come rilevato da taluni autori³⁵² un esito siffatto sarebbe, tuttavia, inaccettabile tenuto conto, da un lato, che “il criterio della falsità riguarda le informazioni e le notizie divulgate nell’ambito delle pratiche commerciali e non queste ultime in sé e per sé considerate, ma anche e soprattutto perché un simile esito porrebbe la normativa nazionale in palese contrasto rispetto all’obiettivo di armonizzazione massima perseguito dalla Direttiva 2005/29/CE.

Appare, dunque, inevitabile un’interpretazione correttiva della lettera della disposizione idonea a garantire la necessaria conformità al modello comunitario di riferimento. Del resto, è palese che il legislatore italiano abbia adottato questa

³⁴⁷ P. BARTOLOMUCCI, *op.ult. cit.*, p. 275

³⁴⁸ Enfasi aggiunta.

³⁴⁹ Cfr. art. 5 della Direttiva 2005/29/CE.

³⁵⁰ Enfasi aggiunta.

³⁵¹ EZIO GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, 2010, p. 97 ss.

³⁵² P. BARTOLOMUCCI, *L’attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice civile*, cit., p. 270 ss.

differente formulazione non già in virtù di una precisa e ponderata scelta, quanto piuttosto per una mera svista dovuta alla celerità del meccanismo di recepimento della direttiva³⁵³.

L'analisi dell'ambito di applicazione della disciplina in esame richiede di procedere partendo dallo studio della condotta rilevante, ovvero dell'elemento oggettivo sul quale poggia tutta la struttura normativa. L'indagine sul punto è resa più agevole dalle definizioni fornite dalla Direttiva e dalla normativa di recepimento. In particolare, ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. d), Codice del consumo, è da considerarsi pratica commerciale fra professionisti e consumatori "qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto posta in essere da un professionista in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori"³⁵⁴.

Si tratta di un elemento costitutivo molto ampio che ben si presta a ricomprendere al suo interno condotte eterogenee che possono collocarsi in ambiti temporali distinti e ricompresi tra la fase della negoziazione sino a quella successiva alla conclusione del contratto³⁵⁵. E' evidente, in questa esplicita "latitudine temporale"³⁵⁶, l'intenzione del legislatore europeo di ampliare il più possibile l'ambito di applicazione oggettivo della disciplina, il quale non è limitato alla sola fase della contrattazione, ma si estende sino al contatto pubblicitario con cui non si è ancora instaurato tra le parti alcun tipo di vincolo giuridicamente rilevante³⁵⁷.

³⁵³ G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, cit., p. 64 ss.

³⁵⁴ Il testo della Direttiva presenta alcune differenze terminologiche che, pur se di modesta entità, vale la pena segnalare. L'art. 2, lett. d) definisce pratica commerciale: "qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori".

³⁵⁵ L'art. 3 della Direttiva nonché l'art. 19, comma 1, Codice del consumo, garantiscono la rilevanza delle pratiche poste in essere prima, durante o dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto.

³⁵⁶ G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, cit., p. 64 ss.

³⁵⁷ P. BARTOLOMUCCI, *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura*, cit., p. 954 ss. Secondo l'A., l'atto di consumo viene percepito e regolato nel suo aspetto dinamico come lo svolgersi di una serie di attività compiute sia dal professionista che dal consumatore. Quest'ultimo assume a ruolo di operatore del mercato, di soggetto capace di

Affinchè la condotta tenuta da un professionista possa essere ricompresa nella categoria delle “pratiche commerciali” occorre che questa sia posta in essere “in relazione alla promozione, vendita o alla fornitura di un prodotto ai consumatori”³⁵⁸.

Al riguardo, il testo della Direttiva si esprime in termini di “diretta connessione” escludendo la rilevanza di una generica riferibilità della pratica a finalità commerciali. La locuzione comunitaria, sebbene corretta sotto un profilo tecnico, poneva taluni problemi interpretativi non essendo immediatamente percepibile quali potessero essere considerati comportamenti “direttamente connessi” e conseguentemente a quali condotte applicare il dettato normativo³⁵⁹. In tale contesto, la scelta “sostitutiva”³⁶⁰ compiuta dal legislatore nazionale non sembra configurarsi come “una distratta traduzione del testo europeo con un’espressione meno pregevole sotto il profilo giuridico, quanto, invece, il frutto di un’attenta valutazione”³⁶¹.

Infatti, la “diretta connessione” richiede “una relazione diretta e immediata nonché oggettivamente apprezzabile”³⁶² tra il comportamento del professionista e il destinatario della condotta, escludendo in tal modo le pratiche rivolte solo in via mediata ai consumatori.

Viceversa, la scelta domestica relativa al termine “in relazione” consente di includere nel novero delle pratiche commerciali anche quelle condotte che pur oggettivamente connesse ai destinatari consumatori, non abbiano con essi una relazione immediata e diretta³⁶³.

orientare l’offerta di servizi e prodotti contribuendo a determinarne i contenuti e incidendo in maniera significativa sulle dinamiche del mercato.

³⁵⁸ Codice del consumo, art. 18, lett. d).

³⁵⁹ G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, cit., p. 64 ss.

³⁶⁰ Il legislatore italiano ha sostituito l’espressione (“direttamente connessa”) prevista dall’art. 2, lett. d) della Direttiva 2005/29/CE con la più generica “in relazione”.

³⁶¹ EZIO GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, cit., p. 97 ss.

³⁶² P. BARTOLOMUCCI, *L’attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice civile*, cit., p. 272 ss.

³⁶³ F. LUCCHESI, *Codice del Consumo, Aggiornamento: Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, G. Vettori (a cura di), p. 4 ss.; *Contra* E. BARGELLI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ambito di applicazione (art. 18, lett. a) e d) e art. 19, comma 1, C. Cons.*, cit., p. 95 ss.

Rispetto al procedimento di valutazione appena richiamato, è utile segnalare l'efficace ricostruzione effettuata dalla giurisprudenza amministrativa. Basti pensare alla pronuncia del TAR Lazio, Sez. I, 25 marzo 2009, nel caso *Enel vs AGCM*, §3.1.³⁶⁴ in cui il Collegio ha opportunamente precisato che “la lettura integrata delle applicabili disposizioni dettate dal Codice del consumo consente di affermare che l'individuabilità di una pratica commerciale “rilevante” transita attraverso l'emersione dei seguenti elementi”: 1) il comportamento posto in essere da un professionista; 2) l'esistenza di un prodotto al quale il comportamento di cui sopra sia riferibile; 3) la tensione teleologica fra il comportamento posto in essere dal professionista e il prodotto; 4) l'articolazione temporale della/e condotta/e del professionista rispetto all'intento promozionale e/o alla collocazione del prodotto sul mercato, con riferimento alla azioni concretamente poste in essere al fine di attirare le attenzioni della (potenziale) clientela sull'oggetto della commercializzazione³⁶⁵.

Quest'ultimo³⁶⁶, inoltre, deve essere destinato a un uso estraneo all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta dal soggetto acquirente o fruitore.

Tale limite³⁶⁷, impone di escludere dalla valutazione di illiceità le pratiche inerenti alla commercializzazione di beni o servizi destinati a essere impiegati esclusivamente da operatori economici³⁶⁸. L'utilizzo per così dire “privato” che la parte acquirente intende fare del prodotto, per quanto chiaro in linea teorica, porta con sé un primo ostacolo di ordine applicativo.

Come rilevato dalla dottrina³⁶⁹, risulta di estrema difficoltà per l'interprete “individuare *ex ante* la tipologia di consumo che verrà adottata dal soggetto acquirente.

³⁶⁴ TAR Lazio, Sez. I, sent. n. 8399, 25 marzo 2009, nel caso *Enel vs AGCM*, in www.giustizia-amministrativa.it

³⁶⁵ Con riferimento al caso sopra richiamato, il TAR Lazio ha chiarito che “la commercializzazione di due distinti beni, segnatamente energia elettrica e gas da parte di Enel, impone di considerare integrate due differenti fattispecie illecite”.

³⁶⁶ Si fa riferimento al prodotto oggetto di un'eventuale pratica commerciale.

³⁶⁷ Si tratta di un chiarimento connesso alla nozione di consumatore rispettivamente contenuta nell'art. 2, lett. a), Direttiva 2005/29/CE, e nell'art. 18, lett. a) del Codice del consumo.

³⁶⁸ E. BARGELLI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ambito di applicazione (art. 18, lett. a) e d) e art. 19, comma 1, C. Cons.*, p. 96.

³⁶⁹ V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, A. Genovese (a cura di),

Potrebbe, dunque, ritenersi opportuna una più ampia lettura della norma che consenta di assorbire nel concetto di pratica anche una condotta commerciale rivolta indistintamente sia ai consumatori che ai professionisti³⁷⁰. Aderendo a tale impostazione, pertanto, resterebbero espunte dalla fattispecie le condotte rivolte esclusivamente ad altri imprenditori.

6. (segue) Pratica commerciale: condotta isolata o ripetuta?

Una questione interpretativa ancora aperta dinanzi a una nozione tanto ampia riguarda il fatto costitutivo della pratica commerciale.

In sede di valutazione di taluni ricorsi presentati avverso determinati provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia di pratiche commerciali scorrette, il giudice amministrativo ha in più occasioni affrontato la questione se il fatto costitutivo della pratica commerciale, rilevante ai fini della disciplina dettata dall'art. 18 ss., Codice del consumo, possa consistere “in un comportamento isolato e occasionale del professionista, ovvero, possa o debba necessariamente trattarsi di una condotta ripetuta e costante”³⁷¹.

In un caso relativo ad alcune condotte commerciali poste in essere da società appartenenti al gruppo Enel (attivazione di forniture di energia elettrica o di gas naturale non richieste dai consumatori, campagne pubblicitarie aggressive) e ritenute “scorrette” dall'Autorità, il TAR Lazio (di seguito anche “**TAR**”) rigettò

Padova, 2008, p. 87 ss. Secondo l'A., solo in casi limite è possibile ricavare la natura professionale o privata del possibile consumo dalle caratteristiche del prodotto promosso o dalle modalità con le quali questo viene offerto sul mercato.

³⁷⁰ G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/CE. Contenuti, rationes, caratteristiche*, cit., p. 9 ss. Secondo l'A., “non è indispensabile che la prassi commerciale presenti una diretta connessione soltanto con rapporti contrattuali intercorrenti fra professionisti e consumatori. Le regole dettate dagli artt. 2-13 della direttiva si applicano anche alle comunicazioni commerciali che, essendo direttamente connesse alla promozione di beni o servizi offerti sul mercato sia ai consumatori che ai professionisti, vengono indirizzate contemporaneamente e indistintamente sia agli uni che agli altri”. Sul punto, inoltre, si consideri quanto precisato dalla Corte di Giustizia in merito alla nozione di consumatore introdotta nell'ordinamento comunitario dalla direttiva 93/13/CE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. La Corte, con sentenza del 20 gennaio, 2005, n. 464, ha ritenuto “che nel caso in cui un bene sia stato acquistato per essere destinato a un utilizzo in parte personale e in parte professionale, la disciplina a tutela del consumatore non potrà essere invocata, a meno che il soggetto non dimostri che l'uso professionale ha rivestito un ruolo assolutamente marginale nello sfruttamento complessivo”.

³⁷¹ G. SCOGNAMIGLIO, *Le pratiche commerciali sleali: Disciplina dell'atto o dell'attività*, in *20 anni di Antitrust, L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C. Rabitti Bedogni e P. Barucci (a cura di), Torino, 2010, p. 1221 ss.

la censura presentata dalla ricorrente Enel e avente ad oggetto “la sporadicità dei casi nei quali si sarebbero manifestate forme di abuso”³⁷².

Il TAR, in questo caso, ritenne che la significatività statistica del dato non fosse elemento rilevante ai fini della determinazione di una pratica commerciale aderendo in tal modo a un orientamento ormai consolidato dell’Autorità secondo il quale “rientra nella nozione di pratica commerciale scorretta ogni condotta posta in essere da un professionista prima, durante o dopo un’operazione commerciale relativa ad un prodotto o servizio, che si connoti per caratteristiche tali da poter essere astrattamente replicata nei confronti di una categoria generalizzata di consumatori a prescindere dal numero di soggetti che in concreto ne siano stati destinatari e dalle vicende contrattuali circoscritte al rapporto tra il professionista e un singolo utente”³⁷³.

Del resto, come rilevato da una parte della dottrina ³⁷⁴ favorevole all’interpretazione estensiva del concetto di “pratica” le indicazioni letterali fornite dall’art. 18, lett. d), Codice del consumo, confermerebbero la possibilità di comprendere nella nozione di pratica commerciale anche un singolo comportamento³⁷⁵.

Tuttavia, l’orientamento sopra descritto non ha suscitato il consenso unanime degli studiosi. Secondo alcuni autori³⁷⁶ il dato testuale nonché la giurisprudenza “suffragano l’opinione secondo la quale un atto episodico e isolato posto in essere da un professionista nei confronti di un consumatore non integra gli estremi della fattispecie rilevante” ai sensi della disciplina contenuta nella Direttiva 2005/29/CE e recepita nell’ordinamento giuridico italiano³⁷⁷.

³⁷² TAR Lazio, Sez. 1, 8 aprile 2009, n. 3722, p. 32, in www.giustizia-amministrativa.it

³⁷³ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, caso PS-19, *Tele 2 – Contratti a distanza*, provv. N. 18995, 16 ottobre 2008, in Boll. 39/2008.

³⁷⁴ EZIO GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, cit., p. 100 ss.

³⁷⁵ Pertanto, alla luce di questo primo orientamento può essere considerata come “pratica commerciale” tanto una singola condotta (qualsiasi “azione”, “omissione” ovvero ancora “dichiarazione”) quanto un’attività complessa che, per sua natura, si compone di singoli atti che devono susseguirsi nel tempo.

³⁷⁶ G. SCOGNAMIGLIO, *Le pratiche commerciali sleali: Disciplina dell’atto o dell’attività*, cit., p. 1221 ss.

³⁷⁷ G. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 1223. L’A. aggiunge che “sarebbe sbagliato riconoscere l’irrelevanza assoluta dell’atto isolato. Il problema, va ravvisato, dunque, nell’individuazione del *discrimen*, ossia del criterio in base al quale distinguere l’atto singolo non rilevante (in quanto episodico e accidentale) da quello invece rilevante ai fini della identificazione e repressione delle pratiche commerciali scorrette.

In proposito, con riferimento al contenuto dell'art. 18, lett. d), del Codice del Consumo, è stato chiarito, “che da un punto di vista semantico, il vocabolo “pratica” indica, così come il corrispondente (“practice”; “verhalten”; “pratique”, “práctica”) adoperato rispettivamente nella versioni inglese, tedesca francese e spagnola della Direttiva, una prassi, uno stile, una condotta tendenzialmente abituale e ripetuta nel tempo e non un atto isolato ed episodico”³⁷⁸.

Quest'ultimo orientamento, trova conferma in un'ulteriore sentenza del TAR Lazio³⁷⁹ chiamato a pronunciarsi su un provvedimento con il quale l'Autorità aveva ritenuto scorrette determinate condotte realizzate da alcuni istituti bancari e consistenti in anomalie, ritardi e “comportamenti ostruzionistici” in sede di applicazione della disciplina relativa alla così detta “portabilità dei mutui”³⁸⁰.

Come si evince dalla lettura del testo della sentenza, l'istruttoria era stata avviata in seguito alla segnalazione di un'associazione di consumatori (Altroconsumo) la quale aveva promosso un'indagine condotta con il sistema *mystery shopping*.

Con tale espressione si intende una tecnica diretta alla rilevazione della qualità dei servizi e dei prodotti offerti da un professionista, dell'idoneità delle procedure, del comportamento dei dipendenti³⁸¹. Nel caso di specie, attraverso la suddetta metodologia di indagine, erano stati elaborati dati e informazioni sulla base dei quali l'associazione dei consumatori aveva rilevato e segnalato l'inadeguatezza e la scorrettezza (in relazione alla disciplina in tema di surrogazione del mutuante) dei comportamenti degli operatori preposti agli sportelli bancari.

Il TAR Lazio ha ritenuto censurabile sia l'utilizzazione acritica, da parte dell'Autorità, dell'indagine realizzata attraverso il *mystery shopping*, sia l'assunto, fondato sulle risultanze di detta indagine, della “presenza diffusa di pratiche commerciali scorrette nel settore bancario”³⁸².

³⁷⁸ G. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 1224.

³⁷⁹ TAR Lazio, Sez. I, 6 aprile 2009, n. 3689., in www.giustizia-amministrativa.it. L'orientamento del TAR Lazio è stato confermato dal Consiglio di Stato, sent. n. 9322/2010.

³⁸⁰ Legge n. 40/2007 di conversione del D.L. n. 7/2007.

³⁸¹ La rilevazione viene effettuata in maniera anonima, per mezzo di consumatori appositamente istruiti (i così detti *mystery shoppers*) e individuati da imprese che esercitano attività di *marketing* o svolgono analisi di mercato al fine di simulare situazioni di contatto con taluni professionisti e verificare le modalità di erogazione del servizio, la capacità e la preparazione tecnica del personale preposto alla vendita dei prodotti.

³⁸² AGCM, caso Portabilità mutuo – Banca Sella, provv. 18734, 7 agosto 2008, in Boll. 31/2008

In particolare, con riguardo alla questione di nostro interesse, il giudice amministrativo ha annullato la delibera dell’Autorità ritenendo che “la mancata dimostrazione circa l’effettiva diffusione (sotto i profili quantitativo, geografico, temporale) di taluni comportamenti, pur effettivamente osservati in singole filiali, esclude che essi possano *ex se* assurgere al rilievo di “pratica” ovvero di una condotta ripetutamente posta in essere dall’operatore commerciale con carattere di apprezzabile omogeneità”.

7. Clausola generale: due orientamenti a confronto

Il fulcro³⁸³ della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette è rappresentato dal divieto sancito dall’art. 20 del Codice del Consumo. Prima di esaminare il contenuto di questa norma è bene soffermarsi sulla natura e sulla funzione della stessa.

La dottrina³⁸⁴ è concorde nel riconoscere al predetto articolo il carattere di clausola generale contenente una disposizione di principio ulteriormente declinata nelle distinte categorie di pratiche ingannevoli (artt. 21-22) e aggressive (art. 24) nonché in due rispettivi elenchi di pratiche considerate in ogni caso “ingannevoli” o “aggressive” (artt. 23 e 25).

Ad avviso di autorevoli esponenti della dottrina civilistica³⁸⁵, le clausole generali non sono né principi deduttivi, né principi di argomentazione dialettica, “*esse sono una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto senza un modello decisionale precostituito da una fattispecie normativa astratta*”³⁸⁶.

³⁸³ P. BARTOLOMUCCI, *L’attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice civile*, cit., p. 271 ss.

³⁸⁴ Cfr. fra gli altri, M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e Impresa*, 2009, p. 73 ss.; C. GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l’attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il Codice del Consumo*, cit., p. 777.

³⁸⁵ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 10; C. CASTRONOVO, *L’avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, I, p. 21 ss.

³⁸⁶ L. MENGONI, *op. loc. ult. cit.*

In base a tale definizione, le clausole generali risultano norme incomplete, sprovviste di un'autonoma fattispecie e destinate a trovare attuazione nell'ambito dei programmi normativi di altre disposizioni³⁸⁷.

In particolare, con riguardo alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, l'articolata struttura assunta dalla Direttiva 2005/29/CE e recepita dal Codice del consumo è stata evocativamente rappresentata da taluni autori³⁸⁸ ricorrendo "all'immagine geometrica dei cerchi concentrici". In particolare, nella parte centrale del cerchio si colloca la previsione generale alla quale è affidato il compito di definire le caratteristiche di una pratica commerciale scorretta, indipendentemente dalle modalità di concretizzazione della stessa.

Muovendo verso l'esterno della prescelta figura si rinvencono due più specifiche tipologie di pratiche commerciali, il cui carattere scorretto va ravvisato nell'ingannevolezza della condotta³⁸⁹ o nell'aggressività della stessa.

Ancora, proseguendo nell'analisi intrapresa, si giunge al terzo ed ultimo cerchio, all'interno del quale sono ricomprese tutte quelle condotte ritenute *ex se* sleali/scorrette sulla base di un giudizio prognostico condotto dal legislatore³⁹⁰.

Le relazioni tra le tre differenti manifestazioni di illiceità dell'agire imprenditoriale sono oggetto di un attuale dibattito tra gli studiosi della materia³⁹¹.

Secondo un orientamento maggioritario³⁹² è configurabile un rapporto di *genus a species* tra la clausola generale *ex art. 20, comma 2, Codice del consumo* e le disposizioni speciali sopra richiamate. Ciò incide sul procedimento che

³⁸⁷ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 11. L'A richiama taluni esempi di clausole generali: clausola dell'art. 1175 c.c.; la clausola del buon costume *ex artt. 1343 e 1354 c.c.*; la clausola della buona fede nell'ambito delle norme che disciplinano la formazione, l'interpretazione e l'esecuzione del contratto (*v. artt. 1337, 1366, 1375, 1385 e 1460 c.c.*).

³⁸⁸ M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 73.

³⁸⁹ Le pratiche commerciali scorrette si distinguono in azioni e omissioni ingannevoli (*artt. 21, 22, Codice del consumo*).

³⁹⁰ Si fa riferimento agli *artt. 23 e 26* (già Allegato 1 della Direttiva 2005/29/CE) rispettivamente contenenti un elenco di pratiche commerciali considerate in ogni caso "sleali" o "aggressive".

³⁹¹ Allorquando l'ordinamento giuridico si arricchisce di nuove previsioni normative, il giurista si trova chiamato a svolgere una delicata opera di sistematizzazione di queste disposizioni in modo da renderle perfettamente coerenti con il preesistente diritto positivo. In materia di pratiche commerciali sleali tale compito si è rivelato ancor più necessitato in ragione della complessa e non sempre lineare tecnica di normazione che il legislatore comunitario ha scelto di adottare. Sul punto si veda A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1999, p. 293.

³⁹² G. De Cristofaro, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il D.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 1182; C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il Codice del Consumo*, cit., p. 777 ss;

l'interprete è chiamato a seguire nella valutazione dell'eventuale scorrettezza di una pratica commerciale.

Seguendo questa prima tesi, dinanzi a ciascuna fattispecie concreta, si dovrà, in primo luogo, verificare se la pratica possa essere sussunta in una "black list" ex artt. 23 o 26 del Codice del consumo ovvero ricondotta a una delle due previsioni di cui all'art. 21 commi 3 e 4.

In caso di esito positivo, la condotta commerciale deve essere considerata scorretta³⁹³ a prescindere dal grado di incidenza della stessa sui consumatori nonché dalla sua idoneità a falsarne in misura apprezzabile il comportamento economico.

Di contro, nell'ipotesi in cui questo primo accertamento conduca a un esito negativo, occorrerà valutare la medesima condotta commerciale adoperando quali termini di riferimento i modelli "intermedi" di pratica ingannevole o aggressiva. Se la verifica ha esito positivo la pratica riconosciuta come ingannevole ex artt. 21 o 22 del Codice del consumo ovvero aggressiva ai sensi degli artt. 24, 25, Codice del consumo, andrebbe considerata come scorretta indipendentemente dal disposto dell'art. 20, comma 2 e dai parametri di valutazione forniti da quest'ultima norma³⁹⁴.

Ove, invece, anche la predetta verifica non si rivelasse utile ai fini della valutazione della pratica commerciale si renderà possibile e necessario il ricorso alla nozione generale di cui all'art. 20, comma 2, Codice del consumo³⁹⁵, la quale, pertanto, si configura essenzialmente come una "norma di chiusura dotata di

³⁹³ Nel senso della presunzione di slealtà delle suddette pratiche, cfr. A. GARDE, M. HARAVON, *Unfair Commercial Practices, Towards a Comprehensive European Consumer Policy?*, in *Revue européenne de droit de la consommation*, 2006, p. 122. Gli autori, affermano che "l'Allegato 1 della Direttiva 2005/29/CE ("Pratiche commerciali considerate in ogni caso sleali") contiene una lista esaustiva e tassativa delle pratiche commerciali che si presumono sleali, ma non chiarisce se tale presunzione debba ritenersi assoluta o relativa". Di presunzione assoluta parla P. BARTOLOMUCCI, *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice civile*, cit., p. 271 ss.

³⁹⁴ Nel senso di una presunzione *iuris et de jure* di scorrettezza della pratica commerciale ingannevole o aggressiva si esprime G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il D.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 1187; P. BARTOLOMUCCI, *op. ult. cit.* p. 278 ss.

³⁹⁵ R. INCARDONA, *La direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni*, in *Il Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2006, p. 361 ss.

funzione sussidiaria”³⁹⁶ e come tale destinata a un’applicazione piuttosto marginale³⁹⁷.

Contrariamente all’indirizzo interpretativo sopra riportato, taluni autori³⁹⁸, definiscono la clausola generale *ex at.* 20, comma 2, Codice del consumo, come “norma fondamentale dell’intera disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette, limitandosi a configurare le nozioni di pratiche ingannevoli o aggressive (artt. 21, 22, 24, 25) così come le liste contenute negli artt. 23 e 26³⁹⁹ quali mere applicazioni particolari della disposizione di principio”⁴⁰⁰.

Si tratta di una tesi che seppur autorevole e ben articolata risulta minoritaria in dottrina. Attraverso molteplici considerazioni di seguito esaminate, tale orientamento riconosce che una pratica commerciale suscettibile di essere ricondotta a una delle previsioni dell’Allegato alla direttiva (cfr. anche artt. 23 e 26, Codice del consumo) ovvero alle nozioni di ingannevolezza o aggressività, 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 professionale e/o non è suscettibile di falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio cui è rivolta.

La nozione (*rectius*: «clausola») 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 ivi utilizzate, ma anche come criterio integrativo (e eventualmente correttivo) di tali previsioni, idoneo a consentire all’interprete di sovvertire, attraverso una ponderata valutazione delle peculiari circostanze del

³⁹⁶ G. ABBAMONTE, *The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition*, in AA.VV., *The Regulation of Unfair Commercial Practices Under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law 2007, p. 20 ss.

³⁹⁷ Commissione europea, *Relazione alla proposta di direttiva*, cit. p. 14. La Commissione afferma che “probabilmente il divieto generale di cui all’art. 5, §2” (il cui testo è stato recepito dall’art. 20, comma 2, Codice del consumo) “non sarà di fatto invocato frequentemente in quanto la maggioranza dei casi rilevanti rientra nelle due categorie di pratiche commerciali ingannevoli e aggressive.

³⁹⁸ Cfr. fra tutti M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 73 ss. In senso conforme si veda Circolare Assonime, n. 80, 17 dicembre 2007.

³⁹⁹ Si fa riferimento rispettivamente alle “pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli” e “pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive”.

⁴⁰⁰ M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 74.

caso concreto, la valutazione di slealtà *prima facie* compiuta dal legislatore (comunitario e interno).

La *ratio* di tale ragionamento va anzitutto ravvisata in una critica all'utilizzo del criterio di specialità preferito dai sostenitori del ruolo "sussidiario" della clausola generale. Il principio di specialità, infatti, è uno strumento costruito per risolvere antinomie fra norme diverse, caratterizzate da parziale sovrapposizione delle fattispecie e dalla presenza di differenti discipline⁴⁰¹.

La questione logico-interpretativa posta in materia di pratiche commerciali scorrette è, invece, differente. Non si tratta di risolvere un problema di concorso tra norme diverse, bensì di costruire in modo coerente un insieme di fattispecie soggette a una medesima disciplina.

Ne consegue che il criterio interpretativo da privilegiare sarà quello della "coerenza sistematica e dunque dell'applicazione cumulativa e non esclusiva di una o altra disposizione in materia di pratiche scorrette"⁴⁰². Ciò che rileva ai fini di una migliore valutazione di una condotta commerciale non è il rapporto fra norma generale e norma speciale quanto piuttosto la relazione fra il principio generale e le disposizioni applicative (o esemplificative) dello stesso.

A dimostrazione di quanto affermato, l'orientamento in esame precisa che alcuni degli elementi previsti dalla clausola generale, in primo luogo quello della "idoneità a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio" non possono che avere portata trasversale così da trovare applicazione anche nell'ipotesi in cui una condotta commerciale possa essere già considerata ingannevole o aggressiva ai sensi degli articoli 21, 22, 24 o 25 del Codice del consumo⁴⁰³.

E' utile, inoltre, precisare, che gli studiosi che attribuiscono alla clausola generale un valore normativo centrale⁴⁰⁴ ravvisano "nell'esigenza di una maggiore certezza del diritto" la ragione per la quale le istituzioni comunitarie⁴⁰⁵ e successivamente

⁴⁰¹ M. LIBERTINI, op. ult. cit., p. 76.

⁴⁰² M. LIBERTINI, op. ult. cit., p. 78.

⁴⁰³ M. LIBERTINI, op. ult. cit., p. 77.

⁴⁰⁴ Cfr. anche T. WILHELMSSON, *Misleading Practices*, in *European Fair Trading Law, Unfair Commercial Practices Directive*, 2006, p. 124.

⁴⁰⁵ Commissione europea, *Relazione alla proposta di direttiva*, cit. p. 14.

la maggior parte degli interpreti hanno preferito accogliere l'opposto orientamento relativo alla natura sussidiaria della suddetta clausola.

Tutto ciò, sempre ad avviso di sostenitori della tesi minoritaria è abbastanza plausibile, ma non può esimere dall'esigenza di una "costruzione razionale della disciplina tenuto conto che le così dette norme di dettaglio"⁴⁰⁶ non consentono, in assenza dei criteri generali forniti dall'art. 20, comma 2, Codice del consumo, di realizzare i perseguiti risultati di certezza applicativa⁴⁰⁷.

Concludendo, il sistema "concentrico" illustrato in apertura di paragrafo, qualunque sia l'interpretazione adottata, dovrà in ogni caso intendersi come espressione di un rapporto esistente tra un principio generale e talune applicazioni specifiche dello stesso.

Da ultimo, è utile precisare che dalle pratiche commerciali qualificate come scorrette e, dunque, sanzionate dagli artt. 18 ss., Codice del consumo, andrebbero escluse le pratiche commerciali platealmente inveritiere. In tal senso, basti osservare che l'art. 20, comma 3, Codice del consumo, dispone che "è fatta salva la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate a essere prese alla lettera".

Alla luce di questa specifica previsione normativa, è possibile affermare che la dichiarazione così detta iperbolica non integra gli estremi della pratica sleale sanzionata dagli articoli 18 ss. del Codice del consumo, in quanto inidonea a falsare il comportamento economico del consumatore ragionevolmente attento ed avveduto.

Ricorrendo ad un esempio, qualora nel messaggio pubblicitario si affermi che una bevanda attribuisca la "proprietà di volare"⁴⁰⁸, il consumatore non potrà invocare

⁴⁰⁶ Si fa riferimento alle nozioni di pratiche commerciali ingannevoli e aggressive nonché alle così dette black list (cfr. art. 21, 22, 23 24, 25, 26, Codice del consumo).

⁴⁰⁷ Basti pensare al riferimento contenuto nell'art. 20, commi 2 e 3, al concetto di "gruppo di consumatori". Questa precisazione non compare nelle clausole intermedie (artt. 21, 22, 24, 25) che definiscono le pratiche ingannevoli e quelle aggressive. In tale senso cfr. M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 76 ss.

⁴⁰⁸ Si pensi alla nota pubblicità della bevanda *Red Bull*, la quale per le ragioni sopra esposte non integra gli estremi di una pratica commerciale scorretta.

la sussistenza di un difetto materiale nel caso in cui egli stesso, dopo averla bevuta, prenda atto che il suo corpo non si sollevi autonomamente da terra⁴⁰⁹.

In tal caso, il professionista si limita a catturare l'attenzione dei consumatori stimolando l'immaginazione dei più senza correre il rischio di suscitare alcun prudente affidamento in merito alle immaginifiche caratteristiche attribuite al prodotto⁴¹⁰.

Le dichiarazioni manifestamente inverosimili non sembrano, dunque, suscettibili di generare una situazione di affidamento contrattuale giuridicamente significativa⁴¹¹.

8. Pratiche commerciali ingannevoli: azioni e omissioni

Come si è già anticipato nelle pagine precedenti⁴¹², la disciplina delle pratiche commerciali scorrette prevede un'articolazione della clausola generale di cui all'art. 20, Codice del consumo in due distinte *species*: i) le pratiche ingannevoli, a loro volta distinte in azioni e omissioni ingannevoli; ii) le pratiche aggressive⁴¹³.

Sulla base di questa suddivisione, è interessante ricostruirne le rispettive nozioni.

Quanto alla prima, l'art. 21, comma 1, Codice del Consumo, allineandosi al disposto dell'art. 6 della Direttiva, definisce ingannevole “una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso” [...].⁴¹⁴

⁴⁰⁹ T. WILHELMSSON, *Misleading Practices*, in *European Fair Trading Law, Unfair Commercial Practices Directive*, cit., p. 128 ss..

⁴¹⁰ T. WILHELMSSON, *op. ult. cit.*, p. 124.

⁴¹¹ T. WILHELMSSON, *op. ult. cit.*, p. 124.

⁴¹² Cfr. in particolare, cap. I, parte I, del presente lavoro.

⁴¹³ Il Codice del Consumo recependo l'Allegato 1 della Direttiva 2005/29 CE ha previsto (cfr. artt. 23 e 26) una lista di pratiche da considerarsi rispettivamente i) in ogni caso ingannevoli; ii) in ogni caso aggressive.

⁴¹⁴ Cfr. EZIO GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, cit., p. 116 ss. Secondo l'A., “dalla disposizione appena richiamata emerge con chiarezza che l'informazione scorretta non è solo quella non corrispondente al vero. Anche l'informazione vera, infatti, può essere scorretta e ciò accade quando al di là della veridicità o meno delle informazioni trasmesse, la pratica in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad

L'ingannevolezza sancita dall'art. 21, comma 1 del Codice del consumo affronta la questione del diritto del consumatore a disporre di un patrimonio di informazioni adeguato a raggiungere una determinazione negoziale consapevolmente ponderata. In particolare, la disciplina non si preoccupa soltanto di garantire che vengano fornite, in modo chiaro e comprensibile, notizie necessarie relativamente al prodotto o al professionista, ma intende introdurre elementi che consentano al consumatore di acquisire di fatto, tutti gli elementi utili per compiere scelte consapevoli⁴¹⁵.

L'esatta informazione viene configurata come requisito irrinunciabile a tutela della così detta parte debole del rapporto B2C⁴¹⁶. Sotto tale profilo, solo un trasferimento di informazioni che venga realizzato in maniera adeguata al parametro del consumatore medio di riferimento e alle sue aspettative⁴¹⁷ può essere ritenuto conforme alle norme del Codice del consumo.

L'adeguata informazione costituisce, pertanto, lo strumento attraverso il quale "si realizza l'autodeterminazione del consumatore, ovvero, come precisato da taluni autori "la sua autonomia contrattuale"⁴¹⁸.

Una informazione corretta, completa e trasparente pone il consumatore nella condizione di poter scegliere se e come soddisfare i propri interessi⁴¹⁹. Il set informativo rilevante ai fini della disciplina in commento non deve, dunque, essere inteso come un mero onere formale del professionista chiamato a fornire determinate indicazioni sulla propria attività e sui prodotti che commercializza, ma diventa una vera e propria regola di condotta finalizzata a garantire un

indurre in errore il consumatore medio. Deve, pertanto, guardarsi all'effetto per valutare la correttezza o meno della pratica commerciale".

⁴¹⁵ R. CALVO, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, G. De Cristofaro (a cura di), Torino, 2008, p. 175 ss.

⁴¹⁶ Si fa riferimento al rapporto business to consumer; Cfr. R. CALVO, *op. ult. cit.*, p. 175 ss.; Sulla consapevolezza della scelta si è espresso anche N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, p. 73. Secondo l'A., l'esercizio di libertà comporta autoreponsabilità, cioè assunzione del rischio di scegliere che presuppone la garanzia del diritto alla consapevolezza della scelta stessa.

⁴¹⁷ F. LUCCHESI, sub *art. 18*, in *Codice del Consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, cit., p. 38 ss.

⁴¹⁸ Cfr. fra gli altri P. BARTOLOMUCCI, *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice civile*, cit., p. 271 ss.

⁴¹⁹ T. WILHELMSSON, *Misleading Practices*, in *European Fair Trading Law, Unfair Commercial Practices Directive*, cit., p. 124.

consenso consapevole e informato da parte del consumatore per il quale non è sufficiente il solo *quantum* informativo⁴²⁰.

Focalizzando l'attenzione sul testo dell'art. 21, è agevole riscontrare come il legislatore italiano attraverso una tecnica normativa di stampo eminentemente casistico elenchi una serie di circostanze in presenza delle quali è dato riscontrare l'illecito in esame. In particolare, in forza dell'art. 21, lett. a), è ingannevole l'informazione falsa o (seppure di fatto corretta) idonea a indurre in errore il consumatore qualora concerna l'esistenza o la natura del prodotto.

Si tratta dell'ipotesi tradizionalmente più rilevante di condotta sleale in quanto preordinata ad alterare la volontà del consumatore ragionevolmente attento e avveduto⁴²¹.

Nello stesso senso si muove l'art. 21, lett. b), che dà rilevanza alle informazioni concernenti “le caratteristiche principali dell'oggetto, quali la sua disponibilità materiale e giuridica, i vantaggi, i rischi, la composizione, gli accessori, l'assistenza post vendita e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto”. L'art. 21, lett. c) attribuisce rilevanza a elementi assai eterogenei.

Nello spazio applicativo di tale disposizione deve ricomprendersi anzitutto la pratica commerciale che concerne fattori tra i quali emergono il contenuto e l'estensione degli obblighi assunti dal professionista, incidenti sull'equilibrio dello scambio.

Merita essere segnalato, altresì, il riferimento ai motivi della pratica commerciale e alla natura del processo di vendita. Ad esempio, pubblicizzare un servizio affermando falsamente che in proventi andranno, in tutto o in parte, in

⁴²⁰ Taluni autori si sono soffermati sull'eventualità di un “sopradossaggio informativo”. Ciò si verifica ogniqualvolta il professionista, nel rappresentare il vero, ecceda nel flusso di informazioni dirette al consumatore finendo per disorientare quest'ultimo. In questo caso, l'eccesso di informazioni che si riveli attualmente o potenzialmente idoneo ad ingannare il consumatore al punto da indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso equivale, *quoad effectum*, ad un'assenza di chiarimenti idonea a falsare la consapevolezza del consumatore. F. MASSA, *sub art. 21*, in *Codice del consumo e norme collegate*, V. Cuffaro (a cura di), Milano, 2008, p. 116

⁴²¹ R. CALVO, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, cit., p. 175 ss.

beneficienza rappresenta una condotta capace di influenzare la sensibilità del consumatore medio al punto da attirarne l'attenzione e indurlo all'acquisto⁴²².

L'art. 21, lett. d) contempla poi le informazioni circa il prezzo, il metodo di calcolo e l'esistenza di specifici vantaggi.

La *ratio* di tale previsione va ravvisata nell'intenzione di tutelare il consumatore contro "l'utilizzo fraudolento di sistemi di calcolo del prezzo, ovvero concessione di sconti, premi fedeltà idonei a ingenerare un falso affidamento nei vantaggi derivanti dall'acquisto"⁴²³.

Del pari ingannevole è la pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, induce o è idonea a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (cfr. art. 21, comma 2, Codice del consumo).

La condotta da ultimo richiamata si sostanzia in una qualsivoglia attività di *marketing* che ingenera confusione con i beni, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente, ivi compresa la pubblicità comparativa illecita.

Gli ultimi due commi dell'art. 21 hanno ad oggetto la tutela della salute e la sicurezza dei consumatori, in particolare quella dei minori. In proposito, il terzo comma dell'art. 21 considera scorretta la pratica commerciale che ometta di informare il consumatore circa la pericolosità di determinati prodotti per la salute e la sicurezza, così da indurlo a non adottare quelle regole di prudenza e vigilanza opportune nel caso di specie.

Gli elementi costitutivi della fattispecie appena descritta sono, dunque, i seguenti:

i) il professionista deve omettere di indicare la pericolosità del prodotto; ii) la

⁴²² F. LUCCHESI, sub art. 18, in *Codice del Consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, cit., p. 40 ss.

⁴²³ T. WILHELMSSON, *Misleading Practices*, in *European Fair Trading Law, Unfair Commercial Practices Directive*, cit., p. 126.; Con riferimento al contenuto dell'art. 21 del Codice del consumo è utile, altresì precisare che "La disciplina in tema di pratiche commerciali ingannevoli non è circoscritta alla fase costitutiva del contratto, ma viene estesa alla sua esecuzione o alle successive prestazioni riguardanti la manutenzione della cosa scambiata (lett. e.). La successiva lett. f) dell'art. 21 riguarda l'interesse del consumatore a fruire di un'esatta rappresentazione delle circostanze di diritto o di fatto relative a una determinata pratica commerciale posta in essere dal professionista. Più nel dettaglio, tale disposizione si riferisce alle notizie intorno alla natura, alle qualifiche e ai diritti del professionista o del suo "agente", quali l'identità, il patrimonio, le capacità (che dovrebbero essere più correttamente intese come i titoli di abilitazione professionale secondo la più corretta formulazione tedesca del testo di recepimento della Direttiva 2005/29/CE), lo status, etc.

reticenza deve essere idonea a indurre i consumatori a tenere una condotta non conforme alle ordinarie regole di prudenza e vigilanza⁴²⁴.

Con riguardo al primo aspetto, è necessario rilevare che “nonostante l’illecito venga definito in negativo (*i.e.* come conseguenza di una omissione), in realtà il disposto di cui al comma 3 prescrive un obbligo positivo d’informazione in ordine alla pericolosità del prodotto”⁴²⁵.

La norma, tuttavia, non specifica quale sia il contenuto dell’informazione dovuta. Per tale ragione, taluni autori⁴²⁶ hanno ritenuto che la disposizione in esame vada rapportata a quanto disposto dall’art. 12, comma 1, del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale in forza del quale “quando si tratti di prodotti suscettibili di presentare pericoli, specialmente se non possono essere facilmente riconosciuti come tali, la pubblicità deve indicarli con chiarezza”⁴²⁷.

Il secondo elemento della condotta descritta dall’art. 21, comma 3, Codice del consumo è rappresentato dall’idoneità dell’omissione informativa a indurre il consumatore a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza.

Sul punto, è stato osservato⁴²⁸ che l’illecito in questione non ricorre nei casi in cui il messaggio reticente abbia ad oggetto “prodotti facilmente e immediatamente riconoscibili come pericolosi, nei confronti dei quali è presumibile che il consumatore sia portato ad adottare cautele per il loro utilizzo”⁴²⁹.

Si tenga, peraltro, conto che nonostante la disposizione in esame faccia esclusivo riferimento ai “prodotti pericolosi”, il riferimento deve intendersi esteso anche ai servizi, in forza di quanto espressamente previsto dall’art. 18, lett. c). La

⁴²⁴ F. LUCCHESI, sub art. 18, in *Codice del Consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, cit., p. 40 ss.

⁴²⁵ F. MASSA, sub art. 21, in *Codice del consumo e norme collegate*, cit., p. 116.

⁴²⁶ F. MASSA, *op. ult. cit.*, p. 121 ss.

⁴²⁷ Cfr. art. 12 del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale.

⁴²⁸ F. MASSA, sub art. 21, in *Codice del consumo e norme collegate*, cit., p. 121 ss.; F. CAFAGGI, *D.Lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, Attuazione della direttiva n. 450/84/CEE in materia di pubblicità ingannevole*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1993, p. 738 ss.

⁴²⁹ M. FUSI, *La pubblicità ingannevole, Commento al D.Lgs. 25 gennaio 1992, n. 74*, Milano, 1993, p. 223 ss. Secondo l’A., non sempre può risultare agevole qualificare come notoriamente pericolosi alcuni prodotti. “A tal fine, potrebbe essere di qualche utilità riferire la valutazione al *target* (destinatari) cui è rivolta la pratica commerciale in modo tale che un messaggio che abbia ad oggetto un prodotto la cui pericolosità è ignota ai più, ma nota al pubblico specializzato cui la promozione è unicamente rivolta, può reputarsi lecito anche in assenza di specifiche avvertenze”.

pericolosità in esame, inoltre, deve essere riferita al prodotto di per sé, escludendo, quindi, eventuali suoi usi impropri⁴³⁰.

La disposizione di cui al quarto comma dell'art. 21 del Codice del consumo si rivolge, invece, a bambini e adolescenti, per i quali il legislatore predispone una maggiore tutela. Si specifica, infatti, che è vietata una pratica commerciale idonea a minacciare la sicurezza di bambini e adolescenti anche in via indiretta,⁴³¹.

Il legislatore italiano aveva dedicato particolare attenzione al coinvolgimento dei minori anche sotto il precedente testo⁴³², individuando all'interno dell'art. 25 del Codice del consumo⁴³³ tre ipotesi di pubblicità ingannevole.

Le prime due fattispecie tutelavano i minori come destinatari della pubblicità, sotto il profilo della tutela della sicurezza e dell'abuso della loro credulità o mancanza di esperienza. Nella terza ipotesi, invece, il legislatore identificava la pubblicità ingannevole con ipotesi di sfruttamento dei minori non quali destinatari, ma come protagonisti della pubblicità⁴³⁴.

Nel nuovo sistema delineato dal legislatore nazionale in recepimento della Direttiva 2005/29/CE, si individua una fattispecie più ampia sotto il profilo oggettivo, in quanto non limitata alla pubblicità, ma estesa alle pratiche commerciali scorrette e, dunque, a ogni "azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto"⁴³⁵.

⁴³⁰ F. MASSA, *sub art. 21*, in *Codice del consumo e norme collegate*, cit., p. 121 ss

⁴³¹ EZIO GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, cit., p. 116 ss.

⁴³² Si fa riferimento al testo del Codice del consumo antecedente al recepimento della Direttiva 2005/29/CE.

⁴³³ La norma riproduceva l'art. 6 del D.L. n. 74/92 che ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento la disciplina della pubblicità ingannevole in attuazione della direttiva 84/450 la quale, tuttavia, non conteneva una normativa volta alla tutela dei bambini in ambito pubblicitario.

⁴³⁴ G. TADDEI ELMI, *sub art. 25*, in *Codice del consumo, Commentario*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2007, p. 174 ss.

⁴³⁵ Cfr. art. 18, lett. d), Codice del consumo.

9. (segue) L'applicazione del divieto di azioni ingannevoli

Sulla disposizione in commento si fondano già numerose pronunce, tanto dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato quanto dei giudici amministrativi che hanno contribuito ad affermare che un “messaggio pubblicitario non veritiero è scorretto in quanto, nei suoi contenuti o modalità di presentazione, sia immediatamente idoneo a pregiudicare il comportamento economico del consumatore medio indipendentemente dai chiarimenti e dalle precisazioni che possano successivamente essere acquisiti dal consumatore”⁴³⁶.

Il legislatore ha dunque voluto salvaguardare la libertà di autodeterminazione dell'acquirente da ogni interferenza ingannevole fin dal primo contatto pubblicitario (così detto effetto di primo aggancio)⁴³⁷.

A tal proposito è stato chiarito che “la consultazione di fonti alternative da parte di un potenziale acquirente è solamente eventuale e si concretizzerebbe comunque in una fase successiva rispetto a quella in cui il soggetto viene attirato dal *claim* promozionale”⁴³⁸.

Ad esempio, per quanto riguarda il settore della telefonia, caratterizzato dal proliferare di offerte promozionali anche molto articolate, nonché da complessi profili tecnici, l'Autorità ha sottolineato che la completezza della comunicazione deve coniugarsi con la chiarezza e l'immediata percepibilità delle condizioni di fruizione dell'offerta promozionale pubblicizzata⁴³⁹.

Sul punto, l'Autorità ha rilevato che un'indicazione non univoca del parametro di riferimento della velocità di navigazione in internet è stata in diverse occasioni riconosciuta come ingannevole *ex art. 21, Codice del consumo*⁴⁴⁰.

In relazione alla pubblicità di prodotti cosmetici, l'Autorità ha posto in rilievo che il messaggio pubblicitario deve offrire ai consumatori elementi informativi

⁴³⁶ TAR Lazio, sent. n. 7093, 21 luglio 2008.

⁴³⁷ TAR Lazio, sezione prima, sent. n. 12277/2010.

⁴³⁸ AGCM, PS 1178, provv. n. 20586, 16 dicembre 2009, in Boll. 52/2009.

⁴³⁹ Cfr. AGCM, PS 1890, provv. n. 20384, 15 ottobre 2009, in Boll. 42/2009; AGCM, PS 557, provv. n. 19091, 5 novembre 2008, in Boll. 42/2008; AGCM, PS 88, provv. n. 18698, 31 luglio 2008, in Boll. 30/08; AGCM, PS 571, provv. n. 18627, 17 luglio 2008, in Boll. 28/08; AGCM, PS 572, provv. n. 18575, 3 luglio 2008, in Boll. 26/2008.

⁴⁴⁰ AGCM, PS 1401, provv. n. 20462, 12 novembre 2009, in Boll. 45/2009; AGCM, PS 1890, provv. n. 20384, 15 ottobre 2009, in Boll. 42/2009; AGCM, PS 545, provv. 20382, 15 ottobre 2009, in Boll. 42/2009.

sufficienti a comprendere l'effettiva natura delle componenti utilizzate e definire il concreto ambito di efficacia del trattamento⁴⁴¹.

Una violazione dell'art. 21, Codice del consumo è stata riscontrata anche in relazione a messaggi complessivamente strutturati e formulati in modo da indurre ragionevolmente i consumatori in cerca di occupazione a intendere quanto pubblicizzato dal professionista come un'offerta di lavoro, previo *training*, piuttosto che interpretarla come un'iscrizione a un corso professionale a pagamento⁴⁴².

Si è a tale riguardo sottolineato che la valenza decettiva dei messaggi in esame risulta particolarmente accentuata ove si consideri che i destinatari degli stessi sono presumibilmente soggetti alla ricerca di un'occupazione professionale, pertanto, maggiormente vulnerabili ed esposti al rischio di cadere in errore a fronte di un'iscrizione a un corso che viene presentata in termini di inserimento nel mondo del lavoro⁴⁴³.

L'ingannevolezza della condotta è stata riscontrata anche nella pratica - assai diffusa nel settore dell'autonoleggio – “consistente nella prospettazione delle categorie di veicoli offerte a noleggio, fornendo ai consumatori offerte non chiare circa le autovetture a queste afferenti, dal momento che tale condotta può indurre il consumatore medio in errore con riguardo alle caratteristiche principali e all'idoneità allo scopo del veicolo offerto a noleggio, inducendolo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso⁴⁴⁴.

10. Le omissioni ingannevoli

Le norme in materia di pratiche commerciali scorrette trovano applicazione anche con riguardo alle condotte omissive.

Oltre alla specifica attenzione che la disciplina in commento riserva al numero, alla qualità e al contenuto delle informazioni offerte ai consumatori, parimenti

⁴⁴¹ AGCM, PS 2720, provv. n. 20513, 25 novembre 2009, in Boll. 47/2009; AGCM, PS 182, provv. 20583, 16 dicembre 2009, in Boll. 52/2009; AGCM, PS 1730, provv. n. 20493, 18 novembre 2009, in Boll. 47/2009; AGCM, PS 1314, provv. n. 20348, 1 ottobre 2009, in Boll. 40/2009; AGCM, PS 891, provv. n. 20284, 10 settembre 2009, in Boll. N. 36/2009.

⁴⁴² Cfr. AGCM, PS 1228, provv. n. 20365, 7 ottobre 2009, in Boll. 40/2009; Sul punto, cfr., altresì, TAR Lazio, sent. n. 6347, 1 luglio 2009.

⁴⁴³ TAR Lazio, sent. n. 3723, 9 aprile 2009.

⁴⁴⁴ AGCM, PS 2374, provv. n. 20322, 23 settembre 2009, in Boll. 39/2009.

rileva la circostanza che le stesse non vengano fornite affatto. In proposito, l'art. 22, comma 1, Codice del consumo, considera ingannevole “una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o è idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”.

Al fine di garantire la libera e consapevole determinazione del consumatore, nelle omissioni ingannevoli non viene annoverata soltanto la mancata concessione di informazioni necessarie, ma anche le “modalità attraverso le quali il professionista fornisca informazioni poco chiare e di fatto non intellegibili al consumatore”⁴⁴⁵. In ragione dell'ampiezza del termine “omissione”, riferibile, dunque, alle modalità “oscuri”⁴⁴⁶ con le quali certe informazioni vengono trasferite ai consumatori, sono suscettibili di essere ricomprese nella disposto di cui all'art. 22, Codice del consumo, le notizie graficamente poco leggibili; quelle poco chiare; quelle presentate in maniera ambigua; quelle che celino l'intento promozionale e commerciale⁴⁴⁷.

Solo in due ipotesi il legislatore stabilisce quali siano le informazioni rilevanti che ove omesse rendono una pratica commerciale ingannevole.

La prima ipotesi è quella prevista dall'art. 22, comma 4, in base al quale “nel caso di un invito all'acquisto” sono considerate rilevanti, ai sensi del comma 1, le informazioni concernenti i seguenti elementi: le caratteristiche principali del bene o del servizio, le quali devono essere descritte in maniera adeguata al mezzo di comunicazione utilizzato o alla natura dell'oggetto; l'indirizzo geografico e l'identità del professionista, così come la sua denominazione sociale e, se del caso, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale egli

⁴⁴⁵ R. CALVO, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, cit., p. 223 ss.

⁴⁴⁶ Cfr. art. 22, comma 2, Codice del consumo.

⁴⁴⁷ F. LUCCHESI, sub art. 22, in *Codice del Consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, cit., p. 40 ss.; Cfr. art. 22, comma 2, Codice del consumo. “Una pratica commerciale è, altresì, considerata un'omissione ingannevole quando un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui al comma 1, tenendo conto degli aspetti di cui al detto comma, o non indica l'intento commerciale della pratica stessa” [...].

agisce; il prezzo, comprensivo degli oneri fiscali ovvero, se la natura del prodotto rende ragionevolmente impossibile determinarne in anticipo l'ammontare, le modalità con le quali il prezzo deve essere calcolato ovvero quelle relative al pagamento dello stesso; le modalità di consegna, esecuzione e trattamento dei reclami in caso di difformità dagli obblighi imposti dalla diligenza professionale; l'esistenza di un diritto di recesso⁴⁴⁸.

La seconda ipotesi è quella considerata dal comma 5 dell'articolo in esame secondo cui "sono considerati rilevanti gli obblighi di informazione previsti dal diritto comunitario e connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o la commercializzazione del prodotto"⁴⁴⁹.

Basti pensare, ad esempio, agli articoli 4 e 5 della Direttiva 97/7/CE (concernente la "protezione dei consumatori nei contratti a distanza"), all'art. 3 della Direttiva 90/314/CEE (relativa ai "viaggi, alle vacanze e ai circuiti tutto compreso")⁴⁵⁰. Escluse le predette due ipotesi, il Codice del consumo non precisa quali siano le informazioni che possano dirsi rilevanti ai fini della valutazione dell'ingannevolezza di una pratica omissiva⁴⁵¹.

La rilevanza dell'informazione omessa andrà, dunque, valutata di volta in volta tenendo conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato⁴⁵².

11. (segue) Le pratiche commerciali in ogni caso ingannevoli

L'art. 23 del Codice del Consumo riporta un elenco di pratiche considerate in ogni caso ingannevoli. Si tratta di una "lista nera" di condotte di per sé vietate sulla base di un giudizio prognostico svolto dal legislatore.

La così detta *black list* non ha una mera finalità esemplificativa o di specificazione della clausola generale, ma richiama talune ipotesi tassative di

⁴⁴⁸ Cfr. art. 22, comma 4, Codice del consumo.

⁴⁴⁹ Art. 22, comma 5, Codice del consumo.

⁴⁵⁰ Possono essere, altresì, richiamati: l'art. 3, paragrafo 3, della direttiva 94/47/CE (tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili), gli articoli 3 e 4 della direttiva 2002/65/CE (commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori).

⁴⁵¹ R. CALVO, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, cit., p. 223 ss.

⁴⁵² Cfr. art. 22, comma 1, Codice del consumo.

pratiche in ogni caso vietate a prescindere dalla loro concreta forza decettiva⁴⁵³. In questo caso, il criterio casistico, il quale trae origine dall'Allegato 1 della Direttiva 2005/29/CE, è stato, dunque, preferito rispetto alla tecnica legislativa “per principi generali”⁴⁵⁴ che aumenta inevitabilmente la discrezionalità e il potere dell'autorità chiamata ad accertare l'eventuale ingannevolezza di una pratica commerciale⁴⁵⁵.

Le condotte di cui all'art. 23 del Codice del consumo si caratterizzano, dunque, per una natura intrinsecamente negativa dinanzi alla quale l'autorità competente è legittimata a una valutazione di ingannevolezza della pratica senza ricorrere ai criteri generali della diligenza professionale e del consumatore medio di cui all'art. 20 del Codice del consumo⁴⁵⁶.

Il fine perseguito con la predisposizione dell'elenco in commento potrebbe ricondursi all'esigenza di ridurre il rischio che una fuga del legislatore nelle clausole generali determini un sistema di valutazione caso per caso che mal si adatta a un ordinamento giuridico fondato sul diritto positivo.

Strettamente connessa a questa *ratio* è la scelta già operata a livello comunitario “verso un modello descrittivo”⁴⁵⁷ volto a garantire un'applicazione maggiormente uniforme della disciplina e, al tempo stesso, come si chiarirà di seguito⁴⁵⁸, un notevole alleggerimento dell'onere probatorio gravante sui consumatori che intendano agire in giudizio contro il professionista che abbia posto in essere una pratica commerciale scorretta.

Questi ultimi, infatti, “saranno semplicemente chiamati a dar prova della pratica concretamente posta in essere dal professionista e della sua corrispondenza a una delle fattispecie descritte all'art. 23 del Codice del consumo”⁴⁵⁹.

Non è richiesta alcuna ulteriore indagine, circa la rispondenza di dette pratiche al modello di ingannevolezza *ex artt.* 20, 21 e 22 del Codice del consumo⁴⁶⁰.

⁴⁵³ V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 109 ss.

⁴⁵⁴ M. DONA, *L'elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell'allegato 1 della direttiva 2005/29/CE*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. Minervini e Liliana Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 196 ss.

⁴⁵⁵ EZIO GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, cit., p. 126 ss.

⁴⁵⁶ EZIO GUERINONI, *op. ult. cit.*, p. 129.

⁴⁵⁷ M. DONA, *L'elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell'allegato 1 della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 196 ss.

⁴⁵⁸ Cfr. cap. III del presente lavoro.

⁴⁵⁹ M. DONA, *op. ult. cit.*, p. 193 ss.

Detto ciò, deve però ritenersi che il descritto obiettivo di maggiore certezza del diritto dei consumatori trova uno scarso riscontro nell'attuazione pratica della disciplina tenuto conto che la formulazione delle condotte di cui all'art. 23 del Codice del consumo non è estranea a profili di genericità che rendono difficile un'interpretazione uniforme e omogenea⁴⁶¹.

Secondo taluni autori⁴⁶², “si rivela in parte illusorio lo stesso assunto secondo il quale nel giudizio di ingannevolezza di una delle condotte richiamate nella *black list* si prescinde dai criteri i) della contrarietà alla diligenza professionale; ii) del consumatore medio; ii) dell'idoneità a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio”.

L'elenco di pratiche commerciali in ogni caso ingannevoli prevede ipotesi nelle quali è per definizione “impossibile sottrarsi a una valutazione di contrarietà alla diligenza professionale e di idoneità all'inganno e in cui si ripropone il problema dei criteri oggettivi e soggettivi di valutazione”⁴⁶³.

Basti pensare ad alcune espressioni contenute nel suddetto elenco tra cui “generare l'impressione”, “fuorviare deliberatamente”, “dare la falsa impressione”⁴⁶⁴ le quali non possono non richiedere una valutazione del comportamento del professionista e della consapevolezza del consumatore⁴⁶⁵.

Per quanto concerne il contenuto dell'art. 23 del Codice del consumo, taluni autori⁴⁶⁶ hanno ipotizzato una suddivisione in due macrocategorie distinguendo tra le pratiche commerciali fondate “sull'inganno dell'apparenza” (art.23, lett. a, b, c, d, h, i, l, n, o, r, s, aa, bb) e quelle basate “sull'inganno della propaganda” (art. 23, lett. e, f, g, m, p, q, t, u, v, z).

- La fattispecie di cui all'art. 23, lett. a, Codice del consumo

La pratica commerciale descritta dall'art. 23, lett. a, Codice del consumo rappresenta una “concretizzazione del precetto di cui all'art. 21, comma 2, lett. b

⁴⁶⁰ EZIO GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, cit., p. 126 ss.

⁴⁶¹ V. MELI, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, cit., p. 109 ss.

⁴⁶² Cfr. tra gli altri V. MELI, *op. ult. cit.*, p. 109 ss.

⁴⁶³ V. MELI, *op. ult. cit.*, p. 109 ss.

⁴⁶⁴ Cfr. art. 23. Lettere i), aa), bb).

⁴⁶⁵ EZIO GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, cit., p. 127 ss.

⁴⁶⁶ Cfr. tra gli altri F. LUCCHESI, sub art. 23, in *Codice del Consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, cit., p. 53 ss.

del medesimo codice⁴⁶⁷, che qualifica come azione ingannevole la condotta del professionista che dichiara di essere vincolato ad un codice di condotta senza rispettarne le regole. L'art. 23, lett. a, qualifica come “in ogni caso ingannevole l'affermazione non rispondente al vero, da parte di un professionista, di essere firmatario di un codice di condotta”⁴⁶⁸.

Questa falsa affermazione, può suscitare nel consumatore l'erroneo convincimento che il professionista sia vincolato agli standard di comportamento oggetto del codice di condotta e che sia soggetto alle relative procedure di controllo e sanzionatorie⁴⁶⁹.

Durante i lavori preparatori della Direttiva 2005/29/CE la Commissione ha accantonato l'idea di attribuire una vincolatività immediata ai codici di condotta⁴⁷⁰.

Per quanto riguarda più da vicino la fattispecie di cui all'art. 23, lett. a, è opportuno attribuire un senso molto lato al termine “affermazione”, includendovi ogni comportamento del professionista rivolto verso l'esterno, che produca l'effetto di diffondere informazioni sull'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale da esso svolta. La norma non richiede una specifica forma.

L'affermazione può, dunque, avvenire sia per iscritto, che oralmente, ovvero per fatti concludenti o immagini. In tal senso, la fattispecie in commento trova applicazione anche qualora “un professionista diffonda un filmato nel quale egli si faccia riprendere all'atto della sottoscrizione di un codice di condotta, senza tuttavia vincolarsi allo stesso”⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ R. CALVO, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, cit., p. 175 ss.

⁴⁶⁸ L'art. 18, lett. f, Codice del consumo, definisce “codice di condotta: un accordo o una normativa che non è 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 a uno o più settori imprenditoriali specifici”

⁴⁶⁹ PHILIPP FABBIO, *I codici di condotta*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette, Attuazione e impatto sistematico della Direttiva 2005/29/CE*, Anna Genovese (a cura di), Padova, 2008. p. 159 ss.

⁴⁷⁰ Cfr. Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea, cit., p. 15 ss.

⁴⁷¹ F. LUCCHESI, sub art. 23, in *Codice del Consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, cit., p. 53 ss.. Anche l'utilizzo di un logo al cui uso siano autorizzati solamente coloro che abbiano aderito a un determinato codice di condotta, ingenerando la falsa convinzione che il professionista sia vincolato a siffatto codice, rappresenta un'affermazione per fatti concludenti che in ogni caso potrebbe ricadere anche sotto la previsione di cui alla lettera b).

L'affermazione deve essere oggettivamente falsa⁴⁷². Tale può dirsi, in tutte le ipotesi in cui il codice in questione sia inesistente, ovvero il professionista, contrariamente a quanto da lui affermato, non abbia di fatto sottoscritto il codice stesso⁴⁷³.

- La fattispecie di cui all'art. 23, lett. b, Codice del consumo

La previsione di cui all'art. 23, lett. b, qualifica come in ogni caso ingannevole "l'esibizione da parte del professionista di un marchio di fiducia, un marchio di qualità, o un marchio equivalente senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione"⁴⁷⁴.

Nella prospettata ipotesi il consumatore è indotto a pensare che il prodotto in tal modo contrassegnato corrisponda a determinati standard di qualità, il cui rispetto venga accertato prima del rilascio dell'autorizzazione all'utilizzo del marchio e successivamente monitorato da un ente specializzato.

L'art. 23, lett. b, è destinato a trovare applicazione anche all'ipotesi in cui il prodotto oggetto di siffatta promozione possieda le qualità presupposte per il rilascio di detto marchio, ma la relativa autorizzazione non sia stata rilasciata. Ciò che rileva è, infatti, la circostanza che il professionista abbia ottenuto dall'ente a ciò preposto l'autorizzazione all'utilizzo del marchio.

La pratica commerciale in ogni caso ingannevole descritta dalla norma in esame si ravvisa nell'ipotesi in cui il marchio venga impiegato dal professionista in modo da ricollegare allo stesso l'attenzione del consumatore.

In proposito si è espressa l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale ha riscontrato la violazione della norma in commento rispetto a un messaggio pubblicitario che, promuovendo un servizio di assistenza tecnica per determinati prodotti, riportava i marchi di alcune ditte produttrici degli stessi senza aver a tale scopo ottenuto la relativa autorizzazione⁴⁷⁵.

E' irrilevante ai fini dell'applicazione della disciplina in commento che il procedimento di rilascio dell'autorizzazione non sia stato mai avviato, ovvero che questo abbia avuto esito negativo o ancora che l'autorizzazione stessa fosse stata

⁴⁷² R. CALVO, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, cit., p. 175 ss

⁴⁷³ EZIO GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, cit., p. 127 ss

⁴⁷⁴ Cfr. art. 23, lett. b, Codice del consumo.

⁴⁷⁵ AGCM, PS 2443, provvedimento n. 19716, 2 aprile 2009, in *Boll.* 13/2009.

all'inizio rilasciata e successivamente revocata⁴⁷⁶. Del pari irrilevante ai fini della previsione di cui alla lettera b) è la circostanza che il prodotto possieda effettivamente le qualità pubblicizzate⁴⁷⁷.

- La fattispecie di cui all'art. 23, lett. c, Codice del consumo

La previsione di cui all'art. 23, lett. c, individua come in ogni caso ingannevole la pratica attraverso la quale un professionista asserisce, contrariamente al vero, che un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura. Il consumatore raggiunto da una siffatta pratica può essere indotto a credere che "il professionista che aderisce ad un codice garantito meriti maggiore fiducia o vada comunque premiato rispetto ai concorrenti"⁴⁷⁸.

L'affermazione è falsa ai fini di cui all'art. 23, lett. c, quando il codice in questione è inesistente, ipotesi assimilabile a quella in cui il professionista affermi genericamente "di essere firmatario di un codice senza però specificare di quale codice si tratti"⁴⁷⁹.

- La fattispecie di cui all'art. 23, lett. d, Codice del consumo

La lettera d dell'articolo 23 individua la condotta consistente "nell'asserire, contrariamente al vero, che un professionista, le sue pratiche commerciali o un suo prodotto siano stati autorizzati, accettati o approvati, da un organismo pubblico o privato o che siano state rispettate le condizioni dell'autorizzazione, dell'accettazione o dell'approvazione ricevuta".

La fattispecie è idonea a ricomprendere ad esempio ipotesi in cui un soggetto non abilitato all'esercizio della professione forense si dichiara avvocato, ovvero un professionista millanti riconoscimenti che non ha, invero, mai ottenuto.

Per quanto concerne la falsa affermazione relativa a pratiche commerciali, la lettera d si applica a tutte le ipotesi in cui il professionista non faccia riferimento direttamente a sé o ai suoi prodotti, bensì a riconoscimenti ottenuti dalle pratiche commerciali poste in essere dallo stesso⁴⁸⁰.

⁴⁷⁶ AGCM, PS 804, provv. n. 18998, 16 ottobre 2008, in Boll. N. 39/2008.

⁴⁷⁷ AGCM, PS 2443, provvedimento n. 19716, cit..

⁴⁷⁸ PHILIPP FABBIO, *I codici di condotta*, cit., p. 194 ss.

⁴⁷⁹ PHILIPP FABBIO, *op. ult. cit.*, p. 194 ss.

⁴⁸⁰ R. CALVO, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, cit., p. 175 ss. La formulazione dell'art. 23, lett. d, induce a ricomprendere nel termine "approvazione" anche l'attribuzione di un riconoscimento o di un premio.

Nella prima ipotesi descritta dall'art. 23, lett. d, il consumatore viene tratto in inganno in merito all'esistenza dell'asserita autorizzazione, mentre nella seconda esso viene ingannato sul rispetto da parte del professionista degli standard presupposti per il corrispondente riconoscimento.

Tale fattispecie si applica anche alle ipotesi in cui, pur sussistendo un determinato riconoscimento, i suoi contenuti non corrispondano a quanto affermato dal professionista.

Ciò può verificarsi qualora, quest'ultimo affermi di essere abilitato a operare anche in aree per cui in realtà non ha ottenuto abilitazione, ovvero dichiari che certi prodotti oggetto della sua attività hanno ricevuto determinati riconoscimenti, mentre, in verità, questi ultimi sono stati attribuiti solamente ad altri prodotti dallo stesso commercializzati⁴⁸¹.

- La fattispecie di cui all'art. 23, lett. e, Codice del consumo

L'art. 23, lett. e, considera pratica commerciale in ogni caso ingannevole l'invito "all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo senza rivelare l'esistenza di ragionevoli motivi che il professionista può avere per ritenere che non sarà in grado di fornire o di far fornire da un altro professionista quei prodotti o prodotti equivalenti a quel prezzo entro un periodo e in quantità ragionevoli in rapporto al prodotto, all'entità della pubblicità di quest'ultimo e al prezzo offerti"⁴⁸².

La *ratio* di tale norma va ravvisata nel *deficit* informativo causato in capo al consumatore dalle lacunose affermazioni del professionista.

Ogniqualevolta il professionista preveda di non essere in grado di soddisfare la domanda, esso è dunque tenuto a fornire informazioni in misura tale da consentire al consumatore medio di comprendere come valutare realmente l'offerta.

La condotta descritta dalla norma in esame richiama il concetto di invito all'acquisto la cui definizione si rinviene nell'art. 18, lett. i, Codice del consumo⁴⁸³.

⁴⁸¹ R. CALVO, *op. ult. cit.*, p. 179 ss.

⁴⁸² Cfr. anche Direttiva 2005/29/CE, Allegato 1, n. 5. Il legislatore comunitario descrive tale pratica come una "pubblicità propagandistica".

⁴⁸³ Cfr. l'art. 18, lett. i, Codice del consumo, che definisce l'invito all'acquisto come "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".

Ai fini dell'applicazione dell'art. 23, lett. e, non basta una insufficienza delle scorte in quanto tali, ma si rende altresì necessario che il professionista violi l'obbligo di informare il consumatore che esso non dispone di un adeguato quantitativo di merce.

Si richiede al professionista di effettuare una valutazione prognostica che tenga conto dei futuri sviluppi dell'assetto delle proprie scorte e dell'idoneità delle stesse a soddisfare la domanda sorta in relazione alla propria offerta⁴⁸⁴.

I parametri che il professionista deve considerare al fine di orientare il suo comportamento ed evitare di incorrere nell'ipotesi di cui all'art. 23, lett. e, sono, pertanto, il prodotto, l'entità dell'attività promozionale e il prezzo a cui il prodotto è offerto.

Sul punto si è espressa l'AGCM, la quale sottolineando come l'art. 23, lett. e, richieda un'attenta analisi di natura e contenuto della campagna pubblicitaria, al fine di verificare se il prodotto oggetto di promozione sia stato reso disponibile in quantità ragionevoli in rapporto all'entità della promozione effettuata e della domanda sollecitata, nonché se il consumatore fosse in grado di percepire con sufficiente chiarezza l'esistenza di limitazioni della disponibilità del prodotto⁴⁸⁵. Dal testo della norma in commento si evince che l'ingannevolezza della pratica non è ravvisabile nell'ipotesi in cui il consumatore abbia a disposizione un prodotto equivalente al medesimo prezzo (e in quantità adeguata) di quello oggetto dell'invito all'acquisto.

Il prodotto che il professionista deve avere a disposizione in caso di "esaurimento delle scorte" deve, dunque, essere venduto al medesimo prezzo ed essere fungibile rispetto al bene pubblicizzato.

Come chiarito da taluni autori⁴⁸⁶, deve trattarsi di beni "intercambiabili"⁴⁸⁷. In sede di tale verifica può comunque rilevare anche la specifica volontà del

⁴⁸⁴ AGCM, PS 1434, provv. n. 19447, 22 gennaio 2009, in *Boll.* 4/2009.

⁴⁸⁵ AGCM, PS , provv. n. 19447, cit.. Nel citato provvedimento avente ad oggetto comunicazioni pubblicitarie volte a promuovere l'acquisto di un notebook, l'Autorità ha precisato che "non è sufficiente ad escludere l'applicazione dell'art. 23, lett. e, la circostanza che nei messaggi *de quibus* sia contenuta una mera indicazione "salvo esaurimento scorte".

⁴⁸⁶ F. LUCCHESI, sub *art.* 23, cit., p. 53 ss.

⁴⁸⁷ Sulla nozione di "intercambiabilità", cfr. Corte di Giustizia, C-381/05, Landtsheer, 19 aprile 2007, in *Raccolta della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, p. 40. La Corte ha affermato che ai fini della valutazione del grado di sostituibilità reciproca dei beni rilevano, tra l'altro, "le

consumatore di acquistare solo ed esclusivamente un determinato prodotto e non già un suo “equivalente”⁴⁸⁸.

Un ulteriore elemento da considerare ai fini della valutazione dell’adeguatezza delle scorte a disposizione del professionista è dato dalla circostanza che quest’ultimo, qualora il quantitativo del prodotto pubblicizzato richiesto dal mercato venga a superare le scorte a sua disposizione, sia in condizione di soddisfare la domanda stessa mediante l’intervento di un altro professionista disposto a fornire, al medesimo prezzo, il bene offerto dal primo (ovvero un bene equivalente).

In proposito è opinione diffusa in dottrina⁴⁸⁹ che tra il professionista autore dell’invito all’acquisto e quello che si rende eventualmente disponibile a soddisfare la domanda in eccesso (rispetto alle scorte del primo) debba intercorrere un rapporto di collaborazione idoneo a impedire il giudizio di ingannevolezza *ex art. 23, lett. e del Codice del consumo*.

Ne consegue che la fattispecie *de qua* non può reputarsi integrata nell’ipotesi in cui la insufficiente disponibilità di scorte non sia prevedibile dal professionista, come nel caso di impossibilità di approvvigionamento sopravvenuta a causa di circostanze riconducibili alla forza maggiore, come ad esempio particolari condizioni meteo, il verificarsi di scioperi, un incendio nel magazzino, il furto dei beni *de quibus*⁴⁹⁰.

Qualora il prodotto venga fatto oggetto di plurimi messaggi pubblicitari, al fine di verificare l’adeguatezza del periodo entro il quale il professionista rende disponibile il bene offerto, è necessario fare riferimento all’ultimo, in ordine temporale, tra gli inviti all’acquisto⁴⁹¹.

Qualora il professionista che invita all’acquisto sia consapevole di non avere a disposizione un ragionevole quantitativo di scorte per un determinato periodo di tempo, egli sarà tenuto a darne notizia al fine di mettere i potenziali acquirenti

caratteristiche concrete dei prodotti che la pubblicità intende promuovere, aggiunte a una valutazione in *abstracto* dei tipi di prodotto”.

⁴⁸⁸ R. CALVO, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, cit., p. 175 ss.

⁴⁸⁹ F. LUCCHESI, *sub art. 23*, cit., p. 53 ss.; R. CALVO, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, cit., p. 175.

⁴⁹⁰ M. DONA, *L’elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell’allegato 1 della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 202 ss.

⁴⁹¹ M. DONA, *op. ult. cit.*, p. 201 ss.

nelle condizioni di non essere tratti in inganno dalle sue dichiarazioni⁴⁹². Si reputa sufficiente a tal fine che “il professionista indichi il numero di beni che ha a sua disposizione in relazione all’offerta pubblicizzata (es. 20 computer della marca x al prezzo Y)”⁴⁹³.

Inoltre, come chiarito dall’Autorità⁴⁹⁴, non è sufficiente a escludere l’applicazione dell’art. 23, lett. e, l’utilizzo delle espressioni “fino ad esaurimento scorte”, ovvero “a causa dell’elevata domanda non tutti i prodotti pubblicizzati potrebbero essere disponibili”.

In particolare, “dovrà considerarsi in ogni caso ingannevole anche la pratica commerciale consistente nella diffusione di un messaggio pubblicitario da cui non emerga chiaramente che la disponibilità del prodotto offerto non è circoscritta al punto vendita indicato nel messaggio promozionale, bensì è da intendersi su scala nazionale⁴⁹⁵”.

- La fattispecie di cui all’art. 23, lett. f, Codice del consumo

L’art. 23, lett. f, considera in ogni caso ingannevole la condotta del professionista che inviti all’acquisto di un prodotto ad un determinato prezzo e successivamente i) rifiuti di mostrare l’articolo pubblicizzato ai consumatori; ii) rifiuti di accettare ordini per l’articolo o di consegnarlo entro un periodo di tempo ragionevole; iii) faccia la dimostrazione dell’articolo con un campione difettoso, con l’intenzione di promuovere un altro prodotto. La descritta pratica commerciale è comunemente identificata con l’espressione *bait and switch* (ovvero “pubblicità con prodotti civetta”).

Mediante l’offerta di un prodotto, il professionista, pur non avendo alcuna intenzione di fornire il bene pubblicizzato, mira ad attirare a sé il consumatore inducendolo all’acquisto di un differente e sovente più costoso prodotto⁴⁹⁶.

Non si richiede che il prodotto *de quo* venga offerto a condizioni economiche particolarmente vantaggiose e neppure che lo stesso sia disponibile “in quantità

⁴⁹² R. CALVO, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, cit., p. 176 ss.

⁴⁹³ M. DONA, *L’elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell’allegato I della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 203 ss.

⁴⁹⁴ AGCM, PS 2175, provv. 20587 del 16 dicembre 2009, in *Boll.* 52/2009.

⁴⁹⁵ AGCM, PS 1185, provv. n. 20157, 29 luglio 2009, in *Boll.* 32/2009; AGCM, PS 3468, provv. n. 20165, 29 luglio 2009, in *Boll.* 32/2009

⁴⁹⁶ F. LUCCHESI, sub *art. 23*, cit., p. 53 ss.; R. CALVO, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, cit., p. 175.

ragionevole”⁴⁹⁷. Le condotte descritte ai nn. 1-3 della lett. f sono considerate oggettivamente idonee a dissuadere il consumatore dall’acquisto del prodotto originariamente pubblicizzato ed è sufficiente, affinché la pratica sia considerata scorretta, che il professionista tenga anche uno solo dei comportamenti di cui ai nn. 1-3⁴⁹⁸.

L’elenco delle condotte appena descritte ha carattere esaustivo⁴⁹⁹. Infatti, da un lato, il professionista potrebbe certamente dissuadere il consumatore dall’acquisto del prodotto pubblicizzato mediante comportamenti differenti da quelli enunciati nella norma, dall’altro, tali condotte, non potranno essere considerate “in ogni caso ingannevoli” in quanto la loro presunta scorrettezza dovrà essere valutata alla luce dei precetti di cui agli articoli 21-22 del Codice del consumo e, eventualmente, della clausola generale di cui all’art. 20 del medesimo codice⁵⁰⁰.

Con riguardo alla previsione di cui alla lettera f), n. 2, dell’articolo in commento, la dottrina⁵⁰¹ si è interrogata sul significato da attribuire all’espressione “periodo di tempo ragionevole”.

In proposito è necessario differenziare in relazione alle ipotesi suscettibili di ricorrere nel caso concreto.

Determinante ai fini del giudizio *de quo* risulta il tempo normalmente necessario ai fini della consegna di un certo articolo⁵⁰². Con riferimento alla fattispecie di cui al n. 3 del descritto elenco è necessaria “l’intenzione del professionista di dissuadere il consumatore dall’acquisto del prodotto pubblicizzato al fine di promuoverne un altro effettuando, a tale scopo, la dimostrazione dell’articolo mediante un campione difettoso”⁵⁰³.

Particolarmente difficile potrebbe rivelarsi fornire la prova di tale intento. Dovranno essere considerati indizi oggettivi da cui possa dedursi l’atteggiamento psicologico del professionista come, ad esempio, affermazioni mediante le quali costui tenti di orientare il consumatore già determinato ad acquistare il prodotto

⁴⁹⁷ Cfr. art. 23, lett. e, Codice del consumo.

⁴⁹⁸ R. CALVO, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, cit., p. 177 ss.

⁴⁹⁹ G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il D.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 1182.

⁵⁰⁰ G. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 1182.

⁵⁰¹ Cfr. tra gli altri M. DONA, *L’elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell’allegato I della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 203 ss.

⁵⁰² F. LUCCHESI, *sub art. 23*, cit., p. 53 ss.

⁵⁰³ Cfr. art. 23, lett. f, n. 3, Codice del consumo.

pubblicizzato, verso un altro prodotto⁵⁰⁴. Detto intento ingannatorio in capo al professionista “potrà rilevarsi ogniqualvolta il prodotto menzionato nell’invito all’acquisto non sia in commercio e neppure ne sia prevista l’immissione nel mercato”⁵⁰⁵.

- La fattispecie di cui all’art. 23, lett. g, Codice del consumo

L’art. 23, lett. g, Codice del consumo definisce “in ogni caso ingannevole” la pratica posta in essere dal professionista il quale dichiara, “contrariamente al vero, che il prodotto sarà disponibile solo a condizioni particolari per un periodo di tempo molto limitato, in modo da sollecitare i consumatori ad assumere una decisione immediata e privare gli stessi della possibilità o del tempo sufficiente per prendere una decisione consapevole”.

L’elemento “temporale viene utilizzato dal professionista come catalizzatore del comportamento economico del consumatore e della sua scelta d’acquisto”⁵⁰⁶. Nell’ipotesi considerata il professionista esercita sul consumatore una pressione psicologica volta ad indurre quest’ultimo ad assumere una decisione in un lasso di tempo più ridotto di quello che normalmente si sarebbe riservato al fine di valutare la convenienza dell’affare⁵⁰⁷.

Un esempio diffuso è rappresentato dalle televendite⁵⁰⁸ ove il professionista indica in sovrimpressione che solo per quel determinato giorno un prodotto viene venduto a un prezzo particolarmente scontato ed in quantità molto limitate, influenzando la scelta del consumatore circa la validità dell’offerta, mentre, spesso, quest’ultima è replicata alle medesime condizioni.

La fattispecie di cui alla lettera g) si compone, dunque, di un aspetto oggettivo e di uno soggettivo. Per quanto concerne il primo profilo, la dichiarazione secondo cui il prodotto sarà disponibile solo per un periodo di tempo molto limitato può essere realizzata in diversi modi.

Il professionista potrebbe, anzitutto, prospettare ai consumatori che egli dispone di scorte del prodotto pubblicizzato inferiori a quelle reali, ingenerando così nei

⁵⁰⁴ AGCM, PS 2934, provv. n. 20267, 3 settembre 2009, in Boll. 35/2009.

⁵⁰⁵ AGCM, PS 2934, provv. n. 20267, cit.

⁵⁰⁶ M. DONA, *L’elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell’allegato 1 della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 209 ss.

⁵⁰⁷ M. DONA, *op. ult. cit.*, p. 209 ss.

⁵⁰⁸ M. DONA, *op. ult. cit.*, p. 210 ss.

potenziali acquirenti un falso convincimento circa il *quantum* disponibile. Sotto la previsione di cui all'art. 23, lett. g. ricade anche l'ipotesi in cui il professionista, pur non facendo menzione dell'effettivo ammontare delle scorte del prodotto affermi che lo stesso sarà acquistabile solamente per un periodo limitato, come ad esempio, potrebbe accadere qualora lo stesso affermi, contrariamente al vero, "che detto prodotto sarà disponibile solamente in occasione dell'anniversario dell'apertura di un determinato esercizio commerciale"⁵⁰⁹.

Per quanto concerne l'elemento soggettivo della fattispecie in esame, il legislatore fa riferimento all'intenzione del professionista "di ottenere una decisione immediata e privare così i consumatori della possibilità e del tempo sufficiente per una scelta consapevole"⁵¹⁰.

L'onere probatorio gravante sul consumatore⁵¹¹ rischia di mettere a dura prova l'applicazione della previsione in commento.

Il professionista potrebbe, infatti, obiettare che al momento della dichiarazione riteneva che la merce a sua disposizione poteva rapidamente esaurirsi a causa della domanda del mercato, oppure che non sarebbe stata da lui prevista né prevedibile la circostanza che, esaurita la merce a sua disposizione, egli non avrebbe avuto la possibilità di rifornirsi di ulteriori esemplari del prodotto offerto⁵¹².

In ogni caso, come precisato dall'Autorità⁵¹³, qualora una pratica commerciale non sia qualificabile come ingannevole ai sensi della disposizione di cui all'art. 23, lett. g, Codice del consumo dovrà verificarsi la sua attitudine a ricadere sotto la previsione di cui alla lett. f della medesima norma.

- Le fattispecie di cui agli articoli 23, lettere h, i, l, Codice del consumo

Ai sensi dell'art. 23, lett. h, pone in essere una pratica commerciale "in ogni caso ingannevole" il professionista che si impegna a fornire l'assistenza post-vendita a consumatori con i quali ha comunicato prima dell'operazione commerciale in una lingua diversa da quella ufficiale dello Stato membro in cui lo stesso è stabilito e poi offre concretamente tale servizio soltanto in un'altra lingua, senza che questo

⁵⁰⁹ AGCM, PS 91, provv. n. 18829, 4 settembre 2008, in *Boll.* 33/2008.

⁵¹⁰ Cfr. art. 23, lett. g, Codice del consumo.

⁵¹¹ AGCM, PS 1460, provv. n. 19469, 29 gennaio 2009, in *Boll.* 4/2009.

⁵¹² AGCM, PS 160, provv. n. 19654, 19 marzo 2009, in *Boll.* 12/2009.

⁵¹³ AGCM, PS 160, provv. n. 19654, cit.

sia chiaramente comunicato al consumatore prima del suo impegno a concludere l'operazione". La circostanza che il professionista ha utilizzato, per le proprie comunicazioni precontrattuali, una lingua diversa da quella ufficiale dello Stato in cui esso è stabilito, fa sorgere in capo al consumatore l'aspettativa che il professionista offra il servizio post-vendita nella medesima lingua precedentemente impiegata.

La disposizione in esame presenta un'indubitabile utilità pratica dal momento che le barriere linguistiche rappresentano un notevole freno agli scambi commerciali tra Stati membri dell'Unione europea.

Del pari utile è il testo della lettera i) dell'art. 23 del Codice del consumo che qualifica "in ogni caso ingannevole" la pratica consistente nell'affermare, contrariamente al vero, o generare comunque l'impressione che la vendita di un prodotto sia lecita. Basti pensare alla commercializzazione di prodotti in assenza di determinati presupposti o riconoscimenti⁵¹⁴.

L'applicazione di tale fattispecie può creare qualche problema con riferimento alle vendite internazionali.

Ciò in quanto ciascuno Stato membro ha una propria lista di prodotti il cui commercio è considerato illecito.

Per non gravare il professionista di oneri di verifica eccessivamente gravosi e al fine di salvaguardare gli interessi dei consumatori, taluni autori⁵¹⁵ ritengono che "nella prospettata ipotesi, il professionista può evitare l'applicazione della fattispecie in esame, indicando che la vendita del prodotto da esso offerto può essere considerata illegale in alcuni Stati membri".

Il consumatore sarà, pertanto, chiamato a verificare la liceità dell'acquisto programmato. E', altresì, ingannevole, la pratica descritta dall'art. 23, lett. 1, del Codice del consumo, consistente nel "presentare i diritti conferiti ai consumatori dalla legge come una caratteristica propria dell'offerta fatta dal professionista". Ponendo in essere tale pratica, il professionista prospetta diritti, già *ex lege*

⁵¹⁴ Il riferimento potrebbe estendersi ai tabacchi lavorati. Sul punto Cfr. S. PERUGINI, *Sub art. 23*, in *Le modifiche al Codice del consumo*, E. Minervini, L. Rossi Carleo (a cura di), Milano, 2009, p. 213. Come chiarisce l'A., in determinati paesi (tra i quali l'Italia) tali prodotti possono essere venduti solo in seguito alla relativa approvazione emessa dal Ministero della salute.

⁵¹⁵ F. LUCCHESI, *sub art. 23*, cit., p. 53 ss.

attribuiti al consumatore⁵¹⁶, come uno speciale vantaggio di cui il consumatore stesso può beneficiare aderendo all'offerta formulata dal professionista.

- La fattispecie di cui all'art. 23, lettere m, Codice del consumo

L'art. 23, lett. m, facendo salvo quanto previsto dal D.lgs. 31 luglio 2005, n. 177, ravvisa una pratica commerciale "in ogni caso ingannevole" nel comportamento del professionista che utilizzi contenuti redazionali nei mezzi di comunicazione al fine di promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati da esso sostenuti senza che ciò emerga dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore.

La fattispecie di cui alla lettera m) è dunque idonea a colpire i messaggi che, nonostante l'apparente finalità redazionale - perseguono un obiettivo pubblicitario volto al conseguimento di un utile per il professionista che lo ha finanziato⁵¹⁷.

La *ratio* della norma in esame è dunque quella di assicurare una netta e riconoscibile separazione tra comunicazioni di carattere commerciale e comunicazioni di natura informativa⁵¹⁸. L'elemento soggettivo della fattispecie *de qua* va ravvisato nell'inciso "per promuovere un prodotto". A tal proposito, non si rivela semplice fornire la prova di un siffatto intento e, inoltre, l'onere probatorio grava in capo a colui che fa valere il carattere ingannevole della pratica.

La previsione in esame trova applicazione nelle ipotesi in cui il professionista abbia versato un corrispettivo per l'inserimento nell'apparente messaggio redazionale di contenuti a lui favorevoli.

Secondo un orientamento diffuso in dottrina⁵¹⁹, la disposizione in esame deve essere interpretata in senso ampio "ricomprendendo nella stessa non soltanto il pagamento di una somma di denaro, ma, altresì, la (promessa o) corresponsione di un utile economico⁵²⁰". Con riferimento al requisito della "chiara individuabilità" dei contenuti pubblicitari, taluni autori⁵²¹ ritengono "non sufficiente"

⁵¹⁶ Si fa riferimento a titolo di esempio al diritto di recesso nell'ipotesi di conclusione di contratti a distanza.

⁵¹⁷ C. A. PRATESI, *Marketing sleale e tutela giuridica dei consumatori*, in *Le pratiche commerciali sleali*, E. Minervini e Liliana Rossi Carleo (a cura di), Milano, 2007, p. 54 ss.

⁵¹⁸ Sul fenomeno della pubblicità redazionale cfr. TAR Lazio, sent. n. 1128, 8 febbraio 2005; AGCM, PI 6226, provv. n. 17489, 10 febbraio 2008, in *Boll.* 1/2008.

⁵¹⁹ Cfr. tra gli altri . A. PRATESI, *Marketing sleale e tutela giuridica dei consumatori*, cit., p. 54 ss.

⁵²⁰ S. PERUGINI, *Sub art. 23*, cit., p. 213.

⁵²¹ M. DONA, *L'elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell'allegato 1 della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 209 ss.

l'indicazione dell'indirizzo della sede commerciale o di un punto vendita del professionista i cui prodotti sono oggetto di promozione. In particolare, di "chiara individuabilità" può parlarsi "ove il carattere pubblicitario che emerge dal contributo redazionale sia suscettibile di essere immediatamente percepito dal consumatore medio.

- Le fattispecie di cui all'art. 23, lettere n, o, Codice del consumo

La lettera n) definisce "in ogni caso ingannevole" la pratica consistente nel "formulare affermazioni di fatto inesatte per quanto riguarda la natura e la portata dei rischi per la sicurezza personale⁵²² del consumatore o della sua famiglia in mancanza di acquisto del prodotto". Secondo la lettera della norma, la fattispecie in esame troverebbe applicazione solo nell'ipotesi in cui l'inesatta informazione diffusa dal professionista fosse contestualmente riferita alla natura e alla portata dei suddetti rischi. Ciò condurrebbe, tuttavia, a restringere eccessivamente l'ambito di applicazione di tale norma.

Pertanto, aderendo a un orientamento prevalente in dottrina⁵²³ la pratica commerciale in esame deve considerarsi "in ogni caso ingannevole" allorquando la falsa affermazione del professionista concerna esclusivamente la natura o la portata dei rischi per la sicurezza del consumatore.

La lettera o) disciplina le così dette pratiche con effetti confusori. In particolare, è considerata "in ogni caso ingannevole" la condotta del professionista che promuova "un prodotto simile a quello fabbricato da un altro in modo tale da fuorviare deliberatamente il consumatore inducendolo a ritenere, contrariamente al vero, che il [bene] è fabbricato da uno stesso produttore".

L'origine commerciale di un prodotto è spesso rilevante per il consumatore, dal momento che esso vi ricollega determinate aspettative relative alla qualità dello stesso⁵²⁴. Dall'ambito di applicazione della norma dovranno anzitutto escludersi le

⁵²² Con il termine "sicurezza personale" si intende il riferimento a malattie, incidenti, etc. Cfr. sul punto M. DONA, *L'elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell'allegato 1 della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 209 ss. In proposito, assumono rilevanza la vendita di prodotti idonei a proteggere il consumatore (ad esempio il casco per ciclisti o l'installazione di un sistema di allarme).

⁵²³ M. DONA, *op. ult. cit.*, p. 209 ss.

⁵²⁴ A. PRATESI, *Marketing sleale e tutela giuridica dei consumatori*, cit., p. 54 ss.

ipotesi in cui tra i prodotti dei due professionisti non sussista alcuna somiglianza⁵²⁵ la quale deve intendersi in senso oggettivo.

Sussiste una somiglianza in senso oggettivo allorché i beni o i servizi⁵²⁶ corrispondano nella loro essenza, le loro funzioni, la loro destinazione di utilizzo⁵²⁷.

Il prodotto deve essere promosso in modo tale da ingannare il consumatore sulla provenienza del prodotto. Al fine di valutare se le affermazioni del professionista possano essere considerate ingannevoli ai sensi della disposizione in commento è necessario valutare due aspetti: i) il grado di somiglianza tra prodotti; ii) l' idoneità dei mezzi utilizzati dal professionista a fuorviare il consumatore in merito all'origine commerciale del prodotto.

- La fattispecie di cui all'art. 23, lett. p, Codice del consumo

L'art. 23, lett. p, considera in ogni caso ingannevole “avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti”.

Nella fase antecedente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 146 del 2007 che ha introdotto l'attuale formulazione della norma in commento, la medesima fattispecie era vietata nell'ordinamento italiano dalla legge 17 agosto 1995, n.173, recante la disciplina della vendita diretta a domicilio e di tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali, che all'art. 5, comma 1, vieta “la promozione e la realizzazione di attività e di strutture di vendita nelle quali l'incentivo economico primario dei componenti si fonda sul mero reclutamento di nuovi soggetti piuttosto che sulla loro capacità di vendere o promuovere beni o servizi”.

Il legislatore si è mostrato consapevole dell'idoneità delle così dette vendite piramidali a falsare il comportamento economico del consumatore medio ritenendo “in ogni caso sleali” tali tecniche fondate sul moltiplicare i livelli di vendita attraverso il reclutamento a catena di nuovi venditori nella rete di

⁵²⁵ Basti pensare, a titolo di esempio, a una crema e a un televisore.

⁵²⁶ Beni e servizi ricadono entrambi sotto la definizione di “prodotto” ai sensi dell'art. 18, lett. c, Codice del consumo.

⁵²⁷ M. DONA, *L'elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell'allegato I della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 209 ss.

distribuzione che vengono attirati dalla possibilità di realizzare elevati guadagni⁵²⁸.

La disposizione in esame è naturalmente destinata ad applicarsi solamente alle pratiche poste in essere da professionisti, ovvero da soggetti la cui partecipazione all'attività di avviamento, gestione o promozione del descritto sistema avvenga nell'esercizio della propria attività commerciale, industriale, artigianale o professionale.

- La fattispecie di cui all'art. 23, lett. q, Codice del consumo

L'art. 23, lett. q, qualifica "in ogni caso ingannevole" il comportamento del professionista che affermi, contrariamente al vero, di essere in procinto di cessare l'attività o traslocare. Si tratta di espedienti che, nella prassi commerciale, vengono utilizzati dal professionista per accelerare il processo di determinazione del consumatore⁵²⁹.

Tale pratica è idonea a indurre quest'ultimo a ritenere che i prodotti siano offerti a condizioni particolarmente vantaggiose suscettibili di venire meno in un ridotto lasso di tempo⁵³⁰.

Con riferimento alla nozione di "cessazione dell'attività" taluni autori⁵³¹ ritengono che la stessa dovrebbe ricomprendere anche "chiusura di una filiale, dal momento che anche in tale ipotesi il consumatore potrebbe essere indotto a ritenere che l'offerta sia limitata nel tempo e, dunque, a ridurre sensibilmente i tempi della sua decisione in relazione al prodotto.

Al fine di garantire l'effettività della disposizione *de qua*, si ritiene che il suo ambito di applicazione debba estendersi anche alle affermazioni del professionista circa la chiusura di uno o più reparti di suoi locali commerciali, come ad esempio potrebbe accadere se la società che gestisce un centro commerciale annunciasse falsamente la chiusura di un negozio di elettronica sito presso il medesimo

⁵²⁸ M. DONA, *L'elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell'allegato 1 della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 206 ss.

⁵²⁹ R. CALVO, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, cit., p. 175 ss. Il fattore temporale influenza la scelta e il comportamento economico dell'acquirente incentivato dalla possibilità di concludere un affare.

⁵³⁰ M. DONA, *L'elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell'allegato 1 della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 210 ss.

⁵³¹ Cfr. tra gli altri, M. DONA, *op. ult. cit.*, p. 210 ss.

centro⁵³². Per quanto concerne la nozione di trasloco, deve intendersi la chiusura da parte del professionista di uno o più locali commerciali al fine del trasferimento altrove della medesima attività.

Oggetto di attenta considerazione da parte degli studiosi del diritto dei consumatori⁵³³ è l'ipotesi in cui il professionista che abbia annunciato di essere in procinto di cessare l'attività, dia effettivamente seguito alle proprie affermazioni, ma solo per un breve periodo, riavviandola di lì a breve. Per valutare l'applicabilità o meno della norma in commento, è necessario in tale ipotesi esaminare le circostanze del caso concreto⁵³⁴. Qualora da tale ponderazione si evinca l'intento del professionista di operare secondo il prospettato schema in modo da attrarre il maggior numero di clienti e aumentare le proprie vendite, si ritiene applicabile l'art. 23, lett. q, Codice del consumo⁵³⁵.

- Le fattispecie di cui all'art. 23, lettere r, s, Codice del consumo

L'art. 23, lett. r, Codice del consumo, qualifica "in ogni caso ingannevole" la pratica mediante la quale il professionista affermi "che alcuni prodotti possono facilitare la vincita in giochi basati sulla sorte".

In questa fattispecie, il legislatore rinuncia a fare espresso riferimento alla "falsità" delle affermazioni del professionista, così come alla loro eventuale idoneità a ingannare il consumatore.

Si pensi alle diffuse televendite in materia di astrologia, lotto e cartomanzia, fenomeni di sfruttamento della credulità popolare. La disposizione in commento, trova applicazione anche nelle ipotesi in cui il prodotto offerto garantisca le utilità prospettate dal professionista⁵³⁶.

⁵³² A. PRATESI, *Marketing sleale e tutela giuridica dei consumatori*, cit., p. 54 ss. Nell'ambito di applicazione della norma ricadrebbero tanto le affermazioni della società che gestisce il centro commerciale quanto le false affermazioni del singolo esercente circa la cessazione o il trasloco anche solo di uno dei suoi reparti (ad es. il reparto dedicato alla telefonia).

⁵³³ Cfr. tra gli altri T. WILHELMSSON, *Misleading Practices*, cit., p. 124.

⁵³⁴ T. WILHELMSSON, *op. ult. cit.*, p. 124.

⁵³⁵ Si pensi all'ipotesi in cui il professionista che abbia annunciato la cessazione dell'attività, riavvii la stessa, a breve distanza temporale, nei medesimi locali commerciali. Cfr. in tal senso M. DONA, *L'elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell'allegato I della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 210 ss.

⁵³⁶ Cfr. le pronunce della Corte di Giustizia in relazione a Lotterie (24 marzo 1994, caso *Shindler*, C-275/92), scommesse su avvenimenti sportivi (21 ottobre 1999, caso *Zenatti*, C-67/98; 6 novembre 2003, caso *Gambelli*, C-243/01), giochi d'azzardo mediante apparecchi automatici (21 settembre 1999, caso *Laara*, L C-124/97). Per quanto riguarda l'ordinamento giuridico italiano, già prima del recepimento della direttiva 2005/29/CE, l'AGCM ha sottolineato che "nei così detti

La partecipazione al “gioco basato sulla sorte” deve anzitutto attribuire al giocatore una *chance* di ricavarne un utile la cui realizzazione deve essere riconducibile “ad accadimenti sconosciuti al giocatore e da esso non calcolabili, sottratti, pertanto, alla sua sfera di controllo”⁵³⁷. La nozione di prodotto di cui alla lettera r) dell’art. 23 va intesa in senso ampio⁵³⁸ e, dunque, anche come servizio.

Nel messaggio diffuso dal professionista potrebbe ad esempio offrirsi una consulenza astrologica “funzionale al calcolo dei numeri vincenti del lotto”⁵³⁹, ovvero affermarsi che “una collana d’ambra, allorché indossata, produrrebbe l’effetto di far apparire in sogno i numeri del lotto relativi all’estrazione della settimana seguente”⁵⁴⁰.

Il legislatore non ha inserito la “falsità dell’affermazione” tra gli elementi costitutivi della fattispecie, così ampliando notevolmente la portata applicativa della norma e alleggerendo l’onere probatorio di colui che fa valere il carattere scorretto di una siffatta pratica commerciale.

Nell’ipotesi in cui il professionista “lasci 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” soccorre la previsione di cui all’art. 26, lett. h, Codice del consumo⁵⁴¹.

Per quanto concerne, invece, la lettera s della disposizione in esame, questa individua come “in ogni caso ingannevole” la pratica mediante la quale il professionista affermi contrariamente al vero che un prodotto ha la capacità di curare malattie, disfunzioni o malformazioni.

giochi basati sulla sorte non esiste una (lecita) metodologia idonea a garantire sicuri guadagni al giocatore. Cfr. in proposito AGCM, PI 2952, provv. n. 8687, 14 settembre 2000, in *Boll.* 37/2000; AGCM, PI 3116, provv. n. 9261, 22 febbraio 2001, in *Boll.* 8/2001, sul noto caso “Vanna Marchi”; AGCM, PI 2781, provv. n. 8260, 3 maggio 2000, in *Boll.* 17/2000; AGCM, PI 5218, provv. n. 16142, 9 novembre 2006, in *Boll.* 45/2006.

⁵³⁷ Corte di Giustizia, 24 marzo 1994, caso *Shindler*, C-275/92.

⁵³⁸ Si fa riferimento alla nozione di prodotto ex art. 18, Codice del consumo.

⁵³⁹ Cfr. Corte di Giustizia, 24 marzo 1994, caso *Shindler*, cit.

⁵⁴⁰ T. WILHELMSSON, *Misleading Practices*, cit., p. 124.

⁵⁴¹ Cfr. art. 26, lett. h. Codice del consumo, in materia di “Pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive”.

La richiamata fattispecie trova applicazione nell'ipotesi di false affermazioni relative alle capacità curative di un prodotto nei casi in cui sia dato verificare, sulla base dello stato attuale delle conoscenze scientifiche, che il prodotto *de quo* non possiede le capacità affermate dal professionista⁵⁴².

La disposizione in commento non trova, pertanto, applicazione nel caso in cui la “capacità del prodotto di curare malattie” non sia, a livello scientifico, né sufficientemente provata, ma neppure esclusa⁵⁴³.

In questo caso, qualora il professionista affermi, contrariamente al vero, la capacità curativa scientificamente accertata del prodotto oggetto di promozione, l'ingannevolezza di siffatto messaggio dovrà essere valutata alla luce dell'art. 21, Codice del consumo. Nel rispetto della ratio dell'art. 23, lett. s, Codice del consumo, che è quella di scoraggiare e sanzionare affermazioni non veritiere del professionista riguardo alle proprietà dei prodotti dallo stesso commercializzati, la dottrina⁵⁴⁴ è concorde nel ritenere che la norma debba applicarsi a tutte le affermazioni del professionista circa l'idoneità di un suo prodotto⁵⁴⁵ a determinare benefici per la salute del consumatore, ossia “ad incidere positivamente sul suo benessere psico-fisico”⁵⁴⁶.

L'art. 23, lett. s., troverà ad esempio applicazione a un messaggio pubblicitario in cui si affermi falsamente: i) che un determinato farmaco è idoneo a prevenire od eliminare una patologia fisica; ii) che l'assunzione di un certo integratore alimentare garantisce particolari benefici⁵⁴⁷; iii) o ancora che particolari trattamenti fisioterapeutici (ad esempio, presso un determinato centro *wellness* di un albergo) sono idonei a produrre determinati effetti benefici sulla salute del consumatore.

Qualora accada che al messaggio da ultimo indicato, l'imprenditore associ l'indicazione di un marchio di fiducia o di qualità senza avere ottenuto la

⁵⁴² Sul punto cfr. M. DONA, *L'elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell'allegato I della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 201 ss.

⁵⁴³ M. DONA, *op. ult. cit.*, p. 201 ss.

⁵⁴⁴ A. PRATESI, *Marketing sleale e tutela giuridica dei consumatori*, cit., p. 54 ss.; M. DONA, *op. ult. cit.*, p. 201 ss.

⁵⁴⁵ Il significato di “prodotto” deve essere inteso in senso ampio alla luce dell'art. 18, lett. c.

⁵⁴⁶ M. DONA, *op. ult. cit.*, p. 201 ss.

⁵⁴⁷ Basti pensare a un messaggio pubblicitario in cui si dichiara, contrariamente al vero, che un determinato prodotto ritardi l'invecchiamento cellulare o stimoli l'apprendimento di nozioni.

necessaria autorizzazione, troverà senz'altro applicazione la pratica sancita dall'art. 23, lett. b, Codice del consumo.

- La fattispecie di cui al'art. 23, lett. t, Codice del consumo

L'art. 23, lett. t., qualifica come “in ogni caso ingannevole” la comunicazione da parte del professionista di informazioni inesatte sulle condizioni di mercato o sulla possibilità di ottenere il prodotto allo scopo di indurre il consumatore all'acquisto a condizioni meno favorevoli di quelle normali di mercato. Come chiarito nei lavori preparatori della Direttiva 2005/29/CE⁵⁴⁸, il legislatore ha ritenuto la descritta condotta⁵⁴⁹ idonea a dissuadere il consumatore dalla ricerca di alternative più vantaggiose rispetto a quella prospettata nel messaggio ricevuto, di fatto limitando la sua libertà di scelta.

L'obiettivo perseguito è stato quello di arginare le pratiche commerciali tendenti a dipingere scenari non veritieri sulle reali condizioni del mercato o sulle possibilità di ottenere in altro modo il prodotto così influenzando il rapporto tra domanda e offerta e imponendo al consumatore un prezzo più alto.

Basti pensare all'ipotesi in cui un prodotto facilmente reperibile venga promosso come raro e introvabile e, dunque, venduto a un prezzo molto elevato rispetto al suo reale valore di mercato⁵⁵⁰.

La norma in commento è stata richiamata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in alcuni provvedimenti con i quali l'Autorità ha sanzionato diversi Istituti e Aziende di credito che a fronte della richiesta di portabilità gratuita del mutuo presentata da alcuni clienti, avevano offerto la soluzione più onerosa consistente nella sostituzione del mutuo, in luogo della sua gratuita portabilità⁵⁵¹. Sulle delibere dell'Autorità si è pronunciato il TAR Lazio⁵⁵² che ha annullato i richiamati provvedimenti rilevando l'assenza di un dimostrato intento decettivo a

⁵⁴⁸ Commissione europea, *Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio relativa alle Pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive n. 84/450/CEE, 98/27/CE, COM (2003) 356 def.*, 18 giugno 2003.

⁵⁴⁹ Cfr. Direttiva 2005/29/CE, Allegato 1, n. 18.

⁵⁵⁰ Pratica ritenuta ingannevole ancor prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 146/2007. Cfr. in proposito AGCM, PI 4946, provv. n. 15166, 1 febbraio 2006, in *Boll.* 5/2006.

⁵⁵¹ AGCM, PS 1187-1207, provv. da n. 18727-18741, 7 agosto 2008, in *Boll.* 31/2008.

⁵⁵² TAR Lazio, sent. n. 3689/2009.

monte della condotta tenuta dagli operatori bancari, ovvero della volontà di orientare le scelte dei clienti al fine di conseguire un ingiustificato profitto⁵⁵³.

- Le fattispecie di cui all'art. 23, lettere u, v, z, Codice del consumo

L'art. 23, lett. u., qualifica come "in ogni caso ingannevole" la pratica consistente nell'affermare "che si organizzano concorsi o promozioni a premi senza attribuire i premi descritti o un equivalente ragionevole".

Ai fini dell'applicazione della norma in commento è anzitutto decisivo e necessario che si tratti di situazioni in cui venga attribuito un premio tenuto conto che proprio nella mancata attribuzione dello stesso la disposizione trova la sua *ratio*⁵⁵⁴. Alla luce di un'interpretazione esegetica dell'art. 23, lett. u., Codice del consumo, non è necessario che il professionista ponga in essere particolari operazioni al fine di indurre i consumatori a partecipare al concorso, né si richiede che il concorso o la promozione a premi abbia effettivamente luogo.

Il divieto opera, dunque, già in conseguenza del mero annuncio di un concorso o di una promozione a premi, circostanza che chiarisce come tale norma miri a stroncare sul nascere siffatti fenomeni.

Un ulteriore presupposto applicativo della disposizione in commento si individua nella possibilità prospettata al consumatore in occasione dell'annuncio del concorso o della promozione di ottenere un premio o un equivalente ragionevole. La norma *de qua* non attribuisce rilevanza all'elemento soggettivo e, dunque, all'intenzione del professionista di falsare il comportamento economico del consumatore medio⁵⁵⁵.

Con riferimento al testo dell'art. 23, lett. v) del Codice del consumo, la norma considera "in ogni caso ingannevole" la pratica mediante la quale il professionista

⁵⁵³ L'orientamento del TAR Lazio in materia di portabilità dei mutui ipotecari, sent. n. 3689/2009 è stato confermato dal Consiglio di Stato, sent. n. 9322/2010.

⁵⁵⁴ M. DONA, *L'elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell'allegato 1 della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 208 ss.

⁵⁵⁵ AGCM, PS 555, provv. n. 18674, 24 luglio 2008, in *Boll.* 29/2008. L'Autorità ha ritenuto "in ogni caso ingannevole" il seguente messaggio diffuso dal professionista "potrai vincere una nuova Fiat 500, nuovi telefonini Motorola RAZR V3i, Televisori Lcd 32" e molto altro. Ogni giorno, quante volte vuoi, 24 ore su 24!". Secondo l'Autorità tale messaggio "lascia intendere, contrariamente al vero, che sia possibile aggiudicarsi "ogni giorno" i vari premi indicati", mentre, in realtà, dalle risultanze istruttorie e dalle allegazioni agli atti relative al sito [www. Stargames.us](http://www.Stargames.us), è emerso che durante l'intero periodo di durata del concorso a premi sono stati posti in palio una sola automobile Fiat 500, 7 telefonini Motorola e due TV lcd 32". Il premio che il consumatore aveva maggiore possibilità di vincere, consisteva in una ricarica telefonica dal modico valore di 5 euro.

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

Tra le ipotesi che ricadono nell’ambito di applicazione dell’art. 23, lett. v) si segnalano le offerte di prodotti “gratuiti”, a “costo zero”, in “omaggio” o “free”⁵⁵⁶.

In ogni caso, a prescindere dai termini concretamente utilizzati dal professionista nell’offerta, avvalendosi della richiamata formulazione della norma, il legislatore ha inteso riferirsi a tutte le ipotesi in cui il prodotto sia prospettato come ottenibile dal consumatore senza alcuna incisione negativa della sua sfera patrimoniale e, in generale, in assenza di alcun adempimento di qualsivoglia natura⁵⁵⁷.

L’Autorità ha considerato “in ogni caso ingannevole” l’attività di diffusione di alcuni messaggi volti a promuovere il servizio di connessione internet in modalità *dial-up* denominato “Internet gratis” poi rivelatosi per nulla gratuito⁵⁵⁸.

Particolarmente problematica si rivela la valutazione delle ipotesi in cui il

⁵⁵⁶ Commissione europea, *Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio relativa alle Pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive n. 84/450/CEE, 98/27/CE, COM (2003) 356 def.*, cit.

⁵⁵⁷ Commissione europea, *Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio relativa alle Pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive n. 84/450/CEE, 98/27/CE, COM (2003) 356 def.*, cit.

⁵⁵⁸ AGCM, PS 143, provv. n. 18518, 19 giugno 2008, in *Boll.* 24/2008. L’Autorità ha posto in particolare evidenza i seguenti elementi: “Il messaggio attraverso l’utilizzo del termine “*gratis*”, intende proprio far leva sulla particolare convenienza dell’affare. La comunicazione pubblicitaria, pertanto, appariva finalizzata a creare un convincimento presso gli utenti circa la fruizione non onerosa di detta connessione. La suddetta denominazione “*gratis*” accompagnata dalle seguenti specifiche “*Internet Gratis [...] collegamento ad internet con il numero 7017017010 a 1 centesimo al minuto [...] registrati gratis ovvero dalla semplice indicazione del pagamento del traffico telefonico effettuato durante il collegamento alla rete, non è considerata idonea ad offrire al consumatore un quadro chiaro e immediatamente percepibile in relazione alle condizioni economiche e, più in particolare, all’esborso economico al quale si deve fare fronte per fruire di detto servizio. Tale difetto di chiarezza nella comunicazione commerciale assume una valenza ancora più importante nella scelta degli utenti, se si considera che l’offerta è destinata ad un pubblico vasto e, pertanto anche a coloro che non siano specialisti del settore. La promozione del servizio, così come formulata, ingenera nell’utenza soprattutto non specialistica la ragionevole aspettativa che sia possibile navigare gratuitamente, sebbene a velocità di upload e download limitata*”. In successivi provvedimenti, l’Autorità ha utilizzato le medesime valutazioni di illiceità con riferimento alle espressioni “internet free” (cfr. AGCM, PS 413, provv. n. 18490, 12 giugno 2008, in *Boll.* 23/2008) o “torni gratis”, quest’ultima utilizzata da un vettore di trasporto marittimo e dietro cui si celavano diversi oneri economici posti a carico del consumatore (cfr. AGCM, PS 1452, provv. n. 19092, 5 novembre 2008, in *Boll.* 42/2008).

professionista offra “un omaggio” da intendersi come un altro prodotto⁵⁵⁹ rispetto a quello pagato dal consumatore in occasione dell’acquisto⁵⁶⁰. Per ottenere l’omaggio è, dunque, necessario acquistare un determinato prodotto congiuntamente offerto.

In relazione a tale ipotesi la dottrina⁵⁶¹ si è interrogata sulla circostanza che “l’omaggio pubblicizzato dal professionista come gratuito” possa condurre all’applicazione dell’art. 23, lett. v, Codice del consumo. Vi è chi ha risposto affermativamente a tale quesito, facendo leva sul dichiarato obiettivo di garantire un elevato livello di tutela del consumatore⁵⁶².

L’art. 23, lett. z., Codice del consumo, qualifica come “in ogni caso ingannevole” la pratica consistente “nell’includere nel materiale promozionale una fattura o analoga richiesta di pagamento che lasci intendere, contrariamente al vero, al consumatore di avere già ordinato il prodotto”.

Tale disposizione mira a tutelare il consumatore dalle affermazioni del professionista che pretenda l’adempimento di una prestazione in realtà da quest’ultimo non dovuta. L’espressione “fattura o richiesta di pagamento” deve intendersi in senso molto ampio.

Come chiarito da taluni autori⁵⁶³, può essere qualificato tale⁵⁶⁴ ogni documento da cui risulti l’indicazione dell’obbligo del consumatore di eseguire una determinata prestazione.

In questa ampia categoria devono ricomprendersi ad esempio le ipotesi di indicazione da parte del professionista dell’obbligo di effettuare il pagamento entro una certa data ovvero l’allegazione di un bollettino postale che si chiede al consumatore di utilizzare per eseguire uno specifico pagamento non dovuto.

⁵⁵⁹ L’omaggio può essere, altresì, inteso anche come quantità ulteriore del prodotto pagato. Sul punto cfr. T. WILHELMSSON, *Annex 1*, in *European Fair Trading Law*, The unfair commercial practices Directive, G. Howells, Hans Micklitz, Thomas Wilhelmsson (a cura di), 2006, p. 200 ss.

⁵⁶⁰ Basti pensare a una offerta la quale preveda che in conseguenza dell’acquisto di due bottiglie di una determinata bevanda, l’acquirente abbia diritto a ottenerne una in omaggio.

⁵⁶¹ Cfr. tra gli altri T. WILHELMSSON, *Annex 1*, cit., p. 205 ss.

⁵⁶² T. WILHELMSSON, *Annex 1*, op. ult. cit., p. 207

⁵⁶³ Cfr. tra gli altri T. WILHELMSSON, *Annex 1*, op. ult. cit., p. 209 ss.

⁵⁶⁴ Si fa riferimento al termine “fattura o richiesta di pagamento”.

- Le fattispecie di cui all'art. 23, lettere aa), bb), Codice del consumo

L'art. 23, lett. aa), definisce “in ogni caso ingannevole” la pratica consistente nel “dichiarare o lasciare intendere, contrariamente al vero, che il professionista non agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, o presentarsi, contrariamente al vero, come consumatore”.

A fronte della descritta pratica, il consumatore, ritenendo erroneamente di non avere a che fare con un professionista, potrebbe essere indotto ad usare un grado di attenzione inferiore a quello che avrebbe altrimenti impiegato. L'art. 23, lett. aa) trova ad esempio applicazione nelle ipotesi in cui il professionista si presenti ai consumatori nelle vesti di un soggetto che svolge indagini di mercato a semplici fini statistici ovvero di ricerca scientifica, mentre in realtà egli agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale⁵⁶⁵.

Lo stesso deve dirsi in relazione ai casi in cui il professionista, dissimulando il proprio interesse professionale, ponga in essere commenti positivi sui prodotti dallo stesso commercializzati impedendo al consumatore di comprendere il carattere pubblicitario del messaggio⁵⁶⁶.

Del pari “in ogni caso ingannevole” è la pratica descritta dall'art. 23, lett. bb) consistente nel “lasciare intendere, contrariamente al vero, che i servizi post-vendita relativi a un prodotto siano disponibili in uno Stato membro diverso da quello in cui è avvenuta la vendita”. Per l'applicazione di tale norma si rende necessario individuare lo Stato membro in cui è venduto il prodotto.

E' necessario, in proposito, fare riferimento alla sede o filiale del professionista a cui il consumatore si è rivolto per l'acquisto⁵⁶⁷. Determinante è la circostanza che le affermazioni del professionista suscitino o siano idonee a suscitare detta falsa prospettiva nel consumatore medio. Taluni autori⁵⁶⁸ ritengono che la disposizione in commento non implichi per il professionista l'onere di indicare gli Stati in cui il servizio post-vendita è disponibile, bensì comporti semplicemente

⁵⁶⁵ Commissione europea, *Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio relativa alle Pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive n. 84/450/CEE, 98/27/CE, COM (2003) 356 def.*, cit.

⁵⁶⁶ Commissione europea, *Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio relativa alle Pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive n. 84/450/CEE, 98/27/CE, COM (2003) 356 def.*, cit.

⁵⁶⁷ T. WILHELMSSON, *Annex I*, cit., p. 205 ss.

⁵⁶⁸ Cfr. tra gli altri T. WILHELMSSON, *op. ult. cit.*, p. 205 ss.

che tale soggetto non deve, tenuto conto delle circostanze del caso, dare motivo di credere che il servizio sia disponibile anche dove non lo è”⁵⁶⁹.

12. Pratiche aggressive: nozione ed elementi costitutivi

Esaminati gli interessanti profili interpretativi connessi alla nozione di pratica commerciale ingannevole, è utile soffermarsi brevemente su una ulteriore *species* di pratica commerciale scorretta: la pratica aggressiva. Si tratta di una fattispecie di assoluta novità. Prima dell’adozione della Direttiva 2005/29/CE non esisteva a livello comunitario né sul piano nazionale uno specifico riferimento normativo in tal senso⁵⁷⁰.

Nella Comunicazione dell’11 giugno 2002⁵⁷¹ la Commissione europea rilevò come gli obiettivi della disciplina sulle pratiche commerciali sleali dovessero andare oltre la ristretta nozione di pratiche ingannevoli per abbracciare ogni pratica scorretta tra le quali anche una categoria imperniata sul divieto di molestie, coercizione, uso della forza fisica e indebito condizionamento.

Nel punto 2.3 dell’Allegato 1 della suddetta Comunicazione erano già delineati i tratti essenziali dell’aggressività di una pratica commerciale successivamente codificati dall’art. 8 della Direttiva 2005/29/CE.

Alla luce della piena coincidenza tra il dettato comunitario e quello nazionale, l’art. 24 del Codice del consumo come novellato dal D.lgs. 2 agosto 2007, n. 146 definisce aggressiva “una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”.

⁵⁶⁹ Commissione europea, *Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio relativa alle Pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive n. 84/450/CEE, 98/27/CE, COM (2003) 356 def., cit.*

⁵⁷⁰ AGCM, Relazione annuale sull’attività svolta, 30 aprile 2008, p. 21. L’Autorità precisa che l’individuazione della categoria delle pratiche commerciali aggressive rappresenta un elemento di novità rispetto alla disciplina previgente.

⁵⁷¹ Commissione europea, Seguito dato al Libro Verde sulla tutela dei consumatori nel mercato interno, cit., 289.

Nelle pratiche aggressive l'effetto non è quello, tipico delle pratiche ingannevoli, di falsare la corretta rappresentazione da parte del consumatore delle caratteristiche del prodotto o del servizio.

Piuttosto, una pratica aggressiva limita o è idonea a limitare la libertà di scelta del consumatore. Più nel dettaglio, sia l'inganno che l'aggressività influenzano la decisione del consumatore, ma solo il primo⁵⁷² è suscettibile di determinare una falsa rappresentazione della realtà “ancorchè in assenza di un contatto diretto tra offerente ed acquirente”⁵⁷³.

Una pratica aggressiva, invece, si caratterizza per l'uso di metodi e strumenti di mirata intimidazione, agendo sul comportamento del consumatore a livello emotivo “senza peraltro incidere sulla reale capacità di quest'ultimo di valutare le caratteristiche del bene proposto”⁵⁷⁴.

In sintesi, mentre le pratiche ingannevoli hanno una portata decettiva rispetto alla decisione commerciale, quelle aggressive hanno una valenza estorsiva della libertà di scelta che rappresenta il bene giuridico protetto dalla disciplina in esame⁵⁷⁵. Le pratiche aggressive possono essere distinte in tre diverse tipologie, le pratiche moleste, quelle coercitive e quelle indebitamente condizionanti e si caratterizzano per la presenza di due elementi costitutivi⁵⁷⁶.

Il primo, di carattere strutturale, è rappresentato da quegli atti che consistono in molestie, coercizioni, compreso il ricorso alla forza fisica, o sfruttamento di una posizione di potere nei confronti del consumatore per esercitare pressioni fisiche o psicologiche, “e che nella loro portata limitano o sono idonee a limitare considerevolmente la libertà di scelta consapevole del consumatore medio, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso concreto”⁵⁷⁷.

Il secondo, di carattere funzionale, è rappresentato dalla capacità di indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale o relativa a

⁵⁷² Si fa riferimento all'inganno.

⁵⁷³ S. ORLANDO, *Pratiche commerciali aggressive*, in *Codice del Consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2009, p. 77 ss.

⁵⁷⁴ GIAMPAOLO DALLE VEDOVE, *Le pratiche commerciali aggressive*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette, Attuazione e impatto sistematico della Direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008, p. 117 ss.

⁵⁷⁵ Le pratiche aggressive sfruttano le debolezze emotive e culturali del consumatore per costringerlo a prendere certe consapevoli decisioni che altrimenti non avrebbe adottato.

⁵⁷⁶ Cfr. tra gli altri EZIO GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, cit., p. 97 ss.

⁵⁷⁷ GIAMPAOLO DALLE VEDOVE, *Le pratiche commerciali aggressive*, cit., p. 117 ss.

posizioni contrattuali che non avrebbe altrimenti preso⁵⁷⁸. Con riguardo al ricorso a molestie, coercizione e indebito condizionamento l'art. 25, Codice del consumo⁵⁷⁹ indica, più nello specifico, quali sono i criteri utili ai fini della valutazione dell'aggressività di una pratica commerciale.

Ai sensi del predetto articolo, nel determinare se una pratica commerciale è aggressiva devono essere presi in considerazione i seguenti elementi: a) i tempi, il luogo, la natura o la persistenza del comportamento del professionista; b) il ricorso alla minaccia fisica o verbale da parte di quest'ultimo; 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 recedere dal contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista; e) qualsiasi minaccia di promuovere un'azione legale ove tale azione sia manifestamente temeraria o infondata.

L'art. 25 in commento offre all'interprete un insieme di circostanze e fattori rilevanti ai fini del "test di considerevole limitazione della libertà di scelta o di comportamento del consumatore"⁵⁸⁰.

Come rilevato in dottrina⁵⁸¹, solo le lettere a) (i tempi, il luogo, la natura o la persistenza) e b) (il ricorso alla minaccia fisica o verbale) rappresentano veri e propri parametri di valutazione, mentre le lettere c) e d) offrono "fattispecie particolari, accuratamente definite di illecita pressione, indebito condizionamento od ostacolo"⁵⁸². In particolare, la lettera c) evoca un'alterazione emotiva che incide sulla capacità di corretta valutazione della natura, prezzo o utilità del prodotto o servizio.

La lettera d) richiama forme di ostruzionismo all'esercizio di diritti contrattuali contrarie al dovere di leale collaborazione nell'esecuzione del contratto. La lettera e) "avrebbe trovato una migliore collocazione nella *black list* di pratiche

⁵⁷⁸ S. ORLANDO, *Pratiche commerciali aggressive*, cit., p. 77 ss.

⁵⁷⁹ Cfr. altresì l'art. 9 della Direttiva 2005/29/CE.

⁵⁸⁰ EZIO GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, cit., p. 97 ss.

⁵⁸¹ GIAMPAOLO DALLE VEDOVE, *Le pratiche commerciali aggressive*, cit., p. 117 ss.

⁵⁸² GIAMPAOLO DALLE VEDOVE, *op. ult. cit.*, p. 117 ss.

commerciali considerate in ogni caso aggressive”⁵⁸³. Tali parametri, ad avviso di taluni autori⁵⁸⁴, sono stati elaborati dal legislatore alla stregua di categorie valutative aperte, che lasciano all’interprete la possibilità di adattare la normativa alle concrete fattispecie⁵⁸⁵.

In particolare, per quanto riguarda “i tempi e i luoghi della condotta” ci si riferisce a criteri che richiamano azioni del professionista che vengano poste in essere “in luoghi ove il consumatore non si aspetterebbe di ricevere proposte di natura commerciale (ad esempio al proprio domicilio, sul posto di lavoro) ovvero in momenti in cui la sua attenzione è notevolmente ridotta in relazione ad esse”⁵⁸⁶. Legato alla considerazione in ordine ai tempi della condotta aggressiva del professionista è l’aspetto della persistenza.

La pratica aggressiva, infatti, non è soltanto riferita al momento in cui la stessa viene posta in essere, ma all’insistenza con la quale essa viene perpetrata a danno dei consumatori⁵⁸⁷. Con riferimento al parametro individuato dall’art. 25, lett. c, Codice del consumo, relativo allo sfruttamento di eventi tragici o circostanze gravi, va sottolineato il fatto che tale ipotesi costituisce essa stessa una pratica commerciale scorretta *sub specie* di pratica indebitamente condizionante⁵⁸⁸.

Con riguardo al criterio di cui alla lettera e) della norma in commento, si segnala che l’espressione adottata dal legislatore nazionale “azione manifestamente temeraria o infondata” appare differente rispetto alla versione riportata dalla Direttiva 2005/29/CE all’art. 9, lett. e), che parla di “azione non giuridicamente ammessa”.

Data la discrasia tra le due formulazioni, è lecito domandarsi se il testo nazionale derivi da una consapevole scelta ermeneutica. Ad avviso di taluni autori⁵⁸⁹, il legislatore domestico ha inteso per “azione che non sia giuridicamente ammessa”

⁵⁸³ S. ORLANDO, *Pratiche commerciali aggressive*, cit., p. 77 ss.

⁵⁸⁴ Cfr. tra gli altri EZIO GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, cit., p. 97 ss.

⁵⁸⁵ A. PALLOTTA, *Le pratiche commerciali aggressive*, in *Le pratiche commerciali sleali, Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, E. Minervini, L. Rossi Carleo (a cura di), Milano 2007, p. 177 ss.

⁵⁸⁶ A. PALLOTTA, *Le pratiche commerciali aggressive*, cit., p. 177 ss.

⁵⁸⁷ EZIO GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, cit., p. 98 ss.

⁵⁸⁸ L. LA ROCCA, *sub art. 25*, in *Codice del consumo e norme collegate*, V. Cuffaro (a cura di), Milano, 2008, p. 170 ss.

⁵⁸⁹ Cfr. tra gli altri L. LA ROCCA, *op. ult. cit.*, p. 170 ss.

un'azione temeraria o infondata”⁵⁹⁰ facendo rientrare in queste locuzioni talune specifiche ipotesi alla cui stregua può essere valutata l'aggressività di una pratica. Le condotte aggressive sopra descritte tendono a sovrapporsi nelle situazioni reali, essendo intuitivamente sottile la linea di confine tra minaccia, coercizione e indebito condizionamento.

Tuttavia, è necessario comprendere quale significato e limite abbiano queste nozioni nel contesto della disciplina e alla luce degli obiettivi di protezione della Direttiva 2005/29/CE.

13. (segue) Le pratiche moleste

Come chiarito nel paragrafo precedente, sotto il profilo strutturale le tipologie di pratiche aggressive si differenziano per le diverse fattispecie attuative rappresentate da molestie, coercizioni e indebito condizionamento. L'art. 24, Codice del consumo, si limita a riferire che le molestie e la coercizione costituiscono due possibili mezzi (insieme all'indebito condizionamento) attraverso i quali si può indurre il consumatore medio a prendere una decisione che non avrebbe altrimenti adottato.

Tuttavia, la norma in commento non esplicita cosa debba intendersi per “molestie” o per “coercizione” salvo in quest'ultimo caso la specificazione del ricorso alla forza fisica.

Nel silenzio del legislatore comunitario e nazionale alcuni studiosi della disciplina in esame⁵⁹¹ hanno definito moleste “le pratiche che consistono in quei comportamenti che, per modalità, tempo, luogo e durata sono idonei ad indurre il consumatore medio ad assumere decisioni commerciali non volute”.

Nonostante il lodevole obiettivo di chiarire anche sotto il profilo nozionistico il campo di applicazione dell'art. 24, la riportata definizione di pratica molesta (così come quella più generale di pratica aggressiva) risulta ancora eccessivamente ampia.

⁵⁹⁰ Del resto, la portata dell'espressione utilizzata nella direttiva, che si riferisce ad “un'azione legale non ammessa” è talmente ampia e generica da aprire un ventaglio di ipotesi applicative. In proposito cfr. S. ORLANDO, *Pratiche commerciali aggressive*, cit., p. 77 ss.

⁵⁹¹ Cfr. tra gli altri GIAMPAOLO DALLE VEDOVE, *Le pratiche commerciali aggressive*, cit., p. 122 ss.

Nel tentativo di specificare ulteriormente quest'ultima sono di ausilio le pratiche descritte nella *black list* di cui all'art. 26, Codice del consumo.

Più nel dettaglio, alcuni interessanti esempi di pratiche commerciali moleste si colgono nella lettera c) della medesima disposizione relativa al professionista che effettua “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 gli artt. 58 e 130 del D.Lgs. n. 196/2003.

14. (segue) Le pratiche coercitive

Alle pratiche commerciali aggressive basate sulle molestie si aggiungono quelle coercitive ovvero fondate su “una pressione molto penetrante”⁵⁹² sulla sfera individuale del consumatore medio e identificate con minacce verbali o costrizioni fisiche volte a “estorcere”⁵⁹³ una decisione al consumatore.

Le minacce verbali posso avere ad oggetto la prospettazione di mali ingiusti o umiliazioni rivolte al consumatore in fase di promozione o acquisto di prodotti o servizi⁵⁹⁴. Le costrizioni fisiche sembrano consistere in comportamenti materiali rivolti contro il consumatore e diretti a ottenere quanto desiderato dal professionista.

Taluni esempi di condotte coercitive si rinvergono nell'elenco di pratiche aggressive *tout court* contenuto nell'art. 26, Codice del consumo.

Basti pensare alla pratica descritta dalla lettera a) di quest'ultima disposizione consistente nel “creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto”; o “nell'effettuare visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti dello stesso a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui

⁵⁹² GIAMPAOLO DALLE VEDOVE, *op. ult cit.*, p. 122 ss.

⁵⁹³ A. PALLOTTA, *Le pratiche commerciali aggressive*, cit., p. 179 ss.

⁵⁹⁴ Le conseguenze minacciate possono riguardare la sfera personale del consumatore o di altri soggetti a lui legati da vincoli parentali. Cfr. sul punto L. LA ROCCA, *sub art. 25*, in *Codice del consumo e norme collegate*, cit., p. 170 ss.

siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale (art. 26, lett. b).

Caratteristica peculiare della pratica coercitiva è, dunque, la creazione consapevole di una situazione di coercizione e il suo sfruttamento da parte del professionista al fine di incidere sulla libertà di scelta del consumatore.

15. (segue) L'indebito condizionamento

Il professionista può, infine, porre in essere pratiche commerciali aggressive basate su atti di indebito condizionamento del consumatore. A differenza delle molestie e della coercizione, l'indebito condizionamento è una locuzione che trova spazio tra le definizioni generali di cui all'art. 18 del Codice del consumo⁵⁹⁵.

In particolare, la lettera l. del richiamato art. 18 qualifica l'indebito condizionamento come "lo sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o la minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole".

Le pratiche aggressive indebitamente condizionanti sono integrate dallo sfruttamento di una posizione di potere sia di tipo giuridico, che di mero fatto⁵⁹⁶. Tenuto conto della latitudine e genericità della nozione in esame, non è mancato in dottrina⁵⁹⁷ chi ha definito la stessa una formula riassuntiva di tutte le fattispecie contemplate negli articoli 24-26 del Codice del consumo. In realtà, si tratta di una figura particolare e autonoma che può prescindere dal ricorso alla forza fisica o dalle molestie⁵⁹⁸.

Siffatta posizione di sfruttamento indica una preminenza strutturale del professionista che dipende dalle circostanze concrete, dalle asimmetrie informative a suo vantaggio, dagli eventuali rapporti giuridici e di fatto che lo legano al consumatore, dalle qualità e caratteristiche del consumatore medio cui è diretta la pratica. Lo sfruttamento della così detta posizione di potere si manifesta

⁵⁹⁵ Cfr. anche art. 2, lett. j, Direttiva 2005/29/CE.

⁵⁹⁶ P. BARTOLOMUCCI, *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura*, cit., p. 954 ss.

⁵⁹⁷ P. BARTOLOMUCCI, *op. ult. cit.*, p. 954 ss.

⁵⁹⁸ L. LA ROCCA, *sub art. 25*, cit., p. 170 ss.

sul piano dei sentimenti, delle emozioni, delle caratteristiche cognitive, del livello culturale, del profilo linguistico e persino delle paure del cliente⁵⁹⁹.

Il suo tratto peculiare è, dunque, l'abuso di una posizione di preminenza sfociante in una pressione precontrattuale o contrattuale del professionista volta a trarre vantaggio da una condizione di vulnerabilità, soggezione (economica, professionale, psicologica) del consumatore⁶⁰⁰. Nell'ambito di una condotta indebitamente condizionante alcuni autori⁶⁰¹ si sono interrogati sulla possibilità di ricomprendere talune fattispecie di diritto antitrust, tra le quali si annovera l'abuso di posizione dominante.

L'interessante esercizio ha, tuttavia, rivelato che la definizione di indebito condizionamento ex art. 18, lett. 1., Codice del consumo, manca dei presupposti di riconducibilità al concetto di posizione dominante elaborati dalla giurisprudenza comunitaria⁶⁰².

Il consumatore, infatti, è soggetto a una condotta indebitamente condizionante non per mancanza o esiguità di alternative, ma perché è stato vittima di una pressione che ne ha compromesso la capacità di decidere in conformità al proprio interesse e al suo reale bisogno⁶⁰³. Tra le fattispecie descritte dall'art. 25 del Codice del consumo, potrebbe ravvisarsi un'indebita influenza nella condotta di cui alla lettera c) relativa allo 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.

Da ultimo, è utile ribadire che “non ogni sfruttamento di una posizione di potere determina una “pratica aggressiva”, ma solo quello che – restringendo la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio – limita notevolmente la sua

⁵⁹⁹ A. PALLOTTA, *Le pratiche commerciali aggressive*, cit., p. 179 ss.

⁶⁰⁰ EZIO GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, cit., p. 130 ss.

⁶⁰¹ Cfr. tra gli altri GIAMPAOLO DALLE VEDOVE, *Le pratiche commerciali aggressive*, cit., p. 123 ss.

⁶⁰² Corte di Giust. CE, 13.02.1979, causa 85/76 Hoffmann la Roche c. Commissione, in *Racc. giur. cort. giust.*, 1979, I, p. 461 ss. Secondo la formula elaborata dalla Corte di Giustizia, la posizione dominante può essere definita come “posizione di potenza economica” grazie alla quale l'impresa che la detiene può ostacolare la presenza di una concorrenza effettiva sul mercato, traendo beneficio dall'opportunità di “tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in definitiva dei consumatori”.

⁶⁰³ GIAMPAOLO DALLE VEDOVE, *Le pratiche commerciali aggressive*, cit., p. 123 ss. L'A. fa riferimento a un doloso condizionamento della sfera emotiva del consumatore.

capacità di prendere una decisione consapevole”⁶⁰⁴. In proposito, la scelta operata dal legislatore comunitario nel testo finale della Direttiva 2005/29/CE che utilizza il concetto di “decisione consapevole” appare decisamente migliore dell’originario riferimento all’espressione “decisione informata”.

Questa modifica non si attesta su un mero piano terminologico, bensì riflette la consapevolezza che “non ogni decisione informata è, necessariamente, una decisione consapevole”⁶⁰⁵.

Sotto tale profilo, è stato opportunamente precisato che “decisione consapevole, non significa decisione cosciente (o informata) ossia rappresentazione corretta delle caratteristiche del prodotto che si intende acquistare, bensì scelta presa in assenza di paure, pressioni o condizionamenti di sorta”⁶⁰⁶.

16. (segue) Le pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive

Con riferimento alla così detta *black list* delle pratiche commerciali aggressive contenuta all’art. 26, Codice del consumo, devono riprendersi le medesime considerazioni svolte a proposito dell’elenco di pratiche in ogni caso ingannevoli di cui all’art. 23 del medesimo codice.

Si tratta di una lista di pratiche il cui disvalore trova fondamento in un giudizio prognostico del legislatore che prescinde da una valutazione caso per caso⁶⁰⁷ della condotta posta in essere dal professionista.

Alla luce dei criteri generali stabiliti dall’art. 20, comma 2, e dagli artt. 24 e 25 del Codice del consumo, l’interprete sarà tenuto soltanto a verificare “la sussistenza empirica”⁶⁰⁸ delle fattispecie elencate nella *black list* senza che ciò richieda una ulteriore indagine in merito alla contrarietà alla diligenza professionale, al condizionamento delle scelte economiche del consumatore medio e, nel caso di specie, senza valutare la scorrettezza alla luce dei parametri offerti dall’art. 25,

⁶⁰⁴ EZIO GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, cit., p. 130 ss.

⁶⁰⁵ L. LA ROCCA, *sub art. 25*, cit., p. 173 ss.

⁶⁰⁶ M. SCALI, *sub art. 18, lett. l*, in *Le modifiche al Codice del consumo*, E. Minervini, L. Rossi Carleo (a cura di), 2009, p. 156 ss.

⁶⁰⁷ A. PALLOTTA, *Le pratiche commerciali aggressive*, cit., p. 178 ss.

⁶⁰⁸ GIAMPAOLO DALLE VEDOVE, *Le pratiche commerciali aggressive*, cit., p. 123 ss.

Codice del consumo⁶⁰⁹. L'elenco riportato all'art. 26 si caratterizza per una forte valenza descrittiva ed esemplificativa, "forse anche più forte di quella relativa alle pratiche ingannevoli"⁶¹⁰, in quanto in questo sono contenute la maggior parte (se non l'interezza) delle pratiche caratterizzate dagli elementi costitutivi di cui all'art. 24 del Codice del consumo.

Ciò premesso, le pratiche in commento⁶¹¹ sono state efficacemente suddivise in dottrina⁶¹², anche tenuto conto delle diverse modalità con le quali possono essere

⁶⁰⁹ EZIO GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, cit., p. 133 ss. Secondo l'A., i parametri generali di valutazione della scorrettezza di una pratica commerciale sono implicitamente assunti nelle fattispecie di pratiche in ogni caso aggressive.

⁶¹⁰ A. PALLOTTA, *Le pratiche commerciali aggressive*, cit., p. 179 ss.

⁶¹¹ Cfr. art. 26, Codice del consumo. La pratica elencata sub a. ("creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto") configura una condotta coercitiva. Per la realizzazione della fattispecie *de qua* è sufficiente che il consumatore abbia l'impressione di non poter uscire dai locali commerciali senza aver prima concluso un contratto. Non è necessario che il professionista abbia avuto la corrispondente intenzione di condizionare l'uscita all'acquisto di beni o servizi. Riguardo al concetto di locale commerciale, deve affermarsi che tale è sia quello di proprietà del professionista, sia quello di cui questi abbia la disponibilità a qualsiasi titolo e per qualsiasi durata, anche provvisoria.

Questo comporta che il termine locale comprende anche gli spazi aperti (strada, parcheggio, parco, ecc.) occupati dal professionista a scopi commerciali, purché naturalmente questi siano presidiati in maniera tale che il consumatore abbia l'impressione di non potersi allontanare senza aver concluso un contratto; La pratica sub b ("effettuare visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti dello stesso 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") integra una fattispecie coercitiva.

Non è necessario che il consumatore sia domiciliato o residente presso l'abitazione in cui riceve la visita del professionista. Ciò che conta è che il consumatore abbia invitato il professionista a lasciare l'abitazione e a non farvi ritorno; La pratica sub c ("effettuare ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza, fuorché nella circostanza e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale, fatti salvi l'art. 58 e l'art. 130 del D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196") è un esempio di pratica molesta.

Non rientrano in questa fattispecie le eventuali richieste di pagamento o più in generale di adempimento avanzate ripetutamente, anche con ostinatezza, con i mezzi ivi previsti dal professionista creditore al consumatore debitore. In questo caso, mancherebbe il requisito delle "sollecitazioni commerciali"; La pratica sub 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 omettere sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza, al fine di dissuadere un consumatore dall'esercizio dei suoi diritti contrattuali") integra la pratica dell'ostacolo non contrattuale di cui all'art. 25, lett. d). I documenti sono rilevanti ai fini della presente pratica quando risultano eccessivi, particolarmente onerosi e/o inadeguati rispetto a ciò che devono provare, certificare o attestare.

L'omissione sistematica della risposta alla corrispondenza può ravvisarsi quando il professionista non risponde ad almeno due lettere o documenti analoghi (fax, e-mail) inviatigli dal consumatore nell'ipotesi in cui secondo le circostanze del caso un riscontro entro un certo tempo era possibile e rientrante nella prassi.

E' da ritenere parificabile alla predetta omissione anche il sistematico non rispondere alle telefonate del consumatore ovvero il non riceverlo nei locali commerciali per almeno due volte, senza fornirgli un motivo oggettivamente fondato. In ragione della natura eccezionale del presente

elenco, non sembra sia possibile estendere questa figura a ipotesi diverse dall'ambito assicurativo (ad esempio istituti bancari, grandi magazzini). In queste ultime ipotesi si può, invece, ricorrere alla pratica dell'ostacolo non contrattuale ex art. 25, lett. d, Codice del consumo, dovendosi però dimostrare la natura aggressiva della pratica secondo le regole generali; La pratica sub 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") è un esempio di indebito condizionamento.

Nelle intenzioni del legislatore comunitario, questa disposizione persegue lo scopo di tutelare direttamente i bambini (cfr. i considerando nn. 18 e 19). In via mediata sono, tuttavia, tutelati anche i genitori e gli adulti in generale il cui comportamento economico può essere fortemente influenzato dai bambini indotti a sollecitare l'acquisto dei prodotti pubblicizzati. La pratica in esame risulta fondata sulla duplice considerazione: i) che i minori siano facilmente preda delle suggestioni pubblicitarie e di marketing a causa della loro inesperienza e credulità; ii) che questi a loro volta possano agevolmente influenzare gli adulti, inducendoli a comprare il prodotto oggetto del messaggio pubblicitario. Come chiarito dalla norma in commento, è necessaria un'esortazione diretta ai bambini.

Un tipico esempio di esortazione diretta può essere ravvisata in una pubblicità nella quale viene mostrato come i bambini convincono gli adulti ad acquistargli un prodotto; La pratica sub 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'art. 54, comma 2, secondo periodo") è riconducibile alla tipologia delle pratiche moleste e integra la fattispecie della fornitura non richiesta (cfr. altresì art. 57, comma 2, Codice del consumo). Il prodotto è "non richiesto" quando la sua fornitura non è stata ordinata dal consumatore. La fattispecie in esame può realizzarsi sia quando non è stato concluso alcun contratto tra il professionista e il consumatore, sia quando il professionista fornisce un prodotto diverso da quello dedotto nel contratto, purché ciò non avvenga per errore. La richiesta di pagamento o la restituzione o la custodia di prodotti può aver luogo anche per fatti concludenti (ad esempio l'invio di un bollettino per il pagamento).

La prima applicazione della disposizione in esame ha avuto luogo nel caso Telecom. Con la minaccia di sospendere l'erogazione del servizio di telefonia, detta società forzava gli utenti a pagare quella parte delle fatture relative ad addebiti derivanti da particolari numerazioni che i clienti non avevano mai selezionato volontariamente, ma che si attivavano in forza dei così detti *dealers*.

L'Autorità antitrust ha riscontrato la pratica scorretta di cui all'art. 26, lett. f, Codice del consumo e ha imposto, in via cautelare, la sospensione del distacco delle linee telefoniche per morosità dei pagamenti, provvedimento successivamente confermato e proposto anche contro altre società (AGCM, PS 24, provv. n. 18022, 16 febbraio 2008, in *Boll.* 6/2008). Si segnala, inoltre, il caso Enele energia in cui i consumatori contestavano alla società l'attivazione di forniture di energia elettrica e/o gas non richieste (AGCM, PS 91, provv. n. 18172, 27 marzo 2008, in *Boll.* 12/2008); La pratica sub g ("informare esplicitamente il consumatore che, se non acquista il prodotto o il servizio saranno in pericolo il lavoro o la sussistenza del professionista") rappresenta un esempio di indebito condizionamento.

Il consumatore viene sottoposto a una pressione di tipo morale mettendo alla prova la sua disponibilità di aiutare e sostenere chi versa in difficoltà. Con il termine professionista si deve fare riferimento anche ai suoi dipendenti o incaricati, come risulta dalla definizione di cui all'art. 18, lett. b, Codice del consumo.

Questi ultimi, in particolare, sono gli attori principali nell'ambito della previsione in commento. Il professionista deve fornire informazioni sull'asserita situazione di pericolo del posto di lavoro o della sua sussistenza. Tale può considerarsi, ad esempio, anche la dichiarazione del professionista di essere un *ex* tossicodipendente e di correre il rischio di ricadere nel vizio, qualora non piazzì alcun prodotto.

La fattispecie in esame non ricorre qualora il consumatore desuma l'eventuale situazione precaria del professionista sulla base delle sole circostanze del contatto sociale (ad esempio, aspetto denutrito o abiti particolarmente dimessi del venditore; modesti o malmessi apparati di vendita); La pratica sub 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,

realizzate, in pratiche “minatorie” (art. 26, lettere a, g); pratiche “petulanti” (art. 26, lettere b, c, e, f,); pratiche “defatiganti” (art. 26, lettere d, h).

mentre in effetti non esiste alcun premio né vincita equivalente oppure che qualsiasi azione volta a reclamare il premio o altra vincita equivalente è subordinata al versamento di denaro o al sostenimento di costi da parte del consumatore”) è difficile da inquadrare potendo la stessa configurarsi anche come pratica ingannevole.

La sua collocazione nella *black list* delle pratiche in ogni caso aggressive suggerisce di esaminarne attentamente la natura. Nella pratica in esame, la posizione del professionista è caratterizzata da una situazione strutturale di potere di fatto consistente nella possibilità di fornire premi e vincite. Di contro, la posizione del consumatore è connotata da una situazione di strutturale inferiorità segnata o dal fatto che quest’ultimo soggetto sia colui che deve ricevere un vantaggio economico, ma per ottenerlo deve fare quanto richiestogli, o dalla mera convinzione di aver conseguito una vincita in realtà inesistente.

In questo rapporto si annida, dunque, un indebito condizionamento. La pratica descritta dall’art. 26, lett. h, può realizzarsi con varie modalità. Basti pensare all’ipotesi in cui il consumatore viene avvertito telefonicamente che ha vinto un premio e che per avere ulteriori informazioni deve chiamare un numero a sovrapprezzo.

Se il consumatore non viene edotto in modo chiaro e preciso - sin dal primo contatto con il professionista - del differente costo tariffario connesso al numero da contattare, tale condotta sarebbe valutabile come pratica commerciale in ogni caso aggressiva. Sulle considerazioni sopra espresse cfr. L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali aggressive*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, Giovanni De Cristofaro (a cura di), 2008, p. 304 ss.

⁶¹² M. DONA, *L’elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell’allegato 1 della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 211 ss.

Capitolo II

Parte I

I parametri di valutazione della scorrettezza

Premessa

Tenuto conto della mutata cornice dell'autonomia contrattuale⁶¹³ che lascia sempre più spazio alla conclusione di “scambi senza accordo”⁶¹⁴ il legislatore comunitario e per l'effetto quello nazionale hanno ritenuto insufficiente la tutela meramente formale originariamente garantita dalla disciplina consumeristica. Il libero gioco della domanda e dell'offerta non riesce a impedire forme di abuso spesso realizzate mediante il ricorso a pratiche commerciali scorrette⁶¹⁵.

In tale contesto, il legislatore è chiamato a garantire al consumatore medio un “accesso efficiente al mercato”⁶¹⁶ sgombro da situazioni di monopolio, di dominanza relativa, di asimmetria informativa idonee a limitare la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole⁶¹⁷. L'obiettivo del “consumer welfare”⁶¹⁸ sembrerebbe presumere l'esistenza di uno specifico parametro di valutazione di una pratica commerciale scorretta.

Tuttavia, l'interprete, sia esso il giudice o l'Autorità o lo studioso della materia, chiamato a valutare la scorrettezza di una pratica commerciale, non può che prendere atto dell'esistenza di meri criteri generali quali ad esempio: i) la diligenza professionale⁶¹⁹; ii) l'idoneità della pratica a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio⁶²⁰; iii) il consumatore medio⁶²¹. Si tratta di concetti “vaghi”⁶²² in quanto legati a standard

⁶¹³ N. IRTI, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1990, p. 73.

⁶¹⁴ N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 352 ss.

⁶¹⁵ P. BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali scorrette ed il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, in *Contratto e Impresa*, 4-5, 2007, p. 1416 ss.

⁶¹⁶ R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 2004, III ed., p. 7.

⁶¹⁷ Cfr. Direttiva 2005/29/CE, considerando n. 6.

⁶¹⁸ P. BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali scorrette ed il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, cit., p. 1416 ss.

⁶¹⁹ Cfr. Codice del consumo, art. 18, lett. h.

⁶²⁰ Cfr. Codice del consumo, art. 18, lett. e.

⁶²¹ Cfr. Direttiva 2005/29/CE, considerando n. 18.

⁶²² A. ZOPPINI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Rivista di diritto privato*, n. 3/2010, p. 41 ss.

elastici, come la diligenza, o a dati ipotetici come “l’idoneità a falsare” che “enfaticizzano il vuoto concettuale determinando un’incertezza interpretativa e applicativa”⁶²³.

Il legislatore comunitario e nazionale, se, da un lato, ha voluto garantire il miglior funzionamento del mercato “*nello svolgimento delle sue funzioni allocative*”⁶²⁴, dall’altro, ha omesso di specificare ulteriormente dei parametri la cui generalità apre le porte a una valutazione caso per caso che mal si attaglia a un ordinamento giuridico di *civil law* come quello italiano. *Rebus sic stantibus* dinanzi a tale contesto normativo, definire il significato e la portata degli enunciati sopra richiamati⁶²⁵ richiede uno sforzo investigativo particolarmente oneroso⁶²⁶.

La natura elastica dei parametri valutativi in commento sembrerebbe destinare all’insuccesso il tentativo di ricondurre la nozione di pratica commerciale scorretta a una “*fattispecie specificamente descritta*”⁶²⁷.

Ciò, induce taluni autori⁶²⁸ a ravvisare nella clausola generale di cui all’art. 20, Codice del consumo⁶²⁹ e nelle corrispondenti definizioni di cui all’art. 18 del medesimo Codice, una “*delega al giudice*” e all’AGCM affinché non limitino la loro attività ermeneutica a una dimensione puramente terminologica, ma “*attingano qualcosa di estraneo alla formula legislativa letta nei termini e nelle parole che la compongono*”⁶³⁰.

Nel contesto in cui si inserisce, la nozione di pratica commerciale scorretta introduce un criterio ulteriore di rilevanza giuridica, alla stregua del quale l’organo competente⁶³¹ seleziona certi fatti o comportamenti per confrontarli con

⁶²³ A. ZOPPINI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, cit., p. 41 ss.

⁶²⁴ P. BARTOLOMUCCI, *op. ult. cit.*, 1425.

⁶²⁵ Si fa riferimento ai criteri della diligenza professionale; dell’idoneità della pratica a falsare il comportamento economico del consumatore; del consumatore medio.

⁶²⁶ G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della scorrettezza*, cit., p. 125 ss.

⁶²⁷ V. MELI, *Diligenza professionale, consumatore medio e regola di de minimis nella prassi dell’AGCM e nella giurisprudenza amministrativa*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it, 2011, p. 7 ss.

⁶²⁸ Cfr. tra gli altri V. MELI, *op. ult. cit.*, p. 7.

⁶²⁹ In merito all’identificazione della nozione di pratica commerciale scorretta come clausola generale cfr. il presente lavoro, cap. I, parte II par. 7.

⁶³⁰ V. MELI, *op. ult. cit.*, p. 8 ss.

⁶³¹ Autorità giudiziaria e Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

un determinato parametro normativo e “*trarre dall’esito del confronto determinate conseguenze giuridiche*”⁶³².

Tuttavia, l’assenza di specifici criteri di giudizio e il conseguente ampliamento dell’ambito di valutazione discrezionale (del giudice o delle autorità indipendenti) fa registrare “*una oscillazione decisionale*”⁶³³ che potrebbe giustificare ragioni di diffidenza nei confronti della corretta operatività del divieto di cui all’art. 20, Codice del Consumo⁶³⁴.

Il timore, si osserva⁶³⁵, è quello di “*un’eteronomia contrattuale*”⁶³⁶, che in mancanza di più concreti riferimenti legislativi, si conformi unicamente all’astratto e opinabile concetto di equità⁶³⁷ capace di incidere sul principio di “*democrazia normativa*” di kelseniana memoria⁶³⁸.

Nulla, infatti, “*può essere ritenuto giusto o equilibrato senza un chiaro parametro normativo di riferimento*”⁶³⁹. Fino a quando non saranno rimosse le difficoltà nascenti dalla mancanza di dettagliati criteri di giudizio della scorrettezza di una

⁶³² L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 5 ss.

⁶³³ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 10.

⁶³⁴ P. BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali scorrette ed il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, cit., p. 1416 ss; Con riferimento a diverse fattispecie di squilibrio cfr. G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, Milano, 2004, p. 1696 ss.. L’A individua nella legislazione recente un nuovo rapporto fra legge, diritti e giurisdizione. Dinanzi ad un’autonomia privata, intesa come potere da regolare, si afferma “*un nuovo modo di giurisdizione e di tutela vicino al modello di common law, frutto dell’utilizzo di esperti, di Autorità garanti, di codici di autodisciplina*”. La protezione del contraente debole è assicurata “*da clausole generali in grado di individuare posizioni nuove attraverso una prassi giurisprudenziale capace di utilizzare standard valutativi, principi e tipizzazioni, necessari per rintracciare elementi utili ad orientare l’interprete*”.

⁶³⁵ G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 230.

⁶³⁶ M. ORLANDI, *Appunti sull’eteronomia contrattuale*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, p. 1089 ss. L’A., dopo aver chiarito che l’autonomia è potere e non già un mero dato fattuale, si interroga sulla distinzione e sugli effetti nella sfera giuridica privata delle due tipologie di eteronomia: l’eteronomia primaria (o del legislatore) e l’eteronomia secondaria (o delle Autorità indipendenti).

⁶³⁷ A. RICCIO, *L’equità correttiva è, dunque, assunta a regola generale*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, p. 927 ss. L’A. sostiene che l’intervento correttivo-equitativo del giudice, venga eseguito, non più in via eccezionale, ma in virtù di un potere di controllo riservato dall’ordinamento all’autorità giudiziaria sugli atti di autonomia privata.

⁶³⁸ M. ORLANDI, *Appunti sull’eteronomia contrattuale*, cit., p. 1090. L’A., con riguardo “*all’eteronomia secondaria*”, afferma che il potere eteronomo delle Autorità indipendenti trascende i fondamenti democratici del sistema. Si tratta di una fonte di disciplina “*che, sebbene priva di investitura elettorale, è capace di incidere sul principio di democrazia normativa di kelseniana memoria: rivincita di uno strisciante dirigismo?*”.

⁶³⁹ A. GENTILI, *De Jure belli: l’equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 29.

pratica commerciale, peserà la diffidenza⁶⁴⁰ di chi considera le clausole generali⁶⁴¹ “*pure regole di opinione, cedimenti della fede nella legge quale garanzia contro l'arbitrio soggettivo del giudice*”⁶⁴².

La mancanza di un criterio normativo che consenta di individuare con precisione i caratteri distintivi della pratica commerciale scorretta, non esime, però, l'interprete da un approfondito esame della condotta posta in essere dal professionista in modo da accertare l'eventuale riconducibilità della stessa alla disciplina in commento⁶⁴³.

1. I parametri di valutazione delle pratiche commerciali scorrette

Al fine di individuare i parametri in forza dei quali le autorità amministrative e giurisdizionali valutano l'eventuale scorrettezza di una pratica commerciale occorre innanzitutto partire dal dato positivo⁶⁴⁴. Come già chiarito⁶⁴⁵, la Direttiva 2005/29/CE nonché la disciplina italiana di recepimento non pone a carico dei professionisti obblighi di contenuto positivo, limitandosi a sancire il divieto di porre in essere pratiche commerciali sleali⁶⁴⁶. Alla luce della disciplina dettata dagli articoli 18 e seguenti del Codice del consumo costituiscono pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori “un'azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale, ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in

⁶⁴⁰ P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, p. 3 ss.. L'A. ricorda come le clausole generali siano state viste con diffidenza dal legislatore positivista chiamato a tutelare il valore della certezza del diritto. In questa prospettiva la clausola generale “*appariva come strumento attraverso il quale si rischiava di attribuire al giudice un potere discrezionale idoneo a lambire o addirittura a sconfinare in un mero arbitrio*”. Gli episodi della risalente esperienza “*creano diffidenza nei giudici e nelle Autorità indipendenti, delegati a ricercare soluzioni, fuori dai rigidi confini dell'ordinamento positivo*”.

⁶⁴¹ Nella fattispecie in esame, il riferimento è all'art. 20 del Codice del consumo.

⁶⁴² L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 16; Sul tema cfr. C. PUNZI, *La funzione del giudice nell'attuale evoluzione del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, p. 10 ss. L'A. afferma che i nuovi poteri giudiziari, se da un lato incidono sulla sfera di autonomia privata, dall'altro non dissimulano un giudizio meramente arbitrario. L'atto legislativo è, infatti, “*un passato, che il giudice deve far diventare presente, per giudicare. E' in tale attività non v'è nulla di arbitrario*”; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 35. L'A. sottolinea che l'antitesi tra legge ed equità non dovrebbe sussistere nell'ipotesi di assenza di una disciplina legale tipica.

⁶⁴³ Le pratiche commerciali scorrette ex art. 18 ss. del Codice del consumo.

⁶⁴⁴ P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010, p. 357 ss.

⁶⁴⁵ Cfr. cap. I, parte II, par. 1, del presente lavoro.

⁶⁴⁶ Il legislatore nazionale ha utilizzato l'aggettivo “scorrette” in luogo di “sleali”.

relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto” contraria alla diligenza professionale e falsa o idonea a falsare⁶⁴⁷ in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio.

La formulazione utilizzata dal legislatore è molto ampia e densa di contenuti anche complessi che vanno esaminati singolarmente al fine di trarre una definizione esauriente di scorrettezza. In particolare, gli elementi costitutivi di una pratica commerciale scorretta sono di seguito sintetizzati: 1) la pratica deve falsare in concreto o può essere anche astrattamente idonea a falsare il comportamento economico del consumatore; 2) la pratica deve essere contraria alla diligenza professionale; 3) il comportamento leso potenzialmente o concretamente dalla pratica non è quello del singolo consumatore o della somma di singoli consumatori, bensì quello del consumatore medio o del membro medio di un gruppo di consumatori ai quali la pratica è espressamente rivolta; 4) la lesione del comportamento deve essere apprezzabile⁶⁴⁸.

E’ agevole comprendere come oggetto della disciplina non siano le pratiche commerciali in quanto tali, ossia tutti i comportamenti commissivi e/o omissivi, quelle dichiarazioni, quegli atteggiamenti che, per loro stessa natura, sono in grado di influenzare il comportamento economico dei consumatori.

Le caratteristiche sopra enunciate devono ricorrere cumulativamente⁶⁴⁹.

La contrarietà alla diligenza professionale non è, dunque, sufficiente *ex se* a integrare la fattispecie illecita descritta laddove non risulti, altresì, la sua attitudine a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio⁶⁵⁰.

⁶⁴⁷ Non è necessario che la pratica abbia prodotto un effetto lesivo, essendo al contrario sufficiente che la stessa sia idonea a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso. Cfr. in tale senso TAR Lazio, sent. n. 3722, 25 marzo 2009. Ad avviso del giudice amministrativo “l’illiceità della condotta posta in essere dal professionista al fine di assumere rilevanza ai sensi delle disposizioni del Codice del consumo in materia di pratiche commerciali scorrette non deve dimostrare una concreta attuazione pregiudizievole, quanto piuttosto, una potenzialità lesiva”.

⁶⁴⁸ V. FALCE, *Pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole: Il Garante emana i regolamenti*, in *Il Diritto industriale*, 2008, I, p. 57 ss.

⁶⁴⁹ V. VIGORITI, *Verso l’attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Europa e Diritto Privato*, 2007, p. 533 ss.

⁶⁵⁰ *Relazione illustrativa della proposta di direttiva presentata dalla Commissione nel 2003*, n. 53, p. 14.

L'elemento della correttezza e quello del pregiudizio economico, infatti, sono legati da un nesso causale, nel senso che, come chiarito dai giudici amministrativi⁶⁵¹, “la non correttezza della pratica commerciale deve identificare un antecedente logico necessario (ancorchè non necessariamente unico) a fronte delle scelte che il consumatore abbia posto in essere”.

Presi singolarmente, i descritti elementi suggeriscono l'ingresso nel giudizio di scorrettezza di una maggiore ponderazione tra il grado di diligenza del professionista e quello di attenzione richiesto al consumatore⁶⁵².

In una prospettiva condivisa da chi scrive, il legislatore ha rinunciato a una incondizionata difesa del consumatore, tipica di una concezione paternalistica ormai superata, privilegiando una migliore combinazione della tutela garantita al consumatore con l'onere di attenzione richiesto a quest'ultimo. Ciò non determina, uno stravolgimento del disegno posto alla base della disciplina della pubblicità ingannevole, bensì la definizione di un più equilibrato assetto degli interessi in gioco.

2. (segue) La diligenza del professionista

Il primo indice di scorrettezza di una pratica commerciale è costituito dalla violazione delle norme di diligenza professionale. E' utile chiedersi quando e a quali condizioni, una pratica commerciale possa considerarsi “contraria alla diligenza professionale”⁶⁵³. In ragione delle molteplici manifestazioni delle condotte rilevanti ai fini della disciplina in esame, si è avvertita la necessità di elaborare una definizione di diligenza professionale particolarmente ampia, idonea a ispirare il comportamento dell'impresa in qualunque momento di interazione con il mercato. Si tratta di un obiettivo particolarmente ambizioso che ha condizionato in maniera decisiva il testo comunitario.

La diligenza, infatti, come indicato nella Direttiva *sub* art. 2, lett. h), consiste nel normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei

⁶⁵¹ TAR Lazio, Sez. I, 6 aprile 2009, n. 3689., in www.giustizia-amministrativa.it

⁶⁵² F. DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. tipi protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2009, I, p. 1057.

⁶⁵³ Cfr. art. 20, comma 2, Codice del consumo.

consumatori con riguardo a pratiche di mercato oneste e/o al principio di buona fede nel settore di attività del professionista. La dottrina⁶⁵⁴ impegnata a formulare le prime considerazioni sulla norma in commento non ha mancato di sottolinearne la genericità, rilevando la presenza nella medesima definizione di concetti tra loro estremamente differenti per portata e contenuti.

Si fa riferimento all'impiego del principio generale di buona fede quale canone ermeneutico per comprendere il significato di un altro differente parametro - la diligenza professionale⁶⁵⁵. Infatti, come si chiarirà nei successivi paragrafi, se la buona fede costituisce un principio al quale deve essere ispirato l'agire di ciascun membro della collettività nel momento in cui si relaziona con altri consociati, il canone della diligenza costituisce il metro di valutazione della condotta posta in essere nell'esercizio di un'attività professionale⁶⁵⁶. L'origine della discussa formulazione normativa sarebbe riconducibile alle numerose modifiche della definizione di diligenza professionale che si sono succedute nelle versioni del testo della Direttiva 2005/29/CE⁶⁵⁷. Ad esempio, nella Proposta di Direttiva presentata a giugno 2003⁶⁵⁸, la Commissione aveva proceduto a una definizione più semplice e, soprattutto, scevra di riferimenti al principio generale di buona fede, in quanto riferita solo alla "misura della speciale competenza e attenzione esercitate da un professionista conformemente ai requisiti della comune pratica di mercato nei confronti dei consumatori nel suo settore di attività"⁶⁵⁹.

⁶⁵⁴ Cfr. tra gli altri G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della scorrettezza*, cit., p. 145 ss.

⁶⁵⁵ G. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.* p. 145 ss. Secondo l'A., è indispensabile chiedersi come possano coerentemente convivere all'interno dell'unitaria nozione di "norme di diligenza professionale", il principio di buona fede, le pratiche di mercato oneste e il grado di competenza e cura che ci si può legittimamente attendere venga impiegato da parte dei professionisti. Pare, invero, che gli organi comunitari abbiano forzatamente accomunato categorie e concetti fra loro assai eterogenei, ponendo in tal modo gli interpreti intenzionati a ricostruire in modo organico la portata della definizione generale di cui all'art. 2, lett. h, Codice del consumo, di fronte a un ostacolo insormontabile".

⁶⁵⁶ G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della scorrettezza*, cit., p. 147 ss.

⁶⁵⁷ L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, cit., p. 19 ss.

⁶⁵⁸ Per la ricostruzione del procedimento comunitario di adozione della Direttiva cfr. il cap. 1 del presente lavoro.

⁶⁵⁹ Commissione europea, *Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio relativa alle Pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno*, cit., p. 25 ss.

Successivamente, il Parlamento europeo è intervenuto sul testo inserendo il richiamo alla buona fede divenuto elemento costitutivo della versione oggi in vigore.

Nelle fase di recepimento del testo comunitario, il legislatore nazionale pur apportando talune modifiche ha mantenuto il riferimento alla buona fede.

In particolare, l'art. 18, lett. h, del Codice del consumo, definisce la diligenza professionale come "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".

Da un confronto tra le due versioni, comunitaria e nazionale, emergono delle differenze. In primo luogo, il profilo in base al quale la disciplina domestica ha preferito individuare il livello di competenza e attenzione che il professionista è tenuto ad adottare non è più quello delle "ragionevoli aspettative di un osservatore terzo"⁶⁶⁰, quanto piuttosto quello dei consumatori destinatari della pratica commerciale.

In secondo luogo, i parametri rispetto ai quali devono essere concretizzati i contenuti delle "ragionevoli aspettative" sono mutati. Più nel dettaglio, l'art. 18, lett. h, Codice del consumo, non contiene, a differenza dell'art. 2, lett. h, Direttiva 2005/29/CE, il riferimento al discusso e ambiguo criterio delle "pratiche di mercato oneste"⁶⁶¹ in sostituzione del quale il legislatore italiano ha preferito richiamare il principio generale della correttezza⁶⁶². Quest'ultima introduzione, di per sé sola, potrebbe non apparire di eccessivo peso, ma se letta congiuntamente alla clausola di buona fede può fornire un utile spunto di riflessione per l'interpretazione della norma⁶⁶³.

⁶⁶⁰ P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit., p. 360 ss.

⁶⁶¹ V. MELI, voce *Pubblicità ingannevole*, in *Enc. Giur. Treccani, Aggiornamento*, Roma, 2006, p. 7. L'A., si esprime in termini critici nei confronti della scelta del legislatore comunitario di fare riferimento alla locuzione "pratiche di mercato oneste", la quale richiama un parametro di valutazione tipicamente corporativo.

⁶⁶² Mentre nella versione della direttiva il riferimento alle "pratiche di mercato oneste" era preso in considerazione in via cumulativa e/o alternativa al richiamo alla buona fede, nella versione recepita i principi generali della correttezza e della buona fede vanno valutati congiuntamente.

⁶⁶³ Il riferimento congiunto ai principi generali di correttezza e buona fede sembrerebbe chiarire che il legislatore nazionale ha inteso richiamare il concetto di buona fede oggettiva evitando in tal modo il ripetersi di quell'incertezza interpretativa verificatasi in passato con la direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. Come si

3. (segue) Buona fede e correttezza nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette

Occorre soffermarsi sulla parte conclusiva della definizione di diligenza professionale, ovvero, come si accennava sopra, sui principi di correttezza e di buona fede per individuare la portata applicativa di tali clausole nell'ambito della disciplina delle pratiche commerciali scorrette. Come noto, in passato, gli istituti rispettivamente riconducibili all'art. 1175 c.c. in materia di obbligazioni e all'art. 1375 c.c. in materia di contratti, sono stati letti come canoni comportamentali tra loro distinti⁶⁶⁴. Secondo una prima posizione, una considerazione unitaria del principio di correttezza e di quello di buona fede sarebbe stata preclusa da una valutazione di ordine soggettivo⁶⁶⁵. In particolare, l'art. 1375 c.c. trovava applicazione solo con riferimento al debitore, fissando una regola di condotta in sede di esecuzione del programma negoziale, mentre l'art. 1175 c.c. avrebbe riguardato il solo creditore⁶⁶⁶. Una seconda posizione, per contro, ha rinvenuto il fondamento di una lettura separata in una differenza contenutistica sussistente tra le due norme citate.

Nello specifico, la correttezza è stata intesa come parametro generatore di meri obblighi negativi, mentre la buona fede è stata connessa a obblighi positivi⁶⁶⁷. La giurisprudenza chiamata a esprimersi sul tema in esame ha per lungo tempo, da un lato, confermato la lettura dei principi di correttezza e buona fede come criteri distinti, dall'altro, escluso la configurabilità degli stessi quali fonti di integrazione del rapporto obbligatorio, ulteriori rispetto alla legge o allo statuto negoziale⁶⁶⁸.

ricorderà, in quella sede, il testo normativo aveva lasciato spazio a orientamenti favorevoli a intendere la buona fede in senso soggettivo. La buona fede soggettiva consiste nell'ignoranza di ledere l'altrui interesse, nel caso di specie era stata intesa come ignoranza circa la vessatorietà delle clausole e la lesione dei diritti del consumatore. Cfr. in proposito F. BILOTTA, M. CERRATO, *La vessatorietà delle clausole nei contratti del consumatore*, in *I contratti in generale*, (Il diritto privato nella giurisprudenza, Collana a cura di P. Cendon, Torino, 2001, IV, p. 150.

⁶⁶⁴ Sul tema si interroga S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, (Ristampa integrata), p. 135 ss.

⁶⁶⁵ S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, p. 135 ss.

⁶⁶⁶ La questione è stata esaminata da R. NICOLÒ, *Adempimento (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, I, 1958, p. 558. Secondo l'A., l'art. 1375 c.c. si riferirebbe unicamente al debitore

⁶⁶⁷ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, XXVI, G. Crifò (a cura di), 1994, p. 68 ss.

⁶⁶⁸ Cfr. Cass. Civ., sez II, 23 ottobre 1976, n. 3809, in www.italgiure.giustizia.it. Secondo la Suprema Corte, "l'eccezione d'inadempimento, di cui all'art. 1460 c.c. mira a conservare l'equilibrio sostanziale e funzionale del contratto con prestazioni corrispettive. Ne consegue che la

Oggi, il contesto di riferimento appare sensibilmente mutato. Sia la dottrina⁶⁶⁹ che la giurisprudenza⁶⁷⁰, sono concordi nel ritenere che gli artt. 1175 e 1375 c.c. costituiscano espressione di un unico principio da intendersi alla luce del dovere di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione. Tale impostazione appare pienamente in linea con l'intenzione del legislatore del 1942. Dalla lettura dei lavori preparatori del Codice civile emerge come l'art. 1175 c.c. ha sempre rappresentato una manifestazione di un dovere di solidarietà sociale espressione del principio di buona fede che impone "di comportarsi in modo da non ledere l'interesse altrui fuori dai limiti della legittima tutela dell'interesse proprio"⁶⁷¹. Inoltre, la medesima Relazione ministeriale al Codice civile, precisa che il canone di correttezza e buona fede "richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore"⁶⁷².

Per le ragioni sopra indicate, deve ritenersi che il riferimento alla correttezza non è apprezzabile come riferimento ulteriore e autonomo, con significato differente rispetto al principio di buona fede di cui costituisce un mero rafforzamento⁶⁷³. Si tratta, pertanto, di termini omologhi espressione di un dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 della Costituzione che impone a ciascuna parte di agire in modo

buona fede di chi intenda avvalersi dell'eccezione, prevista dal secondo comma della citata norma, deve essere intesa come un comportamento che, oltre a non contrastare con i principi generali della correttezza e della lealtà, risulti ragionevole e logico in senso oggettivo"

⁶⁶⁹ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIII ed., 2007, p. 548 ss. L'A. non condivide il tentativo di parte della dottrina di distinguere tra principio di correttezza e principio di buona fede oggettiva [...]. La contrapposizione, infatti, "non corrisponde ad una diversità di contenuto, ma piuttosto individua la reazione di una identica regola di fronte a situazioni diverse. La regola è quella del principio di solidarietà previsto e disciplinato dall'art. 2 della Costituzione, un principio che impronta di sé non solamente la materia delle obbligazioni, ma l'intero campo del diritto privato"; Cfr. *ex multis* G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. Dir. Commerciale*, II, 1971, p. 277 ss; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3. *Il contratto*, Milano, 2000, p. 472 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, G. Iudica, P. Zatti (a cura), Milano, 2001, p. 493.

⁶⁷⁰ Cass. civ., S.U., 15 novembre 2007, n. 23726. Secondo i giudici della Suprema corte "viene in rilievo l'ormai acquisita consapevolezza della intervenuta costituzionalizzazione del canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, in ragione del suo porsi in sinergia con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che a quella clausola generale attribuisce all'un tempo forza normativa e ricchezza di contenuti".

⁶⁷¹ C. A. CANNATA, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Trattato di diritto privato (diretto da P. Rescigno)*, vol. IX, I, Torino, 1999, p. 43 ss.

⁶⁷² Cass. civ., S.U., 25 novembre 2008, n. 28056, in *Repertorio del Foro italiano*, 2008, p. 161.

⁶⁷³ G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della scorrettezza*, cit., p. 152 ss.

da preservare gli interessi dell'altra a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali⁶⁷⁴.

Da questa interpretazione non è dato discostarsi neppure in considerazione dell'espressione "nel settore di attività del professionista" che nell'ambito della definizione di diligenza professionale segue il richiamo alla buona fede⁶⁷⁵.

Come chiarito in dottrina⁶⁷⁶, il riferimento al "settore" serve solo a declinare i doveri di custodia, informazione e protezione, adeguandoli alle aspettative dei consumatori destinatari della pratica commerciale.

Si può, dunque, a buon diritto, riconoscere come ogni comportamento giuridicamente rilevante, che risulti idoneo a incidere sulla situazione soggettiva di terzi, debba essere attuato nel rispetto del principio di correttezza e buona fede⁶⁷⁷ che in ragione della sua ampiezza si presta a orientare ogni manifestazione dell'agire imprenditoriale nei confronti del consumatore⁶⁷⁸. Come chiarito in dottrina⁶⁷⁹, la buona fede di cui all'art. 18, lett. h, Codice del consumo, coincide con il parametro che governa e ispira il controllo di vessatorietà delle clausole dei contratti conclusi tra professionisti e consumatori. E' la buona fede (in senso oggettivo), infatti, a rappresentare il fondamentale nesso di congiunzione fra la disciplina delle clausole vessatorie e quella delle pratiche commerciali scorrette che costituiscono i due grandi pilastri del sistema delle regole cui devono attenersi i professionisti.

⁶⁷⁴ Cass. civ., n. 5348/2009.

⁶⁷⁵ M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit. p. 93 ss.

⁶⁷⁶ Cfr. tra gli altri M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 94 ss.

⁶⁷⁷ F. LUCCHESI, *sub art. 18*, cit., p. 5 ss.

⁶⁷⁸ Il riferimento al principio generale di buona fede e correttezza era già presente nel Codice del consumo ancor prima del recepimento nell'ordinamento italiano della disciplina comunitaria in materia di pratiche commerciali sleali. L'art. 39 del Codice del consumo, contiene, infatti, una disposizione estremamente significativa in tal senso, la quale dispone che "le attività commerciali sono improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori". Dalla lettura del testo citato emerge una stretta relazione tra la norma appena richiamata e l'art. 18, lett. h, Codice del consumo. La stessa Relazione al D.Lgs. 206/2005 esplicita l'obiettivo di considerare, attraverso l'art. 39, i principi *de quibus* applicabili all'intero atto di consumo. È, dunque, evidente l'anticipazione dei principi ispiratori della Direttiva 2005/29/CE di cui il legislatore italiano aveva già tenuto conto data la rispondenza con l'impianto sistematico dello stesso Codice. Cfr. sul tema G. VETTORI, *sub art. 39, Codice del consumo. Commentario*, G. Alpa, L. Rossi Carleo (a cura di), Padova, 2007, p. 413 ss.; A. BARENGHI, *sub art. 39, Codice del consumo*, V. Cuffaro (a cura di), Milano, 2006, p. 12 ss.

⁶⁷⁹ EZIO GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, cit., p. 130 ss.

Un sistema essenzialmente imperniato su due fondamentali divieti imposti ai professionisti: i) il divieto di inserire clausole vessatorie nei regolamenti negoziali destinati a disciplinare i rapporti intercorrenti con i consumatori; ii) il divieto di ricorrere a pratiche commerciali scorrette in funzione della promozione dei suddetti rapporti ovvero in sede di svolgimento ed esecuzione degli stessi⁶⁸⁰.

Alla luce di tali considerazioni, il principio in commento costituisce “lo strumento mediante il quale individuare i comportamenti che si ritengono dovuti dalle parti coinvolte tenuto conto del generale obbligo di solidarietà sociale, in aggiunta a quanto, al riguardo, risulti già previsto dalla legge o dall’eventuale rapporto negoziale in corso tra i soggetti”⁶⁸¹.

Una volta individuati i confini degli obblighi in questione, “la parte destinata a beneficiarne”⁶⁸² potrà lamentarne la violazione qualora la prestazione ricevuta non sia conforme a quanto atteso⁶⁸³. E’ in questa fase che entra in gioco il parametro della diligenza – *rectius* della specifica competenza ed attenzione del professionista – poiché quest’ultimo costituisce il metro alla luce del quale verificare se vi sia stato un esatto adempimento degli obblighi nascenti dall’applicazione del principio di correttezza e buona fede⁶⁸⁴. Letta in questi termini, la diligenza professionale descritta dall’art. 18, lett. h, Codice del consumo, costituisce uno strumento destinato a operare non solo con riguardo alle obbligazioni di natura contrattuale, ma anche a quelle generate dall’applicazione del principio di solidarietà al di fuori di un rapporto negoziale⁶⁸⁵.

La diligenza si pone, dunque, come criterio operante in due differenti direzioni, l’una cronologicamente precedente all’altra. Anzitutto, questa si estende sotto un profilo orizzontale con l’obiettivo di esplicitare i doveri comportamentali ai quali è tenuto a conformarsi il professionista. In secondo luogo, tale criterio assume una

⁶⁸⁰ P. BARTOLOMUCCI, *L’attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice civile*, cit., p. 275 ss.

⁶⁸¹ G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della scorrettezza*, cit., p. 152 ss.

⁶⁸² M. DONA, *L’elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell’allegato I della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 211 ss.

⁶⁸³ EZIO GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, cit., p. 130 ss.

⁶⁸⁴ P. BARTOLOMUCCI, *L’attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice civile*, cit., p. 272 ss.

⁶⁸⁵ G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della scorrettezza*, cit., p. 154 ss.

dimensione verticale volta a raffrontare la condotta materialmente posta in essere dal professionista con lo *standard* di diligenza definito nella fase precedente⁶⁸⁶.

E' utile precisare che a prescindere dal procedimento amministrativo eventualmente avviato dall'Autorità al fine di accertare l'eventuale scorrettezza della pratica commerciale in esame, il consumatore potrà agire in giudizio per ottenere il dovuto ristoro, il quale si configurerà diversamente in relazione al caso concreto.

Ad esempio, la violazione di un obbligo comportamentale non inerente alla conclusione o all'esecuzione di un contratto potrà condurre a un risarcimento dei danni. Viceversa, qualora il comportamento inadempiente attenga all'esecuzione di un accordo e si connoti per la sua "non scarsa importanza", il consumatore sarà ammesso a richiedere anche la risoluzione del negozio⁶⁸⁷. Inoltre, con riferimento alla nota distinzione tra norme di comportamento e norme di validità del contratto⁶⁸⁸ più volte ribadita da recenti pronunce della Corte di Cassazione⁶⁸⁹, in assenza di specifiche disposizioni, solo la violazione delle seconde può comportare l'invalidità dell'eventuale accordo concluso tra le parti. Senza voler entrare nel merito della questione, che verrà esaminata con la dovuta attenzione nel capitolo III del presente lavoro, si vuole in questa sede, a conclusione delle osservazioni svolte, solo anticipare quanto ampio sia il ventaglio delle conseguenze civilistiche di una pratica commerciale scorretta.

⁶⁸⁶ V. MELI, *Diligenza professionale, consumatore medio e regola di de minimis nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa*, cit., p. 9 ss.

⁶⁸⁷ G. DE CRISTOFARO, *L'attuazione della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano: profili generali*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, Giovanni De Cristofaro (a cura di), 2008, p. 49 ss.

⁶⁸⁸ G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Il nuovo diritto dei contratti, problemi e prospettive*, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2004, p. 67 ss.

⁶⁸⁹ Cassazione civ., S.U., 19 dicembre 2007, n. 26725. La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla *vexata quaestio* dei rimedi conseguenti alla violazione del principio di correttezza e buona fede, recuperando la netta distinzione tra regole di condotta e regole di validità del contratto, statuisce che "tali rimedi non possano risolversi nella nullità del contratto, tranne nel caso in cui ciò sia espressamente previsto dalla legge".

4. La diligenza professionale tra codice civile e codice del consumo

Nel paragrafo precedente ci si è soffermati sui principi di buona fede e correttezza richiamati all'interno della nozione di diligenza professionale di cui all'art. 18, lett. h, Codice del consumo. Detti principi⁶⁹⁰, non coincidono con la diligenza professionale, ma costituiscono soltanto i criteri di riferimento alla luce dei quali individuare "il livello di competenza, cura e attenzione che può considerarsi dovuto nel settore di attività del professionista e che ci si può legittimamente attendere venga da questi rispettato"⁶⁹¹.

Ciò premesso, resta sempre da chiarire cosa debba intendersi per diligenza professionale, definita come "il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti [...]"⁶⁹². Con la definizione in commento, il legislatore ha inteso individuare un criterio generale di condotta cui devono conformarsi i professionisti nell'esercizio della loro attività, a partire dal contatto sociale con i consumatori sino all'eventuale conclusione ed esecuzione del contratto. La misura del rispetto e della conformità a tali obblighi deve essere individuata alla luce dei principi generali di buona fede e correttezza⁶⁹³. A una prima lettura dell'art. 18, lett. h, non può negarsi che le locuzioni "diligenza professionale" e "grado della specifica competenza ed attenzione" evocano nel giurista italiano la diligenza cui il debitore è tenuto nell'adempimento delle obbligazioni *ex art. 1176 c.c.* Tuttavia, molteplici sono le differenze che impediscono di identificare i due concetti in esame.

⁶⁹⁰ Buona fede e correttezza.

⁶⁹¹ Cfr. fra gli altri, M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 73 ss. L'A. conferma l'autonomia tra buona fede e diligenza professionale precisando che "il richiamo ai principi di correttezza e buona fede, con cui il legislatore ha voluto, impropriamente, precisare il contenuto del criterio di diligenza professionale, ha, invece, un'autonomia portata normativa in quanto consente di affermare la necessità di individuare un criterio valutativo oggettivo ed esterno dei comportamenti delle imprese volti a sollecitare scelte di acquisto dei consumatori".

⁶⁹² In sede di analisi della definizione in commento, taluni autori, hanno sottolineato che anche in sede di recepimento, il legislatore italiano ha mantenuto l'aggettivo "normale" riferito al grado di competenza e attenzione professionale, criticando questa scelta poiché non se ne riscontrerebbero impieghi simili nelle altre versioni nazionali di recepimento. Sul punto cfr. C. LO SURDO, *sub art. 20*, [...], cit., p. 103 ss.

⁶⁹³ A. PALLOTTA, *Le pratiche commerciali aggressive*, in *Le pratiche commerciali sleali*, E. Minervini e L. Rossi Carleo (a cura di), cit., p. 173 ss.

Anzitutto, mentre l'art. 1176 c.c. assume tale criterio come metro di valutazione del comportamento del debitore nell'adempimento di un'obbligazione, la disciplina delle pratiche commerciali lo utilizza come uno dei parametri per la valutazione della scorrettezza di una pratica, la quale non consiste necessariamente nell'adempimento di un obbligo giuridico⁶⁹⁴.

In ogni caso, anche in quest'ultima ipotesi si deve rilevare che la diligenza professionale svolge una funzione essenzialmente differente⁶⁹⁵. Mentre, quella sancita dal codice civile costituisce un parametro di valutazione del comportamento che deve essere assunto dal debitore per soddisfare concretamente l'interesse del creditore, la diligenza prevista dall'art. 18, lettera h, Codice del consumo, ha una funzione volta a valutare la scorrettezza in termini di alterazione, reale o potenziale del comportamento economico del consumatore⁶⁹⁶.

Nel primo caso, la diligenza richiesta è quella del buon padre di famiglia⁶⁹⁷. Il *tertium comparationis* sarà, dunque, il comportamento che l'uomo medio avrebbe potuto concretamente tenere per soddisfare l'interesse del creditore⁶⁹⁸. Detta valutazione ha un carattere per un verso oggettivo⁶⁹⁹ perché compiuta alla stregua di un criterio generale assunto dal legislatore e applicabile a tutte le obbligazioni, e al tempo stesso relativo, in quanto strettamente connesso al giudizio riguardante singole fattispecie, di volta in volta considerate. Al contrario, il criterio di cui all'art. 18 lett. h, Codice del consumo, consiste, come già anticipato, nella valutazione del normale grado di competenza e attenzione compiuta non già alla stregua di un criterio generale meramente oggettivo, bensì in conformità "alle aspettative che i consumatori possono ragionevolmente attendersi, nel settore commerciale di riferimento, dal professionista"⁷⁰⁰.

Si potrebbe replicare che la diligenza richiesta nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette sembrerebbe richiamare il testo dell'art. 1176, comma 2, c.c. relativo alle obbligazioni da adempiere nell'esercizio di un'attività

⁶⁹⁴ M. SCALI, *sub art. 18, lett. h*, cit., p. 156 ss.

⁶⁹⁵ M. SCALI, *op. ult. cit.*, 156 ss.

⁶⁹⁶ G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della scorrettezza*, cit., p. 154 ss.

⁶⁹⁷ C. M. BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, cit., p. 475 ss.

⁶⁹⁸ G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, cit., p. 277 ss.

⁶⁹⁹ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 548 ss.

⁷⁰⁰ Cfr. art. 18, lett. h, Codice del consumo.

professionale e, dunque, apprezzabile con riguardo “alla natura dell’attività esercitata”.

Tuttavia, come rilevato da taluni autori⁷⁰¹, tale coincidenza è solo apparente tenuto conto che nella disciplina di diritto comune la diligenza professionale costituisce un criterio valutativo condotto in base a regole oggettive connesse all’attività nel cui ambito viene assunta l’obbligazione; nel contesto delle pratiche commerciali tale criterio “pur temperato alla luce delle regole professionali oggettive *lato sensu* intese, viene poi ricondotto alle aspettative che ragionevolmente i consumatori possono attendersi in relazione al settore commerciale di riferimento”⁷⁰².

In sintesi, per l’applicazione del parametro di cui all’art. 18, lett. h, Codice del consumo, individuato il settore di attività del professionista, si dovranno tenere in considerazione le regole tecniche, le norme deontologiche, le *best practices* al fine di valutare cosa possano legittimamente attendersi i consumatori di riferimento alla luce del principio generale di buona fede e correttezza e, di conseguenza, verificare in concreto se il comportamento tenuto dal professionista sia stato conforme o meno a tali aspettative⁷⁰³.

Del resto, mentre la violazione della diligenza di diritto comune è apprezzabile in concreto, in quanto abbia determinato un danno effettivo al creditore dando luogo a una responsabilità *ex art.* 1218 c.c.⁷⁰⁴, la violazione della diligenza nelle pratiche commerciali è funzionale alla valutazione in termini di scorrettezza anche di condotte che non abbiano ancora prodotto alcun danno effettivo ai consumatori, ma che siano potenzialmente lesive della libertà di scelta di questi ultimi⁷⁰⁵.

⁷⁰¹ Cfr. tra gli altri G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della scorrettezza*, cit., p. 154 ss.

⁷⁰² M. SCALI, *sub art. 18, lett. h*, cit., 2009, p. 156 ss;

⁷⁰³ P. BARTOLOMUCCI, *L’attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice civile*, cit., p. 272 ss.

⁷⁰⁴ C. M. BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, cit., p. 480 ss.

⁷⁰⁵ G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della scorrettezza*, cit., p. 154 ss.

5. (segue) Pratiche commerciali scorrette e diligenza professionale: le valutazioni della giurisprudenza nel caso ‘Portabilità dei mutui ipotecari’

Tra le prime pronunce in cui i giudici amministrativi hanno preso posizione sull’interpretazione del criterio della diligenza professionale quale parametro di valutazione della scorrettezza di una pratica commerciale, è interessante soffermarsi sulla ricostruzione fornita dal TAR del Lazio⁷⁰⁶ nel caso “Portabilità dei mutui ipotecari”. Come sarà di seguito approfondito, con la sentenza in esame il TAR ha confermato i mobili confini della nozione di diligenza professionale.

Il giudice amministrativo è stato chiamato a pronunciarsi sul ricorso presentato da alcuni istituti di credito per l’annullamento del provvedimento dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, adottato in data 8 agosto 2008 a conclusione del procedimento PS 1194 con il quale è stato ritenuto che la condotta posta in essere dalle parti a fronte di richieste provenienti da consumatori di effettuare l’operazione di portabilità del mutuo costituisse una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 21, 22, 23, comma 1, lett. t, Codice del consumo, comminando una sanzione amministrativa pecuniaria per ciascuno dei ricorrenti.

In particolare, veniva rilevata a carico di taluni operatori creditizi, una condotta “consistente nell’impedire o rendere onerosa per i consumatori, già titolari di un mutuo ipotecario, che si rivolgono all’operatore per ottenerne la surrogazione, la così detta operazione di portabilità, prevista dall’art. 8 del D.L. 31 gennaio 2007, n. 40 e dalla legge 24 dicembre 2007, n. 244”⁷⁰⁷.

⁷⁰⁶ TAR Lazio, Sez. I, 6 aprile 2009, n. 3689, caso Portabilità dei mutui ipotecari, cit. L’orientamento del TAR Lazio è stato confermato dal Consiglio di Stato, sent. n. 9322/2010.

⁷⁰⁷ L’art. 8, del D.L. 31 gennaio 2007, n. 7 (come modificato dalla legge di conversione 2 aprile 2007, n. 40, stabilisce: al comma 1 che “in caso di mutuo, apertura di credito o altri contratti di finanziamento da parte di intermediari bancari e finanziari, la non esigibilità del credito o la pattuizione di un termine a favore del creditore non preclude al debitore l’esercizio della facoltà di cui all’art. 1202 del codice civile”; al comma 2 che “nell’ipotesi di surrogazione ai sensi del comma 1, il mutuante surrogato subentra nelle garanzie accessorie, personali e reali, al credito surrogato. L’annotamento di surrogazione può essere richiesto al conservatore senza formalità, allegando copia autentica dell’atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o scrittura privata”; nella prima parte del comma 3, che “è nullo ogni patto anche posteriore alla stipulazione del contratto, con il quale si impedisca o si renda oneroso per il debitore l’esercizio della facoltà di surrogazione di cui al comma 1”, aggiungendo che “la nullità del patto non comporta la nullità del contratto”. L’articolo in esame ha subito, consistenti e ulteriori modifiche apportate dalla legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria per il 2008), per effetto delle quali la configurazione dell’assetto normativo della materia può così sintetizzarsi: i) Nella seconda parte del comma 3, è

Dalle risultanze dell'indagine sarebbe emerso, fra l'altro, che a fronte dell'esigenza manifestata dalla clientela, di rivolgersi a un diverso istituto di credito rispetto a quello erogante l'originario mutuo, sia stata in taluni casi offerta la soluzione più onerosa consistente nella sostituzione del mutuo in luogo della gratuita portabilità.

A fronte della richiesta dell'Autorità volta all'acquisizione di informazioni e documentazione riguardante la prassi societaria adottata con riferimento alle richieste di portabilità dei mutui, talune delle società ricorrenti evidenziavano "le incertezze di carattere giuridico inerenti all'istituto della surrogazione per volontà del debitore *ex art. 1202 c.c.* che avrebbe avuto "una scarsa diffusione, sia per le difficoltà interpretative del testo normativo, che per le incertezze fiscali legate alla sua applicazione"⁷⁰⁸. Nonostante i chiarimenti forniti dalle parti nella fase istruttoria, l'Autorità perveniva all'accertamento della scorrettezza delle pratiche commerciali oggetto di indagine.

L'impianto argomentativo della decisione dell'Autorità è riconducibile a due autonomi profili motivazionali. L'Autorità, rilevava, in primo luogo, come la condotta degli operatori creditizi interessati dal procedimento risultava contraria al principio previsto dal nuovo sistema di tutela dettato dagli artt. 18 ss. del Codice del consumo, secondo il quale "la sostanza del rapporto tra consumatore e professionista deve essere improntata a buona fede, diligenza e tutela del soggetto con minore forza contrattuale e maggiore *deficit* informativo"⁷⁰⁹.

La motivazione in esame trae fondamento dalla *ratio legis* delle disposizioni di cui al decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, individuata nell'esigenza di "assicurare al risparmiatore che intendesse cambiare banca per sostenere più agevolmente il

stata introdotta la specifica per cui "resta salva la possibilità del creditore originario e del debitore di pattuire la variazione, senza spese, delle condizioni del contratto di mutuo in essere, mediante scrittura privata anche non autenticata"; ii) al comma 3 bis, risulta apportata la puntualizzazione per cui "la surrogazione di cui al comma 1 comporta il trasferimento del contratto di mutuo esistente alle condizioni stipulate tra il cliente e la banca subentrante e con l'esclusione di penali o altri oneri di qualsiasi natura. Non possono essere imposte al cliente spese o commissioni per la concessione del nuovo mutuo, per l'istruttoria e per gli accertamenti catastali, che si svolgono secondo procedure di collaborazione interbancaria improntate a criteri di massima riduzione dei tempi, degli adempimenti e dei costi connessi".

⁷⁰⁸ TAR Lazio, Sez. I, 6 aprile 2009, n. 3689.

⁷⁰⁹ AGCM, PS 1194, provv. n. 18734, 7 agosto 2008, in *Boll.* 31/2008.

pagamento di rate di mutuo che gravavano sul proprio bilancio familiare in modo sempre più rilevante, di poterlo fare senza dover affrontare costi”⁷¹⁰.

Nel rilevare come la risposta fornita dagli operatori creditizi oggetto di indagine alle esigenze della clientela si sia sostanziata nell’offerta della soluzione più onerosa, l’Autorità, ha ritenuto scorretto e, in particolare, contrario al canone della diligenza professionale *ex art. 20, comma 2, Codice del consumo*, che l’operatore creditizio “abbia inteso acquisire comunque il vantaggio economico derivante dall’incremento/mantenimento di clientela rendendo oneroso ciò che la legge prevede come gratuito”.

Il secondo profilo motivazionale del provvedimento dell’Autorità ha ad oggetto “la scorrettezza del comportamento delle banche sotto il profilo della violazione dei doveri di corretta informazione che gravano sulla stessa ai sensi degli articoli 20, 21, 22 e 23, comma 1, lett. t), Codice del consumo”.

Tale assunto muove dalla rilevanza della correttezza dell’informazione fornita dal professionista al consumatore, quale elemento cardine del dovere di diligenza professionale, come delineato dalla Direttiva 2005/29/CE. Con specifico riferimento alla fattispecie in esame, l’Autorità precisa che “le finalità della nuova disciplina sulla portabilità dei mutui, come definita dal decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7 e dalle successive modificazioni, verrebbero frustrate ove i professionisti non rivelassero o rappresentassero in maniera inesatta ai consumatori le possibilità offerte dalla suddetta normativa”⁷¹¹.

Alla stregua di quanto sopra riportato, l’Autorità ha ritenuto contraria al predetto dovere di diligenza informativa, “la condotta delle banche diretta a scoraggiare le scelte dei consumatori in favore della portabilità del mutuo prospettando ingannevolmente la sostituzione dello stesso quale soluzione unica o preferibile”. In particolare, l’Autorità ha ravvisato la presenza di elementi gravi, precisi e concordanti idonei a provare la suddetta pratica commerciale scorretta.

Tra questi si segnalano: i) le evidenti anomalie nei comportamenti dei clienti delle banche che difficilmente si sarebbero verificate qualora agli stessi fosse stato offerto un quadro informativo completo e corretto; ii) “il numero superiore delle sostituzioni di mutuo rispetto al numero delle surrogazioni attive così da

⁷¹⁰ AGCM, PS 1194, provv. n. 18734, 7 agosto 2008, cit.

⁷¹¹ AGCM, PS 1194, provv. n. 18734, 7 agosto 2008, cit.

presumere che il professionista, proseguendo una pratica preesistente, abbia continuato a rispondere all'esigenza della clientela proponendo prevalentemente mutui in sostituzione e omettendo di segnalare la possibilità meno onerosa della surrogazione gratuita prevista dalla legge”⁷¹².

Nell'escludere la condivisibilità della tesi, prospettata dagli operatori creditizi, circa la riconducibilità della mancata attuazione della disciplina della portabilità alla scarsa chiarezza dell'originario dettato normativo, l'Autorità ha conclusivamente ritenuto che, in ragione dell'omessa o falsa rappresentazione della disciplina della materia e delle opportunità offerte al cliente, gli istituti di credito interessati dal procedimento “hanno falsato in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore in relazione al prodotto i) omettendo informazioni rilevanti di cui il medesimo ha bisogno per prendere una decisione consapevole (art. 22, comma 1, Codice del consumo); ii) fornendo informazioni non rispondenti al vero sulle condizioni di mercato o sulla possibilità di ottenere il prodotto (art. 21, comma 1, Codice del consumo)”⁷¹³.

Come riferito dal TAR⁷¹⁴, l'ingannevolezza della pratica commerciale, al fine di assumere rilevanza nel quadro degli interventi repressivi rimessi all'Autorità, deve, dunque, essere individuata alla stregua di tre fondamentali coordinate identificative ravvisabili: i) in una condotta negativamente connotata sotto il profilo della diligenza; ii) in un comportamento del consumatore diverso da quello che quest'ultimo avrebbe tenuto (*rectius* avrebbe potuto tenere); iii) in un nesso di implicazione causale fra il primo e il secondo degli elementi sopra posti in evidenza. Il primo dei rilevati profili di analisi impone di valutare l'esatta portata contenutistica dell'obbligo di diligenza, segnatamente con riferimento alla figura professionale dell'operatore bancario.

Ad avviso dei giudici amministrativi non è controvertibile che la diligenza ordinariamente richiesta viene ad assumere, quanto alla figura dell'operatore creditizio, carattere di accentuata rilevanza.

Nel contesto della dimensione polifunzionale che le banche e gli istituti di credito vanno sempre più assumendo, la diligenza del buon banchiere (qualificata dal

⁷¹² AGCM, PS 1194, provv. n. 18734, 7 agosto 2008, cit.

⁷¹³ AGCM, PS 1194, provv. n. 18734, 7 agosto 2008, cit.

⁷¹⁴ TAR Lazio, Sez. I, 6 aprile 2009, n. 3689.

maggior grado di prudenza e attenzione che la connotazione professionale dell'agente richiede) è correttamente invocabile non solo con riguardo all'attività di esecuzione di contratti bancari in senso stretto, ma anche in relazione a ogni tipo di atto od operazione che sia comunque oggettivamente esplicito presso una struttura bancaria e soggettivamente svolto da un funzionario bancario.

Ai fini dell'adempimento, l'obbligo di diligenza va valutato non alla luce di criteri rigidi e predeterminati, ma tenendo conto delle cautele e degli accorgimenti che le circostanze del caso concreto suggeriscono e/o impongono. In altri termini, chiarisce il TAR, "se non esiste un astratto paradigma suscettibile di integrare un univoco termine di riferimento quanto all'individuazione di un comportamento diligente in capo all'operatore creditizio, la commisurazione del relativo obbligo andrà necessariamente parametrata con la condotta concretamente esigibile nella fattispecie in considerazione"⁷¹⁵.

In particolare, la condotta diligente dovrà essere valutata avuto riguardo alle peculiarità della vicenda negoziale, al "complesso delle conoscenze riferibili all'operatore commerciale e alla qualificazione del contatto con la clientela (con particolare riferimento agli obblighi informativi non soltanto di carattere preliminare, ma anche contestuali e/o successivi al perfezionamento dell'operazione. In questi termini depone l'interpretazione della normativa comunitaria di riferimento⁷¹⁶ nella parte in cui⁷¹⁷ definisce la nozione di diligenza professionale "prendendo in considerazione rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista, il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori". Con riguardo alla specifica condotta tenuta dagli operatori creditizi sanzionati dall'Autorità, i giudici amministrativi hanno rilevato come la sottoposta fattispecie non consenta di ravvisare la presenza delle necessarie coordinate identificative della pratica commerciale scorretta.

⁷¹⁵ TAR Lazio, Sez. I, 6 aprile 2009, n. 3689, p. 12 ss.

⁷¹⁶ Direttiva 2005/29/CE, Pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno.

⁷¹⁷ Cfr. art. 2 della Direttiva 2005/29/CE.

Non è dato rinvenire, ad avviso del Collegio giudicante, una valenza decettiva della condotta posta in essere dagli istituti di credito. Secondo la ricostruzione del TAR Lazio, tale assunto⁷¹⁸, invero indimostrato, è stato accolto dall'Autorità ritenendo che alla non tempestiva offerta di surrogazione⁷¹⁹ si sia accompagnata la proposta di sostituzione⁷²⁰ del mutuo stesso secondo una modalità “diversa rispetto al paradigma introdotto dall'art. 8 del D.L. n. 7/2007 e soprattutto onerosa al fine di consentire all'operatore creditizio il conseguimento di utilità economiche che la gratuità della surrogazione avrebbe impedito di ottenere. L'esplicitato teorema sul quale poggia l'impianto accusatorio dell'Autorità, non è stato condiviso dai giudici amministrativi secondo i quali “il carattere totalmente e/o essenzialmente non oneroso della surrogazione non soltanto era estraneo all'originaria formulazione dell'art. 8 del D.L. n. 7/2007, ma neppure ha acquisito ulteriore chiarezza a seguito dell'intervento realizzato con la legge n. 244/2007 (finanziaria per il 2008).

In ogni caso, laddove una tale pratica sia stata effettivamente posta in essere da uno o più istituti di credito sul presupposto (peraltro indimostrato) di conseguire profitti economici per effetto della proposta operazione di sostituzione del mutuo, non è dato comprendere la portata concretamente decettiva o fuorviante di tale politica imprenditoriale ove si consideri: i) che il cliente avrebbe potuto rivolgersi altrove; ii) che in assenza di alcun obbligo legale a contrarre, ben avrebbe potuto qualunque istituto di credito, ancorchè in presenza di un chiaro quadro di riferimento, continuare a proporre alla clientela la sostituzione e non anche la surrogazione, ove ritenuta maggiormente conveniente sulla base di scelte professionali “*ex se* non interpretabili in termini di scorrettezza”.

Ciò anche alla luce del richiamo espressamente operato dal comma 1 dell'art. 8 del D.L. n. 7/2007 a quanto disposto dall'art. 1202 c.c., comma 1, c.c., ai sensi del quale “il debitore, che prende a mutuo una somma di danaro o altra cosa fungibile

⁷¹⁸ Si fa riferimento alla valutazione di scorrettezza operata dall'Autorità.

⁷¹⁹ La surroga, o portabilità, è la procedura introdotta dalla Legge Bersani n. 40/2007. La surrogazione permette di “trasferire” a costo zero il proprio mutuo da una banca a un'altra e modificare i parametri del mutuo (senza variare il debito residuo)

⁷²⁰ Con la sostituzione che a differenza della surroga è a titolo oneroso, si procede alla stipula di un nuovo mutuo con una nuova banca. Il capitale ottenuto viene utilizzato per estinguere il mutuo preesistente con la vecchia banca, pagando l'eventuale penale di estinzione. Per il mutuo stipulato con la nuova banca sarà necessario un nuovo atto di mutuo. L'ipoteca sull'immobile a favore della vecchia banca viene cancellata e ne viene iscritta una nuova a favore della nuova banca.

al fine di pagare il debito, può surrogare il mutuante nei diritti del creditore, anche senza il consenso di questo”.

La surrogazione realizza, dunque, “una successione nel rapporto obbligatorio”. Se, da un lato, affinché la surrogazione abbia effetto, non occorre il consenso del creditore originario e neppure è necessaria una manifestazione di volontà di accettazione da parte del terzo, non può, tuttavia, escludersi la facoltà di quest’ultimo soggetto di rifiutare il subingresso nel rapporto preesistente. Il legislatore, infatti, non ha sancito, con riferimento alla posizione del subentrante, alcun obbligo a contrarre⁷²¹.

L’assenza di una “obbligatoria accettazione del subingresso nel mutuo” consente di escludere che la condotta tenuta dagli operatori creditizi interessati dal procedimento possa essere configurata in termini di “non correttezza”. Inoltre, come osservano i giudici amministrativi, le disposizioni introdotte dal D.L. 7/2007 hanno determinato rilevanti ambiguità ermeneutiche che si sono necessariamente riflesse sulla condotta degli operatori creditizi chiamati a dare attuazione alla portabilità del mutuo.

- Il metodo di indagine “mystery shopping”

L’istruttoria in esame ha preso spunto da un’indagine condotta con il sistema del così detto *mystery shopping* dall’associazione di consumatori Altroconsumo. Per *mystery shopping* (letteralmente “acquisti in incognito”) si intende, generalmente, una pratica di *marketing* usata principalmente nell’ambito dei servizi, adottata per monitorare le procedure, verificare l’erogazione dei servizi o la vendita dei prodotti e acquisire elementi di garanzia in ordine alla soddisfazione dei clienti di una determinata impresa. Elemento indispensabile per il *mystery shopping* sono i “clienti misteriosi” (*mystery shoppers*) che vengono assoldati per creare situazioni reali o simulate e hanno il compito di valutare i comportamenti, la gestione e la capacità del personale coinvolto nell’erogazione del servizio. L’impiego di tale metodologia di indagine ha implicato, nella fattispecie in esame, “lo svolgimento di campionature”, effettuate peraltro presso un numero significativamente esiguo di filiali di istituti di credito, da cui è emerso un prevalente orientamento fornito dagli istituti verso operazioni di sostituzione (in luogo di surrogazione) del mutuo,

⁷²¹ TAR Lazio, Sez. I, 6 aprile 2009, n. 3689.

ulteriormente connotato da un'inadeguatezza informativa fornita alla fittizia⁷²² clientela.

Il TAR, pur confermando la liceità di tale pratica di indagine, ha sollevato talune perplessità circa l'acritica utilizzazione dei risultati emersi da parte dell'Autorità. In particolare, come si evince dalla sentenza in commento⁷²³ il TAR ha voluto sottolineare che "l'utilizzazione strumentale da parte dell'Autorità di attività di indagine o di verifica poste in essere da soggetti privati si rivela "gravemente inappropriata venendosi a determinare una commistione di ruoli che, invece, devono essere tenuti rigidamente distinti".

Tale precisazione si giustifica in quanto, nella vicenda in esame l'Autorità ha utilizzato gli esiti del *mystery shopping* posto in essere da Altroconsumo come linea-guida dell'intero procedimento istruttorio.

6. L'idoneità della pratica a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore

Una volta individuata l'area di operatività del criterio della diligenza professionale occorre procedere verso lo studio di un secondo parametro di valutazione della scorrettezza. In particolare, una pratica che non rientri nelle *black list* di cui agli articoli 23 e 26, Codice del consumo, può essere considerata scorretta se, oltre ad essere contraria alla diligenza professionale, "falsa o è idonea a falsare in misura apprezzabile⁷²⁴ il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori"⁷²⁵. La formulazione del requisito in esame risulta estremamente ampia. Al riguardo sono in parte di ausilio le ulteriori precisazioni fornite dal Codice del consumo.

⁷²² In realtà si trattava di operatori dell'Associazione Altroconsumo.

⁷²³ TAR Lazio, Sez. I, 6 aprile 2009, n. 3689.

⁷²⁴ Nell'art. 20, comma 2, Codice del consumo, il legislatore italiano ha preferito utilizzare l'aggettivo "apprezzabile" invece di "rilevante" che si ritrova nella versione italiana della Direttiva 2005/29/CE, ma ha omissso (forse a causa di un'ulteriore svista) di adeguare a tale scelta la formulazione dell'art. 18, lett. e), Codice del consumo recante la definizione di "falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori".

⁷²⁵ Cfr. art. 20, comma 2, Codice del consumo.

Tra queste si segnala la definizione fornita dall'art. 18, lett. e), secondo la quale “falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore” significa “impiegare una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo, pertanto, ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”⁷²⁶.

Quest'ultima definizione, se, da un lato, cerca di restringere il campo applicativo della disciplina in oggetto, dall'altro, lascia spazio a un nuovo quesito interpretativo concernente il significato di “decisione di natura commerciale”. Come rilevato in dottrina⁷²⁷, la tecnica di formulazione della disciplina in commento non sembra orientata verso l'uso di definizioni esaustive e chiarificatrici del dettato normativo, “ma privilegia l'impiego di rimandi a differenti concetti, quasi che l'individuazione del perimetro della fattispecie passi per un costante gioco di richiami e riferimenti”.

Volendo puntualizzare la portata e il significato di “decisione di natura commerciale”⁷²⁸ questa è definita dall'art. 18, lett. m) come la decisione presa da un consumatore relativa al se acquistare o meno un prodotto, alla modalità e alle condizioni in cui farlo, al pagamento parziale o integrale del prezzo, al se tenere un prodotto o disfarsene, al se esercitare un diritto in relazione al prodotto spettante al consumatore sulla base di un contratto concluso con il professionista. Ne consegue, che la condotta rilevante per la fattispecie in parola deve essere idonea a incidere sensibilmente sulla capacità del consumatore di compiere scelte di natura patrimoniale che, altrimenti, non avrebbe preso.

Sono ampi i margini di applicazione del criterio in esame. Il parametro dell'idoneità poggia, infatti, su una complessa verifica empirica⁷²⁹ che, in primo

⁷²⁶ Cfr. art. 18, lett. e, Codice del consumo.

⁷²⁷ F. LUCCHESI, sub art. 18, in *Codice del Consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, cit., p. 14 ss.

⁷²⁸ Secondo un orientamento maggioritario in dottrina (cfr. tra gli altri G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, cit., p. 64 ss. La locuzione “decisione di natura commerciale” che costituisce una trasposizione del termine utilizzato nel testo francese di recepimento della direttiva, si rivela impropria. Sarebbe stato più opportuno sostituirla con “determinazione negoziale”. Quest'ultima espressione, peraltro, sarebbe più in linea con la formulazione utilizzata in altre versioni della direttiva.

⁷²⁹ P. BARTOLOMUCCI, *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice civile*, cit., p. 267 ss.

luogo, richiede all'Autorità di individuare l'ipotetico scenario di mercato realizzabile in assenza della pratica. Una volta terminata tale ricostruzione, occorrerà operare un raffronto con l'ipotesi concretamente verificatasi⁷³⁰ così da accertare se quest'ultima sia tale da falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio.

A quest'ultimo profilo, la dottrina è solita riferirsi adoperando l'espressione *materiality test*⁷³¹. Sempre ai fini dell'applicazione del criterio in esame è utile chiedersi se siano sufficienti condotte oggettivamente suscettibili di falsare la capacità dei consumatori di adottare decisioni consapevoli, ovvero sia, altresì, necessario che tali condotte sul piano soggettivo siano state intenzionalmente poste in essere dai loro autori allo scopo di determinare siffatta alterazione.

Ove si accogliesse la seconda delle interpretazioni prospettate, ne deriverebbe una consistente diminuzione delle concrete possibilità di vedere applicata la definizione generale di pratica commerciale scorretta di cui all'art. 20, Codice del consumo. E' questa la ragione per la quale già il legislatore comunitario ha voluto escludere che allo stato soggettivo del professionista possa essere attribuita rilevanza in termini di slealtà *ex art. 5, comma 2, della Direttiva 2005/29/CE* (in termini di scorrettezza, *cfr. art. 20, comma 2, Codice del consumo*)⁷³². Da ultimo, è necessaria una verifica sulla portata del termine "apprezzabile" (art. 20, comma 2, Codice del consumo) rispetto al quale le pratiche commerciali devono essere sottoposte a un vero e proprio *test* il quale prevede per le pratiche ingannevoli: i) la disapplicazione del divieto nei casi in cui l'infrazione sia puramente formale e l'inesattezza informativa sia, al di là di ogni ragionevole dubbio, inidonea a modificare la soglia di attenzione del destinatario del messaggio; ii) l'applicazione del divieto, con presunzione di "apprezzabilità", in tutti gli altri casi, dunque, ogniquale volta l'inesattezza sia idonea ad attirare una particolare attenzione; iii) la

⁷³⁰ F. LUCCHESI, sub *art. 18*, in *Codice del Consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, cit., p. 14 ss. Secondo l'A., "la valutazione della scorrettezza di una pratica dovrà essere svolta in concreto, ovvero in base alle circostanze del singolo caso e non secondo una valutazione condotta in termini di astrattezza".

⁷³¹ Cfr. M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 73 ss.

⁷³² G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, cit., p. 64 ss.

possibilità, per l'impresa interessata, di dimostrare l'inidoneità in concreto del messaggio a incidere sulla libertà di scelta del consumatore.

Il *test* è applicabile in via parallela alle pratiche commerciali aggressive in relazione alle quali: “i) possono considerarsi estranee al divieto tutte le molestie, etc., che, secondo una valutazione di tipicità sociale, sono definibili bagatellari, cioè inidonee a influire sulla scelta del consumatore; ii) al di sopra di questa soglia minima la pratica può presumersi scorretta tutte le volte in cui questa sia idonea a suscitare una “tensione psicologica nel consumatore”⁷³³.

7. Il consumatore medio e il superamento della concezione paternalistica

La valutazione dell'idoneità “effettuale”⁷³⁴ della pratica commerciale scorretta va realizzata con riferimento al consumatore medio la cui nozione costituisce “un decisivo elemento di comprensione della disciplina in commento”⁷³⁵. La proposta di direttiva presentata dalla Commissione nel 2003⁷³⁶ conteneva già una definizione di consumatore medio assumendo come parametro di riferimento non già il consumatore debole e vulnerabile⁷³⁷, ma critico e consapevole. In particolare, aderendo all'interpretazione giurisprudenziale della Corte di giustizia⁷³⁸ il consumatore medio è “il consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto”. Nonostante il timore del Comitato economico e sociale⁷³⁹, il Parlamento europeo accettò in prima lettura la proposta

⁷³³ M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 73 ss.

⁷³⁴ A. GENOVESE, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. Comm.*, I, 2008, p. 767.

⁷³⁵ A. GENOVESE, *op. ult. cit.*, p. 767.

⁷³⁶ Commissione europea, *Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio relativa alle Pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno*, cit., p. 4 ss.

⁷³⁷ NADIA ZORZI GALGANO, *Il Consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2, 2010, p. 549 ss. Secondo l'A., il consumatore vulnerabile è il consumatore sprovvisto delle conoscenze e delle informazioni indispensabili per agire con piena consapevolezza della portata e della convenienza delle proprie decisioni, nonché privo della razionalità e del senso critico necessari per operare scelte ponderate.

⁷³⁸ Corte di Giustizia, sent. 6 luglio 1995, causa C-470/93, Mars, in *Racc. giur. Corte di giustizia*, 1995, p. 1923; sent. 16 luglio 1998, causa C-210/96, Gut Springenheide GmbH c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt, in *Racc.*, 1998, I, p. 4567; sent. 13 gennaio 2000, causa C-220/98, Estée Lauder c. Lancaster, in *Racc.*, 2000, I, p. 117.

⁷³⁹ Il Comitato economico e sociale riteneva che l'utilizzazione del parametro del consumatore medio, così come definito dalla Commissione, avrebbe potuto privare la politica di tutela dei consumatori del proprio carattere protettivo.

della Commissione, limitandosi a suggerire l'inserimento nella definizione di consumatore medio dell'espressione "tenuto conto delle circostanze sociali, culturali e linguistiche che avrebbe dovuto rendere la definizione più elastica e adattabile alle peculiarità specifiche delle concrete fattispecie. Il testo così integrato fu approvato anche dal Consiglio che, tuttavia, decise di non inserirlo tra le definizioni di cui all'art. 2 della Direttiva 2005/29/CE, ma di "confinarlo"⁷⁴⁰ nel considerando 18.

Guardando al testo definitivo della Direttiva, il considerando 18 statuisce che "conformemente al principio di proporzionalità, e per consentire l'efficace applicazione delle misure di protezione [...], la presente direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali, e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia [...]". In fase di recepimento, il legislatore italiano ha preferito non inserire alcuna disposizione recante la nozione di consumatore medio⁷⁴¹.

Di questa non vi è traccia né nell'elenco di definizioni generali in materia di tutela del consumatore contenuto all'art. 3, Codice del consumo, né per quanto concerne la disciplina delle pratiche commerciali scorrette di cui all'art. 18 del medesimo codice⁷⁴². Soffermandoci sul contenuto del considerando 18 della Direttiva, si rileva la portata assai ampia e generica della definizione in commento che comporta, necessariamente valutazioni di natura discrezionale⁷⁴³. Infatti, il *quantum* e la qualità delle informazioni disponibili da parte di un consumatore medio e il grado di attenzione e avvedutezza che ci si può ragionevolmente attendere dallo stesso sono parametri che per loro stessa natura non possono

⁷⁴⁰ EZIO GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, cit., p. 126 ss.

⁷⁴¹ La scelta di non riportare nel contesto normativo di recepimento della Direttiva 2005/29/CE la definizione di consumatore medio è stata adottata dalla maggioranza degli Stati della Comunità. Tra le eccezioni si registra la Francia che ha inserito la nozione in commento nell'art. L 120-1 del Code de la Consommation.

⁷⁴² Sebbene il riferimento al consumatore medio non sia esplicitato nel testo del Codice del consumo, nella Relazione annuale per il 2008 (p. 18), l'Autorità ha chiarito che "il riferimento al consumatore medio quale parametro di valutazione della scorrettezza di pratiche commerciali non sembra destinato a incidere significativamente su una prassi già seguita dall'Autorità in materia di pubblicità ingannevole, che ha sempre valorizzato la considerazione delle caratteristiche soggettive dei destinatari della comunicazione di impresa in relazione alla decodifica del messaggio pubblicitario.

⁷⁴³ T. WILHELMSSON, *The informed consumer vs. the vulnerable consumer in European unfair commercial practices law – A comment*, in *Yearbook of consumer law*, Aldershot, 2007, p. 211 ss.

essere rigidi e prefissati, ma devono essere interpretati alla luce di una molteplicità di fattori tra cui quelli “sociali, culturali e linguistici” richiamati dallo stesso considerando 18⁷⁴⁴.

Inoltre, la stessa nozione di consumatore medio deve essere modulata a seconda che la pratica commerciale sia diretta alla generalità dei consociati ovvero a un determinato gruppo di consumatori. In quest’ultimo caso, è necessaria ai fini della valutazione della condotta in termini di scorrettezza la sua attitudine a falsare il comportamento economico del “membro medio del gruppo determinato di consumatori”⁷⁴⁵ al quale la pratica è diretta⁷⁴⁶.

Ne consegue un necessario adattamento del parametro alle peculiari caratteristiche dello specifico gruppo di consumatori cui il professionista indirizza i messaggi pubblicitari, le dichiarazioni e le comunicazioni relative al prodotto offerto. E’ in considerazione di siffatte caratteristiche che potrà stabilirsi quale sia il livello qualitativo e quantitativo di informazioni di cui dispongono i destinatari della pratica commerciale e quale grado di attenzione ci si possa da essi ragionevolmente attendere⁷⁴⁷.

Pertanto, il criterio del membro medio del gruppo troverà applicazione “laddove un gruppo di consumatori esista e sia “chiaramente individuabile e sempre che il professionista possa ragionevolmente prevedere che la pratica commerciale cui fa ricorso sia idonea a influenzare in misura apprezzabile le decisioni delle persone suscettibili di essere ricomprese nel gruppo in questione”⁷⁴⁸. La disciplina in esame individua all’art. 20, comma 3, del codice del consumo, un ulteriore

⁷⁴⁴ T. WILHELMSSON, *The informed consumer vs. the vulnerable consumer in European unfair commercial practices law – A comment*, cit., p. 211 ss.

⁷⁴⁵ Cfr. art. 20, Codice del consumo.

⁷⁴⁶ Il membro medio di un gruppo di consumatori è, duque, il soggetto dotato di conoscenze e di capacità critiche mediamente possedute dagli altri componenti del gruppo.

⁷⁴⁷ P. BARTOLOMUCCI, *L’attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice civile*, cit., p. 273 ss. Cfr. in proposito anche TAR Lazio, sent. 25 marzo 2009, n. 3722. Secondo il TAR, “se è vero che l’individuazione del consumatore medio non può conseguire a una valutazione condotta in termini meramente statistici (quanto, piuttosto, devono essere necessariamente presi in considerazione fattori di ordine sociale, culturale ed economico, fra i quali il contesto di mercato nell’ambito del quale il consumatore si trova ad agire), deve essere attribuita rilevanza alle caratteristiche proprie dei beni e/o dei servizi offerti coniugate con le (eventuali) peculiarità del settore merceologico di riferimento.

⁷⁴⁸ CHIARA ALVISI, *Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali*, in *Contratto e impresa*, I, 2008, p. 700 ss.

temperamento del grado di ragionevolezza richiesto al consumatore destinatario della pratica commerciale.

In particolare, la norma fa riferimento al gruppo di consumatori particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità. In questo caso, i consumatori dovranno essere adeguatamente tutelati attraverso una valutazione condotta con riferimento al “membro medio di tale specifico gruppo”⁷⁴⁹. Nonostante l'utilità di tale ulteriore riferimento specifico a categorie di soggetti particolarmente vulnerabili, resta comunque il dubbio da taluni⁷⁵⁰ discusso in merito alla tutela di quei consumatori che, pur senza fondare la propria debolezza sull'età o sullo stato mentale o fisico, siano comunque al di sotto del parametro della ragionevole attenzione e avvedutezza.

Tale dubbio, sembrerebbe essere risolto dall'art. 20, comma 3, Codice del consumo⁷⁵¹, che accanto all'età e all'infermità fa riferimento anche all'ingenuità da intendersi come “la condizione di particolare vulnerabilità che prescinde da fattori specifici e che più genericamente dovrebbe sussumere le condizioni di distrazione e disinformazione”⁷⁵². Ovvie ragioni ostative a un atteggiamento eccessivamente paternalistico da parte del legislatore, comunitario e nazionale, richiedono di non sopravvalutare il ruolo da assegnare a questo termine⁷⁵³. Tale riferimento, infatti, trova un bilanciamento nel richiamo alla necessaria “prevedibilità”⁷⁵⁴, da parte del professionista, delle condizioni di particolare vulnerabilità dei consumatori, compresa l'ingenuità⁷⁵⁵.

Se mancasse il correttivo della prevedibilità, il riferimento al consumatore vulnerabile ex art. 20, comma 3, Codice del consumo, assorbirebbe la nozione di consumatore medio, e di conseguenza, tutte le prassi imprenditoriali sarebbero soggette al concreto rischio di divenire illegittime e di essere sanzionate perché

⁷⁴⁹ NADIA ZORZI GALGANO, *Il Consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, cit., p. 549 ss.

⁷⁵⁰ CHIARA ALVISI, *Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali*, cit., p. 700 ss.

⁷⁵¹ Cfr. anche l'art. 5, comma 3, Direttiva 2005/29/CE.

⁷⁵² NADIA ZORZI GALGANO, *Il Consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, cit., p. 549 ss.

⁷⁵³ M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 93 ss.

⁷⁵⁴ Cfr. art. 20, comma 3, Codice del consumo.

⁷⁵⁵ M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 94 ss.

inaspettatamente distorsive per le scelte economiche dei destinatari delle pratiche⁷⁵⁶.

Nel quadro di una visione liberale e non paternalistica del diritto dei consumi⁷⁵⁷, una soluzione volta ad assicurare un'incondizionata tutela del consumatore risulterebbe anacronistica⁷⁵⁸. La standard del "consumatore più debole" finirebbe per privare il mercato di buona parte di quel flusso di informazioni che contribuiscono a tenere vivo il gioco della concorrenza.

E' questa la ragione che ha indotto la giurisprudenza comunitaria già negli anni '90 a elaborare il criterio del consumatore medio il quale più che fissare uno "standard oggettivo/statistico"⁷⁵⁹, pone un onere di diligenza anche a carico del consumatore. Tale scelta, recepita dal legislatore comunitario⁷⁶⁰, si giustifica nel contesto di un mercato comune caratterizzato da un certo attivismo dei consumatori protagonisti e non più meri spettatori del gioco della concorrenza⁷⁶¹.

⁷⁵⁶ T. WILHELMSSON, *The informed consumer vs. the vulnerable consumer in European unfair commercial practices law – A comment*, cit., p. 212 ss.

⁷⁵⁷ T. WILHELMSSON, *Scope of the Directive*, in *European Fair Trading Law*, 2006 p. 49 ss.

⁷⁵⁸ P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit., p. 357.

⁷⁵⁹ In proposito cfr. il considerando 18 della Direttiva 2005/29/CE nel quale si precisa che "la nozione di consumatore medio non è una nozione statistica".

⁷⁶⁰ Cfr. considerando 18 della Direttiva 2005/29/CE.

⁷⁶¹ M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 93 ss.

Parte II

I poteri e il *modus operandi* dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

1. Il consumatore tra tutela della concorrenza e codice del consumo

Il rapporto tra la disciplina della concorrenza e la tutela dei consumatori è un tema oggetto di ampio dibattito⁷⁶² soprattutto in ordinamenti, quali gli Stati Uniti, il Canada, l'Australia, il Regno Unito e l'Italia, che affidano a una stessa autorità amministrativa compiti relativi all'applicazione di entrambe le discipline⁷⁶³.

Il ventennale dell'istituzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato⁷⁶⁴ ha rappresentato un'utile occasione di confronto sulla questione in esame. L'attribuzione, nel 2007, di specifiche competenze in materia di pratiche commerciali scorrette è intervenuta a rafforzare “un percorso proconsumeristico”⁷⁶⁵ già intrapreso dall'Autorità. Pur non tralasciando le competenze esercitate sin dal 1992 in materia di pubblicità ingannevole, il legame

⁷⁶² G. AMATO, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori, Due fini confliggenti?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2, 2009, p. 381 ss.

⁷⁶³ Il collegamento istituzionale tra diritto della concorrenza e protezione del consumatore attraverso l'idea di assicurare l'effettività e l'efficacia delle rispettive discipline sotto la vigilanza di un'unica autorità amministrativa è elemento comune a diversi ordinamenti giuridici. Un approccio particolarmente integrato è previsto negli Stati Uniti d'America con la Federal Trade Commission. Come chiarito nel capitolo I, Parte I, par. 4, del presente lavoro, la FTC è responsabile dell'applicazione del diritto della concorrenza e della tutela del consumatore. Si tratta di una administrative agency con due mandati concorrenti. Questa ha poteri di vigilanza in materia di pratiche concorrenziali sleali e, dall'altro, di pratiche commerciali scorrette che possano ledere la sicurezza, l'informazione, la salute del consumatore. Oltre agli Stati Uniti anche il Regno Unito e l'Australia hanno riconosciuto a una singola autorità amministrativa competenze in materia di concorrenza e di tutela del consumatore. Nel Regno Unito il ruolo dell'Office of Fair Trading è stato riaffermato con l'Enterprise Act del 2002. La struttura e le funzioni di questo organismo sono state rafforzate. Oltre ai poteri in materia di concentrazioni e cartelli tra imprese sono state ampliate le competenze consumeristiche attraverso il conferimento di nuovi poteri di investigazione sul mercato e l'applicabilità della procedura così detta *stop now orders* (Ai sensi dell'art. 8 dell'Enterprise Act, all'OFT e ad altri organismi responsabili della tutela del consumatore è attribuito il potere di ottenere provvedimenti inibitori di determinate condotte del professionista che siano lesive di interessi e diritti dei consumatori. La procedura in esame è basata sullo “Stop now order Regulation” del 2002-2003). L'idea di attribuire competenze in materia di concorrenza e di consumo a un'unica istituzione amministrativa persegue, dunque, l'obiettivo di carattere pratico di produrre utili sinergie consentendo di guardare al mercato da un punto di vista più ampio e onnicomprensivo.

⁷⁶⁴ Cfr. Legge 10 ottobre 1990, istitutiva dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

⁷⁶⁵ G. AMATO, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori, Due fini confliggenti?*, cit., p. 381 ss.

esistente tra l'applicazione del diritto antitrust e la tutela del consumatore si rinviene già nel dettato della legge n. 287/1990⁷⁶⁶.

Tuttavia, per diversi anni, il riconoscimento della centralità della tutela del consumatore nell'ambito della disciplina concorrenziale non è riuscito a imporsi⁷⁶⁷. Soltanto una rafforzata⁷⁶⁸ consapevolezza della centralità del ruolo dei consumatori ha portato a ritenere che questi possano essere considerati “i destinatari ultimi e dichiarati delle politiche di concorrenza”⁷⁶⁹. In tal senso la nomina di Mario Monti a Commissario europeo per la concorrenza rappresentò un decisivo passaggio.

Il Professor Monti mise subito in rilievo la stretta relazione tra la tutela e la promozione della concorrenza e il benessere dei consumatori⁷⁷⁰. Tale impostazione fu successivamente sostenuta da Neelie Kroes la quale ha avviato una nuova stagione del diritto antitrust⁷⁷¹, focalizzando l'*enforcement* sulle violazioni più dannose per i consumatori⁷⁷². Basti pensare alla posizione assunta nella Comunicazione della Commissione sull'applicazione dell'art. 81, par. 3, del Trattato CE (ora art. 101, par. 3, del TFUE) relativo alle intese restrittive della

⁷⁶⁶ Basti considerare: i) l'art. 3, lett. b), legge n. 287/1990 che vieta le condotte abusive volte a “impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori (cfr., altresì, art. 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), ii) l'art. 4 della legge n. 287/1990, che pone tra le condizioni per l'autorizzazione di intese restrittive della libertà di concorrenza - in deroga al generale divieto previsto dall'art. 2 della medesima legge la circostanza - che le intese “diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori” (cfr., altresì, art. 101, par. 3, TFUE). Da ultimo, nella Relazione annuale sull'attività svolta nel 2007, l'Autorità ha osservato che “l'attribuzione di un ruolo centrale nell'applicazione delle norme a tutela del consumatore è pienamente coerente con la sua missione di Autorità a tutela della concorrenza. La politica della concorrenza e quella del consumatore si integrano l'una con l'altra e completano il sistema delle tutele”.

⁷⁶⁷ G. GUIZZI, *Consumatori e concorrenza nell'esperienza della giurisprudenza civile*, in *20 anni di antitrust, L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, vol. II, p. 1153 ss.

⁷⁶⁸ Si fa riferimento, in particolare, alla disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette.

⁷⁶⁹ G. GUIZZI, *op. ult. cit.*, p. 1153 ss.

⁷⁷⁰ Sul punto cfr. A. PERA, *Le relazioni pericolose: Antitrust e interesse dei consumatori*, in *20 anni di antitrust, L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, vol. II, p. 1165 ss.

⁷⁷¹ Il carattere trasversale della normativa concorrenziale chiamata a relazionarsi con molteplici aree del diritto (ivi comprese le competenze delle Regioni) è precisato da E. CARLONI, *L'uniformità come valore. La Corte oltre la tutela della concorrenza*, in *Le Regioni*, 3, maggio 2010, p. 679. L'A., interrogandosi sugli spazi di regolazione pro-concorrenziale da parte delle Regioni riconosce come le regole della concorrenza non siano limitate all'attività sanzionatoria delle violazioni antitrust. La tutela di cui alla legge n. 287/90 (legge antitrust), infatti, giustifica misure volte a ridurre gli squilibri e a favorire le condizioni di un adeguato sviluppo del mercato.

⁷⁷² NEELIE KROES, *Competition Policy and Consumer*, *Discorso al Bureau Européen des Unions de Consommateurs*, 16 novembre 2006.

concorrenza, in cui venne specificato che “l’obiettivo della legge antitrust, e in particolare dell’art. 101, TFUE, è tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un’allocazione efficiente delle risorse”⁷⁷³.

Secondo taluni autori⁷⁷⁴, la scelta di enfatizzare la relazione tra tutela della concorrenza e benessere del consumatore risulterebbe connessa a due motivazioni: i) allineare i criteri di applicazione della normativa comunitaria con quelli prevalenti negli Stati Uniti, fondati sull’analisi degli effetti delle condotte sul mercato finale; ii) guadagnare consenso a favore della necessità di una vigorosa azione della Commissione nel campo della concorrenza.

In tale contesto, era, dunque, pressoché inevitabile che la questione della possibilità per i consumatori di considerarsi non solo astrattamente tutelati dalle norme concorrenziali, ma anche di invocarne in via diretta l’applicazione, si venisse a riproporre. L’occasione non ha tardato a presentarsi.

A valle di un caso di cartello tra imprese assicurative⁷⁷⁵, il quale, secondo le valutazioni dell’Autorità, aveva determinato un sensibile incremento di prezzo del servizio offerto, si è assistito a un fiorire di iniziative giudiziarie di singoli consumatori, finalizzate a ottenere ristoro del pregiudizio subito in ragione dell’illecito concorrenziale. Il tema posto all’attenzione delle Corti, riguardava l’esistenza di una legittimazione dei consumatori ad agire invocando la violazione delle norme concorrenziali.

Dopo alcune soluzioni contrastanti⁷⁷⁶, sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁷⁷⁷ che hanno risolto il dubbio, affermando che “la legge a

⁷⁷³ Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull’applicazione dell’art. 81, par. 3, del Trattato CE, in G.U.U.E., C 101, 27 aprile 2004, p. 97 ss., par. 13.

⁷⁷⁴ Cfr. tra gli altri A. PERA, *Le relazioni pericolose: Antitrust e interesse dei consumatori*, cit., p. 1165 ss.

⁷⁷⁵ AGCM, I 377, caso *RC Auto*, provv. n. 8546, 28 luglio 2000, in Boll. n. 30/2000.

⁷⁷⁶ Si fa riferimento, da un lato, a Cass., Sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475, la quale ha ritenuto che “la legge n. 287/1990 sia stata costruita privilegiando la prospettiva dell’impresa e per tutelare la sua presenza sul mercato, escludendo, dunque, l’attitudine della stessa a far sorgere in capo al consumatore un’autonoma situazione giuridica soggettiva”; dall’altro, si richiama Cass., Sez. III, ord. 17 ottobre 2003, n. 15538, la quale, invocando la necessità di rafforzare la funzione di deterrenza della norma antitrust e il principio dell’effetto utile di una norma il cui termine di riferimento finale sono pur sempre i consumatori, ha generato quel contrasto la cui soluzione è stata demandata alle Sezioni Unite.

garanzia della concorrenza non è una disciplina posta esclusivamente a salvaguardia delle imprese”. Questa, in quanto disciplina del funzionamento del mercato, protegge gli interessi di tutti i soggetti che a esso accedono e in esso operano”.

In questa prospettiva, la legge antitrust è utilmente invocabile dai consumatori quali titolari di un interesse processualmente rilevante al rispetto delle norme di concorrenza⁷⁷⁸. Il processo di modernizzazione del diritto della concorrenza ha avuto, dunque, tra i suoi principali obiettivi quello di diffondere la consapevolezza che la disciplina antitrust non è solo una materia per addetti ai lavori, ma produce importanti vantaggi economici che vanno anche a beneficio dei consumatori.

La libertà di mercato e il *consumer interest* non si pongono in contrasto, ma sono strettamente interconnessi⁷⁷⁹. In particolare, ad avviso di taluni autori⁷⁸⁰, la complementarietà tra le aree di tutela in commento si fonda su determinati principi generali.

Tra questi, si segnala: i) il principio del *consumer empowerment* che vede nell’attivismo del consumatore uno strumento fondamentale per il buon funzionamento del meccanismo concorrenziale. L’esercizio della libertà di scelta da parte del consumatore agisce da stimolo per l’entrata di nuovi soggetti sul mercato; ii) il secondo è diametralmente opposto al primo in quanti l’azione antitrust diventa lo strumento per conseguire il benessere dei consumatori. L’aspetto assai delicato di quest’ultimo principio riguarda la nozione di *consumer*

⁷⁷⁷ Cass., S.U., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Giust. civ.*, 2005, IV, p. 901. La Corte ha così statuito: “La legge 10.10.1990, n. 287, non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato”.

⁷⁷⁸ Sul punto, cfr., altresì, Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, caso C-453/99, *Courage c. Crehan*, in *Racc.*, 2001, p. 6297.

⁷⁷⁹ G. BRUZZONE, M. BOCCACCIO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo, una prospettiva economica*, in *Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela*, Atti del Convegno AGCM-Luiss-Università degli Studi Roma tre, Roma, 29 gennaio 2010, p. 5 ss.; *Contra* F. DENOZZA, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori, Due fini confliggenti?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2, 2009, p. 389 ss. Secondo l’A., “la comunanza di obiettivi tra concorrenza e tutela del consumatore appare bizzarra, se si tiene conto che il diritto antitrust è volto a impedire che le imprese limitino la propria libertà e quella delle altre imprese. Le norme a tutela dei consumatori, invece, vietano il compimento di pratiche sleali e, quindi, in qualche modo, limitano la libertà dell’agere imprenditoriale”.

⁷⁸⁰ Cfr. tra gli altri, A. NICITA, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori, Due fini confliggenti?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2, 2009, p. 397 ss.

welfare la quale potrebbe essere identificata con la dimensione della *dead weight loss*⁷⁸¹ ovvero dell'area di scambi potenzialmente efficienti.

In questo caso sarebbe necessario parametrare il benessere del consumatore all'innovazione, alla possibilità di scelta, alla qualità di beni e servizi e al prezzo di questi ultimi⁷⁸². In sintesi, la possibilità di scegliere fra una vasta gamma di prodotti o di offerte, in concorrenza fra loro, accresce lo spettro di autodeterminazione del consumatore protetto dai divieti di pratiche commerciali scorrette.

La possibilità di compiere scelte di consumo non condizionate da pratiche commerciali scorrette, a sua volta, incrementa le opportunità che la concorrenza abbia "esiti di utilità sociale"⁷⁸³.

La politica della concorrenza si raccorda a quella della tutela del consumatore in quanto, una volta ricomposte a livello comunitario⁷⁸⁴ le distorsioni conseguenti alla disparità delle legislazioni nazionali in tema di consumatori, è possibile: i) rilanciare lo sviluppo degli scambi e degli investimenti; ii) incrementare il volume complessivo delle vendite di prodotti o servizi; iii) accrescere la fiducia nel mercato; iv) agevolare il commercio intra-comunitario e, per l'effetto, il corretto funzionamento del mercato unico nonché di quello internazionale⁷⁸⁵.

2. Il ruolo dell'Autorità in materia di pratiche commerciali scorrette

La direttiva 2005/29/CE (art. 11, comma 2) ha riconosciuto ai singoli Stati membri la facoltà di attribuire agli organi giurisdizionali o amministrativi determinati poteri volti a garantire il rispetto della normativa in materia di pratiche commerciali sleali. In sede di recepimento della normativa comunitaria, il legislatore italiano ha ritenuto opportuno privilegiare la soluzione amministrativa e in particolare conferire i suddetti poteri all'Autorità Garante della Concorrenza e

⁷⁸¹ A. NICITA, *op. ult. cit.*, p. 397 ss.

⁷⁸² Si tratta del paradigma del "price and efficiency". 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*, XVII, 2008, p. 297 ss.

⁷⁸³ A. GENOVESE, *op. ult. cit.*, p. 297 ss.

⁷⁸⁴ Cfr. sul punto Direttiva 2005/29/CE (direttiva di armonizzazione massima).

⁷⁸⁵ G. HOWELLS, T. WILHELMSSON, *EC consumer law: has it come of age?*, in *European Law Review*, 2003, p. 370 ss.

del Mercato. Tale scelta risponde all'esigenza di concentrare⁷⁸⁶ la relativa competenza in capo a un organo di garanzia che alla luce della già richiamata «complementarietà» tra tutela del mercato e tutela del consumatore ha maturato sul tema una consolidata esperienza. Inoltre, il legislatore nazionale ha cercato in tal modo di soddisfare il requisito di cui all'art. 11, comma 3 della direttiva 2005/29/CE nella parte in cui prevede che l'autorità amministrativa chiamata a garantire il rispetto della normativa in esame sia «composta in modo che la sua imparzialità non possa essere messa in dubbio»⁷⁸⁷.

E' utile ricordare che il problema della tutela amministrativa del consumatore è stato lungamente dibattuto in dottrina con riferimento all'esigenza di affiancare al sistema giudiziario di tutela del consumatore altri strumenti più efficienti. Sin dagli anni settanta si sottolineavano i limiti e le lacune conseguenti a un sistema di tutela basato esclusivamente sul controllo giudiziario⁷⁸⁸.

Numerosi sono, infatti, i problemi riguardanti l'accesso alla giustizia da parte del consumatore, che vanno dalla scarsa informazione di quest'ultimo, ai costi che l'avvio di un'azione giudiziaria comporta rispetto ai vantaggi ottenibili in termini di risarcimento del danno. Di contro, la tutela amministrativa presenta una molteplicità di vantaggi⁷⁸⁹. In primo luogo, si segnala la più agevole accessibilità al sistema nonché i minori costi per il consumatore. In secondo luogo, assicura un controllo di tipo sostanziale realizzabile in tempi molto più contenuti rispetto a quelli richiesti dalla tutela giudiziaria. Infine, offre una tutela che prescinde dal verificarsi di un danno risarcibile.

Ne consegue la piena condivisibilità della scelta del legislatore nazionale di creare in materia di pratiche commerciali scorrette un sistema amministrativo di tutela del consumatore affidato all'Autorità, organo istituito dalla Legge 10 ottobre

⁷⁸⁶ A. PERA, *Tutela della concorrenza e protezione del consumatore: quali complementarietà?*, in *Atti del VII° Convegno di Treviso*, 22-23 maggio 2009, *Antitrust between EC Law and National Law*, Milano, 2009, p. 325 ss.

⁷⁸⁷ CARLO PIAZZA, *Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali sleali. Tutela amministrativa e giurisdizionale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, I, 2008, p. 11 ss.

⁷⁸⁸ E. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali dell'impresa*, Milano, 1975, p. 35 ss.; G. ALPA, *La tutela dei consumatori*, Bari, 1999, p. 162 ss.

⁷⁸⁹ G. TADDEI ELMI, *La tutela davanti all'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato*, in *Codice del Consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2009, p. 117 ss..

1990, n. 287 (di seguito anche “**legge antitrust**”), che opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione⁷⁹⁰.

La sussistenza di una correlazione tra la disciplina in materia di PCS e il diritto della concorrenza, e il fatto che il *public enforcement*⁷⁹¹ di entrambe le normative sia stato demandato alla medesima autorità (in entrambi i settori, dotata del potere di attivarsi d’ufficio), rendono quanto mai opportuno e necessario garantire che l’applicazione per via pubblicistica delle due normative avvenga in maniera quanto più possibile omogenea e coordinata.

È proprio da questa prospettiva che, nel prosieguo, è utile proporre alcune osservazioni in merito all’azione dell’Autorità in materia di pratiche commerciali scorrette.

In linea generale, la disciplina in esame si caratterizza, sotto il profilo procedurale, per un significativo rafforzamento dei poteri istruttori e sanzionatori dell’Autorità, che sono stati tendenzialmente allineati a quelli di cui la medesima è dotata in materia di diritto della concorrenza e sono dunque ben più incisivi di quelli originariamente previsti ai fini dell’applicazione della normativa in tema di pubblicità ingannevole e comparativa illecita.

3. (segue) Intervento d’ufficio dell’Autorità

In base alla disciplina previgente in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita⁷⁹² l’Autorità non aveva il potere di attivarsi d’ufficio per reprimere eventuali infrazioni della disciplina pubblicitaria. A tal fine era necessaria una richiesta di intervento da parte di predeterminate categorie di soggetti privati (concorrenti, consumatori, loro associazioni e organizzazioni) o da

⁷⁹⁰ L’imparzialità e l’indipendenza dell’Autorità (cfr. art. 10, comma 2, legge antitrust) sono assicurate dalle modalità di nomina dei suoi membri (d’intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica) e dall’autonomia organizzativa e contabile.

⁷⁹¹ In materia di diritto della concorrenza con l’espressione “*public enforcement*” si indica l’applicazione della normativa antitrust da parte delle autorità pubbliche (Commissione UE e Autorità Garanti Nazionali). Al contrario l’espressione “*private enforcement*” fa riferimento all’applicazione della normativa antitrust nell’ambito di controversie civili promosse davanti ai giudici nazionali. Sul punto v. S. BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul libro verde della Commissione*, in *Mercato concorrenza regole*, 2006, II, p. 322 ss.

⁷⁹² Cfr. D.P.R. 11 luglio 2003, n. 284, avente ad oggetto la procedura istruttoria in tema di pubblicità ingannevole e comparativa.

pubbliche amministrazioni⁷⁹³. La nuova normativa in materia di pratiche commerciali scorrette (art. 27, comma 2, del Codice del consumo)⁷⁹⁴ riconosce all'Autorità il potere di attivarsi “d’ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse” al fine di verificare l’eventuale scorrettezza di una pratica commerciale e, se del caso, inibirne la continuazione. Da un lato, dunque, si prevede la possibilità di un intervento d’ufficio; dall’altro viene definito in modo elastico⁷⁹⁵ l’insieme dei soggetti che possono rivolgersi all'Autorità per sollecitare l'accertamento delle infrazioni.

La predeterminazione delle categorie legittimate lascia il posto a una formulazione incentrata sull'interesse del denunciante all'accertamento del carattere scorretto della pratica commerciale.

Il contenuto della richiesta di intervento è definito dal Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette (di seguito anche “**Regolamento di procedura**”)⁷⁹⁶. La segnalazione deve avere ad oggetto: i) i dati identificativi del richiedente (nome, cognome, denominazione o ragione sociale, residenza, domicilio, numero di fax o indirizzo di posta elettronica; ii) gli elementi idonei a consentire una precisa identificazione della pratica commerciale e del professionista; iii) ogni elemento ritenuto utile alla valutazione dell'Autorità⁷⁹⁷.

Con riguardo al potere di attivarsi d’ufficio si registra un incremento della valenza pubblicistica dell’azione dell'Autorità e la concreta possibilità per quest’ultima di selezionare le priorità di intervento analogamente a quanto già avviene in materia antitrust⁷⁹⁸.

⁷⁹³ Si fa riferimento, in particolare, al Ministero dello Sviluppo Economico nonché a ogni altra pubblica amministrazione che ne avesse interesse in relazione ai propri compiti istituzionali anche su denuncia del pubblico. Cfr. sul punto, ELISABETTA FRENI, *Pratiche Commerciali scorrette e pubblicità ingannevole: il ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., p. 271 ss.

⁷⁹⁴ Cfr. altresì il Regolamento n. 17589, 15 novembre 2007, *Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette*.

⁷⁹⁵ A. GENOVESE, *L'enforcement e le tutele*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette, Attuazione e impatto sistematico della Direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008, p. 230 ss.

⁷⁹⁶ Regolamento dell'Autorità n. 17589, 15 novembre 2007, art. 5.

⁷⁹⁷ Si segnala che all'indirizzo www.agcm.it è disponibile il “modulo di segnalazione in materia di tutela del consumatore e di pubblicità ingannevole e comparativa”.

⁷⁹⁸ A livello comunitario, una costante giurisprudenza riconosce alla Commissione europea il diritto di attribuire diversi gradi di priorità alle denunce che le vengono presentate in relazione a una presunta infrazione degli articoli 101, 102 del TFUE e di fare riferimento all'interesse

Del resto, un sistema di *public enforcement* le cui risorse umane e finanziarie non sono illimitate deve disporre della flessibilità necessaria per concentrare la propria azione sulle “più significative pratiche pregiudizievoli per i consumatori e il funzionamento del mercato”⁷⁹⁹.

4. (segue) La *moral suasion* nella fase pre-istruttoria

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 procedimento. 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 fossero stati *prima facie* identificati⁸⁰⁰.

L’obbligo di previa informativa del Collegio assicura 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.

L’Autorità ha considerato la “*moral suasion*” come uno strumento che, da un lato, garantisce immediatezza e proporzionalità dell’intervento, dall’altro, esonera il professionista dalla sanzione⁸⁰¹ e dalle stesse conseguenze negative in termini di reputazione anche del solo avvio di un procedimento formale. E’ chiaro che tale istituto trova applicazione nei soli casi in cui sussista la possibilità per i professionisti di eliminare i profili di scorrettezza. 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 stato accompagnato

comunitario per determinare l’ordine da assegnare a tali denunce. Tribunale di primo grado, 18 settembre 1992, causa T-24/90, Automec c. Commissione.

⁷⁹⁹ A. GENOVESE, *L’enforcement e le tutele*, cit., p. 230 ss. Secondo l’A., “la possibilità di un’azione promossa d’ufficio potrebbe giustificare interventi a seguito di rilevazioni condotte dagli uffici dell’AGCM anche durante un’indagine conoscitiva”.

⁸⁰⁰ Regolamento dell’Autorità n. 17589, 15 novembre 2007, art. 4, comma 2.

⁸⁰¹ Relazione annuale sull’attività svolta dall’Autorità nel 2008, 30 aprile 2009, p. 260

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*, 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 mossegli.

In ogni caso, qualora il Collegio ritenga sulla base degli elementi prodotti con la richiesta di intervento o altrimenti acquisiti dal responsabile del procedimento in fase pre-istruttoria che non vi siano i presupposti per un approfondimento dell'indagine, archivia la richiesta di avvio del procedimento.

L'archiviazione, che può avvenire anche in seguito all'accettazione da parte del professionista dell'invito a rimuovere i profili di possibile scorrettezza secondo quanto previsto dal Regolamento di procedura (art. 4, comma 2) è sempre di competenza del Collegio⁸⁰².

Il richiamo alla mancanza dei presupposti per un approfondimento istruttorio rende l'archiviazione utilizzabile al di là delle ipotesi tipizzate dalla previgente disciplina in materia di pubblicità ingannevole (mancato rispetto del termine assegnato al richiedente per l'integrazione della richiesta, manifesta infondatezza della richiesta o inammissibilità della stessa per difetto di legittimazione del richiedente), estendendo i margini della scelta rimessa al Collegio di non proseguire nella trattazione del caso.

5. (segue) L'avvio dell'istruttoria e i maggiori poteri investigativi dell'Autorità

L'avvio di un procedimento istruttorio volto ad accertare l'esistenza di pratiche commerciali scorrette è disposto dal responsabile del procedimento, che valuta a tal fine gli elementi comunque in suo possesso e quelli portati a sua conoscenza con l'eventuale segnalazione. Nella comunicazione di avvio, notificata al professionista e ai soggetti che abbiano presentato la richiesta di intervento all'Autorità, sono indicati l'oggetto del procedimento, il termine per la sua

⁸⁰² Regolamento di procedura, art. 5, comma 3.

conclusione, l'ufficio e la persona responsabile del procedimento, la possibilità di presentare memorie scritte e documenti e i relativi termini.

Per quanto attiene all'individuazione dell'oggetto del procedimento nella comunicazione di avvio dell'istruttoria, il giudice amministrativo⁸⁰³ ha chiarito che questa non può esaurirsi nel mero richiamo delle norme di cui si ipotizza la violazione. Tuttavia, secondo un orientamento consolidato in materia di pubblicità ingannevole, “resta prerogativa dell'Autorità quella di prospettare un ampio spettro di indagine, atteso che un maggior grado di dettaglio e di analiticità delle argomentazioni è logicamente esigibile solo nella fase conclusiva del procedimento”.

L'art. 27 del Codice del consumo attribuisce all'Autorità poteri molto estesi nell'ambito dell'istruttoria. Anzitutto, l'Autorità può: i) chiedere a imprese, enti o persone che ne siano in possesso le informazioni e i documenti rilevanti al fine dell'accertamento dell'infrazione; ii) disporre ispezioni al fine di controllare i documenti aziendali e di prenderne copia; iii) disporre perizie e analisi economiche e statistiche; iv) consultare esperti su qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria.

Il responsabile del procedimento può anche disporre che le parti siano sentite in apposite audizioni “ove ciò sia necessario ai fini della raccolta o della valutazione degli elementi istruttori o venga richiesto da almeno una delle parti”⁸⁰⁴. Tuttavia, queste ultime possono solo presentare richiesta, ma non hanno il diritto di essere audite⁸⁰⁵. Tale mancanza, come chiarito in dottrina⁸⁰⁶, renderebbe l'audizione “un mezzo di acquisizione di elementi probatori e non uno strumento di difesa delle parti.

Sarebbe stato preferibile riconoscere alle stesse un vero e proprio diritto di essere sentite, con una previsione normativa conforme a quanto sancito dall'art. 14, comma 1, legge antitrust la quale dispone che “i titolari o legali rappresentanti

⁸⁰³ TAR Lazio, sezione I, 8 settembre 2009, n. 8396

⁸⁰⁴ Regolamento di procedura, art. 12, comma 2.

⁸⁰⁵ Il TAR Lazio, sezione I, 19 giugno 2009, n. 5807, ha affermato che “La potestà attribuita al responsabile del procedimento di disporre l'audizione è di carattere discrezionale non solo quando l'audizione è disposta d'ufficio, ma anche quando la stessa è disposta su richiesta di almeno una delle parti”.

⁸⁰⁶ ELISABETTA FRENI, *Pratiche Commerciali scorrette e pubblicità ingannevole: il ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., p. 271 ss.

delle imprese ed enti hanno diritto di essere sentiti, personalmente o a mezzo di procuratore speciale” nel corso dell’istruttoria (dagli Uffici dell’Autorità) e dopo la chiusura di quest’ultima⁸⁰⁷ (dal Collegio). Su proposta del responsabile del procedimento, il Collegio può essere chiamato ad autorizzare ispezioni presso chiunque sia ritenuto in possesso di documenti aziendali utili ai fini dell’istruttoria.

I funzionari dell’Autorità incaricati dal responsabile del procedimento di eseguire le ispezioni esercitano i loro poteri su presentazione di un atto scritto che deve precisare l’oggetto dell’accertamento e le sanzioni per il rifiuto, l’omissione o il ritardo, senza giustificato motivo, di fornire informazioni ed esibire documenti richiesti nel corso dell’ispezione, ovvero per il caso in cui siano fornite informazioni ed esibiti documenti non veritieri.

Nel Regolamento di procedura viene specificato che in ogni caso, ai fini delle sanzioni previste dall’art. 27, comma 4 del codice del consumo, non costituisce giustificato motivo di rifiuto o di omissione l’opposizione *i)* di vincoli di riservatezza o di competenza imposti da regolamenti aziendali; *ii)* di esigenze di autotutela dal rischio di sanzioni fiscali o amministrative nonché, infine, di esigenze di tutela del segreto aziendale o industriale”⁸⁰⁸.

I funzionari incaricati di eseguire l’ispezione dispongono del potere di accedere a tutti i locali, terreni, e mezzi di trasporto del soggetto nei cui confronti si svolge l’ispezione, con l’esclusione dei luoghi di residenza o domicilio estranei all’attività aziendale oggetto dell’indagine. Nello svolgimento dell’attività ispettiva l’Autorità può avvalersi della collaborazione della Guardia di Finanza nei termini di cui all’art. 27, comma 2, Codice del consumo.

Nel corso delle ispezioni, i soggetti interessati possono farsi assistere da consulenti di propria fiducia, ma l’esercizio di tale facoltà non può comportare la sospensione dell’ispezione. Di tutta l’attività svolta nel corso dell’ispezione è redatto apposito verbale.

⁸⁰⁷ In ogni caso prima dell’adozione del provvedimento finale.

⁸⁰⁸ Regolamento di procedura, art. 14, comma 3, lett. c. Un’ipotesi di impedimento all’acquisizione di documenti da parte dell’Autorità si riconnette al così detto *legal privilege*, e attiene alla corrispondenza tra avvocato e cliente, la quale non può essere oggetto di apprensione da parte dei funzionari che effettuano l’ispezione.

Il Regolamento di procedura ha introdotto varie modifiche rispetto al regime sui termini del procedimento che vigeva per la pubblicità ingannevole e comparativa. Il termine ordinario per la conclusione del procedimento in materia di pratiche commerciali scorrette è di 120 giorni che decorrono dalla data di protocollo della comunicazione di avvio dell'istruttoria⁸⁰⁹. Nei casi in cui la pratica commerciale è stata o deve essere diffusa attraverso la stampa periodica o quotidiana o per via radiofonica o televisiva o con altro mezzo di telecomunicazione, l'Autorità, prima di provvedere, è tenuta a richiedere il parere obbligatorio, ma non vincolante dell'AGCOM⁸¹⁰.

Il termine può essere prorogato, con provvedimento motivato del Collegio, quando vi sono "particolari esigenze istruttorie" fino a un massimo di 30 giorni, oppure quando il professionista presenta una proposta di impegni fino a un massimo di 60 giorni. Hanno facoltà di intervenire nel procedimento i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati ai quali possa derivare un pregiudizio dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria⁸¹¹.

Per esercitare tale facoltà, costoro devono inoltrare una richiesta debitamente sottoscritta nella quale siano indicati i loro dati personali e il procedimento nel quale intendono intervenire e devono fornire un'adeguata motivazione circa il loro "interesse a intervenire". A differenza di quanto avviene per i procedimenti antitrust nei quali l'eventuale richiesta deve essere presentata entro 30 giorni dalla pubblicazione del provvedimento di avvio dell'istruttoria, nel caso di pratiche commerciali scorrette non è stabilito un termine per l'esercizio della facoltà di intervenire.

Qualora il responsabile del procedimento valuti positivamente la regolarità e la completezza della richiesta di partecipazione comunica al soggetto interessato che

⁸⁰⁹ Nel precedente regime, il termine era di 75 giorni e decorreva dalla data di ricevimento della richiesta o di individuazione del committente del messaggio, o infine, di acquisizione di una copia del messaggio segnalato e non allegato alla richiesta di intervento.

⁸¹⁰ Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. Nell'ipotesi di richiesta di parere all'AGCOM il termine di conclusione del procedimento è di 150 giorni. Il termine sarà di 180 giorni nel caso in cui il professionista è residente o domiciliato all'estero. L'AGCOM comunica il proprio parere entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta. Se tale termine decorre senza che sia stato comunicato il parere o senza che l'AGCOM abbia rappresentato esigenze istruttorie, l'Autorità procede indipendentemente dall'acquisizione del parere stesso.

⁸¹¹ Regolamento di procedura, art. 10.

esso ha diritto di accedere agli atti nonché di presentare memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri.

6. (segue) Due ulteriori profili procedurali: accesso agli atti e tutela d'urgenza

Le norme sull'accesso ai documenti e sulla riservatezza delle informazioni raccolte nel corso dell'istruttoria costituiscono una novità rispetto alla precedente disciplina in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita⁸¹². Come per le ispezioni, anche in questo caso le norme del regolamento sono modellate sulla disciplina dei procedimenti concorrenziali.

Il diritto di accesso ai documenti formati o stabilmente detenuti dall'Autorità nei procedimenti che riguardano le pratiche commerciali è riconosciuto nel corso dell'istruttoria ai soggetti cui è stato comunicato l'avvio del procedimento nonché ai soggetti ammessi a intervenire nei termini sopra illustrati. Il diritto di accesso si esercita con richiesta scritta e motivata sulla quale il responsabile del procedimento provvede entro 30 giorni. Nella prassi, le parti sono solite anticipare telefonicamente al suddetto responsabile la loro esigenza di accedere al fascicolo istruttorio.

A tale interlocuzione segue l'invio via fax all'Ufficio competente di una formale istanza di accesso agli atti a cui viene data risposta entro pochi giorni. Rispetto ai documenti che contengono informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario relative a persone e professionisti coinvolti, l'accesso è consentito in tutto o in parte nei limiti in cui ciò sia necessario per assicurare il contraddittorio.

Sono in ogni caso sottratte all'accesso le note, le proposte e ogni altra elaborazione degli uffici con funzione di studio e di preparazione del contenuto di atti, mentre possono essere sottratti all'accesso i verbali delle adunanze del Collegio, i documenti relativi a rapporti tra l'Autorità e le istituzioni dell'Unione europea o tra l'Autorità e gli organi di altri Stati o di altre organizzazioni internazionali, dei quali non sia stata autorizzata la divulgazione. I soggetti che

⁸¹² Cfr. Regolamento di procedura, art. 11.

intendono salvaguardare la riservatezza o la segretezza delle informazioni fornite hanno l'onere di presentare agli Uffici una motivata istanza di riservatezza, indicando i documenti o le parti di questi che si chiede di sottrarre all'accesso.

L'accoglimento totale o parziale o il rigetto della suddetta richiesta sono comunicati agli interessati con provvedimento motivato. L'Ufficio competente può inoltre disporre che l'accesso sia differito fino a quando non sia accertata la rilevanza dei documenti ai fini della prova delle infrazioni e comunque non oltre la comunicazione della data di conclusione della fase istruttoria.

Con riguardo al tema della tutela d'urgenza, è utile precisare che l'art. 27, comma 3, del Codice del consumo, prevede che l'Autorità possa disporre con provvedimento motivato la sospensione provvisoria delle pratiche commerciali scorrette laddove sussista "particolare urgenza".

Accanto alla sussistenza prima *facie* di una pratica commerciale scorretta occorre una situazione di urgenza di tipo qualificato⁸¹³. In particolare, la pratica commerciale deve rivelare "spiccati profili di pericolosità" per l'entità assoluta dei pregiudizi individuali che ne possono derivare o per le rilevanti capacità di diffusione del pericolo ricollegabile alla pratica⁸¹⁴.

L'adozione delle misure cautelari è di competenza del Collegio. Il Regolamento di procedura (art. 9, comma 2) prevede che l'adozione della misura cautelare avvenga di norma dopo l'instaurazione di un contraddittorio con le parti. In base alla procedura ordinaria, il responsabile del procedimento assegna alle parti un termine non inferiore a cinque giorni per presentare memorie scritte e documenti.

Trascorso questo termine, il responsabile del procedimento rimette gli atti al Collegio per la decisione. Eccezionalmente l'adozione delle misure d'urgenza può avvenire *inaudita altera parte*.

Il Regolamento di procedura prevede, infatti, che "quando ricorrano particolari esigenze di indifferibilità dell'intervento" il Collegio può disporre con atto motivato la sospensione in via provvisoria della pratica commerciale anche senza acquisire le memorie delle parti. Sono in tale ipotesi previste specifiche garanzie

⁸¹³ A. GENOVESE, *L'enforcement e le tutele*, cit., p. 230 ss.

⁸¹⁴ DOMENICO BONACCORSI DI PATTI, *Le pratiche commerciali scorrette: prime note sul procedimento istruttorio innanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 4, 2008, p. 669 ss.

volte ad assicurare che il professionista interessato potrà esercitare il proprio diritto di difesa nella fase immediatamente successiva all'adozione della misura cautelare, prima che quest'ultima venga definitivamente confermata dall'Autorità. Il professionista dispone di un termine di 7 giorni - che decorre dal ricevimento del provvedimento con cui è stata adottata la misura cautelare provvisoria - per presentare memorie scritte e documenti.

Valutate le argomentazioni del professionista, il Collegio può confermare la sospensione provvisoria della pratica commerciale. La decisione del Collegio deve essere immediatamente eseguita a cura del professionista.

Nei casi che riguardano comunicazioni commerciali inserite sulle confezioni di prodotti, l'Autorità è tenuta ad assegnare un termine per l'esecuzione di un provvedimento cautelare che tenga conto dei tempi tecnici necessari per l'adeguamento⁸¹⁵.

L'eventuale ricorso contro il provvedimento cautelare non ne sospende l'esecuzione. Per l'inottemperanza ai provvedimenti d'urgenza è previsto che l'Autorità applichi una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 150.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

7. (segue) L'istituto degli impegni nelle pratiche commerciali scorrette

L'art. 27, comma 7, del Codice del consumo ha introdotto lo strumento delle decisioni con impegni nei casi di sospetta violazione delle disposizioni sulle pratiche commerciali scorrette ispirandosi in tal senso all'analogo strumento previsto dall'art. 14 *ter*, della legge antitrust.

Secondo l'art. 27, comma 7, a eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale, l'Autorità può ottenere dal professionista responsabile l'assunzione dell'impegno di porre fine all'infrazione cessando la diffusione della pratica o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità. L'Autorità, valutata l'idoneità degli impegni proposti può renderli obbligatori per il professionista e definire il procedimento senza accertare

⁸¹⁵ Art. 27, comma 10, Codice del consumo.

l'infrazione. Rispetto all'eventuale accertamento dell'illecito consumeristico, la decisione con impegni può consentire all'Autorità un risparmio di tempo e risorse e per l'impresa coinvolta ha senz'altro minori ripercussioni sul piano reputazionale. Per espressa previsione normativa, l'istituto in commento non può essere utilizzato nei casi di "manifesta scorrettezza e gravità" della pratica commerciale.

L'Autorità⁸¹⁶ ha interpretato questa preclusione ritenendo che: "i) rispetto a pratiche particolarmente gravi, il legislatore ha senz'altro ritenuto prevalente l'obiettivo della deterrenza, imponendo di accertarne l'eventuale illegittimità e di irrogare o meno la relativa sanzione; ii) nell'ipotesi di manifesta scorrettezza, invece, l'Autorità non potrebbe trarre alcun oggettivo vantaggio in termini di efficiente uso delle risorse derivanti dall'accettazione di una proposta di impegni, in quanto l'accertamento dell'illiceità della pratica non richiederebbe, per definizione, alcun complesso approfondimento istruttorio"⁸¹⁷.

Anche il Giudice amministrativo⁸¹⁸ è intervenuto sul tema argomentando che l'espressione "manifesta scorrettezza e gravità" 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 evidente scorrettezza non presenti profili di gravità". Nella Relazione annuale per il 2008, l'Autorità ha enunciato che la stessa tende a considerare una pratica manifestamente grave e scorretta al ricorrere di almeno uno tra i seguenti fattori: elevato numero di consumatori potenzialmente coinvolti; pregiudizio economico concreto o eventuale per i medesimi; particolare gravità in sé dell'inganno o della pressione; condizione di debolezza del consumatore medio; sussumibilità della fattispecie contestata in una delle possibili ipotesi incluse nelle liste nere di cui agli articoli 23 e 26 del Codice del consumo⁸¹⁹.

Va osservato che interpretando questo elenco come una lista di elementi ciascuno dei quali è in sé sufficiente a escludere l'adozione di una decisione con impegni, rimane ben poco spazio per l'utilizzo dello strumento in esame. La

⁸¹⁶ AGCM, Relazione annuale sull'attività svolta nel 2007, p. 24 ss.

⁸¹⁷ AGCM, Relazione annuale sull'attività svolta nel 2007, p. 26 ss.

⁸¹⁸ TAR Lazio, sezione I, 14 settembre 2009, n. 8673.

⁸¹⁹ AGCM, Relazione annuale sull'attività svolta nel 2008, p. 259 ss.

preoccupazione sorge, in particolare, con riferimento ai primi due fattori dell'elenco alla luce dei quali è sufficiente che la pratica interessi anche solo potenzialmente un elevato numero di consumatori o che comporti un pregiudizio economico concreto o eventuale, perché la decisione con impegni non sia utilizzabile. Per evitare questo scenario, l'elenco potrebbe essere inteso nel senso che “per identificare una situazione di manifesta scorrettezza e gravità è necessaria, ma non basta la presenza di almeno uno dei fattori in esso richiamati”⁸²⁰.

Le modalità per la presentazione degli impegni da parte del professionista, i possibili esiti della valutazione compiuta dall'Autorità e le ipotesi per l'eventuale successiva riapertura del procedimento sono delineati dal Regolamento di procedura⁸²¹. Gli impegni, che devono essere tali da far venir meno i profili di illegittimità della pratica commerciale, vanno presentati dal professionista entro e non oltre trenta giorni dalla ricezione della comunicazione di avvio del procedimento.

Questa formulazione ha indotto la giurisprudenza amministrativa ad accogliere la tesi della natura perentoria del termine per la presentazione degli impegni⁸²². Tuttavia, se la scelta di accettare o meno gli impegni anche in ragione del loro impatto sull'efficienza dell'azione amministrativa, rientra nella discrezionalità dell'Autorità⁸²³, sembrerebbe preferibile una soluzione più flessibile, analoga a quella adottata in materia antitrust, in base alla quale il suddetto termine ha natura meramente sollecitatoria⁸²⁴.

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 porvi rimedio.

⁸²⁰ DOMENICO BONACCORSI DI PATTI, *Le pratiche commerciali scorrette: prime note sul procedimento istruttorio innanzi all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, cit., p. 669 ss.

⁸²¹ Cfr. Regolamento di procedura, art. 8.

⁸²² TAR Lazio, sezione I, 14 settembre 2009, n. 8673, Fastweb c. AGCM. Il TAR ha precisato che il termine “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”.

⁸²³ TAR Lazio, sez. I, 14 settembre 2009, n. 8673.

⁸²⁴ TAR Lazio, sezione I, 7 aprile 2008, n. 2902.

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, circa 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 essere stati proposti, rispettivamente, quasi due mesi e mezzo e poco meno di tre mesi dopo il provvedimento di avvio. In seguito alla valutazione degli impegni da parte dell'Autorità, il Regolamento delinea tre alternative.

Se gli impegni sono ritenuti idonei a rimuovere i profili di illegittimità della pratica, l'Autorità dispone con provvedimento la loro accettazione e li rende obbligatori per il professionista, chiudendo il procedimento senza accertare l'infrazione. Qualora gli impegni proposti siano ritenuti parzialmente idonei, l'Autorità fissa un termine al professionista per una loro eventuale integrazione. Nei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale o nell'ipotesi in cui gli impegni siano ritenuti inidonei, l'Autorità delibera il rigetto degli stessi.

L'eventuale accettazione della proposta di impegni presentati dal professionista non impedisce all'Autorità di riaprire d'ufficio il procedimento laddove: i) il professionista non dia attuazione agli impegni assunti; ii) si modifichi la situazione di fatto rispetto a uno o più elementi su cui si fonda la decisione; iii) la decisione di accettazione di impegni si basi su informazioni trasmesse dalle parti che siano incomplete, inesatte o fuorvianti⁸²⁵. In caso di mancato rispetto degli impegni assunti, l'Autorità applica una sanzione amministrativa da 10.000 a 150.000 euro.

La rilevanza pratica dell'introduzione dell'istituto degli impegni nell'ambito della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette è stata finora pressoché nulla. In questa prima fase di applicazione della normativa in questione, l'Autorità

⁸²⁵ Regolamento di procedura, art. 8, comma 3.

ha, infatti, interpretato in maniera estremamente rigorosa le condizioni per l'applicazione dell'istituto in commento. La stessa ha ritenuto che, anche pur in presenza di pratiche non manifestamente gravi e scorrette, l'istituto degli impegni non dovesse trovare applicazione in tutti i casi in cui sussistesse un interesse prevalente all'accertamento dell'illecito tenendo presente, ai fini delle determinazioni da assumere ai sensi dell'articolo 27, comma 7, del Codice del consumo, gli ulteriori criteri attinenti: a) all'idoneità a rimuovere i profili di illegittimità della condotta; b) all'opportunità 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 materia⁸²⁶.

L'atteggiamento di tendenziale chiusura nei confronti dell'istituto degli impegni in materia di pratiche commerciali scorrette è stato finora motivato dall'Autorità sulla base dell'esigenza di non depotenziare la deterrenza del divieto in esame, esigenza tanto più sentita secondo l'Autorità in ragione della novità della disciplina in questione e della relativa scarsa entità delle sanzioni comminabili alle imprese a fronte degli interessi economici coinvolti.

Le considerazioni che hanno indotto – in radicale contrasto con la prassi decisionale in tema di tutela della concorrenza – a espungere “virtualmente”⁸²⁷ l'istituto degli impegni dalla normativa in materia di pratiche commerciali scorrette appaiono non più integralmente attuali.

In primo luogo, possiamo ormai ritenere conclusa la fase di “infanzia” della disciplina delle pratiche commerciali scorrette. A più di quattro anni dalla sua entrata in vigore non vi è, infatti, alcun dubbio che imprenditori e professionisti siano ormai ben edotti in merito all'esistenza di tale istituto e alla necessità di rispettarne in modo rigoroso i meccanismi di funzionamento.

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

⁸²⁶ AGCM, Relazione annuale sull'attività svolta, 30 aprile 2009, p. 259 ss.

⁸²⁷ A. GENOVESE, *L'enforcement e le tutele*, cit., p. 232 ss.

commerciale contestata non consista in una singola azione (ad esempio una singola campagna pubblicitaria, in ipotesi ingannevole), ma interessi lo stesso *modus operandi* del professionista con riferimento a uno o più specifici ambiti della sua attività⁸²⁸, un'eventuale decisione di accettazione di impegni che implichi un'adeguata rivisitazione delle attività oggetto di indagine da parte dell'Autorità, avrebbe al contempo l'indiscutibile vantaggio di comportare entro brevi termini 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, evitando al tempo stesso i costi e i tempi di un'istruttoria approfondita e dell'eventuale giudizio di impugnazione.

Volendo sintetizzare i benefici che l'istituto degli impegni potrebbe comportare sia per il professionista che per l'azione amministrativa dell'Autorità è utile prestare attenzione a quanto di seguito esposto.

Le ragioni che inducono le imprese ad avvalersi dello strumento in esame sono molteplici e per certi versi affini a quelle rilevate in materia antitrust. Anzitutto, come già chiarito, si potrebbe concludere più rapidamente il procedimento evitando una eventuale conferma delle condotte anticonsumeristiche contestate dall'Autorità e la connessa pubblicità negativa⁸²⁹.

Inoltre, ruolo ancor più decisivo gioca la possibilità di sottrarsi a un accertamento che i consumatori danneggiati potrebbero porre a fondamento di un'azione risarcitoria, fermo restando, peraltro, che un'azione di danni non è preclusa neppure in caso di accettazione della proposta di impegni, sarà soltanto più "difficile"⁸³⁰ l'accertamento dell'eventuale illecito da parte dei giudici nazionali, che non potranno affidarsi a quanto già espresso dall'Autorità.

Infatti, nell'eventualità che i consumatori agiscano per la tutela dei diritti soggettivi lesi dalla presunta condotta scorretta in relazione alla quale è stata adottata una decisione con impegni, troveranno applicazione i principi generali in

⁸²⁸ Ad esempio, i criteri e le modalità di commercializzazione dei prodotti/servizi ovvero le modalità di gestione dei partner esterni della cui collaborazione il professionista si avvalga.

⁸²⁹ E. MINERVINI, *Le decisioni con impegni in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *20 anni di antitrust, l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), II, Torino 2010, p. 1243 ss.

⁸³⁰ F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 121 ss.

materia chiariti dalla giurisprudenza comunitaria⁸³¹. In particolare, chi vuol fare valere la propria pretesa risarcitoria dovrà dimostrare l'illiceità del comportamento controverso, la sussistenza di un rapporto di causalità tra la condotta e il danno subito, l'entità della lesione sofferta⁸³².

Con riferimento ai vantaggi apprezzabili dal punto di vista dell'Autorità, l'adozione di una proposta di impegni consente di chiudere il procedimento istruttorio con il minimo intervento amministrativo⁸³³.

La logica della diretta cooperazione tra professionista e Autorità favorisce un flusso spontaneo di informazioni che agevola la valutazione di idoneità degli impegni presentati. Peraltro, l'atteggiamento collaborativo mostrato dalle parti aumenta la probabilità che le stesse diano esecuzione agli interventi migliorativi proposti.

Alla luce di quanto sopra esposto, è ragionevole ritenere che la riflessione su un più attento 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 maggiormente meritevoli di tutela.

8. (segue) Chiusura della fase istruttoria e regime sanzionatorio

Il confine tra la fase istruttoria e quella decisoria è connesso a una valutazione che spetta al responsabile del procedimento circa la sufficienza degli elementi acquisiti. Come chiarito dall'art. 16 del Regolamento di procedura, il responsabile del procedimento, allorché ritenga sufficientemente istruita la pratica, comunica alle parti la data di conclusione della fase istruttoria e indica loro un termine, non inferiore a dieci giorni, entro cui esse possono presentare memorie conclusive o documenti. Non è previsto che le parti ricevano, prima del provvedimento finale dell'Autorità, una comunicazione delle risultanze istruttorie.

⁸³¹ Corte di Giustizia CE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Crehan/Courage*, in «Raccolta», 2001, vol. VII, p. 6297.

⁸³² E. MINERVINI, *Le decisioni con impegni in materia di pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1243 ss.

⁸³³ A. GENOVESE, *L'enforcement e le tutele*, cit., p. 232 ss.

Questa scelta andrebbe attentamente ripensata⁸³⁴ per una serie di motivi di seguito brevemente richiamati. Nei casi in cui l'Autorità contesti al professionista una pluralità di illeciti, la mancanza di un atto che consenta di ridefinire la portata degli addebiti all'esito degli accertamenti istruttori eseguiti fa sì che l'impresa sia costretta a difendersi contro tutti gli addebiti inizialmente mossi ancorchè taluni di questi siano stati successivamente ritenuti irrilevanti dalla stessa Autorità⁸³⁵.

Il problema verrebbe risolto se alla chiusura dell'istruttoria vi fosse un atto formale conforme alla così detta comunicazione delle risultanze istruttorie (di seguito anche "CRI") prevista in materia antitrust *ex art.* 14, D.P.R. n. 217/1998⁸³⁶. L'esperienza sinora maturata in materia di pratiche commerciali scorrette ha mostrato che non solo per la tutela della concorrenza, ma anche per la tutela del consumatore i procedimenti richiedono talora accertamenti complessi sul piano giuridico e fattuale.

Sembra, dunque, fuorviante, ritenere che in materia di pratiche scorrette non occorra un regime rafforzato di garanzia del contraddittorio in ragione della presunta semplicità delle questioni trattate⁸³⁷.

L'esigenza di una comunicazione delle risultanze istruttorie è accentuata dalla circostanza che nell'atto di avvio del procedimento gli addebiti sono spesso definiti, come dichiarato dallo stesso giudice amministrativo⁸³⁸, in termini molto generali. Per una piena attuazione del contraddittorio, sarebbe sufficiente prevedere una comunicazione delle risultanze istruttorie con un grado di dettaglio variabile rispetto alle caratteristiche del caso concreto.

⁸³⁴ In questo senso, cfr. tra gli altri DOMENICO BONACCORSI DI PATTI, *Le pratiche commerciali scorrette: prime note sul procedimento istruttorio innanzi all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, cit., p. 669 ss.

⁸³⁵ DOMENICO BONACCORSI DI PATTI, *op. ult. cit.*, p. 675

⁸³⁶ In ambito concorrenziale, la CRI è un documento contenente le proposte formulate dagli uffici in relazione agli elementi probatori acquisiti. Questa comunicazione viene preventivamente vagliata dal Collegio che, verificatane la non manifesta infondatezza, ne autorizza l'invio alle parti.

⁸³⁷ Cfr. in proposito, TAR Lazio, sez. I, 19 giugno 2009, n. 5807 in cui viene negato che la mancata previsione della comunicazione delle risultanze istruttorie comporti una violazione del Regolamento di procedura. Il regime di garanzie per le pratiche commerciali scorrette non sarebbe assimilabile a quello previsto in materia di tutela della concorrenza in quanto "nei procedimenti antitrust, la previsione della comunicazione delle risultanze istruttorie è riconducibile alle peculiarità tipiche dei relativi procedimenti caratterizzati dalla particolare complessità degli accertamenti istruttori.

⁸³⁸ TAR Lazio, sez. I, n. 8396/2009.

L'adozione della decisione finale spetta al Collegio sulla base degli atti trasmessi dal responsabile del procedimento. Il provvedimento finale viene comunicato alle parti e ai soggetti eventualmente ammessi a intervenire ed è pubblicato entro venti giorni dalla sua adozione nel bollettino dell'Autorità. I ricorsi contro le decisioni adottate in materia di pratiche commerciali scorrette sono sottoposti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁸³⁹. L'eventuale ricorso deve essere presentato al TAR Lazio entro sessanta giorni dalla data di notifica del provvedimento⁸⁴⁰.

Con il recepimento della Direttiva 2005/29/CE vi è stato un generale inasprimento del regime sanzionatorio rispetto a quello previsto dalla precedente disciplina in tema di pubblicità ingannevole e comparativa illecita⁸⁴¹. Ai sensi dell'art. 27, comma 9, Codice del consumo, con il provvedimento che "vieta" la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di importo compreso tra 5.000 e 500.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione⁸⁴². Non può essere inferiore a 50.000 euro la sanzione irrogata nei casi di cui all'art. 21, commi 3 e 4 del Codice del consumo, aventi ad oggetto pratiche relative a prodotti pericolosi per la salute e la sicurezza dei consumatori o suscettibili di minacciare la sicurezza di bambini e adolescenti⁸⁴³.

⁸³⁹ Cfr. art. 27, comma 13, Codice del consumo.

⁸⁴⁰ In alternativa al ricorso giurisdizionale, contro il provvedimento finale può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'art. 8, comma 2, del D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notifica del provvedimento.

⁸⁴¹ Fanno eccezione le sanzioni previste per l'inottemperanza alle richieste di informazioni da parte dell'Autorità e per la trasmissione di informazioni non veritiere, il cui arco edittale è rimasto invariato. Cfr. art. 27, Codice del consumo.

⁸⁴² Nel regime previgente, nei casi di pubblicità ingannevole o comparativa illecita era applicata una sanzione da 1.000 a 100.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

⁸⁴³ L'art. 27, comma 12, Codice del consumo, dispone che per l'inottemperanza ai provvedimenti d'urgenza e a quelli inibitori o di rimozione degli effetti di cui ai commi, 3, 8 e 10 della medesima disposizione, e per il mancato rispetto degli impegni assunti dal professionista e resi obbligatori dall'Autorità viene irrogata una sanzione da 10.000 a 150.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza, l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

9. Valutazioni e *modus operandi* dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Nel contesto sopra delineato, le valutazioni e il *modus operandi* dell'Autorità assumono un ruolo fondamentale nell'elaborazione di criteri di giudizio che, da un lato, diano risposte concrete alle istanze di tutela del consumatore, dall'altro, non si risolvano in ingiustificati addebiti formulati nei confronti del professionista.

Un primo problema che emerge nell'ambito delle valutazioni del rapporto tra professionista e consumatore è rappresentato dal superamento della frammentazione delle competenze amministrative relative all'applicazione della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette.

Come noto, il legislatore ha dato a quest'ultima una sistemazione unitaria nel Codice del Consumo delineando un opportuno percorso di razionalizzazione. Sebbene tale scelta sia volta a favorire l'elaborazione di linee interpretative tra loro più coerenti e, dunque, nel complesso, un'applicazione più efficace della materia, non si ignorano i problemi che una simile soluzione incontra alla luce delle normative speciali e delle *expertise* di diverse amministrazioni, basti pensare ai settori delle telecomunicazioni e dei mercati finanziari.

La questione è, tuttavia, delicata e vale la pena cercare di elaborare talune riflessioni, peraltro stimulate dalla recente giurisprudenza amministrativa chiamata a fornire i primi criteri interpretativi sulla corretta applicazione della disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette, nonché sulla relativa competenza dell'Autorità.

A tal proposito, è interessante soffermarsi sul settore del credito dove la valutazione di una pratica commerciale deve fare i conti non solo con la particolare complessità della materia, ma anche con il problema della competenza oggetto di un attuale e acceso dibattito.

10. (segue) Il caso PS 2760: analisi critica del provvedimento dell'AGCM e della sentenza del TAR

Con provvedimento n. 19983 del 18 giugno 2009 l'Autorità ha chiuso il procedimento istruttorio PS 2760 deliberando che Accord Italia S.p.A. (poi divenuta Oney S.p.A., “**Oney**” ovvero la “**Società**”) aveva posto in essere due pratiche commerciali scorrette ai sensi degli articoli 20, 21, 22, 24 e 25 lettera a), Codice del Consumo e irrogando una sanzione amministrativa pecuniaria per un importo complessivo pari ad Euro 385.000. In particolare, l'Autorità aveva ritenuto Oney responsabile di aver posto in essere due pratiche commerciali scorrette in violazione della normativa del Codice del Consumo, concernenti la commercializzazione: i) di due carte di credito co-branded (“Auchan-Accord” e “Cityper-Accord”); ii) di un prodotto finanziario denominato “prestito personale Accord”. Nel dettaglio:

a) la commercializzazione delle carte di credito Auchan-Accord e Cityper-Accord costituiva una pratica commerciale scorretta ai sensi degli articoli 20, 21 e 22 del Codice del Consumo, in quanto caratterizzata da informazioni incomplete e/o da omissioni informative con riferimento i) alla natura *revolving* delle carte di credito e delle linee di credito a esse collegate; ii) alla modalità di rimborso degli utilizzi delle carte di credito in esame; iii) alla natura facoltativa del prodotto assicurativo accessorio alla carta Auchan-Accord;

b) la concessione da parte della società Oney del “prestito personale Accord”, configurava una pratica commerciale, per un verso, ingannevole ai sensi degli articoli 21 e 22 del Codice del Consumo, in quanto caratterizzata da informazioni incomplete e/o da omissioni informative con riferimento alla natura facoltativa dell'assicurazione accessoria al prestito personale, per altro verso, aggressiva ai sensi degli articoli 24 e 25, lett. a) del Codice del Consumo, concretizzandosi in una condotta consistente nell'utilizzare un modulo contrattuale per il prestito personale che comporta anche la richiesta, asseritamente inconsapevole, da parte del consumatore di apertura di una linea di credito *revolving*;

L'Autorità decideva dunque di irrogare ad Oney per le pratiche commerciali scorrette di cui ai precedenti punti a) e b), sanzioni amministrative pecuniarie pari rispettivamente a € 200.000 e 185.000.

Avverso tale Provvedimento, Oney proponeva ricorso innanzi al TAR del Lazio (di seguito anche “**TAR**”), articolando molteplici censure di illegittimità di seguito analiticamente esposte, sia con riguardo al profilo della competenza dell’Autorità nella materia dei servizi oggetto del Procedimento, sia con riferimento, da un lato, al merito delle valutazioni formulate dall’Autorità relativamente alle singole condotte ritenute in violazione del Codice del Consumo, dall’altro, all’entità della sanzione irrogata.

Il TAR⁸⁴⁴ ha accolto solo in parte il ricorso proposto dalla Società, riconoscendo l’insussistenza del carattere di aggressività della pratica commerciale relativa al prestito personale e l’erronea quantificazione della sanzione pecuniaria irrogata. In particolare:

- in merito alla pratica relativa al prestito personale, il TAR – in accoglimento delle censure concernenti la qualificazione della pratica in esame in termini di aggressività – ha escluso che la condotta del professionista violasse le disposizioni di cui agli articoli 24 e 25 del Codice del Consumo, posto che “Se è vero [...] che l’abbinamento al prestito personale di un altro e diverso prodotto di credito non forma oggetto di chiare indicazioni recate nella documentazione messa a disposizione del consumatore, altrettanto vero è che tale negligenza informativa [...] non rivela tratti di “molestia”, “coercizione”, o, ancora, di “indebito condizionamento”, in quanto tali suscettibili di connotare la condotta in termini di “aggressività”;
- con riferimento al procedimento di quantificazione della sanzione irrogata, il TAR ha riconosciuto che, nel valutare la “capacità economica” del professionista, il Provvedimento non ha operato alcun riferimento alle crescenti perdite di esercizio registrate dalla Società negli anni 2007-2008 e che “[...] in assenza di espliciti riferimenti alle perdite documentate dalla ricorrente, non è possibile capire se tale circostanza sia stata effettivamente considerata – al fine di delineare in concreto la “capacità economica” dell’impresa – e se, eventualmente, la stessa abbia formato oggetto di bilanciamento unitamente agli altri elementi di valutazione prescritti dall’art. 11 della legge n. 689 del 1981.

⁸⁴⁴ TAR Lazio, Sezione prima, sent. n. 12277/2010. Le valutazioni del TAR sono state confermate dal Consiglio di Stato, Sez. sesta, sent. N. 3763/2011.

Per tali ragioni, il TAR ha disposto la rideterminazione (da parte dell'Autorità) delle sanzioni pecuniarie irrogate nei confronti della Società.

Le ulteriori censure dedotte dalla ricorrente sono state ritenute infondate dal Giudice di prime cure. Più nel dettaglio è utile richiamare l'oggetto di tali censure e il ragionamento sostenuto dall'Autorità e condiviso dal TAR.

Con il primo motivo di impugnazione, Oney contestava la violazione dei principi generali in materia di riparto di competenza tra autorità indipendenti. Con il secondo e il terzo motivo, si contestavano gli specifici vizi che, sotto forma di travisamento dei fatti, difetto di motivazione, illogicità e contraddittorietà manifesta, avevano condotto l'Autorità a valutare come scorrette le pratiche commerciali in esame.

- Primo motivo di contestazione: Violazione e falsa applicazione dell'art. 3, § 4, della Direttiva 2005/29/CE e dell'art. 19, comma 3, del D.lgs. 206/2005. Violazione dei principi generali in materia di riparto di competenza tra Autorità indipendenti.

Con il primo motivo del ricorso al TAR, Oney aveva rilevato il difetto di competenza dell'Autorità in merito a pratiche che si collocano nell'ambito di uno specifico contesto di mercato concernente il credito al consumo. Sul punto, si deve evidenziare come la stessa disciplina settoriale del credito al consumo contenuta nel Decreto legislativo n. 385 del 1993 ("TUB") disponga di un compiuto e puntuale apparato di controllo e sanzionatorio (cfr. articoli 145 e 146 del TUB) idoneo a escludere (o almeno a circoscrivere significativamente) la rispettiva competenza dell'Autorità.

La richiamata disciplina speciale di cui al TUB e la relativa normativa di attuazione che recepisce a livello nazionale il disposto delle varie direttive comunitarie succedutesi nel tempo al fine di creare un Mercato Unico Europeo dei servizi bancari e finanziari (cfr. in particolare la direttiva 2001/12/CE, "**Seconda Direttiva Banche**"), infatti, riconoscono la competenza della Banca d'Italia sia per quanto attiene all'identificazione dei requisiti per essere autorizzati all'esercizio dell'attività di intermediazione finanziaria, sia per ciò che concerne gli obblighi di trasparenza (e le altre regole di condotta) che gli intermediari finanziari devono rispettare (incluse norme specifiche in tema di forma, contenuto

e modalità di consegna dei contratti e della documentazione informativa) nello svolgimento della propria attività.

Oney aveva peraltro precisato che la Banca d'Italia è, altresì, competente *ex art.* 128, comma 1 del TUB, per quanto riguarda il potere di acquisire informazioni, atti e documenti ed eseguire ispezioni anche al fine di verificare il rispetto delle disposizioni in materia di trasparenza.

Si tratta a ben vedere di un'articolata normativa di settore che, da un lato, riconosce in capo agli operatori attivi in materia di credito al consumo gli obblighi di trasparenza e correttezza dell'informazione, dall'altro attribuisce alle competenti autorità di vigilanza non solo poteri di regolazione e controllo, ma anche inibitori e sanzionatori. Per l'effetto, in applicazione di uno dei principi generali del nostro ordinamento giuridico - il principio di specialità - dovrebbe riconoscersi la prevalenza della normativa speciale prevista dal TUB su quella generale di cui al Codice del consumo. Il Giudice di prime cure ha invece ritenuto infondate le argomentazioni formulate dalla ricorrente, limitandosi a escludere una sovrapposizione di competenze tra la Banca d'Italia e l'Autorità in materia di credito al consumo in ragione di una serie di argomentazioni di seguito riportate.

Il TAR ha giustificato l'applicazione del nuovo quadro offerto dal Codice del consumo che va ad aggiungersi, da un lato, ai normali strumenti di tutela contrattuale (attivabili dai singoli) e, dall'altro, a quelli derivanti dall'esistenza di specifiche discipline nei settori oggetto di regolazione, con conseguente intervento parallelo e complementare dell'Autorità.

Invero, la questione relativa al riparto di competenza tra autorità indipendenti, avrebbe meritato una più esauriente motivazione delle ragioni per le quali il TAR ha riconosciuto che l'autorità di settore e l'Autorità antitrust “sono fisiologicamente destinate a operare in maniera complementare”⁸⁴⁵.

L'esigenza di un più approfondito chiarimento sulla questione in esame si giustifica alla luce della frammentaria disciplina del credito al consumo.

In via preliminare, è utile precisare che, come noto, il legislatore si era limitato a inserire nel Codice del consumo solo poche e generali fattispecie in materia di credito al consumo le quali, peraltro, sono state da ultimo abrogate dal Decreto

⁸⁴⁵ Cfr. la sentenza in esame, p. 28.

legislativo 13 agosto 2010, n. 141 (attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI del testo unico bancario - decreto legislativo n. 385 del 1993 - in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi) come modificato dal D.Lgs. 14 dicembre 2010, n. 218, che ha lasciato nel Codice del Consumo una mera disposizione di rinvio al TUB.

La *ratio* della scelta sistematica compiuta (sia in sede di adozione del Codice del Consumo, che in sede di riforma del TUB) va ravvisata nella notevole complessità della materia in esame e per l'effetto nell'elevato livello di competenza richiesto all'autorità indipendente - che nel caso di specie è la Banca d'Italia - cui sono attribuiti i necessari poteri di regolamentazione, vigilanza e sanzionatori.

Alla luce della richiamata collocazione normativa che individua nel TUB la *sedes materiae* del credito al consumo, il riconoscimento da parte del Giudice di prime cure di una competenza parallela e complementare dell'Autorità avrebbe necessitato quantomeno di un'articolata e fondata motivazione che non è dato rilevare nella sentenza in commento. Né d'altra parte, è stato smentito il profilo per cui la sussistenza di una disciplina speciale, quale ad esempio quella prevista dal TUB, dovrebbe condurre, nel rispetto di un principio fondante del nostro ordinamento, il principio di specialità, a escludere l'applicazione del Codice del consumo e la conseguente competenza dell'Autorità per quanto attiene alla pubblicità, alla trasparenza e al contenuto dei contratti di cui agli articoli 121 e seguenti del TUB.

Il profilo della prevalenza della normativa speciale è stato peraltro sancito dalla stessa direttiva 2005/29/CE il cui articolo 3, comma 4 – oltre al considerando 10 – statuisce (con disposizione ripresa dalla normativa di recepimento, si veda l'art. 19, comma 3 del Codice del Consumo) che: *“in caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici”*.

Tale disposizione, sia pure dettata con riferimento ai rapporti tra la direttiva citata e le altre direttive comunitarie in tema di pratiche commerciali sleali, costituisce

un punto di riferimento più ampio per la ricostruzione dei rapporti tra la disciplina a tutela dei consumatori e le disposizioni di carattere settoriale.

In definitiva, il rapporto tra la normativa in discorso e quella di settore dovrebbe configurarsi secondo il noto schema “lex specialis derogat legi generali”, con la prevalenza della normativa speciale prevista dal TUB su quella generale del Codice del Consumo. Del resto, la specificità dei servizi bancari e finanziari di cui al titolo VI del TUB trova un chiaro riconoscimento nella stessa direttiva 2005/29/CE, la quale – oltre al citato considerando 10 – dispone all’art. 3, comma 9, che: In merito «ai servizi finanziari» [...] gli stati membri possono imporre obblighi più dettagliati o vincolanti di quelli previsti dalla presente direttiva nel settore che essa armonizza”⁸⁴⁶.

Oltre a riconoscere il carattere di normativa speciale, tale disposizione conferisce alle norme in materia di servizi finanziari (tanto quelli bancari che di investimento, come si vedrà meglio di seguito) anche una particolare “resistenza” all’obiettivo di armonizzazione totale sotteso alla stessa Direttiva.

Il TAR peraltro, si è limitato a richiamare il parere n. 3999/2008 (“**Parere**”) che il Consiglio di Stato ha formulato in merito all’applicabilità del Codice del Consumo e alle competenze dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel settore dei servizi finanziari la cui disciplina è contenuta nel D.Lgs. n. 58/1998, Testo unico dell’intermediazione finanziaria (“**TUF**”).

In particolare, il Giudice di prime cure, pur sottolineando la rilevanza assunta dal suddetto Parere nel caso in esame ha ritenuto sufficiente riportarne un mero passaggio conclusivo nel quale si legge che “la disciplina generale sulle pratiche commerciali scorrette, per la quale è competente l’AGCM, non si applica se ed in quanto operano disposizioni sugli obblighi informativi e di correttezza nella commercializzazione dei servizi finanziari, la cui applicazione è riservata alla CONSOB”. Come chiarito da Oney, ove il TAR avesse voluto credibilmente escludere l’estensibilità dei principi contenuti nel Parere ai servizi bancari disciplinati dal TUB - e dunque la competenza esclusiva della Banca d’Italia al riguardo - avrebbe dovuto necessariamente individuare tra le due discipline

⁸⁴⁶ L’art. 2, lett. b. della direttiva 2002/65/CE precisa che per servizi finanziari si intende “qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, assicurativa, servizi pensionistici individuali, di investimento o di pagamento”.

rispettivamente previste dal TUB e dal TUF elementi differenziali di tale portata ed estensione da giustificare un trattamento normativo diametralmente opposto e tale da richiedere una competenza concorrente dell'AGCM e della Banca d'Italia, a differenza di quanto avviene con la CONSOB.

Al contrario, tra le due discipline innanzi richiamate e i ruoli e le competenze ricoperti nei rispettivi ambiti da Banca d'Italia e CONSOB, si ritrovano più analogie che differenze. In proposito è sufficiente ribadire che la Banca d'Italia “verifica il rispetto delle disposizioni in materia di pubblicità, informativa precontrattuale e contrattuale sul credito al consumo; a tal fine, può acquisire informazioni, atti e documenti e eseguire ispezioni presso le banche e gli intermediari finanziari iscritti nell'Elenco speciale previsto dall'art. 107 del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia; inoltre, la Banca d'Italia promuove la procedura sanzionatoria per la violazione delle disposizioni in materia di pubblicità sul credito al consumo, per la violazione dell'obbligo di fornire informazioni, atti e documenti e nel caso di ostacolo alle funzioni di controllo”⁸⁴⁷.

Secondo la stessa Banca d'Italia, poi, la propria attività in materia bancaria e quella esercitata dalla CONSOB in materia finanziaria sono perfettamente speculari.

Inoltre, sembra opportuno richiamare la circolare emanata dal Governatore della Banca d'Italia n. 0313116/10 del 20 aprile 2010, intitolata “*Credito revolving concesso con carte di credito: cautele e indirizzi per gli operatori*”, nella quale risultano esaustivamente trattate – nell'ottica di orientamento delle condotte future degli operatori - fra le altre, le medesime condotte oggetto del Procedimento. La circolare, peraltro, si conclude affermando che “*Proseguirà l'azione di controllo – cartolare e ispettiva - nei confronti degli intermediari attivi nel menzionato comparto, al fine di verificare il rispetto da parte degli stessi delle disposizioni vigenti. Si fa riserva di assumere le conseguenti iniziative sanzionatorie e di rigore qualora non si rinvenga piena e sostanziale aderenza agli obblighi di legge e alla disciplina di vigilanza ovvero si rilevino comportamenti elusivi in materia*”. Si potrebbe, dunque, affermare, che la Banca d'Italia, non solo sia titolare della

⁸⁴⁷ Cfr. il sito web <http://www.bancaditalia.it/servizi Pubbl/conoscere/Credito/Controlli>).

competenza e disponga degli strumenti giuridici per vigilare anche rispetto alle pratiche commerciali scorrette del settore, ma intenda esercitare con rigore e tempestività tali attribuzioni.

L'orientamento sopra espresso, già pienamente aderente all'attuale quadro normativo, trova ulteriore conferma nel recente citato Decreto legislativo del 13 agosto 2010, n. 141⁸⁴⁸ che, nell'apportare talune modiche al TUB e alla disciplina del credito al consumo ha confermato i poteri e le relative competenze della Banca d'Italia.

Nonostante i dati appena esposti, le motivazioni del TAR non forniscono alcun esaustivo chiarimento sulle ragioni per le quali il Parere del Consiglio di Stato (e dunque la competenza esclusiva dell'autorità di settore) non trovi applicazione in materia di servizi finanziari bancari o di credito. Al contrario, è possibile cogliere un'immediata contraddizione fra il Parere e le motivazioni dispiagate nella sentenza con riferimento a tale profilo. In sintesi, infatti, il TAR ha ritenuto che:

- i) non c'è completa sovrapposizione tra le norme del TUB e quelle contenute nel Codice del Consumo stante la diversità degli interessi pubblici tutelati, nonché degli strumenti di intervento affidati rispettivamente alle due autorità indipendenti (Banca d'Italia e AGCM);
- ii) la completezza della normativa settoriale non può essere predicata in astratto, ma va verificata nei casi concreti;
- iii) nessuna disciplina regolatoria *ex ante* è idonea a cogliere interamente la complessità del reale (ciò che semmai darebbe luogo a un eccesso di regolazione), lasciando, dunque, inevitabilmente spazio per interventi *ex post* volti a delineare il modello di professionista diligente;
- iv) ammesso che, nel caso in esame, la disciplina settoriale abbia carattere esaustivo, essa è destinata a prevalere solo in caso di antinomia reale tra la regola di comportamento, elaborata *ex ante*, e quella che l'Autorità antitrust di fatto individua quale esigibile da parte di un professionista diligente.

In proposito, si può subito rilevare che:

- i) non vi è dubbio che se è ravvisabile una differenza di interessi tutelati fra normativa in materia bancaria (*i.e.* stabilità, competitività e efficienza del mercato

⁸⁴⁸ D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141 come modificato dal D.Lgs. 14 dicembre 2010, n. 218.

del credito, art. 5 del TUB) e Codice del Consumo (*i.e.* libertà di autodeterminazione del comportamento economico del consumatore), analoga divergenza è riscontrabile fra quest'ultimo e la disciplina in materia di investimenti (*i.e.* salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario, tutela degli investitori, stabilità, buon funzionamento e competitività del sistema finanziario, ai sensi dell'art. 5 del TUF). Tali divergenze (identicamente riscontrabili nei settori bancario e di investimento) non hanno impedito, tuttavia, al Consiglio di Stato di escludere recisamente una competenza concorrente della Consob e dell'Autorità;

ii) il TAR non sembra aver precisato in quali ambiti e sotto quali profili la normativa del TUB si sarebbe rivelata incompleta nel caso concreto.

iii) il rilievo in merito ai rapporti tra disciplina *ex ante* ed *ex post* si presenta, in primo luogo, palesemente contraddittorio. Dapprima, infatti, il TAR ritiene necessaria una verifica di completezza della normativa settoriale da svolgersi caso per caso, per poi osservare che nessuna normativa siffatta potrebbe mai dirsi realmente completa (né ciò sarebbe auspicabile). A parte la discordanza intrinseca di tali argomenti, la tesi del TAR si ritrova di nuovo in conflitto con l'opinione espressa dal Consiglio di Stato che ha evidentemente ritenuto che una normativa settoriale (il TUF) ben può presentarsi completa al punto da dovere necessariamente escludere la concorrente applicazione del Codice del Consumo.

iv) quanto all'asserita necessità di ricorrenza di un'antinomia reale tra norma settoriale elaborata *ex ante* e regola di comportamento individuata *ex post* ai sensi del Codice del Consumo, di essa non si rinviene traccia nel citato Parere. Secondo la Sezione consultiva del Consiglio di Stato, infatti, il problema del conflitto (o duplicazione) di competenze non si pone quando i precetti normativi (settoriale e generale) dettino regole divergenti (o antinomiche), ma al contrario quando gli stessi siano a tal punto convergenti da determinare una contestuale applicazione a una data fattispecie e conseguentemente un duplice intervento delle autorità rispettivamente preposte al loro *enforcement* (Parere p. 21).

Secondo il Consiglio di Stato “è in questi sensi e in questi limiti che va interpretata la locuzione in caso di contrasto” di cui all'art. 19, comma 3 del Codice del Consumo, mentre la lettura data dal TAR è esattamente antitetica.

A ulteriore conferma della necessità di omogeneo trattamento, ai fini che ci occupano, delle normative di cui al TUB e al TUF possono forse essere utili alcune ulteriori considerazioni.

Il settore dei servizi finanziari si presenta quale macrocategoria che ricomprende al suo interno, da un lato, i servizi finanziari di investimento e, dall'altro, i servizi finanziari bancari o di credito. In particolare, tale ricostruzione trova conferma nel testo dell'art. 67 *ter*, lettera b), del Codice del Consumo che definisce il servizio finanziario come “qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale” (conformemente alla definizione fornita dalla citata direttiva 2002/65/CE). Pertanto, è ragionevole ritenere che sia i servizi bancari o di credito disciplinati dal TUB, sia i servizi di investimento disciplinati dal TUF, configurandosi come due *species* del più ampio *genus* dei servizi finanziari, andrebbero sottoposti alla medesima disciplina per quanto concerne i rapporti con la normativa generale in materia di tutela del consumatore.

Ciò peraltro sembra raccordarsi coerentemente con la posizione espressa dal Consiglio di Stato nel Parere, laddove i giudici amministrativi hanno certamente inteso fornire all'interprete un esaustivo e generale quadro di definizione dei possibili conflitti di competenza tra autorità indipendenti che non risulti limitato a singole *species* di servizi finanziari, bensì si applichi all'intera macrocategoria nella quale sono ricompresi anche i servizi di natura bancaria e creditizia.

Nel senso di una coerente estensione dei principi sanciti dal Consiglio di Stato anche ad ambiti diversi da quelli di competenza della CONSOB si è espressa anche parte della dottrina⁸⁴⁹. Parimenti, nell'ambito dell'Indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti conclusa il 16 febbraio 2012 dalla Camera dei Deputati (Commissione I – Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni), pressoché tutte le autorità audite hanno sottolineato il pericolo di sovrapposizione di competenze e il rischio di una non desiderabile duplicazione degli interventi fra queste e l'Autorità Antitrust richiamando sul punto la soluzione contenuta nel citato Parere e, dunque, la preferibile esclusione di una competenza concorrente dell'Autorità Antitrust nei settori regolati. Si

⁸⁴⁹ M. LIBERTINI, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Federalismi.it*, 15/2009, p. 16.

vedano in particolare le relazioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni⁸⁵⁰.

La Banca d'Italia e l'Istituto di vigilanza per le assicurazioni private, dal canto loro, hanno evidenziato che le sovrapposizioni andrebbero evitate e che anche le autorità di settore hanno come obiettivo primario e diretto la tutela dei consumatori.

- Secondo motivo di contestazione: Falsità dei presupposti e travisamento dei fatti in relazione all'asserita esistenza di informazioni inadeguate e/o omissive sulla natura, sulle caratteristiche, sulle condizioni e modalità di utilizzo delle carte Auchan – Accord e Cityper-Accord e sulla natura facoltativa del prodotto assicurativo accessorio.

i) Natura e caratteristiche delle carte

Con il secondo motivo di ricorso al TAR, Oney rilevava l'infondatezza della tesi con la quale l'Autorità contestava alla Società una violazione degli articoli 20, 21 e 22 del Codice del Consumo nell'ambito della commercializzazione dei prodotti Auchan-Accord e Cityper-Accord in quanto nella documentazione contrattuale e promozionale sarebbero state ravvisate *“informative inadeguate e [...] omissioni informative sulla natura, sulle caratteristiche, sulle condizioni e modalità di utilizzo delle carte con specifico riferimento alla natura revolving delle carte e della linea di credito sulla quale esse insistono”*.

Il Giudice di prime cure ha confermato la valutazione di scorrettezza dell'Autorità affermando che le informazioni fornite da Oney nell'ambito della commercializzazione dei suddetti prodotti fossero parziali e confusorie e pertanto idonee a ostacolare l'esatta percezione da parte di un consumatore medio delle caratteristiche delle carte di credito emesse. In particolare, secondo il Collegio di prima istanza Oney si è limitata a un mero riferimento alle condizioni generali di contratto oltretutto alle generiche definizioni contenute nella Guida alla trasparenza le quali nel descrivere il prodotto denominato apertura linea di credito – carta di credito *revolving* o a saldo “decontestualizzano l'operazione di finanziamento e non richiamano specificamente l'attenzione del consumatore sul funzionamento della carta di credito che sta attivando”.

⁸⁵⁰ In merito al tema del riparto di competenza tra Autorità amministrative indipendenti si attende una imminente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Da quanto emerge dalla sentenza in esame, Oney ha cercato di dimostrare la completezza e la chiarezza delle informazioni veicolate ai consumatori.

In particolare, i contratti oggetto di indagine forniscono, secondo la Società, idonee e inequivoche informazioni al consumatore in merito alla tipologia di prodotto finanziario offerto e alle relative caratteristiche di funzionamento.

Al riguardo, come dichiarato dalla Società, già nelle condizioni generali di contratto risulterebbero chiaramente indicate, non soltanto le modalità di utilizzo delle carte in esame, ma anche la così detta natura rotativa del credito, ovvero il fatto che “il cliente, entro i limiti del fido concesso, potrà riutilizzare il credito di cui sia stato effettuato il rimborso”.

Come risulta dai documenti pubblicamente disponibili sul sito della Società, l'attività posta in essere al fine di fornire al consumatore gli elementi essenziali per una immediata percezione dell'offerta economica proposta, trova ulteriore conferma nella documentazione che viene a completare il quadro informativo posto a disposizione del consumatore. Basti pensare ai dati rispettivamente riportati nella Guida alla Trasparenza e nel documento di sintesi delle condizioni economiche dell'operazione.

Nella prima, infatti, risulta esplicitamente chiarito il significato del termine revolving e le relative implicazioni sotto il profilo negoziale. In particolare, Oney ha precisato che per una maggiore chiarezza anche visiva dell'informazione, i contenuti della Guida alla Trasparenza sono stati articolati in diverse sezioni così da favorire una più agevole lettura del documento da parte del consumatore.

Quanto al documento di sintesi predisposto dalla Società, pur nella sua congenita brevità, nell'esplicitare le caratteristiche principali dell'operazione finanziaria viene chiarita la natura rateale del finanziamento concesso e le relative conseguenze. Basti osservare che nel Documento di Sintesi sono, *ex multis*, specificati i) il TAEG; ii) la valuta di addebito della rata; iii) i costi di estratto conto e incasso; etc. Si tratta, a ben vedere, di elementi necessariamente inerenti alla concessione di un finanziamento rateale.

Nonostante l'inequivoco tenore dei documenti sopra richiamati, il TAR ha rilevato che “se possono ritenersi ormai acquisiti al patrimonio conoscitivo del consumatore medio, il funzionamento e le caratteristiche del classico

finanziamento rateale – non altrettanto può predicarsi relativamente ai prodotti in esame, ancorché a questo, per certi versi, affini”. Tale affermazione sembrerebbe spiegarsi alla luce di un’ulteriore precisazione fornita nella sentenza secondo la quale *“il richiamo al modello del consumatore medio, ove posto in rapporto alla peculiarità del settore in esame, non esclude [...] che adeguata tutela debba essere assicurata anche ai consumatori meno smalizzati [...]”*.

Si tratta di affermazioni condivisibili solo in parte in quanto, se da un lato è vero che l’identificazione del consumatore medio⁸⁵¹ non debba avvenire su base statistica, ma debba tenere conto dei fattori sociali, culturali e linguistici, di cui sia parte (si veda Direttiva 2005/29/CE, considerando 18), dall’altro, una soluzione «paternalistica» volta a estendere i margini di tutela anche al consumatore non ragionevolmente attento e avveduto risulterebbe anacronistica e contraria ai principi che ispirano la disciplina del Codice del Consumo.

Nel caso in esame, alla luce di quanto riportato nella sentenza del TAR e di quanto emerge dalla documentazione reperibile on-line sul sito della Società, il set informativo fornito da Oney sembrerebbe conforme agli standard di correttezza a cui è chiamato il professionista, sicché anche il consumatore “meno smalizzato” sarebbe stato consapevole del prodotto finanziario acquistato, degli obblighi di rimborso mensile, degli oneri dovuti a titolo di interessi (su cui non è mosso alcun addebito), delle conseguenze in caso di inadempimento, con conseguente mancanza dei presupposti necessari a configurare una pratica commerciale scorretta.

- Omissioni informative sul prodotto assicurativo accessorio

Con specifico riferimento alle asserite omissioni informative circa la natura facoltativa del prodotto assicurativo accessorio alla carta Auchan-Accord, il TAR ha confermato le valutazioni dell’Autorità, ritenendo che *“il sintetico riferimento ad una polizza opzionale ha una scarsa intelligibilità intrinseca proprio per il suo contenuto standardizzato”*.

⁸⁵¹ Sulla nozione di consumatore medio elaborata dalla giurisprudenza comunitaria, cfr, Corte di Giust., sent. 6 luglio 1995, causa C-470/93, Mars, in Racc., 1995, p. 1923; sent. 16 luglio 1998, causa C-210/96, Gut Springenheide GmbH e aa. c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt, in Racc., 1998, I, p. 4567; sent. 13 gennaio 2000, causa C-220/98, Estée Lauder c. Lancaster, in Racc., 2000, I, p. 117).

Il Giudice di prime cure si è limitato a ripercorrere le argomentazioni contenute nel Provvedimento, omettendo ogni ulteriore valutazione della condotta di Oney e ogni puntuale indicazione delle ragioni che rendevano non persuasiva la tesi della stessa Società. Nessuna motivazione è poi adottata dal Collegio giudicante in merito alla completezza della documentazione precontrattuale e contrattuale a ciò specificamente deputata e alla presenza nella stessa di spiegazioni chiare e lineari circa il carattere facoltativo della polizza assicurativa.

In realtà, secondo quanto dichiarato da Oney le informazioni fornite relativamente al prodotto assicurativo soddisfano pienamente lo standard informativo richiesto dal legislatore ai sensi della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette. La natura facoltativa del prodotto sarebbe stata ampiamente rappresentata ai consumatori, sia in fase contrattuale che nella documentazione informativa precontrattuale contenuta nella Guida alla Trasparenza.

In particolare, basterebbe soffermarsi sulla dirimente circostanza che la clausola assicurativa contenuta nel modulo di richiesta della carta richieda una specifica sottoscrizione da parte del cliente la cui attenzione risulta, dunque, espressamente richiamata in sede di stipula. Con riferimento alla fase precontrattuale, sia l'Autorità che il TAR hanno omissis di rilevare la specifica "Informativa precontrattuale in caso di adesione alle assicurazioni" che figura tra l'altro come apposita sezione della Guida alla Trasparenza.

Più nel dettaglio, alla lettera b) di tale informativa si legge chiaramente che *"gli intermediari, prima della sottoscrizione della proposta di assicurazione, o qualora non prevista, del contratto, ne illustrano al contraente gli elementi essenziali con particolare riguardo alle caratteristiche, alla durata, ai costi, ai limiti di copertura, agli eventuali rischi finanziari connessi alla sua sottoscrizione e ad ogni altro elemento utile a fornire un'informativa completa e corretta"*.

La completezza di tali informazioni troverebbe conferma nel Foglio informativo (integrante la Guida alla Trasparenza) che nel descrivere le caratteristiche e i rischi inerenti all'operazione contrattuale chiarisce ulteriormente sotto la voce *"Eventuali servizi accessori"* la possibilità che ricorra – su richiesta del cliente – anche sotto forma di adesione, una polizza assicurativa a copertura del rimborso del credito derivante dal finanziamento.

Sull'idoneità delle informazioni fornite in merito al servizio opzionale di assicurazione è interessante osservare l'orientamento seguito dal TAR Lazio nella sentenza n. 27458/2010 con la quale il Giudice di prime cure, sebbene con riferimento a una diversa fattispecie, ha ritenuto conforme alla disciplina di cui al Codice del Consumo, l'adesione a un servizio opzionale di assicurazione realizzata attraverso una tecnica di *opt out*.

In particolare, l'adesione alla copertura assicurativa non si realizzava mediante una scelta positiva (*opt in*) dell'utente, bensì attraverso un meccanismo automatico di silenzio assenso in relazione al quale per rifiutare la scelta già impostata dal professionista il consumatore era tenuto a svolgere un'attività di *opt out*, deselezionando il simbolo già posizionato in corrispondenza della casella dedicata all'accettazione di tale servizio.

Se dunque la tecnica di *opt out* (peraltro solo di recente esclusa per il settore dei servizi aerei dal Regolamento comunitario n. 1008/2008), è stata ritenuta sufficiente a rendere edotto il consumatore circa la non obbligatorietà e opzionalità del servizio di assicurazione, sarebbe difficilmente giustificabile una diversa soluzione nel caso in esame.

Al consumatore, infatti, era richiesta una specifica iniziativa negoziale (*opt in*), consistente nell'ulteriore sottoscrizione della clausola (attività peraltro certamente più pregnante del mero *de-flag* di una casella su una pagina internet) per aderire alla polizza. Ben diversa sarebbe stata, invece, la situazione se la sottoscrizione del consumatore fosse stata richiesta per escludere l'adesione alla polizza (*opt out*), fattispecie che comunque è stata assolta dallo stesso TAR nel precedente richiamato.

Alla luce di tutto quanto sopra esposto, l'utilizzo da parte di Oney del meccanismo di *opt in* (tramite apposita sottoscrizione) per l'adesione al servizio di assicurazione rappresenterebbe secondo la Società l'ulteriore prova dell'interesse della ricorrente a favorire la massima consapevolezza del consumatore in ordine ai servizi offerti.

- Effetto di primo aggancio

Giova da ultimo rilevare che nel confermare il profilo di ingannevolezza della pratica in esame il TAR richiamando un consolidato orientamento interpretativo dell'Autorità, avallato dal giudice amministrativo⁸⁵² ha precisato che *“l’obbligo di chiarezza deve essere congruamente assolto sin dal primo contatto pubblicitario, attraverso il quale devono essere messi a disposizione del consumatore gli elementi essenziali per una immediata percezione dell’offerta economica pubblicizzata”*. Si tratta del così detto “effetto di primo aggancio” in base al quale andrebbe garantita al consumatore, fin dal primo contatto pubblicitario, la consapevole valutazione dell’offerta economica in tutti i suoi elementi essenziali al fine di percepirne chiaramente la portata e le condizioni di fruibilità e di poter conseguentemente operare una corretta scelta economica.

Nella sentenza richiamata dal TAR Lazio così come in successive pronunce del Giudice di prima istanza nelle quali si affronta il tema del così detto “effetto di primo aggancio”⁸⁵³ il mero rinvio ad altre fonti informative concernenti il prodotto offerto dal professionista è stato configurato come una pratica commerciale scorretta *ex artt.* 20, 21 e 22 del Codice del Consumo.

In particolare, la scorrettezza della pratica commerciale veniva individuata nell’omissione informativa contenuta nella comunicazione che determinava il “primo contatto” con il consumatore, risultando irrilevante un’eventuale completezza delle informazioni fornite in una fase successiva in quanto l’eventuale consultazione di ulteriori elementi si realizzava ad “aggancio” avvenuto e, dunque, in un momento in cui la condotta illecita era già stata consumata.

La portata di tale orientamento sembrerebbe contrastare con una sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 4802 del 30 luglio 2009, Telecom Italia S.p.A., che nel valutare il così detto “effetto di primo aggancio” ha ritenuto opportuno distinguere tra: i) omissione ingannevole; e ii) omissione per mero rinvio ad altre fonti informative.

Secondo le valutazioni di codesta sezione, “nel primo caso, il messaggio pubblicitario deve risultare finalizzato – o quanto meno idoneo – a indurre il

⁸⁵² TAR Lazio, sez. I, sentenza 8 settembre 2009 n. 8394, Prezzi bloccati elettricità.

⁸⁵³ TAR Lazio, sez. I, sentenza 21 luglio 2010 n. 27458, Forship S.p.A.

consumatore a un acquisto non pienamente consapevole delle caratteristiche e/o dei costi del bene pubblicizzato; nel secondo, le informazioni suppletive configurano un passaggio obbligato per l'acquisizione del bene stesso.

Alla luce della suddetta ripartizione, il Collegio ha precisato che il rinvio ad altre fonti informative (quali ad esempio il sito internet del professionista) non costituiva un'ipotesi di omissione ingannevole *ex art. 20 e seguenti del Codice del Consumo* in ragione del fatto che le informazioni necessarie a garantire al consumatore la consapevole valutazione dell'offerta economica non erano sintetizzabili in un unico messaggio promozionale.

Inoltre, i casi di pratiche commerciali ingannevoli in cui i giudici amministrativi hanno precisato la necessità di un'informazione completa sin dal primo contatto pubblicitario con il consumatore sono accomunati dal fatto che la volontà negoziale di quest'ultimo si forma in due contesti cronologicamente distinti fra loro quali ad esempio la fase promozionale e quella di conclusione del contratto.

Nel caso in esame, tale presupposto viene a mancare tenuto conto che la formazione della volontà negoziale del consumatore si realizza in un medesimo contesto temporale in cui consumatore e professionista dopo essersi confrontati sulle caratteristiche e sul funzionamento dei prodotti offerti procedono eventualmente alla conclusione del relativo contratto.

- Terzo motivo di contestazione: Violazione e falsa applicazione degli articoli 20, 21 e 22 del Codice del Consumo in relazione alla pratica concernente il contratto così detto “prestito personale” con riguardo all’offerta di una copertura assicurativa accessoria e di una ulteriore linea di credito

Con il terzo motivo del ricorso al TAR, Oney aveva rilevato l'infondatezza della tesi con la quale l'Autorità contestava alla Società una pratica commerciale, per un verso, ingannevole ai sensi degli articoli 20, 21 e 22 del Codice del Consumo, in quanto caratterizzata da informazioni incomplete e/o da omissioni informative con riferimento alla natura facoltativa dell'assicurazione accessoria al prestito personale, per altro verso, aggressiva ai sensi degli articoli 24 e 25, lett. a) del Codice del Consumo, concretizzandosi in una condotta consistente nell'utilizzare un modulo contrattuale per il prestito personale che comporta anche la richiesta,

asseritamente inconsapevole da parte del consumatore, di apertura di una linea di credito *revolving*.

Il Giudice di prime cure, pur accogliendo le censure di Oney in merito all'infondatezza della qualificazione in termini di aggressività della pratica commerciale relativa al prestito personale, ha lasciato impregiudicata la valutazione della stessa pratica sotto il profilo dell'ingannevolezza ex artt. 20, 21 e 22 del Codice del Consumo. Con riferimento al profilo di aggressività rilevato dall'Autorità, ma escluso dal TAR, la concessione di una linea di credito aggiuntiva costituiva, una pratica aggressiva idonea a determinare un indebito condizionamento del consumatore e a minarne in tal modo la libera determinazione commerciale.

Tale qualificazione secondo la difesa di Oney non solo risultava fondata su una errata percezione del contesto fattuale in cui si inseriva la condotta, ma appariva del tutto sproporzionata e arbitraria alla luce della definizione normativa fornita dal legislatore. Pertanto, prima ancora di analizzare la natura e le caratteristiche della condotta imputata a Oney, sembra opportuno ricostruire, nei tratti essenziali, la portata delle disposizioni normative erroneamente applicate al caso di specie dall'Autorità.

A) La configurazione in termini di pratica aggressiva operata nel provvedimento; le peculiarità normative delle pratiche aggressive

Come già chiarito⁸⁵⁴, l'art. 24 del Codice del Consumo stabilisce che è da considerarsi aggressiva *“una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”*.

Il successivo art. 25 indica all'interprete che nel determinare se una pratica commerciale comporta, ai fini del presente capo, molestie, coercizione, compreso

⁸⁵⁴ Cfr. cap. I, parte II, par.12 del presente lavoro.

il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, sono presi in considerazione i seguenti elementi:

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

Dal semplice tenore letterale delle norme richiamate si evince che il carattere “aggressivo” di una pratica commerciale si incentra essenzialmente sulla privazione della capacità di autodeterminazione del consumatore. L'aggressione, in altri termini, deve essere tale da compromettere la stessa libertà di scelta della vittima tramite l'adozione da parte del professionista, “nella fattispecie concreta”, di condotte (anche puramente fisiche) rivolte a estorcere un consenso in realtà inesistente.

È pacifico, dunque, che la fattispecie delineata dal legislatore non costituisce una mera estensione delle condotte ingannevoli o omissive, in termini di maggiore gravità decettiva della pratica posta in essere dal professionista.

Al contrario, la pratica aggressiva costituisce un'autonoma fattispecie illecita dotata di propri connotati distintivi che la differenziano radicalmente dalle altre due ipotesi normative consistenti nelle condotte ingannevoli od omissive. Più nel dettaglio, nella pratica aggressiva risulta “minata la libertà di scelta tramite l'adozione di condotte anche puramente fisiche rivolte ad estorcere un consenso alla transazione [...] o a incidere notevolmente sulle scelte di esercizio di posizioni contrattuali del consumatore facendo leva su sentimenti, emozioni, caratteristiche cognitive, livello culturale e persino paure del cliente oppure frapponendo ostacoli all'esercizio dei suoi diritti.

In sintesi, come già rilevato⁸⁵⁵ mentre le pratiche ingannevoli hanno una portata decettiva rispetto alla decisione commerciale, quelle aggressive una valenza estorsiva più generale della libertà di scelta. Ebbene, nel caso di specie, come si avrà modo di illustrare più diffusamente di seguito, non si versa affatto in alcuna delle situazioni disciplinate dal Codice del consumo con riferimento alle pratiche “aggressive”.

Tale convincimento risulta ulteriormente rafforzato (qualora ve ne fosse bisogno) dalla disamina dei criteri normativamente previsti ai fini della qualificazione di una pratica commerciale come aggressiva, nonché delle pratiche ritenute comunque aggressive, di cui rispettivamente agli articoli 25 e 26 del citato Codice. Le ipotesi considerate, infatti, si fondano su condotte materiali e comunque estremamente incisive, quali il ricorso alla forza fisica, la limitazione della libertà personale del consumatore, la coercizione o la molestia che per la loro pervicacia e invadenza privano il consumatore di ogni autonoma capacità autodeterminativa.

Si tratta di evenienze del tutto estranee alla condotta di Oney.

Ora, è vero che tra le diverse tipologie di pratiche aggressive normativamente previste - moleste, coercitive e condizionanti – il Provvedimento si è riferito all’ultima categoria che sembra presentare contorni più estesi (o se si vuole materialmente meno invasivi) delle altre due tipologie. Resta tuttavia il fatto che la categoria dell’indebito condizionamento non può essere oggetto di un’applicazione illimitatamente estensiva e sostanzialmente indiscriminata, pena lo scardinamento dei principi generali in tema di relazioni commerciali e di efficacia e definitività del consenso manifestato nell’ambito di un rapporto contrattuale.

La portata, tutto sommato eccezionale, di tale fattispecie si può apprezzare, in primo luogo, considerando che essa è contemplata unitamente alle condotte moleste e coercitive e rappresenta solo una diversa modalità di esercizio di una pressione che, tuttavia, palesi un impatto invasivo sostanzialmente analogo e sia suscettibile di condurre agli stessi esiti delle prime (la coazione fisica o morale del consumatore).

⁸⁵⁵ Cfr. cap. I, parte II, par. 12 ss. del presente lavoro.

La correttezza di tale impostazione risulta altresì confermata, in secondo luogo, dall'esegesi della fattispecie che, sebbene relativamente nuova per il nostro ordinamento, non rappresenta una categoria ignota nei Paesi di common law, ove la giurisprudenza ha da tempo enucleato nell'*undue influence* un elemento di alterazione del normale processo negoziale, in grado di viziare la consapevolezza della decisione commerciale della controparte debole di un rapporto contrattuale. Non a caso i) nei Paesi anglosassoni tale nozione è stata elaborata come complementare alla c.d. *duress*, che includeva le (sole) fattispecie di violenza fisica o materiale (azioni ricomprese – a livello UE e nazionale - nelle pratiche aggressive per molestia e coercizione); ii) la locuzione *undue influence* è quella utilizzata nel testo inglese della Direttiva 2005/29/CE e tradotta a livello interno in “indebito condizionamento”⁸⁵⁶.

Le precedenti brevi considerazioni sono utili a inquadrare nel corretto alveo giuridico e fattuale le pratiche aggressive per indebito condizionamento.

B) *La tesi difensiva di Oney*

Contrariamente a quanto sostenuto dall'Autorità, ad avviso della Società la pratica in esame si sostanzia in una ordinaria operazione di sviluppo commerciale nei confronti della propria clientela. Più nel dettaglio, in occasione della stipula del contratto di prestito personale, Oney raccoglie l'eventuale consenso del cliente all'invio di offerte commerciali e promozionali attraverso un'apposita previsione contenuta nella contestata clausola contrattuale.

Alla luce di tale previsione la Società si riserva di concedere, in un momento successivo a quello della conclusione del contratto relativo al finanziamento principale ottenuto dal cliente, un ulteriore e diverso finanziamento, consistente nell'eventuale apertura di una linea di credito aggiuntiva. In occasione dell'operazione principale il consumatore non assume alcun obbligo in relazione a tale diversa ed eventuale offerta. Solo a fronte di una sua attiva iniziativa, l'ulteriore proposta a lui rivolta da Oney potrà determinare concreti effetti nella sua sfera giuridico-patrimoniale.

⁸⁵⁶ V. DE CRISTOFORO, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, La direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 28 ss.;

In particolare, la Società indirizza successivamente ai clienti selezionati il relativo materiale informativo/promozionale, unitamente alla carta di credito che - in caso di eventuale attivazione da parte del cliente e di effettivo utilizzo farà sorgere in capo allo stesso i diritti e gli obblighi connessi a tale ulteriore rapporto. Sarà, dunque, unicamente il consumatore a decidere, in piena autonomia e secondo personali valutazioni di convenienza, se avvalersi dell'ulteriore prodotto offertogli.

Qualora il cliente decida di non avvalersene non si instaurerà nessuna relazione commerciale diversa dal finanziamento principale, né conseguentemente il consumatore sarà gravato da alcun onere o costo. Nel caso di specie, pertanto, secondo la ricostruzione della Società si verserebbe nell'ambito di un'attività di sviluppo commerciale che per le modalità utilizzate non darebbe luogo a una pratica commerciale scorretta ai sensi del Codice del Consumo.

Per meglio comprendere l'assenza o meno di indebite aggressioni nella sfera cognitiva e volitiva del consumatore è opportuno distinguere cronologicamente i due momenti di contatto tra il professionista e il consumatore, nel cui contesto potrebbero esercitarsi le indebite pressioni rilevanti ai sensi degli artt. 24-25 del Codice del Consumo: i) la conclusione della prima operazione di finanziamento (prestito personale); ii) l'attivazione della carta successivamente ricevuta dal consumatore.

Nella ricostruzione dell'Autorità, l'indebito condizionamento si sarebbe consumato nel primo dei due momenti in quanto il consumatore non avrebbe compreso, dal complessivo tenore contrattuale e dalla specifica clausola in particolare che, con la sottoscrizione del contratto, formulava, altresì, una proposta di apertura di linea di credito, suscettibile di essere accettata dal professionista.

Nessun addebito invece riguarda la seconda fase, né in termini di modalità informative della documentazione di accompagnamento inviata con la comunicazione dell'accettazione da parte di Oney, né in termini di eventuali pressioni esercitate al fine di spingere il consumatore all'attivazione della carta inviata.

Si può dunque concentrare l'attenzione sulla fase di sottoscrizione del contratto di prestito personale per verificare la sussistenza delle indebite pressioni ravvisate dall'Autorità e della loro efficacia manipolativa nei confronti delle scelte commerciali del consumatore.

Come si è illustrato, la sottoscrizione del finanziamento principale è del tutto inidonea a produrre effetto nella sfera giuridica del consumatore in mancanza di una sua espressa manifestazione di volontà circa l'apertura di una nuova linea di credito da utilizzare mediante carta.

L'Autorità non contesta alcun indebito condizionamento o artificiosa presentazione in ordine al plico recapitato, tale da fuorviare la scelta economica del consumatore che, quindi, si deve presumere si determini in piena e incondizionata libertà in relazione alla scelta di avvalersi o meno dell'ulteriore linea di credito eventualmente concessagli.

Se così è, le stesse modalità di svolgimento della pratica escludono in radice che il consumatore possa effettivamente ritenersi vittima di un indebito condizionamento.

Dall'insieme delle esposte considerazioni emerge che la pratica di *direct mailing* qui considerata dovrebbe ritenersi pienamente legittima e nettamente differente da altre in precedenza esaminate e condannate dall'Autorità, anche con la successiva conferma dei giudici amministrativi. Ci si riferisce in particolare al provvedimento n. 18829 (PS91) Enel energia-richiesta cambio fornitore, solo in parte annullato con la sentenza n. 3722/2009. In quel caso, infatti, è stata sanzionata, fra le altre, anche una pratica di *direct mailing* le cui caratteristiche, tuttavia, differivano da quelle ravvisabili nelle condotte di Oney. Nella fattispecie lì esaminata l'aggressività commerciale della condotta è stata riscontrata nel concorso di due connesse azioni: a) l'invio presso il domicilio del consumatore di un plico caratterizzato da una formulazione fuorviante, "atteso che le espressioni in esso contenute si rivelavano suscettibili di indurre il convincimento, nel consumatore, di avere già operato una scelta commerciale per effetto del precedente contatto telefonico"; b) la realizzazione di ripetute e non richieste sollecitazioni telefoniche per convincere il consumatore all'invio del modulo sottoscritto che determinava il perfezionamento dell'operazione commerciale.

Si tratta, come ben si comprende, di condotte del tutto estranee alla fattispecie qui esaminata, in relazione alla quale nessun rilievo o contestazione è stato mosso (e neppure ipotizzato) dall'Autorità con riferimento al momento in cui il consumatore si attiva per utilizzare la linea di credito concessagli.

Alla luce di quanto esposto e del citato precedente, il TAR Lazio ha ritenuto di escludere il profilo dell'aggressività della pratica commerciale in esame, confermando quello dell'ingannevolezza. Secondo i giudici amministrativi Oney non avrebbe fornito adeguate informazioni necessarie a rendere consapevole il consumatore del fatto che, attraverso la sottoscrizione del contratto relativo al prestito personale, egli richiedeva, altresì, l'apertura di un'ulteriore linea di credito *revolving*.

Il Giudice di prime cure, dunque, non ha attribuito valore dirimente alla circostanza che l'effettiva attivazione dell'ulteriore linea di credito fosse rimessa alla piena discrezionalità del consumatore sul quale non gravava alcun obbligo informativo o economico nel caso di mancata attivazione della medesima linea.

Capitolo III

Pratiche commerciali scorrette: le conseguenze civilistiche

Premessa

Alla luce delle osservazioni svolte nei paragrafi precedenti, è ragionevole individuare il bene giuridico tutelato dalla normativa in commento. Si tratta, a ben vedere, non solo del leale sviluppo del traffico negoziale all'interno del mercato, quanto piuttosto della corretta formazione del processo decisionale dei consumatori ai quali è garantita una scelta libera e consapevole. Può, dunque, affermarsi che la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette, ontologicamente diretta alla tutela della volontà negoziale dei consumatori riconosce loro una posizione soggettiva giuridicamente rilevante anche sotto il profilo civilistico.

La ricostruzione ora prospettata trova conferma nelle riflessioni maturate dalla dottrina e dalla giurisprudenza rispetto a un settore affine⁸⁵⁷, ovvero quello del *private enforcement* del diritto antitrust. In particolare, nella fase successiva all'entrata in vigore della legge n. 287 del 1990 – legge antitrust – si è registrato un acceso dibattito in merito alla possibilità per il consumatore di far valere in sede giudiziale il pregiudizio subito per effetto di un illecito concorrenziale. Le prime pronunce dei giudici manifestavano una netta chiusura sul punto⁸⁵⁸.

Al consumatore, non veniva riconosciuto alcun interesse processualmente rilevante al corretto esplicarsi delle dinamiche di mercato. Solo dopo un'attenta

⁸⁵⁷ G. BRUZZONE, M. BOCCACCIO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo, una prospettiva economica*, cit., p. 10 ss. Sul concetto di *private enforcement* cfr. *supra*, nota 784

⁸⁵⁸ La legge n. 287 del 1990 è stata per lungo tempo ritenuta applicabile esclusivamente ai rapporti tra concorrenti. Solo nel 2005, segnatamente con la sentenza della Corte di Cassazione, S.U., n. 2207/2005 è stata riconosciuta la legittimazione ad agire anche ai singoli consumatori danneggiati da condotte anticompetitive. Nel dettaglio, con la sentenza da ultimo citata, i giudici hanno ritenuto che: “contrariamente a quanto disposto da Cass. n. 17475/2002 la legge antitrust non è legge degli imprenditori soltanto, ma è legge di tutti i soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia un interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere”. Per una disamina delle diverse posizioni delineate in dottrina cfr. C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 2004, p. 469 ss.; M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 237 ss.

riflessione, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel febbraio 2005⁸⁵⁹ determinarono una completa inversione interpretativa, rinvenendo anche in capo ai singoli consumatori una posizione soggettiva giuridicamente rilevante anche in sede giudiziale. Con riferimento al tema delle pratiche commerciali scorrette, il riconoscimento di una situazione soggettivo-processuale del consumatore meritevole di tutela pare evidente. Ne consegue, la possibilità che ciascun soggetto pregiudicato dalla condotta scorretta, instauri un procedimento dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria per la tutela delle sue ragioni.

Con tale premessa si intende muovere verso lo studio delle conseguenze civilistiche delle pratiche commerciali scorrette al fine di individuare una ragionevole soluzione al seguente quesito: *quid juris* dell'eventuale contratto concluso "a valle"⁸⁶⁰ di una pratica commerciale scorretta?

In tal modo, come già anticipato, sarà possibile individuare i punti di forza e nello stesso tempo di debolezza che potrebbero rilevare in sede di tutela civilistica dei diritti del consumatore non trascurando il fatto che, da un lato, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette non è stata disegnata dalla direttiva 2005/29/CE in funzione della produzione di effetti inerenti ai rapporti contrattuali tra il professionista e il consumatore, dall'altro, è la prassi che impone di approfondire tale interessante quanto attuale profilo di indagine.

A una prima lettura, tanto la normativa comunitaria, che quella nazionale, sembrerebbero preoccuparsi esclusivamente di disciplinare il momento che precede la formazione del contratto, ossia l'atto del consumo inteso nel suo momento genetico, nel suo venire in essere.

Basti pensare alla nozione di "*pratica commerciale scorretta*" contenuta nel Codice del consumo (art. 20, comma secondo): "*Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori*".

⁸⁵⁹ Corte di Cassazione, S.U., sent. 4 febbraio 2005, n. 2207. Cfr. *supra* nota 848.

⁸⁶⁰ Si prende in prestito, sebbene in via sperimentale, una formula consolidata in ambito antitrust con specifico riferimento ai contratti a valle di un'intesa restrittiva della concorrenza.

La direttiva comunitaria e il decreto legislativo di attuazione parrebbero, dunque, avere ad oggetto una fase addirittura antecedente a quella delle trattative e che peraltro alle trattative potrebbe essere sovrapposta considerato che nei contratti per adesione non è lasciato spazio alla negoziazione.

In questo caso, pertanto, il rischio di falsare la consapevolezza del consumatore sembra ravvisarsi soprattutto nel momento della promozione commerciale. Tuttavia, è la stessa direttiva comunitaria nonché il d.lgs. 146/2007 a smentire (rispettivamente al Considerando n. 13 e all'art. 19) tale assunto. La normativa in esame si applica, infatti, alle *pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori poste in essere, prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto, nonché alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese*.

Si potranno così distinguere: *i)* pratiche commerciali scorrette che si verificano all'esterno di un eventuale rapporto contrattuale alle quali si collegano meccanismi di tutela di tipo inibitorio, risarcitorio e sanzionatorio; *ii)* pratiche commerciali scorrette che si verificano in seguito alla conclusione del contratto e durante la sua esecuzione, alle quali si collegano, invece meccanismi di tutela di tipo invalidatorio.

1. Autonomia ed eteronomia contrattuale

L'indagine sulle conseguenze civilistiche delle pratiche commerciali scorrette investe, sebbene non nella sua interezza, la problematica dell'autonomia contrattuale. Negli ultimi decenni, il ruolo del contratto, quale massima espressione dell'autonomia privata⁸⁶¹, ha subito una progressiva trasformazione. L'idea del negozio giuridico come "*atto di sovranità individuale*"⁸⁶², libero da vincoli regolatori, difficilmente si concilia con i numerosi interventi legislativi, diretti a disciplinare l'autonomia privata che trova oggi difesa nelle leggi regolatrici del mercato⁸⁶³.

⁸⁶¹ G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2000, p. 812.

⁸⁶² N. IRTI, *Autonomia privata e forma di Stato*, in *Scritti per Uberto Scarpelli*, a cura di L. Gianformaggio e M. Jori, Milano, 1997, p. 442.

⁸⁶³ N. IRTI, *op. ult. cit.*, p. 443; R. CARLEO, L. D'ALESSANDRO, *Bruno Leoni, o dello scambio come fondamento del diritto*, in AA.VV., *Diritto ed Economia, problemi e orientamenti teorici*, Padova,

In tale contesto, l'incidenza dell'interesse pubblico sulle negoziazioni private e i controlli e la programmazione delle relazioni intersoggettive sono indici rivelatori del superamento della teoria classica del contratto⁸⁶⁴ e della conseguente affermazione di un ordine giuridico del mercato, inteso come “*regolarità e prevedibilità dell'agire*”⁸⁶⁵.

Inutile è, pertanto, discutere di autonomia negoziale quale principio implicante una necessaria fase di autoregolamentazione, ovvero denunciare l'assenza di autonomia dinanzi a un contratto standard. La libertà negoziale, invero, è necessariamente non autoregolamentazione, ma atto di iniziativa che non può e non deve essere lasciato in balia della sola *lex mercatoria*⁸⁶⁶.

Il motore di tale cambiamento è oggi alimentato dal proliferare dei luoghi e dei processi di creazione di norme speciali⁸⁶⁷ destinate a trovare applicazione in ambiti specifici del mercato e a disciplinare singoli tipi contrattuali dando vita a “*Microsistemi*” di irtiana memoria⁸⁶⁸, basti pensare alle attività di regolazione e vigilanza svolte dalle Autorità indipendenti⁸⁶⁹.

La correlazione tra l'autonomia contrattuale *ex art.* 1322 c.c. e l'attività delle autorità indipendenti pone in risalto un conflitto di grande attualità che vede

1999, p. 51 ss. “La riduzione della legislazione non equivale necessariamente alla riduzione della coercizione poiché lascia immutati i rapporti di potere che si vengono a creare nell'ambito della società (e nel mercato in particolare). Di talché, riemerge la necessità di un intervento legislativo volto a ristabilire l'equilibrio alterato, per cui, in tali ipotesi, soltanto il legislatore può farsi garante della libertà individuale”.

⁸⁶⁴ G. GILMORE, *La morte del contratto*, trad. it. di A. Fusaro, Milano, 1988, p. 8 ss. Gilmore utilizza l'espressione “teoria classica”, riferendosi a una concezione del contratto quale strumento affidato alla libera e incontrollata determinazione degli individui. V. sul punto anche L. FRANZESE, *Il contratto oltre privato e pubblico*, Padova, 1998, p. 47.

⁸⁶⁵ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, p. 5.

⁸⁶⁶ G. OPPO, *Le ragioni del diritto: il diritto commerciale*, in *Jus*, 1996, p. 75. L'A. ritiene che la composizione degli interessi degli operatori economici con quelli dei fruitori di beni e servizi mal si presta a essere lasciata all'auto-organizzazione e a una “*legge del mercato*”. Quest'ultimo, infatti, non offrirebbe a tutti i contraenti le stesse garanzie potendo divenire luogo di incontro e di conciliazione solo con l'intervento correttivo della legge che sebbene tenda a innescare il fenomeno della standardizzazione contrattuale non riesce a sottrarre il requisito dell'accordo dalla nuova struttura dello scambio. Su quest'ultimo tema v. ID, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525 ss.

⁸⁶⁷ R. CARLEO, *Codici di settore*, in *XXI secolo. Norme e idee*, Istituto della Enciclopedia italiana fondata da G. Treccani, Roma, 2009, p. 470 ss.

⁸⁶⁸ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, p. 10 ss.

⁸⁶⁹ F. PATRONI GRIFFI, *Tipi di Autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, 1996, p. 27 ss. L'A. ritiene che l'attribuzione a un'autorità indipendente di poteri unilaterali e autoritativi costituisca la garanzia primaria diretta a salvaguardare il corretto sviluppo del processo di privatizzazione dei servizi. Nell'ambito di quest'ultimo, infatti, l'interesse della collettività non trova adeguata protezione “*né in una sregolata concorrenza né con una mera tutela contrattuale*”.

contrapporsi, sul piano delle fonti, da un lato, il primato della legge, dall'altro, l'inarrestabile avanzata delle autorità amministrative indipendenti, da taluno⁸⁷⁰ definite come “*i nuovi legislatori*”, e sovente anche magistrature economiche del nostro tempo⁸⁷¹.

Se ciò comporti la “*morte*” del legislatore del contratto⁸⁷², è problema, oggi, assai discusso. Autorevoli studiosi⁸⁷³ trovano una possibile soluzione nel configurare le autorità indipendenti quali moderne “*fonti di integrazione del contratto*”.

L'indagine sui limiti dell'autonomia contrattuale ha indotto parte della dottrina civilistica⁸⁷⁴ a interrogarsi sui tre seguenti punti di riferimento: la qualità dei soggetti contraenti; le fonti di disciplina del contratto; l'impatto dell'innovazione tecnologica sulla negoziazione dei contratti stessi. Si tratta di concetti segnati da un'intima connessione che trae origine da una lettura esegetica del primo comma dell'art. 1322 c.c.⁸⁷⁵ dalla quale il principio di autonomia contrattuale va inteso, dunque, come libertà delle parti di determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge.

I punti sopra citati sono stati oggetto di un'attenta riflessione da parte di taluni studiosi del c.d. “*Gruppo Magda*”⁸⁷⁶, i quali ritengono che la tradizionale nozione

⁸⁷⁰ G. GITTI, *L'Autonomia privata e le Autorità indipendenti, la metamorfosi del contratto*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006, p. 83.

⁸⁷¹ R. CARLEO, *Codici di settore*, cit., p. 470 ss. L'A. annovera le autorità amministrative indipendenti tra le fonti di produzione delle regole, definendo tali autorità come “i nuovi protagonisti della regolamentazione”.

⁸⁷² G. DE NOVA, *Le fonti di disciplina del contratto e le Autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti, la metamorfosi del contratto*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006, p. 57 ss. L'A. ritiene che il punto focale sia costituito dal seguente interrogativo: “il contratto è regolato dall'autorità indipendente o è scritto per le parti dall'autorità indipendente? Rispondendo positivamente alla seconda domanda, a fronte di una simile proliferazione di fonti secondarie, “*il legislatore del contratto (ossia il legislatore che si occupa della regolazione della prassi contrattuale) può considerarsi morto*”. Dello stesso avviso è V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 86 ss. L'A., però, a differenza di De Nova, individua l'origine della questione nell'interpretazione della riserva di legge di cui all'art. 41, terzo comma, Cost. Più nel dettaglio, si tratta di stabilire “*se la disciplina dei contratti sia riservata a fonti primarie; e se la riserva sia assoluta o relativa*”.

⁸⁷³ Fra gli altri v. M. ORLANDI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, in *L'Autonomia privata e le Autorità indipendenti, la metamorfosi del contratto*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006, p. 83.

⁸⁷⁴ F. DELFINI, G. GITTI, *Autonomia privata e tipizzazione contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, III, p. 471 ss.

⁸⁷⁵ Art. 1322, secondo comma, cc.: “*Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge*”.

⁸⁷⁶ F. DELFINI, G. GITTI, *op. loc. ult. cit.*

di autonomia privata sia stata ridotta a mera parvenza, attraverso un processo di standardizzazione contrattuale dettato dalla nuova struttura degli scambi⁸⁷⁷.

L'autonomia privata, dunque, non può che svolgersi in una costante dialettica tra il piano della libertà di determinazione del contratto e quello dell'attività regolatoria, il cui compito consiste nel fissare le condizioni necessarie affinché la volontà dei privati assuma forza di legge⁸⁷⁸.

Del resto, secondo una parte della dottrina⁸⁷⁹, ogni ordinamento giuridico rifiuta il ruolo di “*mero osservatore delle private pattuizioni*”, considerato che non è la libertà a costituire il *prius* e i suoi limiti il *posterius*, bensì il contrario⁸⁸⁰. Pertanto, l'autonomia privata, pur avendo radici pregiuridiche, non viene assunta dall'ordinamento nella sua accezione naturalistica⁸⁸¹, ma rivisitata attraverso un processo di graduale abbandono della neutralità originaria degli interessi e dei voleri degli *homines oeconomici*⁸⁸².

Riconosciuta ai privati una sfera di autonomia, l'intervento dello Stato e delle Autorità indipendenti si configura quale tipica manifestazione di un'eteronomia intesa come “*potere di determinazione esterna dei rapporti tra privati*”⁸⁸³.

La correlazione tra i due poteri, privato e pubblico (autonomia ed eteronomia), si svolge “*secondo le dinamiche del limite, sicché alla compressione dell'uno corrisponde l'espansione dell'altro*(art. 1322 c.c.: *autonomia contrattuale nei limiti imposti dalla legge*)”⁸⁸⁴. Del resto, la protezione dell'*an*, ovvero della libertà di iniziativa economica (ex art. 41 Cost.) non richiede necessariamente una protezione strumentale del *quomodo*, ossia delle modalità di esplicazione del potere autonomo, salvo talune eccezioni, si pensi alla categoria dei contratti in

⁸⁷⁷ Il moderno capitalismo impone una celerità degli scambi che rifiuta persino l'elemento dialogico. “*Il mercato, da luogo del mercanteggiare si è trasformato in luogo delle merci, assumendo la grigia razionalità del meccanismo*”. V. sul punto N. IRTI, *Autonomia privata e forma di Stato*, cit., p. 442.

⁸⁷⁸ N. IRTI, *Autonomia privata e forma di Stato*, cit., p. 443. L'A. guarda all'autonomia privata come principio non più estraneo alla legge, conformandosi a quest'ultima in maniera tanto più incisiva quanto più energica ed efficace è la disciplina del mercato.

⁸⁷⁹ P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 231 ss.

⁸⁸⁰ P. SCHLESINGER, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁸¹ R. SCOGNAMIGLIO, voce *Negoziio giuridico*, in *Enc. Giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 8 ss. L'A. ritiene che l'espressione “atto” di autonomia privata, non deve intendersi nell'accezione naturalistica della condotta in cui si realizza la volontà dell'uomo.

⁸⁸² N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 63.

⁸⁸³ M. ORLANDI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, cit., p. 69.

⁸⁸⁴ M. ORLANDI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, cit., p. 70.

materia di servizi pubblici essenziali tipico esempio di iniziativa economica libera nell'*an* ma eterodeterminata nel *quomodo*.

Il tema dell'eteronomia contrattuale tende a essere esaminato sotto un duplice profilo: l'eteronomia primaria (o del legislatore) e l'eteronomia secondaria (o delle Autorità indipendenti)⁸⁸⁵.

Nell'eteronomia primaria, fondata sulla relazione verticale tra atto privato e norma imperativa di rango sovraordinato è il legislatore a intervenire sulla specifica materia. La soluzione si complica, allorquando artefice dell'intervento eteronomo sia un'Autorità indipendente (eteronomia secondaria).

Ci si chiede, infatti, se la libera determinazione delle parti possa subire restrizioni ad opera di un atto amministrativo autonomo⁸⁸⁶, di rango inferiore alla norma attributiva dell'autonomia contrattuale⁸⁸⁷. La dottrina⁸⁸⁸, nonostante le differenti interpretazioni in merito al ruolo da attribuire alle Autorità indipendenti (e in particolare all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), ne giudica positivamente l'operato⁸⁸⁹, considerando il diritto dei consumatori e la disciplina della concorrenza: *“garanzia della libertà dei cittadini, diritto di questi ultimi a scegliersi il modello di società e di benessere che desiderano e per il quale sono disposti a lottare”*⁸⁹⁰.

Dal quadro così tratteggiato, emergono due orientamenti di fondo. Il primo⁸⁹¹ tende a sciogliere l'intreccio fra autonomia privata e negozio giuridico, dichiarando ormai superata l'idea del negozio giuridico come atto di *“sovrانيتà*

⁸⁸⁵ M. ORLANDI, *Appunti sull'eteronomia contrattuale*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, p. 1089 ss. L'A., dopo aver chiarito che l'autonomia è potere e non già un mero dato fattuale, si interroga sulla distinzione e sugli effetti nella sfera giuridica privata delle due tipologie di eteronomia: l'eteronomia primaria (o del legislatore) e l'eteronomia secondaria (o delle Autorità indipendenti).

⁸⁸⁶ Il provv. dell' AGCM

⁸⁸⁷ V. art. 1322 c.c.; Secondo taluni autori, cfr. tra gli altri M. ORLANDI, *Appunti sull'eteronomia contrattuale*, cit., p. 1110, *“il potere eteronomo delle Autorità indipendenti parrebbe eccentrico rispetto ai fondamenti democratici del sistema. Si tratterebbe di una fonte di disciplina priva dell'investitura elettorale, ma capace di toccare il principio di autonomia, ossia di democrazia normativa di Kelseniana memoria”*.

⁸⁸⁸ Si fa riferimento agli studiosi del diritto civile e del diritto amministrativo. N. IRTI, *Autonomia privata e forma di Stato*, cit., p. 443; G. TADDEI ELMI, *Tutele civili e antitrust*, in *Concorrenza e Mercato, le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, a cura di G. Vettori, Padova, 2005, p. 45 ss.; M. CLARICH., *Autorità indipendenti: Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 151 ss.; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, p. 245 ss.

⁸⁸⁹ P. SHLESINGER, *Il nuovo diritto dell'economia*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti, la metamorfosi del contratto*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006, p. 56.

⁸⁹⁰ G. ROSSI, *L'antitrust come libertà dei cittadini*, in *Micromega*, 1995, I, p. 113 ss.

⁸⁹¹ N. IRTI, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, cit., p. 70 ss.

individuale”⁸⁹². Un secondo orientamento⁸⁹³, invece, fa salvo l’inscindibile legame tra autonomia e negozio, rivendicando ancora oggi il ruolo primario di quest’ultimo, definito “*forma metastorica, essenza intelligibile sottratta al mutamento*”⁸⁹⁴.

Caduta l’illusione, riflessa nei codici civili napoleonici, che bastasse l’autonomia negoziale a garantire il corretto funzionamento di un mercato concorrenziale, il privato è stato affiancato da nuovi attori pubblici, le autorità amministrative indipendenti, il cui ruolo non determina una negazione dell’autonomia contrattuale ma, viceversa, una correzione-integrazione finalizzata a tutelarne il suo indubbio fondamento, la *par condicio* concorrenziale⁸⁹⁵. L’ambito così delineato pone in risalto una conclusione ineccepibile, l’autonomia privata non risulta più garantita da un’anomia in senso stretto, ma proprio dalle leggi regolatrici del mercato⁸⁹⁶.

La disciplina degli scambi, la competizione tra operatori, sono queste le forme di tutela del singolo contro gli abusi delle c.d. “*cattedrali del consumo*”⁸⁹⁷, luoghi dove i classici strumenti del mercanteggiare hanno assunto la statica razionalità del meccanismo trasformando la struttura delle cose, dei luoghi, delle persone e dei servizi “*in non-cose, non persone, non-servizi*”⁸⁹⁸.

Gli argomenti esaminati sono alcuni dei molteplici esempi da cui traspare la riconciliazione tra diritto e impresa e il ripristino del dialogo tra giurista ed economista intorno a un concetto di autonomia negoziale che “*bussa alle porte della legge*”⁸⁹⁹ non già per rivendicare le sue origini pre-giuridiche, ma per

⁸⁹² N. IRTI, *Autonomia privata e forma di Stato*, cit., p. 442 ss.;

⁸⁹³ G. B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, p. 71 ss.

⁸⁹⁴ G. BENEDETTI, *Negozio giuridico e iniziativa economica privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 574 ss.

⁸⁹⁵ F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *L’autonomia privata e le autorità indipendenti, la metamorfosi del contratto*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006, p. 43.

⁸⁹⁶ N. IRTI, *Autonomia privata e forma di Stato*, cit., p. 443.

⁸⁹⁷ A. CONTI, F. PORRO, A. M. RODRIGUES, *Individualismo globale*, in *Teme*, 2007, IX, p. 35 ss.. Gli A. parlano di “*cattedrali del consumo*” per indicare i luoghi dell’oggettivazione degli scambi (si pensi ad es. ai grandi magazzini, centri commerciali) in cui le esigenze di celerità negoziale prevalgono sull’elemento dialogico dando vita a c.d. “scambi senza accordo”. Su quest’ultimo punto v. N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 347 ss.

⁸⁹⁸ A. CONTI, F. PORRO, A. M. RODRIGUES, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁹⁹ N. IRTI, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, cit., p. 73.

chiedere la regolazione necessaria a garantirle una coerente ed efficace protezione⁹⁰⁰.

2. Il declino della volontà negoziale

Secondo un'impostazione dottrinale⁹⁰¹, il declino della volontà negoziale sarebbe, tra l'altro, evidenziato da tre distinti fenomeni⁹⁰². Il primo è ravvisabile nella "regolamentazione imperativa del contratto"⁹⁰³. Il secondo richiama l'effetto restrittivo realizzato dalla disciplina unilaterale del predisponente nei contratti di massa (c.d. standardizzazione del contratto)⁹⁰⁴. Il terzo fenomeno si qualifica come oggettivazione del contratto⁹⁰⁵ e fa leva sul significato obiettivo del rapporto lasciando libero accesso a regole interpretative e integrative che esulano da un'autonoma manifestazione della volontà delle parti.

E' significativo notare come il declino della volontà contrattuale sia percepito dalla stessa letteratura anglosassone che ne parla in termini di *decline of freedom of contract*⁹⁰⁶, un declino che va riferito alla concezione tradizionale del contratto quale strumento affidato alla libera determinazione degli individui⁹⁰⁷.

Il dibattito dottrinario sulla spersonalizzazione dell'accordo è assai vivo.

Il problema si pone particolarmente con riguardo ai contratti standard⁹⁰⁸ (così detti "di massa"), che si caratterizzano per una disparità socio-economica tra predisponente e aderente⁹⁰⁹. Non stupisce, dunque, come, nella società contemporanea, la contrattazione standard appaia *ictu oculi* la manifestazione

⁹⁰⁰ N. IRTI, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁰¹ C. M. BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, cit., p. 34 ss.

⁹⁰² I fenomeni nei quali viene a specificarsi il declino della volontà negoziale non costituiscono un *numerus clausus*, ma un elenco esemplificativo suscettibile di arricchirsi di ulteriori profili.

⁹⁰³ P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in Riv. dir. civ., 2004, I, p. 800. L'A. ritiene che la tutela della parte debole del contratto si realizzi mediante le regole necessarie al ripristino della sua autodeterminazione.

⁹⁰⁴ M. BESSONE, *Economie di mercato e controllo amministrativo degli standards dei contratti d'impresa*, in Riv. soc., 1979, VI, p. 1296 ss.

⁹⁰⁵ C. M. BIANCA, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁰⁶ G. GILMORE, *La morte del contratto*, cit., p. 49 ss.

⁹⁰⁷ G. GILMORE, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁰⁸ ANDREA GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, Milano, 2008, p. 33 ss. Secondo l'A., l'adesione a un contratto standard non è un risultato dialogico. Il cliente "che si trova nella necessità di concludere" tale contratto si limita a manifestare il proprio consenso a un testo interamente predisposto dalla controparte per la regolazione uniforme dei rapporti".

⁹⁰⁹ C. M. BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, cit., p. 33 ss.

concreta del fenomeno attraverso il quale si consumano le più gravi e ingiustificate forme di restrizione della libertà contrattuale⁹¹⁰. Si discute in dottrina⁹¹¹, se il contratto concluso mediante moduli o formulari⁹¹² possa soddisfare le esigenze dei consumatori, ovvero sia uno strumento volto a una tutela esclusiva degli interessi imprenditoriali. In quest'ultimo senso sembra propendere un orientamento dottrinale⁹¹³ secondo cui i benefici della contrattazione standard si rivolgono in modo pressoché esclusivo alla categoria di impresa. Ciò si spiega, del resto, se si considerano i vantaggi che l'uso di condizioni generali di contratto offre, in termini di semplificazione, uniformità, economia di gestione e razionalità dell'agire imprenditoriale.

Non mancano opinioni divergenti. In proposito, secondo taluni autori⁹¹⁴ i contratti predisposti “*non servono solo gli interessi dell'impresa, ma dello stesso consumatore*”. La prova è costituita “*dall'inevitabile*” ricorso di quest'ultimo allo strumento della contrattazione di massa, senza la quale non avrebbe accesso a beni e servizi essenziali e indispensabili alla vita di ogni giorno.

L'idea di un'oggettivazione degli scambi che soddisfi anche le esigenze dei consumatori è auspicabile, ma non va dimenticata la gravità del prezzo da pagare. Interi masse di acquirenti e utenti, infatti, sarebbero prive di ogni potere di incidere sulla determinazione del contenuto contrattuale, unilateralmente imposto⁹¹⁵ dal professionista spesso senza assolvere all'onere di fornire un'informazione chiara e trasparente.

Viene così meno la libertà di autodeterminazione del singolo che, nei postulati della teoria economica, fungerebbe da presupposto necessario per un regolare funzionamento delle dinamiche del mercato e della concorrenza⁹¹⁶.

⁹¹⁰ M. BESSONE, *I contratti standard*, in *Casi e questioni di diritto privato*, V, a cura di E. Roppo, Milano, 1999, p. 240 ss. L'A. denuncia il venir meno del reale potere di autodeterminazione del soggetto aderente chiamato a una meccanica accettazione delle condizioni generali di contratto predisposte dalla c.d. parte forte del contratto.

⁹¹¹ M. BESSONE, *I contratti standard*, in *Casi e questioni di diritto privato*, V, a cura di E. Roppo, Milano, 1999, p. 240 ss.; *Contra* v. G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., p. 806 ss.

⁹¹² V. art. 1342 cc.

⁹¹³ M. BESSONE, *op. loc. ult. cit.*

⁹¹⁴ G. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*

⁹¹⁵ S. D'ANDREA, *Contratti standard, contratti del consumatore e Costituzione*, in *Autonomia privata individuale e collettiva*, a cura di P. Rescigno, Napoli, 2006, p. 47 ss.

⁹¹⁶ G. ALPA, *Contratti di massa*, in *Enc. dir., Appendice*, I, Milano, 1997, p. 403 ss., secondo il quale le esigenze di semplificazione negoziale e di *par condicio contrahentium* non sarebbero

3. L'oggettivazione dello scambio e il ruolo dell'accordo

Il processo di oggettivazione dello scambio contrattuale è ancora oggi al centro di una vivace discussione dottrina⁹¹⁷. Il confronto ideologico sulla struttura giuridica degli scambi di mercato è riconducibile a due orientamenti di fondo: il primo tende alla c.d. disumanizzazione del contratto; l'altro privilegia la tradizione consensualistica di quest'ultimo.

Il dibattito oggetto del nostro esame è animato da due illustri maestri della scienza giuridica⁹¹⁸. La *ratio* da cui traggono origine le antitetiche posizioni dei due autori è ravvisabile nella differente nozione di accordo. In particolare, si fronteggiano due definizioni di accordo: l'una fondata sul mero incontro delle volontà⁹¹⁹; l'altra fondata “*sull'elemento dialogico e sulla parola dialogante*”⁹²⁰.

Se si accoglie quest'ultima interpretazione non si può fare a meno di richiamare alla memoria il pensiero aristotelico e la sua visione dell'uomo quale *Zoon politicon* (animale politico/sociale) che ha bisogno di relazionarsi con i suoi simili attraverso l'uso della parola⁹²¹.

Il codice civile del 1942, nel tracciare la fisionomia generale del contratto, utilizza il termine accordo che ben si presta a essere interpretato come “*l'esito discorsivo e conoscitivo delle parti*”⁹²², le quali mediante lo scambio reciproco di parole combinano i loro interessi determinando la bilateralità del contratto frutto di una necessaria operazione dialogica. Tuttavia l'esigenza di soddisfare bisogni di massa tipici di un moderno capitalismo mal si concilia con la mutevole e ambigua soggettività del dialogo.

sacrificate dalla scelta del legislatore di impedire al predisponente il potere di derogare alla “*disciplina legale dispositiva*” in senso sfavorevole all'aderente.

⁹¹⁷ P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 443 ss.

⁹¹⁸ Ad avviso di N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 349 ss., il dialogo è requisito essenziale del contratto. Ergo, la sua assenza impedisce la tradizionale formazione dell'accordo. *Contra* G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, cit., p. 526 ss., l'assenza di dialogo non fa venir meno l'accordo, comunque ravvisabile a monte del processo decisionale che trova piena realizzazione nella conclusione del contratto piuttosto che nella fase delle trattative.

⁹¹⁹ G. OPPO, *op. ult. cit.*, p. 528.

⁹²⁰ N. IRTI, <<E' vero, ma...>> (*Replica a G. Oppo*), in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 274.

⁹²¹ ARISTOTELE, *Politica*, a cura di R. Laurenti, Roma-Bari, 2006, pp. 3, 29.

⁹²² N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 349 ss. L'A. ritiene che il moderno capitalismo e le sue esigenze di celerità e uniformità siano la causa del declino dell'*Homo loquens* e dissolvano il dialogo “*nella solitudine di due decisioni individuali. Tutto ciò, non determina l'assoluto oblio della parola che strappata dal dialogo muta la sua originaria destinazione divenendo contenuto di un testo grafico che richiede una semplice affermazione o negazione*”.

Il *logos* reciproco delle parti implica un confronto dinamico tra le stesse, l'apertura di un ciclo di domande e risposte insuscettibile di predeterminazione e di calcolo che lasciano campo libero al possibile verificarsi di errori, incomprensioni che minacciano fortemente l'esigenza di semplificazione e uniformità dello scambio.

Il capitalismo dilagante, rifiutando espressamente di trovare punti di incontro con l'imprevedibile soggettività del dialogo, determina l'inevitabile declino dell'*homo loquens*⁹²³ il quale "*soccombe dinanzi al primato della cosa e dell'immagine, a quelle teletecnologie che non hanno un territorio ma uno spazio; non una comunità ma un'anonima massa di utenti*"⁹²⁴. L'approdo ad una tecnica di contrattazione standard nega l'originaria natura e l'orgoglio dell'uomo che abbandonando lo strumento dialogico svende la propria identità storica, la propria socialità, al fine di tenere il passo delle spietate logiche di mercato⁹²⁵.

La rinuncia al dialogo non fa venir meno il requisito dell'accordo, ravvisabile, comunque, nella combinazione degli atti unilaterali del predisporre e dell'aderire. In tale contesto, la parola non è scomparsa⁹²⁶, ma è stata scissa dal dialogo e inserita in un silenzioso testo grafico che semplifica le scelte dei due contraenti⁹²⁷. La configurabilità di scambi senza accordo vanterebbe radici lontane che richiamano il pensiero di Antonio Cicu⁹²⁸. L'autore, colpito dall'assenza di *logos* finisce per ammettere un contratto concluso mediante il silenzioso scambio tra "*cosa e moneta*".

Dalla lettura degli artt. 1321 e 1325 c.c. sembrerebbe evincersi l'esclusione dalla categoria del contratto dei c.d. scambi senza accordo. Tuttavia, laddove si definisca l'accordo quale mero incontro di volontà⁹²⁹, non rimane che prendere atto del sacrificio della libertà di trattativa, esplicitamente confessato nel n. 612

⁹²³ N. IRTI, *op. ult. cit.*, p. 351.

⁹²⁴ N. IRTI, *op. ult. cit.*, p. 359.

⁹²⁵ N. IRTI, *op. loc. ult. cit.*

⁹²⁶ N. CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano, 1990, p. 38. Secondo l'A., "il dogma del consenso opera ancora con grande efficienza: le difficoltà che ne scaturiscono spiegano la critica rivoltagli, e la proposta di aggirarne il peso, riducendolo a problema di mera tecnica procedimentale, cioè oggettivato nei congegni che il legislatore abbia deciso di tutelare ai fini della formazione del contratto".

⁹²⁷ N. IRTI, *op. ult. cit.*, p. 352.

⁹²⁸ A. CICU, *Gli automi nel diritto privato*, 1901, ora in *Scritti minori*, Milano, 1965, II, p. 315.

⁹²⁹ G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, cit., p. 528.

della Relazione del Guardasigilli al codice civile⁹³⁰. Sennonché, è rilevante notare come il sacrificio venga a interessare la libertà contrattuale, ossia il potere di determinare il contenuto del contratto, e non la libertà di contrarre, definita come facoltà di non compiere l'atto e di non assumere gli effetti nella propria sfera giuridica.

Ciò determina una significativa estensione della portata del termine accordo, sino a ricomprendere anche gli atti che non siano stati oggetto di libere trattative⁹³¹. La tendenza a privilegiare un'interpretazione estensiva dell'accordo trova un freno nell'esigenza di non alterare il significato delle parole, sicché ci si trova dinanzi a una duplice scelta: collocare gli scambi senza accordo fuori dalla categoria del contratto; separare il contratto dall'accordo facendo rientrare nello schema negoziale anche gli atti unilaterali i quali sintetizzano il gioco dell'offerta e della scelta di un determinato bene⁹³².

Dinanzi a esigenze di oggettiva calcolabilità, il *logos* ha ceduto il primato al silenzio della volontà di chi predispone e di chi aderisce senza alcun confronto dialogico. Il contratto ha ormai due storie: *“l'una fondata sulla parola; l'altra, sul silenzio”*⁹³³. L'orientamento dottrinale descritto⁹³⁴ non è unanimemente condiviso.

La critica alla disumanizzazione del contratto trova una chiara sintesi nel pensiero di altri autorevoli studiosi del diritto civile⁹³⁵, i quali, reagendo alle logiche di un *“capitalismo spersonalizzante”*⁹³⁶, accolgono una nozione di accordo fondata sull'incontro delle volontà e separata dal dialogo. Del resto, l'elemento dialogico non solo non è richiesto dall'art. 1321 c.c. ma è assente o può mancare, nelle

⁹³⁰ Cfr. *Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile*, 1° edizione, Roma, 1943, n° 612, pp. 391-392. *“La realtà economica odierna si fonda anche su una rapida conclusione degli affari, che è condizione di un acceleramento del fenomeno produttivo; a questa esigenza va sacrificato il bisogno di una libertà di trattativa che importerebbe intralci spesso insuperabili”*.

⁹³¹ Tesi duramente contestata da N. IRTI, *op. ult. cit.*, 351. L'A., definisce semplicismo intellettuale l'argomento secondo il quale *“anche nell'aderire c'è un concordare”*.

⁹³² Sull'importanza del linguaggio e sul suo declino v. P. VALÉRY, *Sguardi sul mondo attuale*, trad. it. di Paffaro, Milano, 1994, p. 213. Il linguaggio è elemento propedeutico rispetto al mercato. Ma il suo destino si esaurisce allorché l'uomo tace dinanzi a una disumanizzazione del contratto che sancisce il primato della cosa o dell'immagine sul *logos* divenuto sperpero irrazionale e inadatto alle logiche di mercato.

⁹³³ N. IRTI, *op. ult. cit.*, p. 364.

⁹³⁴ N. IRTI, *op. ult. cit.*, p. 347 ss.; M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996, p. 48 ss. L'A. valendosi della nozione di contratto con obbligazioni del solo proponente ex art. 1333 c.c. afferma l'autosufficienza *“della predisposizione dichiarativa”*, accennando già alla possibile esistenza di *scambi senza accordo*.

⁹³⁵ V., fra tutti G. OPPO, *cit.*, p. 525 ss.

⁹³⁶ G. OPPO, *op. ult. cit.*, p. 526.

ipotesi tipiche dell'art. 1327 c.c. “*esecuzione prima della risposta dell'accettante*” e dell'art. 1333 c.c. “*contratto con obbligazioni del solo proponente*”⁹³⁷ collocati nella sezione intitolata “*dell'accordo delle parti*”.

4. L'art. 19, comma secondo, lett. a), Codice del consumo

E' utile rilevare che dinanzi alla mutata cornice dell'autonomia contrattuale⁹³⁸, il libero mercato non riesce a impedire che siano poste in essere pratiche commerciali idonee a falsare il comportamento economico del consumatore medio. In tale contesto, il legislatore è chiamato a garantire al così detto contraente debole⁹³⁹ un “*accesso efficiente al mercato*”⁹⁴⁰, sgombro da situazioni di monopolio, di dominanza relativa, o da condotte scorrette lesive di una scelta contrattuale libera e consapevole⁹⁴¹.

L'interesse della disciplina consumeristica per il soggetto debole (consumatore/utente/microimpresa⁹⁴²) e il conseguente obiettivo del “*consumer welfare*”⁹⁴³, sembrerebbe presumere l'esistenza di un parametro tipico di valutazione delle conseguenze civilistiche di una pratica commerciale scorretta.

Tuttavia, l'interprete, sia esso il giudice o l'AGCM⁹⁴⁴, chiamato a valutare la scorrettezza di una pratica non può che prendere atto dell'inesistenza di un criterio normativo avente ad oggetto i mezzi di tutela individuale esperibili dal consumatore medio.

La direttiva 2005/29/CE e il decreto legislativo di recepimento, se, da un lato, hanno voluto garantire il miglior funzionamento del mercato “*nello svolgimento*

⁹³⁷ G. OPPO, *op. ult. cit.*, p. 527.

⁹³⁸ N. IRTI, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1990, p. 73 ss.

⁹³⁹ Purchè tale contraente sia ragionevolmente attento e avveduto.

⁹⁴⁰ R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 2004, III ed., p. 7.

⁹⁴¹ N. IRTI, *Autonomia privata e forma di Stato*, cit., p. 443.

⁹⁴² Come già chiarito, il riferimento alle microimprese è stato previsto dall'art.19, comma primo, Codice del consumo in forza della Legge, 24 marzo 2012, n. 27, di conversione del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, cit.

⁹⁴³ G. GABELLONE, *Abuso di posizione dominante e tutela del contraente debole. Profili privatistici*, Napoli, 2000, p. 18 ss.

⁹⁴⁴ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, istituita con Legge 10.10.1990, n. 287 (“*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*”).

delle sue funzioni allocative”⁹⁴⁵, dall’altro, hanno omesso di fornire indicazioni in merito alle conseguenze civilistiche di una pratica commerciale scorretta. Dinanzi a tale lacuna normativa, individuare i suddetti strumenti di tutela richiede uno sforzo investigativo particolarmente oneroso, ma nello stesso tempo stimolante⁹⁴⁶. La difficoltà della suddetta indagine ermeneutica sembra confermata da quanto è dato evincere dai rari contributi ad oggi dedicati al tema specifico.

E’ stata, infatti, sostenuta⁹⁴⁷ la difficoltà di ricavare da una mera “rilettura”⁹⁴⁸ della disciplina generale dell’invalidità di cui al codice civile, indicazioni che importino la nullità o l’annullabilità di un contratto la cui conclusione sia stata preceduta e resa possibile da una pratica commerciale scorretta. Il silenzio “assordante”⁹⁴⁹ mantenuto sul punto dalla nostra disciplina di recepimento è, dunque, la fonte primaria del delicato compito di coordinamento della pratiche commerciali scorrette con i precetti generali di cui al Codice del consumo e, in particolare, con le norme del codice civile.

L’art. 19, comma secondo, lett. a, Codice del consumo, riprendendo pedissequamente l’analoga previsione della direttiva 2005/29/CE, dispone, invero, che il Titolo III della Parte II del Codice del consumo⁹⁵⁰ “non pregiudica l’applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia del contratto”.

Il significato e la portata di tale inciso è tutt’altro che chiaro. Tale disposizione, infatti, se poteva forse avere un senso nell’ambito di un provvedimento di armonizzazione delle legislazioni nazionali quale la direttiva 2005/29/CE, appare

⁹⁴⁵ G. GABELLONE, *op. ult. cit.* Sul punto G. ROSSI, *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle “norme bancarie uniformi”*, in *Giur. it.*, 1996, p. 219.

⁹⁴⁶ C. GRANELLI, *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, n. 10, p. 776 ss.

⁹⁴⁷ M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. Minervini e Liliana Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 235 ss.; E. GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, 2010, p. 53 ss.

⁹⁴⁸ E. GUERINONI, *op. ult. cit.*, p. 57.

⁹⁴⁹ G. DE CRISTOFARO, *L’attuazione della direttiva 2005/29/CE nell’ordinamento italiano: profili generali*, cit., p. 49 ss.

⁹⁵⁰ Il Titolo III della Parte II del Codice del consumo contiene la disciplina delle pratiche commerciali scorrette; Secondo l’art. 3, par. 2, direttiva 2005/29/CE, “la presente direttiva non pregiudica l’applicazione del diritto contrattuale, in particolare, delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto”.

del tutto impropria e fuorviante all'interno di una normativa nazionale di recepimento. Deve probabilmente ritenersi che il legislatore italiano abbia voluto precisare che le disposizioni inserite negli artt. 18-27 *quater*, Codice del consumo non apportano deroghe, modificazioni e integrazioni alle disposizioni normative in materia contrattuale le quali continueranno a trovare applicazione alle fattispecie che rientrano nel rispettivo ambito di operatività⁹⁵¹.

Peraltro, l'elenco contenuto nel comma secondo dell'art. 19 non può definirsi completo. Oltre "alle disposizioni normative in materia contrattuale..." la disciplina delle pratiche commerciali scorrette non pregiudica l'applicazione delle norme comunitarie e nazionali in materia di concorrenza⁹⁵² e delle norme relative ai diritti di proprietà intellettuale.

Non è stato, dunque, colto il tenore dell'art. 3, paragrafo 2 della Direttiva, con il quale il legislatore comunitario si è limitato a tracciare una linea di separazione tra pratiche commerciali sleali e norme nazionali "sulla formazione, validità o efficacia del contratto" lasciando all'autonomia e discrezionalità degli Stati membri la libertà di decidere in merito alla tutela civilistica delle nuove regole. Ciò ha determinato un differenziato quadro di recepimento della disciplina, tenuto conto che taluni Stati hanno inserito norme *ad hoc* in tema di contratti, altri, invece, non hanno formulato alcuna previsione di dettaglio.

In sintesi, nel Regno Unito e in Irlanda⁹⁵³ è stato espressamente disposto che la violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette non possa di per sé sola comportare l'invalidità dei contratti conclusi in seguito e per effetto di tali pratiche. In altri paesi, si è preferito sancire l'annullabilità del contratto (soluzione accolta in Portogallo); il legislatore francese ha sanzionato le sole pratiche aggressive stabilendo la nullità dei relativi contratti; altri ancora hanno previsto la possibilità per il consumatore di esigere il rimborso delle somme pagate senza restituzione del bene consegnato o del servizio prestato (in tal senso la legge Belga).

⁹⁵¹ A. CIATTI, *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, Giovanni De Cristofaro (a cura di), Torino, 2008, p. 418 ss.

⁹⁵² Direttiva 2005/29/CE. *considerando* n. 9.

⁹⁵³ Cfr. rispettivamente la Sect. 29 (Validity of Agreements), Consumer Protection from Unfair trading Regulations, 2008; Sect. 91, Consumer Protection Act irlandese del 2007.

Quanto alle specifiche pretese risarcitorie, in alcune leggi nazionali sono state direttamente riconosciute (Grecia, Paesi Bassi, Irlanda); altri Stati, invece, le hanno riconosciute indirettamente⁹⁵⁴. L'Italia, come già anticipato, si caratterizza, al pari di Malta e Romania, per una mera riproduzione della disposizione comunitaria in commento.

L'assenza di criteri di giudizio tipizzati e il conseguente ampliamento dell'ambito di valutazione discrezionale di una pratica commerciale (da parte del giudice, delle Autorità indipendenti, nonché, da ultimo, degli studiosi della materia) fa registrare “una oscillazione decisionale”⁹⁵⁵ che potrebbe giustificare ragioni di diffidenza nella effettiva capacità dei novellati artt. 18 e ss. del Codice del consumo di assicurare al consumatore medio un'adeguata tutela civilistica dei suoi diritti⁹⁵⁶.

Il timore, si osserva⁹⁵⁷, concerne il fatto che “l'eteronomia contrattuale”⁹⁵⁸, in mancanza di riferimenti legislativi, si conformi unicamente all'astratto e opinabile concetto di equità⁹⁵⁹ capace di incidere sul principio di “democrazia normativa” di kelseniana memoria⁹⁶⁰.

⁹⁵⁴ Si pensi all'Austria dove la nuova disciplina è stata inserita in quella più generale della concorrenza sleale nella quale era già previsto il diritto al risarcimento anche al singolo consumatore danneggiato e non solo all'impresa concorrente come accade, invece, in Italia.

⁹⁵⁵ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 10.

⁹⁵⁶ Sul punto v. G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., p. 1696 ss.. L'A individua nella legislazione recente un nuovo rapporto fra legge, diritti e giurisdizione. Dinanzi ad un'autonomia privata, intesa come potere da regolare, si afferma “un nuovo modo di giurisdizione e di tutela vicino al modello di common law, frutto dell'utilizzo di esperti, di Autorità garanti, di codici di autodisciplina”. La protezione del contraente debole è assicurata “da clausole generali in grado di individuare posizioni nuove attraverso una prassi giurisprudenziale capace di utilizzare standard valutativi, principi e tipizzazioni, necessari per rintracciare elementi utili ad orientare l'interprete”.

⁹⁵⁷ G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 230.

⁹⁵⁸ M. ORLANDI, *Appunti sull'eteronomia contrattuale*, cit., p. 1089 ss.

⁹⁵⁹ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 205 ss.; A. RICCIO, *L'equità correttiva è, dunque, assunta a regola generale*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, p. 927 ss.. L'A. sostiene che l'intervento correttivo-equitativo del giudice venga eseguito non più in via eccezionale, ma in virtù di un potere di controllo riservato dall'ordinamento all'autorità giudiziaria sugli atti di autonomia privata.

⁹⁶⁰ M. ORLANDI, *op. loc. ult. cit.* L'A., con riguardo “all'eteronomia secondaria”, afferma che il potere eteronomo delle Autorità indipendenti trascende i fondamenti democratici del sistema. Si tratta di una fonte di disciplina “che, sebbene priva di investitura elettorale, è capace di incidere sul principio di democrazia normativa di kelseniana memoria: rinvincita di uno strisciante dirigismo?”.

Nulla, infatti, “può essere ritenuto giusto o equilibrato senza un parametro normativo di riferimento”⁹⁶¹. Fino a quando non saranno rimosse le difficoltà nascenti dalla mancanza di criteri di giudizio tipizzati, peserà la diffidenza⁹⁶² di chi considera che la disciplina delle pratiche commerciali scorrette legittimi esclusivamente una tutela di tipo pubblicistico e non anche individuale. La mancanza di un criterio normativo che consenta di individuare con precisione le conseguenze civilistiche connesse alla scorrettezza di una pratica non esime l’interprete dal ricercare adeguati strumenti di tutela non trascurando le soluzioni proposte in materie affini come il diritto della concorrenza.

5. Analogie e differenze con le soluzioni avanzate in materia antitrust

L’indagine in commento merita un’attenta riflessione anche alla luce di una comparazione tra il Codice del consumo e la normativa antitrust giustificata dai diversi punti di contatto presenti tra le due discipline. Basti pensare che la “distorsione delle decisioni consapevoli” dei consumatori altera anche il gioco della concorrenza in quanto il professionista che pone in essere una pratica commerciale scorretta sottrae opportunità commerciali ai concorrenti che rispettano le regole.

Valgono in proposito le stesse argomentazioni e le critiche⁹⁶³ mosse in ordine ai contratti conclusi a valle di un illecito concorrenziale cui è opportuno fare un breve cenno.

⁹⁶¹ A. GENTILI, *De Jure belli: l’equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 29.

⁹⁶² P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, cit., p. 3 ss.. L’A. ricorda come le clausole generali siano state viste con diffidenza dal legislatore positivista chiamato a tutelare il valore della certezza del diritto. In questa prospettiva la clausola generale “*appariva come strumento attraverso il quale si rischiava di attribuire al giudice un potere discrezionale idoneo a lambire o addirittura a sconfinare in un mero arbitrio*”. Tenuto conto di tali considerazioni e delle diverse clausole generali in cui si articola la normativa in materia di pratiche commerciali scorrette, è ragionevole sostenere che i mobili confini degli art. 18 ss. Codice del Consumo, “*creano diffidenza nei giudici e nelle Autorità indipendenti*, nonché, da ultimo, negli studiosi della materia *delegati a ricercare soluzioni fuori dai rigidi confini dell’ordinamento positivo*”.

⁹⁶³ G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, IV, p. 67 ss.; M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, p. 433 ss.

Per contratti a valle si intendono quei contratti stipulati con i propri clienti dalle imprese che aderiscono a un'intesa anticoncorrenziale, nei quali il contenuto contrattuale è condizionato da ciò che le imprese hanno previsto nel cartello⁹⁶⁴.

Il problema rimasto insoluto nel testo della legge n. 287/1990, "*concerne la tutela giurisdizionale e, in particolare, il diritto al risarcimento del danno subito dai clienti*"⁹⁶⁵ a seguito della conclusione di un contratto con un'impresa che ha aderito a un'intesa restrittiva della concorrenza⁹⁶⁶.

In concreto, infatti, le imprese che partecipano a un accordo anticompetitivo stipulano con i propri clienti contratti nei quali riproducono le condizioni già previste nell'intesa, "*determinando una significativa alterazione dei meccanismi concorrenziali*"⁹⁶⁷.

Gli effetti negativi "*conseguenti*"⁹⁶⁸ alla violazione dell'art. 2, legge antitrust, si realizzano tramite questi singoli e ripetuti atti⁹⁶⁹ posti in essere, nell'esercizio della propria attività, da ciascuno degli aderenti all'intesa⁹⁷⁰.

Si pone allora il problema di capire, nel silenzio della legge⁹⁷¹, se e in che limiti il giudizio di disvalore espresso dall'ordinamento tramite la previsione della nullità delle intese possa poi travalicare il ristretto ambito di tale fattispecie⁹⁷².

⁹⁶⁴ M. MELI, *Autonomia privata, Sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001, p. 145 ss. Così ad esempio, il prezzo a cui vengono venduti i beni tramite la conclusione di contratti a valle è quello concordato dalle imprese attraverso "*l'intesa illecita anziché quello che si fisserebbe in un regime di libera concorrenza. E' evidente che proprio tramite i contratti a valle si realizza il risultato anticoncorrenziale progettato dalle imprese*".

⁹⁶⁵ *Consumatori finali o altre imprese che contrattano con quelle aderenti al cartello*". Cfr. sul punto G. COLANGELO, *La nullità come rimedio antitrust: Effetti e problemi, problemi (Relazione al XIX Colloquio Biennale di diritto comparato, 10-12 maggio 2007, Ferrara)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, III, p. 510 ss.

⁹⁶⁶ A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1990, p. 179 ss.

⁹⁶⁷ P. IANNUCELLI, *IL private enforcement del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 710 ss.

⁹⁶⁸ P. IANNUCELLI, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁶⁹ Stipulazione di contratti a valle.

⁹⁷⁰ G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese (diritto dei contratti e regole di concorrenza)*, Milano, 1983, p. 35 ss.

⁹⁷¹ La legge 10.10.1990, n. 287 (legge antitrust) vieta le intese restrittive della concorrenza e le dichiara nulle (art. 2 l. n. 287/1990). Negli stessi termini, l'art. 81 TCE, ora art. 101 del TFUE), prevede sanzioni amministrative irrogabili dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ma non si pronuncia sulla sorte dei contratti stipulati dalle stesse imprese con i propri clienti in conseguenza dell'intesa vietata. Cfr. in merito G. GABELLONE, *Abuso di posizione dominante e tutela del contraente debole. Profili privatistici*, cit., p. 154.

⁹⁷² Sulla possibile estensione della nullità ai contratti a valle di un'intesa anticoncorrenziale v. G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 70 ss.; F. VOLPE, *La giustizia*

Una situazione analoga va individuata nella conclusione – fra un’impresa dominante e i suoi clienti - di contratti che realizzano la fattispecie abusiva di cui all’art. 3, legge n. 287/1990. Anche nell’ipotesi da ultimo citata, la legge⁹⁷³ si limita a vietare l’abuso di posizione dominante, non prevedendo in modo esplicito “la sanzione della nullità dei contratti in cui si concretizza la condotta vietata”⁹⁷⁴. In entrambi i casi⁹⁷⁵, le imprese impongono condizioni non concorrenziali al fine di ottenere un profitto maggiore di quello “conseguitabile”⁹⁷⁶ nel rispetto delle regole dettate a garanzia di un efficiente funzionamento del mercato⁹⁷⁷. La dottrina⁹⁷⁸, si è occupata principalmente delle conseguenze civilistiche dei contratti a valle delle intese, “potendosi imputare tale scelta”⁹⁷⁹, da un lato, alla presenza di diversi casi giurisprudenziali⁹⁸⁰ in merito al problema affrontato,

contrattuale tra autonomia e mercato, Napoli, 2004, p. 10 ss. Secondo l’A. “è necessario individuare le interferenze esistenti tra la disciplina della concorrenza e l’autonomia privata e il rapporto tra mercato e contratti”.

⁹⁷³ Legge 10.10.1990, n. 287.

⁹⁷⁴ G. GABELLONE, *Abuso di posizione dominante e tutela del contraente debole. Profili privatistici*, cit., p. 155; Per un profilo connesso, ma approfondito in ordine alla nullità del patto che realizza l’abuso di dipendenza economica, cfr. G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009, p. 109 ss.

⁹⁷⁵ Intese restrittive della concorrenza e Abuso di posizione dominante ex artt. 2 e 3 l. n. 287/1990.;

⁹⁷⁶ G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 129 ss.

⁹⁷⁷ Dal punto di vista delle conseguenze civili, è facile osservare l’analogia, per il contraente debole, fra la situazione che si crea a seguito di un’intesa e quella che deriva dalla condotta abusiva di un’impresa dominante: egli è costretto a contrattare in condizioni monopolistiche e non concorrenziali subendone di conseguenza un pregiudizio. Sul punto v. AA.VV., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999, p. 225. L’affinità tra le due ipotesi esaminate va colta anche sotto un ulteriore profilo. “Nel caso dell’abuso di posizione dominante realizzato attraverso la conclusione di una o più operazioni negoziali dal contenuto conforme alle previsioni di cui all’art. 3 l’apprezzamento negativo dell’ordinamento si rivolge già al modo in cui l’impresa si pone sul mercato e si determina all’esercizio dell’autonomia privata. Ciò implica, allora, che pure a tale ipotesi non sembra essere del tutto estraneo un problema di rapporto tra violazione di regole di condotta dettate per l’imprenditore in quanto tale e, dunque, operanti a monte dell’atto negoziale, e sorte del contratto attraverso cui il comportamento abusivo si manifesta”. In questi termini R. ALESSI, G. OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato, Commento alla legge 10 ottobre 1990 n. 287 e al Regolamento CEE n. 4064/89 del 21 dicembre 1989*, in *Quaderni di diritto commerciale europeo*, a cura di C. Angelici e G. Marasà, Torino, 1991, p. 33 ss.

⁹⁷⁸ G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 67 ss.; M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, cit., p. 433 ss.; M. MELI, *Autonomia privata, Sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, cit., p. 145 ss.

⁹⁷⁹ G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 69 ss.

⁹⁸⁰ Sebbene non sia questa la sede per un’approfondita disamina delle pronunce giurisprudenziali in materia di contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza è opportuno farne un breve cenno. In una prima fase, il tema è emerso in relazione al problema della validità delle clausole contrattuali che recepivano le *norme bancarie uniformi*. Le NBU, infatti, erano state ritenute dall’AGCM e dalla Banca d’Italia lesive della concorrenza in quanto intese restrittive. Sul punto v. Banca d’Italia, decisione 3.12.1994, n. 12, in *Banca, Borsa, Tit. cred.*, 1995, II, p. 393; AGCM, parere 6.10.1994, in *Boll.* 48/1994. La giurisprudenza è stata oscillante nell’accogliere la tesi della

dall'altro, *“al fatto che, per quanto riguarda i contratti abusivi, appare più agevole predicarne l'invalidità in quanto contrastanti direttamente con l'art. 3 legge n. 287/1990”*⁹⁸¹.

Secondo taluni autori⁹⁸², il mancato riferimento all'invalidità nel dato testuale dell'art. 3 legge antitrust si rivela del tutto irrilevante. Infatti, nel caso dell'abuso di posizione dominante, *“il precetto normativo imperativo”*⁹⁸³ è direttamente

nullità derivata di tali clausole, finché il problema è stato risolto applicando la disciplina delle clausole vessatorie ex artt. 1469 ss. c.c. (ora artt. 33 ss. D.lgs. n. 206/2005). V. in proposito Trib. Alba, 12.01.1995, in *Giur. it.*, 1996, I, p. 212, con nota di GIUS. ROSSI, *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle norme bancarie uniformi*, p. 213 ss.. Il tribunale investito della questione della validità delle clausole relative ai contratti di conto corrente e di fideiussione afferma che *“l'art. 85 (ora art. 81 TCE) è norma diretta a tutelare la libertà di concorrenza tra imprese, sì che essa sanziona con la nullità gli accordi tra imprese che risultano lesivi di tale libertà non i negozi che a valle i clienti abbiano stipulato con le imprese-clienti”*. Il tribunale *“sottolinea che, semmai, gli effetti sul cliente potrebbero venire in gioco sotto il profilo della tutela dei diritti del consumatore, lesi da pratiche restrittive della concorrenza, ma l'art. 85 (ora art. 81 legge n. 287/1990) tutela la libertà di concorrenza in sé e non detta una disciplina specifica a garanzia del consumatore”*. In un altro caso ancora riguardante i contratti a valle, il Trib. Roma, 20.02.1997, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 449, si è espresso in senso esattamente opposto al giudice di Alba. Il giudice romano ha ritenuto che la violazione delle norme in materia di concorrenza comporta l'invalidità delle clausole inserite nei singoli contratti stipulati dalle banche con la clientela. E' stato però osservato in dottrina G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 69 ss., che nell'ipotesi di illiceità della causa non si dovrebbe poter applicare la nullità parziale, cosa che invece fa il tribunale di Roma dichiarando nulla solo la clausola che riproduce le NBU illecite.

La vicenda dei contratti a valle è giunta fino in Cassazione e ha fornito alla Corte l'occasione per esprimersi in generale sul tema della risarcibilità dei danni antitrust. V. ancora Cass. Civ., sez. I, 9.12.2002., n. 17475, in *Danno e resp.*, IV, 2003, p. 390, con commento di S. BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*, p. 393 ss. La Corte afferma che la legge antitrust nel fissare i divieti si pone nella prospettiva privilegiata dell'impresa e della concorrenza negando il diritto al risarcimento ex art 33 legge n. 287/1990 ai consumatori finali. Le conclusioni della sentenza 17475/2002 sono state contraddette dalla III sezione della stessa Corte, V. Cass. civ., sez. III, ord. 17.10.2003, n. 15538, in *Danno e resp.*, 2003, n. 12, p. 1181. Secondo i giudici della Suprema Corte *“il soggetto che domanda la nullità dell'intesa o il risarcimento dei danni conseguenti alla pratica anticoncorrenziale per ciò stesso si legittima all'azione ex art. 33, comma secondo, legge n. 287/1990”*. Da ultimo va ricordata la recente pronuncia delle Sezioni Unite, Cass. SS.UU., sent. 4.02.2005, n. 2207. Secondo le Sezioni Unite la legge antitrust *“è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio alla rottura di tale carattere”*. Le norme antitrust tutelano tutti i soggetti del mercato. Chiunque sostenga di aver subito un pregiudizio da un comportamento anticoncorrenziale è, perciò, legittimato ad agire in giudizio. Per cui i consumatori, come le imprese, sono titolari di un interesse alla conservazione del carattere competitivo del mercato la cui lesione è ingiusta.

⁹⁸¹ A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, cit., p. 340. Secondo l'A., i contratti abusivi si pongono in contrasto diretto con il divieto posto dall'art. 3, legge antitrust, che è norma senza dubbio imperativa; i contratti a valle delle intese, invece, apparentemente non contrastano in modo diretto con il divieto di intese restrittive stabilito dall'art. 2 legge n. 287/1990.

⁹⁸² V. tra gli altri A. TOFFOLETTO, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁸³ Art. 3, legge n. 287/1990.

affidente al comportamento idoneo a causare l'invalidità, non determinando in alcun caso un passaggio di secondo grado⁹⁸⁴.

I contratti abusivi⁹⁸⁵ si pongono direttamente in contrasto con la norma imperativa di cui all'art. 3. L'art. 2, legge antitrust, invece, vieta le intese e solo in via riflessa i contratti che ne costituiscono attuazione⁹⁸⁶. Se, dunque, il divieto di cartello produce, per esplicita previsione normativa⁹⁸⁷, la nullità dell'intesa, ciò non determina la conseguente invalidità dei contratti conclusi dagli aderenti al cartello con la loro rispettiva clientela⁹⁸⁸.

Viceversa, il problema non sussiste in relazione alla fattispecie dell'abuso di posizione dominante nella quale il precetto normativo imperativo⁹⁸⁹ direttamente individua il comportamento vietato nella pratica abusiva⁹⁹⁰.

Nel quadro di una riflessione sulla tutela individuale del consumatore medio destinatario di una pratica commerciale scorretta è evidente l'utilità delle considerazioni sopra esposte le quali, sebbene riferite alla materia antitrust rappresentano un'utile premessa a un'analisi critica delle soluzioni proposte in tema di diritto dei consumatori.

⁹⁸⁴ Come accade nel caso dei contratti vallo di un'intesa restrittiva della concorrenza. In proposito cfr. A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, p. 340, nota n. 16.

⁹⁸⁵ Contratti che costituiscono abuso di posizione dominante ex art. 3 legge n. 287/1990.

⁹⁸⁶ G. TADDEI ELMI, *Tutele civili e antitrust*, cit., p. 357. L'A. osserva che la funzione del cartello sia quella di convertire alla logica monopolistica un comparto del mercato altrimenti informato al principio competitivo. Non deve al riguardo trarre in inganno la circostanza che il legislatore sanzioni "di per sé" l'intesa restrittiva della libertà di concorrenza senza richiedere che le condizioni negoziali per il suo tramite introdotte nel mercato debbano essere deteriori (o comunque ingiustificatamente gravose per riprendere la terminologia usata dall'art. 3, legge n. 287/1990) rispetto a quelle praticate nel mercato concorrenziale. Il silenzio del legislatore, lungi dal significare che esso guardi con sospetto il semplice coordinamento della condotta di più imprese a prescindere dall'attitudine della condotta concordata a procurare a queste ultime un sovrapprofitto, va probabilmente spiegato ricordando quanto insegna la scienza economica; "vale a dire che, dati gli elevati costi transattivi del cartello, per esso non è immaginabile altra strategia di azione che quella di fissare prezzi, e in genere condizioni negoziali, tali da assicurare un profitto superiore a quello congruo per un mercato correttamente funzionante". In tal senso Cfr. R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in *Diritto Antitrust italiano*, a cura di A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L. C. Ubertazzi, Bologna, 1993, p. 146 ss.

⁹⁸⁷ V. artt. 81 TCE e 2 legge antitrust.

⁹⁸⁸ Trib. Roma, 20.02.1997, cit., p. 449; Corte d'Appello di Brescia, 29.01.2000, in *Giur. it.*, 2000, p. 1876, con nota di A. BERTOLOTTI, *Ancora su norme antitrust e contratti a valle*, nota a Corte d'Appello di Brescia, 29.01.2000, in *Giur. it.*, 2000, p. 1876 ss.

⁹⁸⁹ V. art. 3 legge n. 287/1990.

⁹⁹⁰ A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, cit., p. 340; GIUS. ROSSI, *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle norme bancarie uniformi (nota a Trib. Alba 12.01.1995)*, cit., p. 220.

6. Analisi critica delle soluzioni proposte: la nullità

Nel quadro di una riflessione sulle conseguenze civilistiche di una pratica commerciale scorretta deve osservarsi che nella maggioranza dei casi i contratti conclusi tra il consumatore e il professionista sono riconducibili alla categoria dei così detti contratti di massa conclusi attraverso la sottoscrizione di moduli o formulari. All'interno di questo schema, si collocano le norme con le quali il legislatore italiano ha inteso assicurare una tutela concreta del processo di formazione della volontà negoziale del consumatore.

Per la realizzazione di tale scopo, la legislazione in tema di contratti dei consumatori è stata progressivamente ampliata in modo significativo. Il panorama normativo conosce approcci molto differenti, ora relativi alle modalità di formazione dell'accordo⁹⁹¹; ora concernenti l'oggetto e le finalità del contratto⁹⁹². Nonostante le specifiche discipline, la contrattazione in tema di consumo resta comunque caratterizzata dalla difficoltà⁹⁹³ da parte del consumatore di incidere sul contenuto del contratto adeguandosi alla ormai consolidata prassi del "prendere o lasciare"⁹⁹⁴. Dinanzi a tale "difficoltà" il così detto contraente debole: i) deve essere adeguatamente informato in modo da compiere una scelta libera e consapevole; ii) nell'ipotesi in cui la chiara e corretta informazione difetti o manchi del tutto, deve essergli consentito di liberarsi dal vincolo contrattuale assunto⁹⁹⁵.

Il complesso sistema di tutele predisposto dalle nuove norme di matrice comunitaria, benché a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, non ha compromesso la natura precettiva della disciplina del quarto libro del codice civile sulla formazione, validità o efficacia del contratto (in generale) prefigurando in tal senso un doppio binario di garanzia per il consumatore: collettiva, con riguardo alla tutela amministrativa e giurisdizionale di cui agli artt. 27 e 140 Codice del consumo; individuale, in quanto avente ad oggetto i diritti patrimoniali dei singoli.

⁹⁹¹ Basti pensare alla disciplina dei contratti conclusi fuori dei locali commerciali; ai contratti a distanza; al recente codice del turismo (D.Lgs. n. 79 del 23 maggio 2011)

⁹⁹² Si fa riferimento ai contratti di multiproprietà; ai contratti inerenti ai servizi finanziari o assicurativi; ai contratti on-line.

⁹⁹³ Alla luce della prassi sarebbe più corretto parlare di impossibilità.

⁹⁹⁴ A. LEONE, *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, in *Il diritto industriale*, n. 3, 2008, p. 255 ss.

⁹⁹⁵ A. LEONE, *op. ult. cit.*, p. 260.

Tale impostazione conferma la peculiarità del diritto privato europeo che sposta la sua attenzione dall'atto all'attività evidenziando il ruolo crescente attribuito dal legislatore all'intero procedimento che accompagna l'operazione commerciale richiamata, ma non definita dall'art. 19, comma primo, Codice del consumo⁹⁹⁶. Con particolare riferimento alle pratiche commerciali scorrette, i novellati articoli 18 ss., Codice del consumo, dovranno necessariamente intendersi in combinato disposto con il diritto comune dei contratti.

Ciò in quanto, una lettura adeguatrice dell'art. 19, comma secondo, lettera a), Codice del consumo, che sia coerente con la *ratio* dell'intera disciplina comunitaria, impone all'interprete una lettura che consenta di adattare le disposizioni recepite alla disciplina interna in tema di contratti.

E' utile fare menzione delle varie ipotesi ricostruttive formulate in relazione alla tutela civilistica del consumatore destinatario di una pratica commerciale scorretta. Secondo una prima impostazione, il contratto concluso per effetto di una pratica commerciale scorretta sarebbe nullo *ex art.* 1418, comma primo, c.c., per violazione di norme imperative. Occorre, dunque, stabilire se ed eventualmente in che limiti la violazione del generale imperativo secondo cui "le pratiche commerciali scorrette sono vietate" (art. 20, comma primo, Codice del consumo) importi – pur in assenza di un'espressa previsione legislativa in tal senso – la nullità dei contratti conclusi tra il consumatore e il professionista che abbia posto in essere un siffatto tipo di pratica. Così impostata, la questione viene evidentemente a inserirsi in un più vasto contesto in cui sono ravvisabili due opposti orientamenti giurisprudenziali.

Il primo, accogliendo la tradizionale distinzione tra regole di validità del contratto e regole di condotta nella formazione dello stesso, risulta fondato sul principio secondo cui "l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative non determina la nullità del contratto concluso". Tale conclusione prescinde dalla natura delle norme, salva l'ipotesi in cui la predetta sanzione sia espressamente prevista⁹⁹⁷. Il secondo orientamento riconosce, invece, la nullità del contratto (*ex*

⁹⁹⁶ L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. Minervini e Liliana Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 3 ss.

⁹⁹⁷ Corte di Cassazione, sent. n. 3683, 16 febbraio 2007, in *il Corriere giuridico*, 2007, p. 631, con nota di Mariconda.

art. 1418, comma primo, codice civile) in conseguenza di condotte tenute dalle parti in sede di formazione del vincolo negoziale.

Si tratta di due indirizzi interpretativi la cui analisi non può prescindere da un necessario richiamo all'evoluzione della disciplina della nullità del contratto.

La nullità si presenta come uno dei terreni privilegiati sul quale, negli ultimi anni, sono state esaminate le interrelazioni tra “*diritto dei contratti e diritto dei consumatori*”⁹⁹⁸. Il mercato, soprattutto nella sua forma concorrenziale, è sede di una molteplicità di interessi a volte in concorso e spesso in conflitto tra loro⁹⁹⁹.

In quanto tale, questo esprime rigetto per un trattamento normativo “*rigidamente monistico di una categoria*”¹⁰⁰⁰, come quella del contratto, chiamata a dare veste e rappresentanza a operazioni economiche della più varia natura per soggetti coinvolti, beni prodotti e interessi perseguiti¹⁰⁰¹.

Siffatta esigenza di separazione e distinzione di categorie e regimi non poteva non riflettersi anche sulla disciplina della nullità dei contratti¹⁰⁰².

Quest'ultima, da strumento “*esclusivamente connesso*”¹⁰⁰³ al rigido schema concettuale di cui all'art. 1418 c.c.¹⁰⁰⁴, è divenuta un rimedio sempre più

⁹⁹⁸ V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, III, p. 489 ss.

⁹⁹⁹ G. TADDEI ELMI, *La tutela davanti all'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato*, in *Codice del Consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2009, p. 336 ss.

¹⁰⁰⁰ P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 560 ss.

¹⁰⁰¹ Sul mutato volto del contratto nell'epoca contemporanea v. F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 919 ss.

¹⁰⁰² V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 201 ss. Secondo l'A., nel contesto di un mondo radicalmente mutato anche dal punto di vista normativo, “*l'invalidità resiste, ancora oggi, come categoria ordinante delle diverse forme patologiche dell'agire autonomo dei privati*”. Neppure questa, però, sembra essere rimasta estranea al cambiamento e ai processi di trasformazione in atto. Reinterrogarsi oggi sulla funzione ed essenza di tali figure non significa soltanto mettere a fuoco natura ed entità dei cambiamenti intervenuti, ma tentare una “*indispensabile opera di riorganizzazione concettuale a fini pratici e applicativi*”; Sulla evoluzione del sistema delle invalidità contrattuali dal diritto romano ai giorni nostri, v. I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, p. 36 ss.

¹⁰⁰³ V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 498

¹⁰⁰⁴ V. SCALISI, *op. loc. ult. cit.* Secondo l'A., il regolamento contrattuale è espressione dell'autonomia privata, ma in presenza di determinate tipologie di rapporti caratterizzati da strutturale predominio di una delle parti, l'esigenza di tutelare il contraente più debole e la connessa finalità di garantire l'efficienza di un mercato aperto e in libera concorrenza non sembrano realizzabili con il ricorso ai tradizionali strumenti codicistici della semplice caducazione per contrasto con norme imperative (art. 1418, comma primo, c.c.), della inserzione automatica o sostituzione imperativa di clausole (artt. 1339 c.c. e 1419, comma secondo, c.c.), della integrazione del contratto (art. 1374 c.c.).

conformato, quanto a struttura e funzione, al tipo di operazione contrattuale realizzata¹⁰⁰⁵.

Ciò ha posto la “figura della nullità su un piano mobile e accelerato”¹⁰⁰⁶ di frammentazione della categoria in una pluralità e molteplicità di modelli e corrispondenti statuti normativi, assai spesso eterogenei e distanti tra loro¹⁰⁰⁷. Al pari delle più importanti categorie del diritto privato, tra cui lo stesso contratto, anche la nullità si coniuga ormai necessariamente al plurale¹⁰⁰⁸.

E’ stato opportunamente osservato¹⁰⁰⁹ che il passaggio “dalla nullità alle nullità”¹⁰¹⁰ trova la sua collocazione nella riflessione più ampia sulla decodificazione¹⁰¹¹ dove l’enorme crescita della legislazione speciale se, da un lato, costituisce il fattore dinamico e propulsivo dell’ordinamento, dall’altro, sembra comprometterne l’unità¹⁰¹². Di fronte alla complessità del quadro normativo delle invalidità, è utile¹⁰¹³ ricostruire la disciplina della nullità seguendo un “iter”¹⁰¹⁴ differente rispetto a quello logico-deduttivo che si limita a ricavare dagli artt. 1418 c.c. e seguenti i caratteri costanti dell’invalidità negoziale¹⁰¹⁵.

¹⁰⁰⁵ L’operazione contrattuale realizzata va valutata sia dal punto di vista dello specifico assetto di interessi in gioco che sotto il profilo della partecipazione delle parti coinvolte e della natura dei beni e servizi dedotti. Sul punto v. G. GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *il Corriere giuridico*, 1999, V, p. 606 ss.

¹⁰⁰⁶ G. COLANGELO, *La nullità come rimedio antitrust: Effetti e problemi (Relazione al XIX Colloquio Biennale di diritto comparato, 10-12 maggio 2007, Ferraracit.)*, p. 503.

¹⁰⁰⁷ L. FERRONI, *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Milano, 1998, p. 315 ss.; V. anche G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995, p. 78 ss.

¹⁰⁰⁸ V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, cit., p. 210. “Alla nullità quale schema unitario e compatto subentrano le nullità, cioè una pluralità di figure diverse, contraddistinte da corrispondenti e anch’essi diversificati statuti normativi”.

¹⁰⁰⁹ S. MAZZAMUTO, L. NIVARRA, *Principi generali e legislazione speciale: l’attualità del codice civile italiano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 532.

¹⁰¹⁰ G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit., p. 27 ss.

¹⁰¹¹ Sul tema della decodificazione v. N. IRTI, *L’età della decodificazione*, Milano, 1999, p. 70 ss.

¹⁰¹² N. IRTI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰¹³ G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit., p. 3 ss.

¹⁰¹⁴ F. VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell’evoluzione del sistema*, Milano, 2004, p. 195 ss.

¹⁰¹⁵ Il contraente debole (impresa o consumatore) non sarebbe sufficientemente tutelato dalla disciplina della nullità assoluta o parziale ex artt. 1418 e 1419 c.c. Sul punto v. A. JANNARELLI, *La disciplina dell’atto e dell’attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori, Trattato di diritto privato europeo, a cura di N. Lipari, III*, Padova, 2003, p. 84 ss. L’A. pone in rilievo come la pluralità di regole in materia contrattuale di provenienza comunitaria contribuisca, muovendo nella direzione della promozione del mercato e della salvaguardia dell’autonomia privata, a frantumare l’unitarietà della disciplina tradizionale “depositata, per la maggior parte, nelle grandi codificazioni”; Per un’analisi esegetica dell’art. 1419 c.c., v. M. TAMPONI, *Contributo all’esegesi dell’art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, II, p. 483 ss.

Alla luce di tali premesse, taluni autori¹⁰¹⁶ ritengono che alla nullità - quale tutela applicabile all'ipotesi in cui il consumatore medio abbia concluso un contratto per effetto di una pratica commerciale scorretta - possa estendersi per analogia il regime della "nullità di protezione" di cui all'art. 36, Codice del consumo¹⁰¹⁷.

Per verificare l'ipotesi interpretativa appena formulata, occorrerà però dimostrare che la disposizione da ultimo richiamata ha natura speciale¹⁰¹⁸. Infatti, se non vi è ragione di dubitare che anche le norme eccezionali¹⁰¹⁹ siano espressione di proprie "rationes" e, come tali, siano sul piano puramente logico suscettibili di analogia¹⁰²⁰, è altrettanto indubbia la valenza positiva del divieto posto dall'art. 14 delle disposizioni preliminari sulla legge in generale¹⁰²¹.

¹⁰¹⁶ F. VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, Milano, 2004, p. 195 ss.; G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit., p. 78 ss.

¹⁰¹⁷ L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto Impresa Europa*, 2007, 1, p. 62; A. COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, in *Le pratiche commerciali sleali*, E. Minervini, L. Rossi Carleo (a cura di), Milano, 2007, p. 245 ss.

¹⁰¹⁸ Diversi autori in dottrina (cfr. tra gli altri G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit., p. 78 ss.) tendono a riconoscere come speciali e non eccezionali, quelle norme (si veda ad es. l'art. 36, codice del consumo) che prevedono la nullità a tutela dell'interesse "del contraente debole"; G. TADDEI ELMI, *Tutele civili e antitrust*, cit., p. 363; Si considerano "speciali" le norme che dettano per una parte dei casi astrattamente disciplinati da una norma generale una disciplina più dettagliata. La struttura di una norma speciale può dunque così riassumersi: "se A + a, allora B + b", dove A è l'insieme dei fatti previsti nella fattispecie della norma generale, a è l'insieme dei fatti ulteriori previsti nella fattispecie della norma speciale, B è l'effetto della norma generale e b è l'insieme degli effetti ulteriori previsti dalla norma speciale. Sul punto v. diffusamente N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 54 ss.; AA.VV., *Dieci lezioni introduttive a un corso di diritto privato*, Torino, 2008, p. 62 ss.

¹⁰¹⁹ N. BOBBIO, *Analogia*, in *Noviss. Dig.*, 1968, I, p. 601. Si intende per norma eccezionale quella che deroga a una norma generale (valevole cioè per la generalità dei casi), "ovvero che regola un determinato comportamento in modo opposto a quello in cui verrebbe disciplinato se la norma eccezionale non esistesse. La norma eccezionale è, dunque, quella che sottrae in determinate circostanze o per determinati tempi un comportamento alla regola generale"; AA.VV., *Dieci lezioni introduttive a un corso di diritto privato*, cit., p. 60 ss.

¹⁰²⁰ N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, p. 606. Secondo l'A., per "estensione analogica" si intende "quell'operazione, compiuta dagli interpreti del diritto (giuristi e giudici in specie) mediante la quale si attribuisce ad un caso o ad una materia prive di una regolamentazione espressa nell'ordinamento giuridico, la stessa disciplina prevista dal legislatore per un caso o una materia simili"; N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 57 ss. L'A. ritiene che nessuna norma, in sé considerata, è regolare o eccezionale, generale o speciale. L'attributo della specialità o dell'eccezionalità deriva, infatti, da un giudizio di comparazione tra due norme

¹⁰²¹ V. art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale: "Le leggi.... che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati"; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 121. L'A. ritiene necessario distinguere tra norme eccezionali "che avendo la propria base in una situazione anormale di emergenza costituiscano un'interruzione della consequenzialità logica e politico legislativa dei principi, coi quali collidano sino ad escluderli" e norme speciali "che, invece, quei principi non escludano, bensì specifichino e differenzino adattandoli"

Emerge, dunque, che la nullità del patto connesso alla fattispecie di cui agli artt. 20 ss., Codice del consumo, non possa sottrarsi al confronto con gli esiti della “evoluzione dottrinale”¹⁰²².

I sostenitori della così detta concezione classica dell’invalidità¹⁰²³ individuavano le condizioni di impiego (della nullità) “nell’irrilevanza¹⁰²⁴ e inqualificazione del negozio nullo”¹⁰²⁵. All’interno di tale “configurazione dogmatica della

¹⁰²² G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit., p. 78 ss.; V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, cit., p. 203 ss.

¹⁰²³ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 469; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, p. 614; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, p. 240; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 61. Tale opinione risulta fondata sulla c.d. teoria della fattispecie. Per la recezione di tale teoria (elaborata dalla scuola pandettistica) nella dottrina italiana cfr. più di recente R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 331; N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico*, Napoli, 1973, p. 100 ss. L’A. sintetizzando la teoria della fattispecie così si esprime: “validità e invalidità non stanno dopo e fuori dell’atto, ma sono l’atto nel suo essere o non essere conforme allo schema legislativo. Se adeguato a uno schema legale l’atto è valido; se inadeguato a uno degli schemi legali, l’atto non è valido”.

¹⁰²⁴ La nozione di rilevanza strettamente connessa con le varie concezioni dell’invalidità propugnatte dalla dottrina ha formato oggetto di un acceso dibattito i cui termini problematici possono qui essere solo brevemente richiamati. Sul punto una parte della dottrina afferma che la rilevanza va ravvisata nella conformità del fatto al modello normativo (A. FALZEA, voce “Rilevanza Giuridica”, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, p. 901.). Altra parte della dottrina così si esprime: “Rilevante è il fatto che riceve un predicato giuridico, irrilevante è il fatto che non riceve un predicato giuridico, cioè, che non si palesa omogeneo con il contenuto di una descrizione normativa”. Così N. IRTI, *Norme e fatti*, Milano, 1984, p. 57.

¹⁰²⁵ La tesi è accolta da B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, p. 66. Secondo l’A., sarebbe, in sostanza, inconcepibile una rilevanza della fattispecie concreta non conforme al fatto descritto dalla norma (fattispecie astratta). “Ciò darebbe ragione della riduzione della nullità alla figura dell’inesistenza”; Sulla questione del rapporto tra nullità e inesistenza, limitandoci in tale sede ai riferimenti bibliografici, si vedano, in contrapposta prospettiva: a favore dell’identificazione tra nullità e inesistenza F. CARNELUTTI, *Inesistenza dell’atto giuridico?*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1955, I, p. 210 ss.; B. DE GIOVANNI, *op. loc. ult. cit.*; in senso contrario e quindi a favore della rilevanza dell’atto nullo, così distinto da quello inesistente v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 461; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 338 ss.; Sulla rilevanza dell’atto nullo v. N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico*, cit., p. 105 ss., il quale afferma che “il negozio nullo ha una specifica rilevanza legislativa”; C. M. BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, cit., p. 631, precisa che la nullità non esclude che il contratto possa essere rilevante nei confronti dei terzi e che possa produrre effetti anche rispetto alle parti.; S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, p. 28 ss., il quale ha inteso dimostrare la legittimità della distinzione fra inesistenza e nullità del contratto attraverso un ragionamento che, muovendo dal concetto di fattispecie, perviene alla conclusione che “il contratto è pur esso una fattispecie giuridica, coincidendo con un che di rilevante per il diritto”; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell’atto giuridico*, Milano, 1941, p. 36 ss. sostiene che il negozio nullo verrebbe a costituire un puro elemento di fatto di una diversa fattispecie giuridica in relazione alla quale potrebbe produrre conseguenze giuridiche; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 506. Secondo l’A. la nullità non è irrilevanza, bensì qualificazione negativa di un negozio rilevante, capace in quanto tale anche di conseguenti effetti più o meno ampi, più o meno estesi, più o meno eliminabili o transitori. L’A., inoltre, riconosce alla concezione classica dell’invalidità il merito di aver correttamente posto il problema della nullità sul piano del fatto. Dei due momenti in cui è idealmente scomponibile la norma giuridica

nullità”¹⁰²⁶, non vi sarebbe spazio per riconoscere rilievo formale alla peculiare *ratio* normativa di nullità poste a speciale tutela di un contraente, giacché tale fondamento, ove anche in concreto riscontrabile in talune disposizioni di legge, resterebbe costretto “*nello schematismo della figura*”¹⁰²⁷. Ne deriverebbe, pertanto, l’impossibilità di applicare per analogia la norma sulla nullità di protezione *ex art. 36*, Codice del consumo, al contratto “a valle”¹⁰²⁸ di una pratica commerciale scorretta”. Una simile conclusione, però, lascia perplessi taluni autori¹⁰²⁹.

Valide ragioni, che possono qui solo anticiparsi brevemente, inducono a mettere in discussione la concezione tradizionale della nullità¹⁰³⁰. Si rileva, anzitutto, una percettibile inadeguatezza dell’idea di fattispecie a dar conto di taluni significativi dati dell’ordinamento dai quali emergerebbe l’esistenza di una pluralità di statuti cui il contratto nullo è sottoposto¹⁰³¹. In secondo luogo è stata sottolineata¹⁰³² la sicura insufficienza, per una rappresentazione coerente della varietà positiva¹⁰³³,

(*fatto ed effetto*), non vi è dubbio che la invalidità si ascrive alla zona del fatto, pur avendo ripercussioni sull’effetto e anzi sta sicuramente in rapporto di funzionale strumentalità con esso. Ma è proprio su questo piano che la dottrina classica accusa il limite più grave. Infatti, ragionando in termini di “*difettosità strutturale e quantitativa della fattispecie*”, essa scivola inevitabilmente sul diverso piano della rispondenza della fattispecie concreta allo schema astratto ipotizzato dalla norma. Esigenza questa sicuramente legittima e metodologicamente fondata, ma riflettente un diverso problema: “*quello della concretizzazione della fattispecie astratta prevista dalla norma*”.

¹⁰²⁶ Essendo una *res facti*, il contratto nullo non assume alcuna rilevanza giuridica e di conseguenza la norma non ricollega ad esso alcun effetto (*quod nullum est nullum producit effectum*). Sul punto v. B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, cit., p. 66.

¹⁰²⁷ Con tale espressione P. TRIMARCHI, *Appunti sull’invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955, p. 191 ss., vuole precisare che “*le nullità poste a speciale tutela di un contraente limitano la loro portata alle norme che espressamente le prevedono*”.

¹⁰²⁸ Cfr. *supra*, nota n. 850.

¹⁰²⁹ Tra gli altri cfr. A. COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, cit., p. 245 ss.; L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, cit., p. 62 ss.

¹⁰³⁰ B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, cit., p. 66. “*La nullità è irrilevanza e inqualificazione del fatto*”.

¹⁰³¹ Basti qui menzionare quanto dispone l’art. 2126 c.c. per la nullità del contratto di lavoro. Similmente l’art. 1972 c.c. ammette la validità della transazione su un titolo nullo solo in quanto la causa della nullità del contratto non risieda nella illiceità di quest’ultimo. Ancora l’art. 1354 c.c., mentre al primo comma dispone senz’altro la nullità dell’atto cui sia apposta una condizione illecita, al comma secondo prevede la nullità del contratto sottoposto a una condizione sospensiva impossibile. Da ultimo, non va dimenticato l’art. 36, d.lgs. n. 206/2005 (codice del consumo). Si veda anche l’art. 117 T.U. delle leggi bancarie (D.lgs. 1.09.1993, n. 385.) Si pensi, inoltre, alla possibilità di applicare il regime della nullità ai contratti abusivi realizzati *ex art. 3*, legge n. 287/1990. In tal senso v. G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, p. 30.

¹⁰³² G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit., p. 110 ss.

¹⁰³³ Si fa riferimento alla pluralità di statuti cui il contratto nullo è soggetto.

della tesi secondo la quale il fondamento della nullità risiederebbe nella sola “realizzazione di un interesse pubblico, astratto, se non, persino, contrapposto rispetto a quello dei singoli contraenti”¹⁰³⁴.

L’inidoneità ricostruttiva dell’ambigua antitesi tra interesse generale e particolare¹⁰³⁵ risulta, del resto, palese, anche alla stregua di “valori immanenti al sistema costituzionale”¹⁰³⁶. Infatti, una corretta lettura degli artt. 2, 3 e 41 Cost., conduce “a permeare l’utilità sociale”¹⁰³⁷ (chiamata a orientare l’iniziativa economica ai sensi dell’art. 41, comma secondo, Cost.) delle istanze di tutela della piena e non formale parità tra i contraenti, ovviando, con la disciplina del contratto, a situazioni di oggettivo predominio di una parte¹⁰³⁸.

E’ assai significativo, peraltro, che proprio nella selezione e disciplina di tali ipotesi di squilibrio “strutturale”¹⁰³⁹ tra i contraenti in determinate tipologie di rapporti si realizzi, oggi, un’importante convergenza tra interventi normativi ispirati non solo al sistema dei valori costituzionali sopra ricordato, ma anche, direttamente, a quello delle fonti comunitarie¹⁰⁴⁰.

In tale quadro unitario, almeno due sono le “rationes”¹⁰⁴¹ che stanno alla base dei vari interventi normativi¹⁰⁴²: la peculiare qualità soggettiva del contraente protetto e la posizione della parte ritenuta “forte”¹⁰⁴³. Appartengono al primo tipo di interventi le discipline dettate a tutela del consumatore¹⁰⁴⁴. Appartengono al

¹⁰³⁴ R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 399.

¹⁰³⁵ Tale antitesi è ritenuta tra le più vaghe e incerte che si possano concepire. Così si esprime R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 399; Non è agevole, peraltro, definire un interesse pubblico. Sulla distinzione tra interessi pubblici e privati cfr. A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo, Problemi generali*, Padova, 1985, p. 63.

¹⁰³⁶ M. NUZZO, *Negoziio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 8.

¹⁰³⁷ Si vedano in proposito M. NUZZO, *op. loc. ult. cit.*; N. IRTI, *I cinquant’anni del Codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, p. 227 ss.

¹⁰³⁸ F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit. p. 21.

¹⁰³⁹ F. VOLPE, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁴⁰ Specie ove quest’ultime prevedano norme a garanzia del libero e informato accesso al mercato, cfr. in proposito F. VOLPE, *I principi Unidroit e l’eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 40 ss.

¹⁰⁴¹ G. COLANGELO, *La nullità come rimedio antitrust: Effetti e problemi*, cit., p. 505.

¹⁰⁴² V., *supra*, nota n. 757.

¹⁰⁴³ G. TADDEI ELMI, *Tutele civili e antitrust*, cit., p. 363.

¹⁰⁴⁴ V. da ultimo la disciplina dettata dal d.lgs. n. 206/2005 (Codice del consumo).

secondo, invece, le discipline applicabili indistintamente al così detto “*cliente*”¹⁰⁴⁵ (anche non consumatore).

Alla luce di tali premesse emerge con chiarezza come la nullità abbia assunto “*quanto a fondamento sostanziale e trattamento, natura di tecnica speciale, non eccezionale, per la tutela di un contraente, così da rendere possibile l'integrazione analogica del sistema*”¹⁰⁴⁶. Altro è, infatti, pensare la nullità nei termini consueti, propri della teoria della fattispecie e legati, sotto il profilo funzionale, all'idea del fondamento unitario dell'istituto nel solo interesse pubblico, contrapposto rispetto a quello dei contraenti¹⁰⁴⁷. Altro è configurare l'esistenza di molteplici statuti del contratto nullo in ragione della diversa composizione di interessi gradatamente realizzata dalla norma¹⁰⁴⁸.

Nella prima e tradizionale dimensione concettuale le ipotesi di nullità di protezione non possono che apparire eccezionali, come tali insuscettibili di analogia e inadeguate a dare criterio a ipotesi di nullità virtuale¹⁰⁴⁹; “*il contrario avviene assumendo il secondo punto di vista*”¹⁰⁵⁰. Infatti, una volta istituito “*un nesso tra “ratio” e disciplina della nullità*”¹⁰⁵¹, e adottato il criterio della ponderazione degli interessi per graduare le conseguenze della invalidità, è lo stesso schema logico regola-eccezione a perdere legittimità costruttiva¹⁰⁵².

¹⁰⁴⁵ G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., p. 811; V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente*, in *Riv. di diritto privato*, 3, 2010, p. 19 ss.

¹⁰⁴⁶ G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit. p. 20 ss. Secondo l'A., la varietà degli statuti del contratto nullo presente nel codice civile e nelle leggi speciali nonché l'insufficienza di una tesi che individui nel solo interesse pubblico il “fondamento” della nullità ha indotto, dunque, una parte della dottrina (R. SACCO, *Nullità e annullabilità (diritto civile)*, cit., p. 456; N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico*, cit., p. 105; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit. p. 503; M. NUZZO, *Negozio illecito*, cit., p. 8.) a sottoporre a critica l'idea tradizionale che il trattamento del negozio nullo resta sempre identico e invariabile, e che la nullità debba essere considerata irrilevanza e inqualificazione del fatto.

¹⁰⁴⁷ G. PASSAGNOLI, *op. ult. cit.*, p. 78 ss.

¹⁰⁴⁸ Si pensi alla composizione di interessi realizzata dall'art. 36, Codice del consumo. Sul punto v. G. TADDEI ELMI, *Tutele civili e antitrust*, cit., p. 364.

¹⁰⁴⁹ Sulla nullità virtuale come figura antitetica alla nullità testuale v. A. MASI, voce *Nullità (Storia)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 864.

¹⁰⁵⁰ G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit., p. 13.

¹⁰⁵¹ G. PASSAGNOLI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁵² G. PASSAGNOLI, *op. loc. ult. cit.*

“E’ facile”¹⁰⁵³, così, ipotizzare, proprio in riferimento all’ipotesi dei contratti causalmente riconducibili a una pratica commerciale scorretta, l’applicazione analogica della “nullità virtuale di protezione”¹⁰⁵⁴.

7. La nullità virtuale di protezione

Il pensiero giuridico torna con insistenza in questi anni ai temi dell’invalidità negoziale, sospinto da inappagate esigenze costruttive e da problemi di disciplina che la materia “nel secondare più d’altre lo svolgersi dell’esperienza economica”¹⁰⁵⁵ costantemente ripropone. Si avverte in dottrina¹⁰⁵⁶ la difficoltà di collocare le numerose ipotesi di nullità speciali nella configurazione tradizionale dell’istituto¹⁰⁵⁷, della quale è dubbia “l’adeguatezza a dar conto della pluralità di statuti cui il contratto nullo è sottoposto”¹⁰⁵⁸.

In tale contesto, si evince con più intenso rilievo sistematico il diffondersi di ipotesi di nullità che sembrano alterare lo stesso “fondamento sostanziale della figura”¹⁰⁵⁹. Quest’ultimo, infatti, assai spesso finisce con l’apparire non più radicato in un interesse pubblico, sovraordinato e necessariamente astratto rispetto a quello delle parti contraenti, bensì strumentale alla soddisfazione dell’interesse

¹⁰⁵³ A. COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, cit., p. 245 ss.;

¹⁰⁵⁴ Si fa riferimento alla nullità di protezione ex art. 36 d.lgs. n. 206/2005, A. COSTA, *op. ult. cit.*, 252; L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, cit., p. 62 ss.; Più in generale sulla nullità di protezione, per una tesi favorevole cfr. G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit., p. 44 ss; *Contra*. P. SCHLESINGER, *L’autonomia privata e i suoi limiti*, cit., 231. L’A. teme che la tendenza autoritaria o dirigistica, a lungo prevalente nel nostro paese, continui a spingere la magistratura ad atteggiamenti di intransigenza che, in sostanza, finiscono col manifestare una preconcepita diffidenza nei confronti della capacità dei privati di regolare da sé i propri interessi e col determinare una eccessiva estensione dei casi di “nullità virtuale”; Contro l’applicazione analogica della “nullità virtuale di protezione” cfr. anche G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 121. Secondo l’A. “le nullità di protezione discendono da previsioni testuali di legge e non sono suscettibili di applicazione analogica”.

¹⁰⁵⁵ G. COLANGELO, *La nullità come rimedio antitrust*, cit., 509 ss.

¹⁰⁵⁶ V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 203 ss.; G. COLANGELO, *op. loc. ult. cit.*; G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit., p. 78 ss.

¹⁰⁵⁷ Si fa riferimento alla nullità assoluta di cui all’art. 1418 c.c.

¹⁰⁵⁸ Sul tema v. G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., p. 30; G. PASSAGNOLI, *op. ult. cit.*, p. 173.

¹⁰⁵⁹ G. TADDEI ELMI, *Tutele civili e antitrust*, cit., p. 326.

particolare di una di queste, cui il legislatore appresta tutela anche in punto di validità del contratto¹⁰⁶⁰.

Il primo comma dell'art. 1418 c.c. prescrive la nullità del contratto contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente¹⁰⁶¹. Tale norma codicistica¹⁰⁶² costituisce la base positiva cui andrebbero ricondotte le così dette nullità “virtuali”¹⁰⁶³.

Sul punto, peraltro, rappresenta un dato acquisito in dottrina¹⁰⁶⁴ “l'impossibilità di escludere il rimedio dell'invalidità” dell'atto per il solo fatto che la legge preveda una “*poena adiecta*”¹⁰⁶⁵ in conseguenza dell'inosservanza della norma¹⁰⁶⁶.

In tali casi, “non all'elemento estrinseco della sanzione concorrente dovrebbe guardarsi”¹⁰⁶⁷, quanto al fondamento della norma stessa, per poi valutare le conseguenze della sua violazione e, in specie, se con la sola sanzione amministrativa (irrogata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'ipotesi di pratica commerciale scorretta) risulti o meno compiutamente realizzata l'esigenza di tutela perseguita¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁰ L'analisi svolta nel precedente § 6, ha consentito di verificare l'ipotesi, in principio prospettata, che la nullità abbia assunto nel sistema la natura di tecnica speciale, quanto a fondamento e disciplina, per la tutela di un contraente. Sicchè può ora trarsi qualche conclusione in ordine al complementare problema della configurabilità di ipotesi di nullità virtuale in presenza di norme cogenti prive di una espressa comminatoria al riguardo. La dottrina (G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit., p. 235) si interroga, dunque, sulla possibilità di configurare una *nullità virtuale di protezione*; *Contra* G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 364. L'A. ritiene che le ipotesi di nullità di protezione discendano da previsioni testuali di legge, sicchè appare assai arduo ricavare delle nullità virtuali di protezione.

¹⁰⁶¹ V. art 1418 c.c.

¹⁰⁶² Art. 1418 c.c.

¹⁰⁶³ La categoria delle nullità virtuali ricomprende le ipotesi nelle quali possa ammettersi la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative le quali siano sprovviste di testuale comminatoria al riguardo. Sul punto v. G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit., p. 235; Sulle nullità virtuali v. anche L. FERRONI, *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, cit., p. 315 ss.; M. NUZZO, *Negozio illecito*, cit., p. 6 ss.; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, cit., p. 231. L'A. definisce le nullità virtuali come fattispecie per le quali, pur mancando un “*formale specifico divieto del risultato perseguito dai contraenti, le grave sanzione della nullità dell'atto viene egualmente giustificata deducendola da un generico contrasto che si ipotizza sussistere tra il regolamento disposto dagli interessati e una norma specifica o un principio generale di cui si assume una cogenza tale da non consentire l'atto in discussione*”.

¹⁰⁶⁴ G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit., p. 235.

¹⁰⁶⁵ Così G. PASSAGNOLI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁶⁶ In tal caso, è, infatti, necessario indagare riguardo alla incompatibilità o cumulabilità di quella sanzione (ad es. risarcitoria) con il rimedio della nullità. Con la locuzione “*poena adiecta*”, taluni autori in dottrina si riferiscono al rimedio risarcitorio.

¹⁰⁶⁷ L. FERRONI, *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, cit., p. 315 ss.

¹⁰⁶⁸ Con riferimento al caso in esame (Nullità dei contratti conclusi per effetto di una pratica commerciale scorretta), occorre precisare che le conseguenze della violazione del divieto di cui all'art. 20 ss., Codice del consumo, vanno valutate in considerazione della necessaria tutela del

Il criterio alla cui stregua apprezzare se la contrarietà del negozio a una norma imperativa ne possa “indurre”¹⁰⁶⁹ la nullità virtuale, verrebbe, così, a consistere nella congruenza tra l’invalidità dell’atto e la realizzazione degli interessi regolati dalla norma stessa¹⁰⁷⁰. Da ciò deriva l’ampia tematica della sorte degli atti contrari a norme cogenti “*sprovviste della espressa comminatoria di nullità*”¹⁰⁷¹.

Si discute in dottrina¹⁰⁷² se possa farsi questione di una loro nullità virtuale in funzione dell’adeguatezza di quest’ultima a soddisfare la composizione di interessi cui la norma imperativa, per la “*ratio*” che di volta in volta le sia peculiare, appare preordinata¹⁰⁷³.

E’ agevole cogliere la concreta rilevanza di un’indagine in tal senso, annoverando l’art. 20, comma primo, Codice del consumo¹⁰⁷⁴, tra le “*ipotesi emblematiche*”¹⁰⁷⁵ di norme imperative strumentali alla tutela dell’interesse immediato di un

consumatore medio, che non può dirsi certo realizzata compiutamente con la sanzione amministrativa prevista dall’art. 27, comma 9, Codice del consumo. Tale è il pensiero di taluni autori (cfr. A. COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, cit., p. 250 ss; L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, cit., p. 62 ss.) che sentono l’esigenza di valorizzare la tutela giurisdizionale del consenso negli scambi di mercato, senza “*appagarsi della sola amministrativizzazione del diritto*”.

¹⁰⁶⁹ L. FERRONI, *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, cit., p. 318 ss.

¹⁰⁷⁰ Per la chiara adozione di tale criterio in dottrina si veda F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988, p. 233 ss.

¹⁰⁷¹ M. ONORATO, *Decodificazione della proposta e nullità della clausola nel contratto stipulato con il consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 623. L’A. ritiene che la nullità virtuale sia una categoria “*che raccoglie ogni ipotesi di invalidità del contratto, siccome contrario a norme imperative prive di una sanzione espressa*”

¹⁰⁷² G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit., p. 235; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 503.

¹⁰⁷³ Favorevoli alla soluzione della nullità virtuale sono: G. PASSAGNOLI, *op. loc. ult. cit.*; V. SCALISI, *op. loc. ult. cit.* L’A. ritiene di ravvisare “*una ipotesi siffatta*” nel divieto di abuso di posizione dominante ex art 3 legge n. 287/1990. Dello stesso avviso è M. ONORATO, *Decodificazione della proposta e nullità della clausola nel contratto stipulato con il consumatore*, cit., p. 623.; *Contra* R. ALESSI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, 1991, p. 171. L’A. reputa assai opinabile la nullità virtuale degli accordi contrari al divieto di norma imperativa, ritenendo che si tratti piuttosto di comportamenti ingiusti dei quali accertare l’illiceità ravvisando il rimedio applicabile nel risarcimento del danno.

¹⁰⁷⁴ Art. 20, comma primo, Codice del consumo, “*Le pratiche commerciali scorrette sono vietate*”.

¹⁰⁷⁵ L’espressione è utilizzata da G. PASSAGNOLI (*Le nullità speciali*, cit., p. 44 ss.) con riferimento a una materia affine al diritto dei consumatori e, in particolare, all’art. 3, legge 10.10.1990, n. 287 (legge antitrust). Secondo l’A., infatti, l’art. 3, legge 10.10.1990, n. 287 pur lasciando impregiudicate le conseguenze civilistiche della violazione del divieto non appresta solo una tutela oggettiva del mercato, sebbene essa costituisca l’obiettivo principale, bensì realizza anche una protezione immediata dell’interesse singolare del contraente che subisca l’abuso dell’altrui posizione dominante, il quale potrà invocare la nullità del contratto concluso per effetto di tale abuso; Sul punto cfr. anche V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 503

contraente e, al contempo, prive di un testuale riferimento alla nullità del contratto¹⁰⁷⁶.

Tale norma pone, in via generale, il divieto di pratiche commerciali scorrette individuando, da un lato, in via esemplificativa¹⁰⁷⁷, dall'altro in maniera tassativa¹⁰⁷⁸ una serie di comportamenti vietati. Si delinea, così, una forma di tutela che potrebbe consentire¹⁰⁷⁹ un controllo sostanziale del contenuto del contratto, volto in specie¹⁰⁸⁰ a sindacare il difetto di trasparenza, dunque, l'assenza di un'informazione completa e adeguata¹⁰⁸¹ tanto nella fase di formazione del negozio quanto in quella successiva.

Peraltro, la norma in commento non prevede testualmente, ma neppure esclude, la nullità del contratto concluso per effetto di una pratica commerciale scorretta¹⁰⁸². Non sarebbe sufficiente a confutare la suddetta tesi, eccepire il fatto che l'art. 27, Codice del consumo, dispone l'applicazione di precise sanzioni amministrative¹⁰⁸³. Queste ultime, infatti, non esauriscono, ad avviso di taluni autori¹⁰⁸⁴, l'esigenza di tutela perseguita dagli artt. 20 ss., Codice del consumo, in quanto non incidono direttamente sul negozio già compiuto e “*non determinano*,

¹⁰⁷⁶ R. CALVO, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, Giovanni De Cristofaro (a cura di), 2008, p. 260 ss.

¹⁰⁷⁷ Basti pensare agli artt. 21, 22 e 24 del Codice del consumo, aventi rispettivamente ad oggetto i) le azioni ingannevoli; ii) le omissioni ingannevoli; iii) le pratiche commerciali aggressive.

¹⁰⁷⁸ Si fa riferimento alla così detta *black list* di pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli (art. 23, Codice del consumo) e pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive (art. 26, Codice del consumo)

¹⁰⁷⁹ A. COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, cit., p. 250 ss; L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, cit., p. 62 ss.)

¹⁰⁸⁰ Si veda il comma primo, lett. a), dell'art. 3 legge n. 287/1990; R. CALVO, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, in cit., p. 260 ss.

¹⁰⁸¹ P. BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali sleali ed il contratto: un'evoluzione del principio di trasparenza*, in *Le pratiche commerciali sleali*, E. Minervini e Liliana Rossi Carleo (a cura di), Milano, 2007, p. 263 ss.

¹⁰⁸² E' utile richiamare in proposito quanto espresso dal legislatore all'art. 19, comma secondo, lett. a), ai sensi del quale la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette *non pregiudica l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto*.

¹⁰⁸³ Basti osservare che l'art. 27, comma 15, fa salva la giurisdizione del giudice ordinario limitatamente alla materia degli atti di concorrenza sleale, a norma dell'art. 2598 del codice civile e, per quanto concerne la pubblicità comparativa, in materia di atti compiuti in violazione della disciplina sul diritto d'autore protetto dalla legge 22 aprile 1941, n. 66, e successive modificazioni, e dei marchi d'impresa protetto a norma del decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, e successive modificazioni, nonché delle denominazioni di origine riconosciute e protette in Italia e di altri segni distintivi di imprese, beni e servizi concorrenti”.

¹⁰⁸⁴ Cfr. tra gli altri L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, cit., p. 62 ss.; R. CALVO, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, cit., p. 260 ss.

comunque, una tutela giurisdizionale dell'interesse protetto"¹⁰⁸⁵. In sintesi, secondo la tesi in commento, ai contratti stipulati con il consumatore dal professionista che abbia fatto ricorso a una pratica commerciale scorretta sarebbe applicabile la nullità virtuale di protezione¹⁰⁸⁶.

La nullità virtuale deriverebbe, infatti, dalla natura imperativa del divieto di pratiche commerciali ex art. 20, comma primo, Codice del consumo; il suo carattere di protezione sarebbe, invece, conseguenza della *ratio* di tutela del consumatore sottesa alla disciplina in questione con conseguente applicazione per analogia della nullità di protezione espressamente prevista dall'art. 36, Codice del consumo¹⁰⁸⁷. Quest'ultima, sarebbe, peraltro, una soluzione conforme all'attuale tendenza del diritto dei contratti volta a fare della nullità "un rimedio conformativo dell'atto negoziale e non solo demolitorio"¹⁰⁸⁸.

La tesi della nullità virtuale ex art. 1418, comma primo, c.c., accolta favorevolmente da una parte della dottrina¹⁰⁸⁹, è stata criticata¹⁰⁹⁰ sia sotto il profilo pratico e di opportunità sia sotto quello tecnico-giuridico. Sembra cogliere nel segno l'osservazione di chi¹⁰⁹¹ ritiene che la nullità possa essere affermata quale conseguenze della violazione delle sole norme imperative che concernono la struttura e il contenuto dell'atto e non anche i comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative¹⁰⁹². Pertanto, solo un vizio strutturale del negozio o il contrasto tra la norma imperativa e il regolamento contrattuale possono dare luogo alla nullità virtuale, tenuto conto che la violazione di mere regole di condotta

¹⁰⁸⁵ A. COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, cit., p. 250 ss; In generale, sull'esigenza di valorizzare la tutela giurisdizionale, a fronte del processo di "amministrativizzazione del diritto", cfr. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 75.

¹⁰⁸⁶ L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, cit., p. 62 ss.; R. CALVO, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, cit., p. 260 ss.

¹⁰⁸⁷ G. TADDEI ELMI, Art. 27, Codice del consumo, Tutela amministrativa e giurisdizionale, in *Codice del Consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2009, p. 110 ss.

¹⁰⁸⁸ G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit., p. 54 ss.; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, vol. IV, Milano, 2006, p. 155 ss.

¹⁰⁸⁹ V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 503; G. PASSAGNOLI, *op. ult. cit.*, p. 235 ss.

¹⁰⁹⁰ M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in *Le pratiche commerciali sleali*, E. Minervini e Liliana Rossi Carleo (a cura di), Milano, 2007, p. 236 ss.;

¹⁰⁹¹ M. NUZZO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁹² M. NUZZO, *op. loc. ult. cit.*

poste a tutela dell'interesse di una parte potrà determinare solo obblighi risarcitori¹⁰⁹³.

Ne consegue che i contratti stipulati a seguito di una pratica commerciale scorretta non possono ritenersi nulli, in quanto la violazione del divieto di cui all'art. 20, Codice del consumo, benché incida sulla consapevolezza del consumatore, non rileva ai fini degli elementi costitutivi del contratto¹⁰⁹⁴.

Tale conclusione, è conforme a un orientamento diffuso in dottrina¹⁰⁹⁵ e in giurisprudenza¹⁰⁹⁶ secondo il quale “la contrarietà a norme imperative, considerata dall'art. 1418, comma primo, c.c., causa di nullità del contratto, postula che essa attenga a elementi intrinseci della fattispecie negoziale che riguardino la struttura o il contenuto del contratto, a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore”¹⁰⁹⁷.

Sul punto, sebbene con specifico riferimento al mercato dei servizi finanziari di investimento, sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁰⁹⁸ le quali hanno offerto interessanti spunti di riflessione che si ritengono utili anche al fine della questione in esame.

In sintesi, ad avviso della Suprema Corte: i) il legislatore non ha espressamente stabilito che il mancato rispetto delle disposizioni in materia di informazioni produca l'effetto radicale della nullità; ii) occorre ribadire che la tradizionale distinzione tra norme di comportamento e norme di validità, nonostante una tendenza evolutiva di segno contrario, risulterebbe ancora oggi fortemente radicata nel codice.; iii) con riferimento alle ipotesi di difetto di informazione, la

¹⁰⁹³ M. NUZZO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁹⁴ G. TADDEI ELMI, *Art. 27, Codice del consumo, Tutela amministrativa e giurisdizionale*, cit., p. 128 ss.; F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, p. 2045 c.c. “L'inosservanza degli obblighi informativi pur impedendo al cliente di esprimere un consenso libero e consapevole non varrebbe a determinare la nullità del contratto, dato che tali informazioni non riguardano direttamente la natura e l'oggetto del contratto, ma (soltanto) elementi utili per valutare la convenienza dell'operazione e non sono, dunque, idonee a integrare l'ipotesi della mancanza di consenso”.

¹⁰⁹⁵ Cfr. tra gli altri G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 364; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 33 ss.

¹⁰⁹⁶ Corte di Cassazione, sent. 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, p. 1105 con nota di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*.

¹⁰⁹⁷ Corte di Cassazione, sent. 29 settembre 2005, n. 19024, cit.

¹⁰⁹⁸ Corte di Cassazione, S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Obbligazioni e Contratti*, 2, 2008, p. 108, con nota di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*.

tesi della nullità del contratto potrebbe trovare applicazione “se fosse l’unica in grado di rispondere all’esigenza di garantire l’effettività degli interessi tutelati”.

Da un’attenta lettura di alcuni passaggi della sentenza¹⁰⁹⁹ si evince come le Sezioni Unite sembrerebbero riservare alla nullità uno spazio operativo limitato ai soli casi in cui ricorrano interessi generali¹¹⁰⁰, e non siano disponibili rimedi alternativi soddisfacenti sul piano civilistico. E’ stato così sostenuto¹¹⁰¹ che nell’ambito delle pratiche commerciali scorrette la nullità possa essere applicata come sanzione residuale, per le ipotesi in cui “non dovessero risultare disponibili ulteriori rimedi previsti dal legislatore”¹¹⁰².

L’indirizzo interpretativo che esclude la nullità *ex art.* 1418, comma primo, c.c., dei contratti conclusi per effetto di una pratica commerciale scorretta non è diffusamente condiviso.

Altra parte della dottrina¹¹⁰³ ritiene che la tesi sopra riportata non risulti decisiva a escludere la violazione degli obblighi di informazione dall’operatività della nullità virtuale. Tali obblighi, infatti, trovano la loro giustificazione nell’esigenza di colmare l’asimmetria informativa che caratterizza il rapporto tra professionista e consumatore medio assicurando a quest’ultimo “un contenuto contrattuale chiaro e trasparente”¹¹⁰⁴. Pertanto, all’obiezione secondo la quale non potrebbe trattarsi di nullità poiché, nel caso di specie, il divieto di pratiche commerciali scorrette

¹⁰⁹⁹ Corte di Cassazione, S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724, cfr. punto 1.9.

¹¹⁰⁰ Nel caso oggetto della sentenza, la Corte fa riferimento a interessi generali quali il corretto funzionamento del mercato finanziario.

¹¹⁰¹ M. R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette, Attuazione e impatto sistematico della Direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008, p. 269.

¹¹⁰² M. R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, cit., p. 269; La tesi della carattere residuale è stata criticata da altra parte della dottrina¹¹⁰² la quale, muovendo dal rilievo secondo il quale l’art. 1418, comma primo, indica nella nullità la conseguenza generalmente connessa alla contrarietà del contratto a norme imperative, così si esprime: “va riconosciuto che tale profilo di invalidità costituisce il rimedio maggiormente idoneo ad assicurare un’adeguata tutela degli interessi generali”¹¹⁰². Sarebbe, pertanto, legittima la critica all’indirizzo interpretativo che attribuisce alla nullità la natura di rimedio residuale, cui ricorrere soltanto in mancanza assoluta di rimedi alternativi di tutela. Risulta, infatti, più coerente con il disposto dell’art. 1418, comma primo, c.c. la convinzione che il rimedio della nullità debba operare non già in via residuale, bensì quando “sia ragionevole ritenere che la stessa sia adeguata a garantire l’effettività della norma imperativa violata e, dunque, la realizzazione degli scopi perseguiti dall’ordinamento.

¹¹⁰³ P. BORTONE, *Pratiche commerciali obblighi di informazione e responsabilità precontrattuale*, in *Le pratiche commerciali sleali*, E. Minervini e Liliana Rossi Carleo (a cura di), Milano, 2007, p. 275 ss.; F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali*, cit., p. 2053 ss.

¹¹⁰⁴ F. PROSPERI, *op. loc. ult cit.*

non concerne il contenuto dell'atto, ma il tenore della condotta posta in essere nella fase precontrattuale, "si replica che questa distinzione ha senso solo qualora le parti versino in condizioni di simmetria informativa"¹¹⁰⁵.

Ne deriva che in presenza di uno squilibrio tra le posizioni dei due contraenti, la mancanza o l'incompletezza dell'informazione "rende impossibile una consapevole determinazione del contenuto del contratto traducendosi, pertanto, in un vizio che inficia la validità dello stesso"¹¹⁰⁶.

Circostanza che induce a ritenere "non certamente immotivata"¹¹⁰⁷ e non irrilevante per il tema in discussione, l'opinione espressa da diversi giudici di merito chiamati a pronunciarsi sulla correttezza delle informazioni diffuse dai professionisti nel settore finanziario¹¹⁰⁸. Secondo tali giudici, la violazione degli obblighi di condotta da parte delle imprese di investimento integra un'ipotesi di nullità virtuale del contratto ai sensi del primo comma dell'art. 1418 c.c., in quanto, per l'appunto concluso in violazione di una norma imperativa.

Tra i due suddetti e contrapposti orientamenti si inserisce una soluzione interpretativa che potremmo definire "mediana"¹¹⁰⁹. Coloro i quali aderiscono a quest'ultimo indirizzo, da un lato, escludono che il contratto conseguente a una

¹¹⁰⁵ P. BORTONE, *Pratiche commerciali obblighi di informazione e responsabilità precontrattuale*, cit., 285 ss.

¹¹⁰⁶ P. BORTONE, *op. loc. ult. cit.*

¹¹⁰⁷ F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali*, cit., p. 2053 ss.

¹¹⁰⁸ Cfr. tra le altre pronunce, Trib. Brindisi, 18 luglio 2007, in www.ilcaso.it. Il tribunale precisa che "gli obblighi informativi previsti dagli artt. 21 ss. del TUF hanno natura più stringente di quelli generici, di correttezza e informazione (artt. 1337-1375 c.c.) gravante su qualunque parte del rapporto negoziale e ciò in considerazione della particolare natura dei contratti cui si rivolgono, che presentano un elevato grado di rischio ed espongono quindi il risparmiatore ad una perdita potenzialmente illimitata del capitale investito. L'aderente all'investimento, inoltre, è un soggetto privo delle cognizioni tecniche necessarie per operare in un settore altamente specializzato, quale è quello dei valori mobiliari. Ne deriva che deve considerarsi *condicio sine qua non* per la validità del contratto di investimento la circostanza che in sede di stipula il risparmiatore abbia ricevuto adeguata informazione circa il tipo e le caratteristiche essenziali del contratto stesso. Le norme regolanti i servizi di investimento in prodotti finanziari – in quanto volte alla tutela sia del singolo investitore, sia più in generale, dell'intero mercato dei valori mobiliari – hanno, dunque, natura e portata di norme imperative, il che implica la loro inderogabilità ad opera delle parti e la sanzione della nullità per la loro violazione".

¹¹⁰⁹ C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il Codice del Consumo*, cit., p. 777 ss.

pratica commerciale scorretta “sia per ciò solo nullo”¹¹¹⁰; dall’altro, riconoscono che siffatto contratto possa essere nullo “per altre – autonome – ragioni”¹¹¹¹.

Si consideri ad esempio l’ipotesi in cui il prodotto oggetto di vendita al consumatore si riveli “inesistente”, il relativo contratto sarà nullo non perché il professionista, in violazione del divieto di cui all’art. 21, comma primo, lett. a), c), Codice del consumo, abbia falsamente affermato la sua esistenza, bensì (*ex art. 1418, comma secondo, c.c.*) nella misura in cui il suo oggetto dovesse risultare carente del requisito della possibilità (*art. 1346 c.c.*).

Parimenti, la nullità testuale di cui all’art. 1418, comma secondo, c.c., troverebbe applicazione nell’ipotesi in cui la vendita del prodotto dovesse rivelarsi illecita. In tal caso, il contratto non potrà ritenersi nullo (*ex art. 1418, comma primo, c.c.*) perché il professionista abbia falsamente affermato o generato comunque l’impressione che detta vendita fosse lecita (in violazione del divieto di cui all’art. 23, comma primo, lett. i, Codice del consumo) bensì (*ex art. 1418, comma secondo, c.c.*) nella misura in cui illeciti dovessero risultare la sua causa o il suo oggetto (*artt. 1343 e 1346 c.c.*).

La suddetta impostazione trova conferma nella giurisprudenza della Corte di Cassazione¹¹¹², la quale ha chiarito che le ipotesi di nullità per violazione di norme di condotta presenti nell’ordinamento “ricadono entro lo schema della nullità testuale costituendo disposizioni particolari e, come tali, inidonee a farsi espressione di un canone ermeneutico generale”¹¹¹³.

E’ opportuno concludere l’indagine in commento segnalando, altresì, la critica di chi, allineandosi all’orientamento volto ad escludere la nullità del contratto concluso per effetto di una pratica commerciale, evidenzia che tale rimedio, così come disciplinato nel codice civile¹¹¹⁴, possa non essere efficace¹¹¹⁵ per la tutela degli interessi della così detta parte debole.

¹¹¹⁰ C. GRANELLI, op. loc. ult. cit.

¹¹¹¹ C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbligazioni e Contratti*, n. 10, 2009, p. 775 ss.

¹¹¹² Corte di Cassazione, S.U., 19 dicembre 2007, n. 26725.

¹¹¹³ Corte di Cassazione, S.U., 19 dicembre 2007, n. 26725, par. 1.6.

¹¹¹⁴ Tali critiche si muovono sul presupposto della disciplina codicistica della nullità (v. art. 1418 ss., cc.).

¹¹¹⁵ La nullità *ex art. 1418 ss. c.c.* facendo venire meno il titolo giuridico delle prestazioni eseguite dalle parti determina “la pretesa restituzione di quanto già corrisposto. Tale situazione, da un lato, è apparsa antieconomica in quanto comporta costi e dissesti nel mercato e, dall’altro, non tutela il

L'argomento trova un riscontro letterale e sistematico. Può non essere casuale, infatti, che il legislatore abbia espressamente richiamato nel Codice del consumo diverse ipotesi di nullità¹¹¹⁶ senza fare alcun riferimento alla nullità dei contratti causalmente riconducibili a una pratica commerciale scorretta.

La “ratio” di tale ipotesi ricostruttiva potrebbe essere individuata attraverso una valutazione di carattere sistematico da collegarsi alla possibilità che la declaratoria di nullità di tutti i contratti conclusi in violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette determini il rischio di una sostanziale paralisi del mercato¹¹¹⁷. A ciò deve aggiungersi che, un siffatto rischio appare ancor più significativo se si considera la “astratta legittimazione alla proposizione dell'azione”¹¹¹⁸ da parte di chiunque vi abbia interesse.

Osserva la dottrina che una simile impostazione – maggiormente evidente sotto il profilo concorrenziale - avrebbe trasformato il mercato in una sorta di “*far west*”¹¹¹⁹, nel quale le azioni tese a ottenere la declaratoria di nullità dei contratti commerciali conclusi per effetto di una pratica scorretta sarebbero diventate uno dei principali strumenti della lotta concorrenziale¹¹²⁰ tenuto conto che la disciplina delle pratiche commerciali scorrette sebbene limitata alla tutela dei consumatori, inevitabilmente incide *de facto* sugli interessi dei professionisti/competitors lesi dalla condotta scorretta per mezzo della quale il concorrente ha attratto a sé un determinato numero di consumatori¹¹²¹.

consumatore/contraente dell'impresa che può avere interesse a conservare il contratto”. Così G. TADDEI ELMI, *Tutele civili e antitrust*, cit., p. 326.

¹¹¹⁶ Basti pensare i) alla nullità di protezione *ex art.* 36, Codice del consumo; ii) all'art. 52, comma terzo, Codice del consumo, ai sensi del quale “In caso di comunicazioni telefoniche, l'identità del professionista e lo scopo commerciale della telefonata devono essere dichiarati in modo inequivocabile all'inizio della conversazione con il consumatore, a pena di nullità del contratto. In caso di utilizzo della posta elettronica si applica la disciplina prevista dall'articolo 9 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70; iii) all'art. 67-septies decies, comma quarto, secondo cui “Il contratto è nullo nel caso in cui il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate, ovvero viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche”.

¹¹¹⁷ M. R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, cit., p. 269.; G. TADDEI ELMI, *Tutele civili e antitrust*, cit., p. 326.

¹¹¹⁸ M. R. MAUGERI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹¹⁹ G. TADDEI ELMI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹²⁰ G. TADDEI ELMI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹²¹ In questo caso, non è difficile immaginare che il professionista concorrente abbia interesse a neutralizzare (magari non direttamente, per evitare vendette incrociate) i profitti del *competitor* scorretto predisponendo meccanismi di incentivo dei consumatori destinatari della pratica

La “*prospettata esclusione della nullità virtuale*”¹¹²² non appare, però, una soluzione soddisfacente¹¹²³, in quanto, da un lato, finisce con lo svalutare eccessivamente un elemento essenziale dell’intero sistema, ovvero la natura imperativa della norma in esame¹¹²⁴; dall’altro, omette di considerare una soluzione da molti¹¹²⁵ ritenuta applicabile ai contratti in esame: “*la nullità virtuale di protezione (relativa e necessariamente parziale)*”¹¹²⁶.

In conclusione, l’incalzante frammentazione del sistema delle invalidità negoziali può costituire, ad avviso di taluni autori¹¹²⁷ un invito a un rinnovato impegno sistematico, “*volto a raccordare le norme speciali ai principi del codice civile o agli indirizzi costituzionali, sciogliendo le antinomie, colmando le lacune, e dunque individuando la logica che le sostiene e ne fa un insieme organico*”¹¹²⁸.

Pertanto, “*non è difficile convenire sul fatto che*”¹¹²⁹ il regime della nullità di protezione di cui all’art. 36, Codice del consumo, possa essere applicato in via analogica ai contratti conclusi per effetto di una pratica commerciale scorretta¹¹³⁰.

commerciale a far valere la nullità dei contratti conclusi a seguito di una condotta posta in essere in violazione degli artt. 20 ss., Codice del consumo.

¹¹²² M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso*, cit., p. 235 ss; In aggiunta alle considerazioni sopra riportate a sostegno della critica al rimedio della nullità virtuale, è utile, segnalare, che le stesse risultano, altresì, fondate sul fatto che la nullità, facendo venire meno il titolo giuridico delle prestazioni eseguite dalle parti, provoca la restituzione di quanto i contraenti hanno già corrisposto. Ciò determinerebbe un effetto devastante sulla solidità economica dell’impresa, mettendone a repentaglio la stessa sopravvivenza. In linea strettamente teorica, tutti i prodotti venduti potrebbero essere restituiti al professionista che ha posto in essere la pratica commerciale scorretta con conseguente obbligo di quest’ultima di restituire il prezzo percepito. Dal canto loro, gli acquirenti, resterebbero privi del prodotto di cui necessitavano. Nessuna delle due parti tollererebbe un intervento della norma volto a porre nel nulla il loro negozio, così come tale soluzione non soddisferebbe neppure le esigenze di un efficiente funzionamento del sistema economico. Sul punto v. G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 364.

¹¹²³ P. BORTONE, *Pratiche commerciali obblighi di informazione e responsabilità precontrattuale*, cit., 285 ss.

¹¹²⁴ Art. 20, comma primo, Codice del consumo.

¹¹²⁵ L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, cit., p. 62; A. COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, cit., p. 245 ss.

¹¹²⁶ Sull’applicazione analogica dell’art. 36 codice del consumo cfr. G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit., p. 235 ss.

¹¹²⁷ Cfr., tra gli altri G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit., p. 167.

¹¹²⁸ R. TOMMASINI, *Il rimedio della nullità parziale: l’evoluzione del sistema*, in *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, a cura di R. Tommasini, Torino, 2007, p. 499.

¹¹²⁹ P. BORTONE, *Pratiche commerciali obblighi di informazione e responsabilità precontrattuale*, cit., 285 ss.

¹¹³⁰ P. BORTONE, *Pratiche commerciali obblighi di informazione e responsabilità precontrattuale*, cit., 286 ss.; L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, cit., p. 62; A. COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, cit., p. 245 ss.

Accogliendo quest'ultima soluzione, la nullità di singole “*clausole*” che possano determinare la valutazione di scorrettezza di una pratica commerciale non si estenderà all'intero contratto, indipendentemente dalla valutazione di essenzialità della clausola stessa¹¹³¹.

La tesi della nullità di protezione applicabile ai contratti conclusi per effetto di una pratica commerciale scorretta sembra, peraltro, essere sostenuta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato già deputata a un controllo pubblicistico della disciplina in commento. In particolare, nel 2009, in occasione dell'Audizione (avente ad oggetto il credito al consumo) del Presidente della medesima Authority¹¹³² è stato affermato che la nullità di protezione applicata ai contratti connessi a una pratica commerciale scorretta costituirebbe un adeguato disincentivo alla realizzazione di condotte scorrette da parte dei professionisti.

8. L'annullabilità: inquadramento storico

La lotta contro i monopoli, gli illeciti concorrenziali e la necessità di assicurare una “sostanziale”¹¹³³ tutela dei consumatori garantisce, da un lato, la libertà di iniziativa economica¹¹³⁴ e, dall'altro, la libertà di scelta consapevole da parte dei consumatori¹¹³⁵. La pluralità competitiva delle imprese, moltiplicando l'offerta di beni e servizi, diventa condizione necessaria della scelta: “*concorrenza delle imprese e preferenza dei consumatori sono lati dello stesso fenomeno*”¹¹³⁶.

¹¹³¹ Valutazione di essenzialità prevista dall'art. 1419 c.c., ma non anche dall'art. 36, Codice del consumo.

¹¹³² Audizione del Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato Antonio Catricalà, *Il credito al consumo*, Roma, 17 novembre 2009, in www.agcm.it; Si segnala che dal 29 novembre 2011 il Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è Giovanni Pitruzzella.

¹¹³³ V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, IV, p. 769 ss.

¹¹³⁴ La libertà di iniziativa economica è sancita dall'art. 41, comma primo, Costituzione della Repubblica italiana. “*L'iniziativa economica privata è libera*”

¹¹³⁵ AA.VV., *La lotta contro i monopoli*, a cura di E. Scalfari, Bari, 1955, p. 10 ss.

¹¹³⁶ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 73. Secondo l'A., la libertà dell'uomo, proclamata e difesa dall'art. 41, comma secondo, Cost., si identifica con la libertà di scelta, con la capacità di adottare una decisione consapevole. E' opportuno precisare, ad avviso dell'A., che la libertà umana di cui al secondo comma dell'art. 41 Cost., poco o nulla ha in comune con l'autonomia contrattuale ex art 1322 c.c.. L'autonomia è potere di determinazione del contenuto negoziale: *negoziale* appunto perché negoziato, cioè discusso e trattato fra le parti. “*Quest'autonomia non appartiene più al nostro tempo, il quale conosce masse anonime di*

Preferire significa disporre di una pluralità di scelte; “*e scegliere non si può se non dinanzi a una molteplicità di offerte trasparenti*”¹¹³⁷. Solo in forza di un diritto che garantisca al singolo un accesso efficiente alla contrattazione, ossia un accesso libero dalla disinformazione, dal monopolio altrui e dalla conseguente coercizione, può trovare applicazione il così detto principio di “*autoresponsabilità*” da intendersi come assunzione del rischio di scegliere¹¹³⁸.

La stessa direttiva 2005/29/CE non a caso intende contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori mediante l’armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali¹¹³⁹. Non si tratta, come già chiarito¹¹⁴⁰, di una legislazione paternalistica”¹¹⁴¹ volta a soccorrere la parte debole del contratto, ma di un regime che ricollega il rischio alla libertà di scelta¹¹⁴².

La disciplina consumeristica¹¹⁴³, considerata dal lato delle imprese venditrici o dal lato dei singoli consumatori¹¹⁴⁴, “*è un diritto dell’autoresponsabilità*”¹¹⁴⁵. Tuttavia, l’operatività di un tale principio viene spesso preclusa dalle condotte scorrette poste in essere dalle imprese ai fini del conseguimento della maggiore remunerazione possibile¹¹⁴⁶.

consumatori e meccanica interazione di gesti”. Cfr. in proposito, N. IRTI, *Lettture bettiane sul negozio giuridico*, cit., p. 69 ss.

¹¹³⁷ M. BESSONE, *I contratti standard*, cit., p. 240 ss.

¹¹³⁸ E’ questa la definizione contenuta in N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, cit., p. 73.

¹¹³⁹ Cfr. direttiva 2005/29/CE, art. 1.

¹¹⁴⁰ Cfr. supra, cap. II, p. 131

¹¹⁴¹ Il diritto del mercato si presenta come “*disciplina della viabilità, e non come disciplina delle destinazioni: esso non prescrive né controlla gli scopi perseguiti dalle imprese o da singoli atti economici, ma ne regola forme e modalità. Diritto degli strumenti, dunque, e non degli scopi*”. Sul punto v. N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, cit., p. 69; ID, *L’età della decodificazione*, Milano, 1986, p. 3 ss.

¹¹⁴² N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, cit., p. 75.

¹¹⁴³ Legge 10.10.1990, n. 287 (Legge antitrust).

¹¹⁴⁴ Cass. S.U., sent. 4.02.2005, n. 2207, in *For. it.*, 2005, I, p. 1004, con nota di R. PARDOLESI, *L’antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*; v. anche il commento alla medesima sentenza di M. FINOCCHIARO, *La posizione del consumatore finale è equiparata a quella dell’imprenditore*, in *Guida al diritto*, 2005, VII, p. 30.

¹¹⁴⁵ N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, cit., p. 75. I soggetti, che stipulano negozi di scambio, scelgono l’una o l’altra merce, l’uno o l’altro prezzo: chi sceglie, decide; chi decide, assume il rischio della propria preferenza. La *lex mercatoria* come tutela la pluralità dell’offerta e la lealtà dell’informazione, così esalta l’autoresponsabilità.

¹¹⁴⁶ G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit. p. 108.

Il rischio dell'inoperatività del principio descritto¹¹⁴⁷, se, da un lato, non fa dubitare dell'utilità del ruolo assunto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, quale organo preposto a garantire il rispetto della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette, dall'altro, rende necessaria la predisposizione e la concreta attuazione di sanzioni civilistiche contro le pratiche realizzate¹¹⁴⁸.

Quest'ultima¹¹⁴⁹, ad avviso di taluni autori¹¹⁵⁰, è l'unica strada che consenta di evitare forme di paternalismo giuridico e di risvegliare il sentimento attivo della libertà. Svolta tale premessa occorre, dunque, indagare sul margine di operatività di un ulteriore profilo di invalidità del contratto concluso per effetto di una pratica commerciale scorretta, l'annullabilità.

Del resto, parte della dottrina¹¹⁵¹ ha ritenuto che la violazione di una regola di condotta nella formazione del contratto – se, come riportato nel precedente paragrafo, non è di per sé idonea a determinare la nullità del contratto concluso tra professionista e consumatore – può, invece, “determinarne l'annullabilità”¹¹⁵².

Nel sistema del codice civile, libertà e consapevolezza trovano difesa sotto il profilo dei “vizi del consenso”¹¹⁵³. La possibile connessione tra le pratiche scorrette e l'eventuale annullamento del contratto è evidenziata, peraltro, dalla nozione legislativa delle due tipologie di pratiche oggetto degli artt. 20 ss. del Codice del consumo. Le prime, definite ingannevoli (artt. 21, 22, Codice del consumo), le seconde, aggressive (art. 24), caratterizzate dall'uso di modalità tali da limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio. Da ciò il problema di ricondurre le fattispecie individuate da

¹¹⁴⁷ Principio dell'autoresponsabilità.

¹¹⁴⁸ L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, cit., p. 22.

¹¹⁴⁹ Si fa riferimento alla predisposizione e attuazione di rimedi civilistici contro le pratiche commerciali scorrette.

¹¹⁵⁰ Cfr. tra gli altri EZIO GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, 2010, p. 97 ss.

¹¹⁵¹ M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso*, cit., p. 235 ss.; M. R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, cit, p. 269.

¹¹⁵² M. R. MAUGERI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹⁵³ V. art. 1427 c.c.; Sul punto v. C. M. BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, cit., p. 642 ss; In tema di vizi del consenso e, in particolare, sulla disciplina dell'errore cfr. AA.Vv., *Profili civilistici dell'errore. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, in *Rivista della Scuola superiore dell'economia e delle finanze*, n. 12, 2005.

tali norme all'interno dei meccanismi di protezione previsti dal nostro ordinamento agli articoli 1427 ss. del codice civile. I sostenitori della tesi dell'annullabilità¹¹⁵⁴ ritengono che si possa applicare la disciplina del dolo alle pratiche ingannevoli e quella sulla violenza alle pratiche aggressive.

La categoria del dolo potrebbe, dunque, ricondursi all'art. 21, Codice del consumo, ai sensi del quale è considerata ingannevole “una pratica commerciale che contenga informazioni false e induca o sia idonea a indurre il consumatore ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”. La definizione si completa con la successiva individuazione degli elementi considerati rilevanti ai fini di una consapevole scelta economica del consumatore¹¹⁵⁵.

Per una più completa analisi dello specifico tema in esame, è opportuno dedicare talune riflessioni alla categoria del dolo vizio volgendo l'attenzione, in via preliminare, alla sua origine.

La dottrina, impegnata nella ricostruzione storica dell'istituto è solita porre una premessa alla propria indagine, ricordando come l'ordinamento giuridico attribuisse rilevanza alla mera manifestazione del consenso la quale era sufficiente a rendere il negozio definitivo e vincolante¹¹⁵⁶. Pertanto, la volontà viziata di colui il quale aveva espresso il suo assenso all'accordo non era circostanza idonea a invalidare l'atto¹¹⁵⁷. Tuttavia, la *ratio* della validità riconosciuta al negozio non deve essere interpretata come “irrilevanza dell'elemento volutaristico”¹¹⁵⁸. Invero, la ragione della validità riconosciuta al negozio originato da un vizio del consenso, risiedeva nell'obiettivo, perseguito dall'ordinamento, di auto-

¹¹⁵⁴ L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, cit., p. 22; M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso*, cit., p. 237 ss.;

¹¹⁵⁵ A titolo di esempio: l'esistenza o la natura del prodotto; le caratteristiche principali del prodotto; il prezzo o il modo in cui questo è calcolato; i diritti del consumatore, incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi dell'art. 130 del Codice del consumo.

¹¹⁵⁶ A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1937, p. 190 ss.

¹¹⁵⁷ A. TRABUCCHI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹⁵⁸ F. CASAVOLA, *Dolo. Diritto romano (voce)*, in *Nov. dig. It.*, VI, UTET, 1957, p. 148. Secondo l'A. “nel diritto classico, il negozio viziato da dolo è valido. Né il fatto che il Pretore intervenga a colpire il comportamento doloso concedendo alla parte che ne è stata vittima l'*actio de dolo* o l'*exceptio doli*, può far pensare a una sua annullabilità. La validità del negozio affetto da dolo deve essere spiegata con il criterio dell'autoresponsabilità privata che la giurisprudenza classica utilizza ampiamente e che implica una precisa attenzione sulla formazione dell'volontà negoziale”.

responsabilizzare i consociati, così da indurli a prestare personalmente la massima cura e attenzione ai propri interessi. Ciò nondimeno, qualche forma di tutela veniva accordata al *deceptus*.

In particolare, nello *ius honorarium*, venne introdotta ad opera di Aquilio Gallo, nel 66 a.C., l'*actio de dolo* ovvero un'azione penale volta a consentire un ristoro patrimoniale a favore della vittima dell'inganno¹¹⁵⁹. In sintesi, il diritto romano classico si articolava in sue sistemi, *ius civile* e *ius honorarium*¹¹⁶⁰.

Da un lato, vi era il radicato formalismo giuridico proprio dello *ius civile* che, a fronte dell'impegno negoziale previamente assunto, ne impediva l'invalidazione¹¹⁶¹. Dall'altro, però, non sfuggiva all'attenzione dell'ordinamento (*ius honorarium*) l'incidenza esplicata dalla condotta decettiva nel processo decisionale del contraente, rendendo opportuno concedere al *deceptus* almeno una forma di ristoro pecuniario. Il quadro storico tracciato è capace di fornire

¹¹⁵⁹ Sul punto, cfr. M. T. CICERONE, *De officiis*, 3, 14.58. L'A. narra la seguente vicenda: "Il cavaliere romano Caio Canio, recatosi a Siracusa andava in cerca di una villetta in cui ricevere gli amici lontano dai seccatori. Diffusasi la notizia, Pizio, banchiere siracusano, invitò Canio a pranzo per il giorno successivo. Pizio, personaggio influente a causa della sua professione, radunò dei pescatori e li istruì affinché il giorno successivo si recassero dinanzi alla sua villa per pescare, spiegando loro cosa voleva che facessero. Quando il cavaliere Canio arrivò per il pranzo, trovò un banchetto sontuosamente allestito e una grande quantità di barche dinanzi alla villa.

Ogni pescatore portava ciò che aveva pescato e i pesci venivano gettati davanti ai piedi di Pizio. Di fronte allo stupore ammirato del cavaliere, Pizio disse "Di che ti meravigli? Qui ci sono tutti i pesci di Siracusa e i pescatori non possono fare a meno di questa villa.

Bramoso della villa, Canio implorò allora Pizio affinché gliela vendesse e questi alla fine cedette, ottenendo un prezzo assai alto. Il giorno successivo, Canio invitò i suoi amici alla villa, e vi si recò per tempo, ma non vide alcuna barca. Interrogò un vicino chiedendo se per caso fosse un giorno festivo, ma quello rispose che in quel luogo non si recava mai nessuno a pescare, e anzi si era stupito per quello che aveva visto il giorno precedente. Canio ne fu disgustato. Ma che fare? Aquilio Gallo non aveva ancora introdotto i rimedi contro il dolo".

¹¹⁶⁰ V. COLACINO, *Actio de dolo* (voce), in *Nov. dig. it.*, I, UTET, 1957, p. 259.

¹¹⁶¹ P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano (ristampa)*, Milano, 1987, p. 79 ss. In verità, ancor prima dell'entrata in vigore dell'*actio de dolo*, una tutela contro i comportamenti ingannevoli della controparte era ravvisabile nei così detti *bonae fidei iudicia*. Con tale espressione si indicavano le speciali azioni nelle quali il giudice aveva il potere di ricercare *ex fide bona*, quale fosse il comportamento dovuto dalle parti coinvolte nella negoziazione, portando così alla repressione delle condotte ingannevoli in quanto contrastanti con il principio di buona fede.

Il potere del giudice si giustificava alla luce del fatto che i negozi rispetto ai quali tale *actio* veniva esperita, non erano determinati dalla legge o da specifiche formule pretorie. In particolare, si trattava di accordi contrattuali rientranti nello *ius gentium* (*id est* conclusi tra soggetti dei quali almeno uno era un non *cives*); A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., p. 196 ss. Secondo l'A. "si contrappongono i negozi formali dell'antico diritto ai negozi nuovi, sorti per le nuove esigenze della vita giuridica.

Nella valutazione del dolo rispetto ai primi c'è un dualismo tra il diritto civile (il negozio è valido) e il diritto pretorio (il negozio può essere invalidato); il dualismo non si riscontra, invece, nei contratti dello *ius gentium* per i quali il dolo è causa di mancato riconoscimento della volontà del raggirato".

interessanti spunti di riflessione anche al giurista moderno chiamato a indagare le condotte riconducibili *sub* artt. 1439 e 1440 c.c.

Basti pensare, ad esempio, ai diversi e contrastanti orientamenti espressi in merito alla possibilità di accogliere entro l'alveo del dolo un comportamento reticente. Anche sotto il profilo rimediale è possibile notare un'evoluzione degli strumenti forniti dall'ordinamento. Come anticipato, l'effetto connesso all'esercizio dell'*actio de dolo* consisteva nel riconoscimento di un ristoro patrimoniale a favore di chi subiva l'inganno.

La sanzione dell'annullabilità, conosciuta nel diritto moderno, risulta, invece, conquista piuttosto moderna. In tale contesto, la figura del dolo, ha subito un processo di lenta evoluzione. Si consideri, in proposito, che una formale positivizzazione del dolo incidente si è avuta solo attraverso l'adozione del Codice civile del 1942. Prima di tale data non era certo estranea all'ordinamento giuridico italiano la rilevanza dell'inganno ancorchè in assenza di una completa alterazione del consenso della parte.

Durante la vigenza del codice civile del 1865 era, infatti, riconosciuto al *deceptus* il diritto di agire per far valere la responsabilità extracontrattuale dell'altro contraente¹¹⁶². E' utile, anche con riguardo al tema delle pratiche commerciali scorrette, soffermarsi sulle modalità attraverso le quali il comportamento doloso può manifestarsi.

Più nel dettaglio, è opportuno chiarire cosa debba intendersi per raggiro. Ci si è chiesti in dottrina¹¹⁶³, se possa ritenersi raggiro anche il semplice mendacio o la mera omissione di informazioni – ipotesi, quest'ultima, qualificata come dolo omissivo. In proposito, la posizione della giurisprudenza non è di netta chiusura. I giudici¹¹⁶⁴ hanno – in diverse pronunce – ammesso la rilevanza del mendacio e della reticenza, salvo poi richiedere la sussistenza, nel caso concreto, di

¹¹⁶² Art. 1151 del così detto Codice Pisanelli (codice civile del 1865). Cfr. A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., p. 173 ss.

¹¹⁶³ Cfr. tra gli altri, R. SACCO, *Il contratto*, vol. II, Torino, 2004, p. 553 ss.

¹¹⁶⁴ Cfr. tra le altre pronunce, Corte di Cassazione civ., sez. III, 27 ottobre 2004, n. 20792, in Rep. Foro it., 1740. "In tema di dolo quale causa di annullamento del contratto, sia nell'ipotesi di dolo commissivo che in quella di dolo omissivo, gli artifici o i raggiri, la reticenza o il silenzio devono essere valutati in relazione alle particolari circostanze di fatto e alle qualità e condizioni soggettive dell'altra parte, onde stabilire se erano idonei a sorprendere una persona di normale diligenza".

circostanze tali da “amplificarne la carica decettiva”¹¹⁶⁵. Non mancano, tuttavia, pronunce di segno contrario volte a escludere che l’inganno possa essere perpetrato mediante l’omissione di informazioni o la comunicazione di dati falsi¹¹⁶⁶. In sintesi le opposte tesi giurisprudenziali sono riconducibili a due orientamenti sostenuti dalla Corte di Cassazione.

Secondo un primo indirizzo della Suprema Corte, la sola reticenza o il silenzio non sono comportamenti di per sé sufficienti a invalidare il contratto, dovendosi, invece, inserire in una complessa condotta adeguatamente preordinata, con malizia e astuzia a realizzare l’inganno perseguito determinando il vizio del consenso espresso dal *deceptus*¹¹⁶⁷. Questo orientamento non è univoco.

I giudici di legittimità con altra pronuncia¹¹⁶⁸ avevano sostenuto che “il dolo quale vizio di annullamento del contratto non deve necessariamente consistere nell’inganno posto in essere con una condotta attiva di raggiro, ma può anche ravvisarsi quando siano taciute da uno dei contraenti, in violazione del principio di buona fede, fatti e circostanze “decisivi” per la consapevole formazione della volontà dell’altra parte”.

Con riferimento, invece, agli orientamenti diffusi in dottrina, il quadro che se ne ricava appare meno frammentato sebbene non sia ancora possibile riscontrare una piena uniformità di vedute. Accanto alla tesi interpretativa¹¹⁶⁹ avente ad oggetto l’irrelevanza del mendacio e della reticenza motivata sulla base del rischio che potrebbe conseguire a un eccessivo ampliamento dell’ambito applicativo degli artt. 1439 e 1440 c.c., si registra un orientamento meno restrittivo¹¹⁷⁰.

E’ ragionevole ritenere che quest’ultima tesi sia connessa al trascorrere del tempo e alle conseguenti variazioni del contesto giuridico di riferimento.

¹¹⁶⁵ Corte di Cassazione, sez. III civ., 27 ottobre 2004, n. 20792, cit.

¹¹⁶⁶ Con riferimento all’irrelevanza del mendacio, cfr. Cass. civ., sez. II, 28 ottobre 1993, n. 10718, in Foro it, 1994, I, p. 423 ss. “Il mendacio configura un comportamento doloso e determina l’annullamento del contratto, solo se, valutato in relazione alle circostanze di fatto e alle qualità e condizioni dell’altra parte, sia accompagnato da una condotta costituita da malizie e astuzie volte a realizzare l’inganno voluto e idonee in concreto a sorprendere una persona di normale diligenza.

¹¹⁶⁷ Corte di Cassazione, 19 settembre 2006, n. 20260.

¹¹⁶⁸ Corte di Cassazione, 7 agosto 2002, n. 11896.

¹¹⁶⁹ G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 148 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, ristampa, Napoli, 2002, p. 171 ss.

¹¹⁷⁰ A. PARRELLA, *La reticenza nei negozi giuridici*, in *Temi emiliana*, 1930, II, p. 241. Secondo l’A., “la reticenza deve essere a buon diritto ritenuta una forma di inganno”; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 289 ss.

L'indirizzo più risalente, risultava, infatti, basato su approdi ermeneutici consolidatisi nel periodo di vigenza del Codice Pisanelli in relazione al quale ai fini della rilevanza del dolo-vizio si riteneva fosse necessario provare l'attuazione di una vera e propria mise en scène¹¹⁷¹.

Non vi era, dunque, margine per attribuire rilevanza ai singoli comportamenti, quali il mendacio e la reticenza, destinati a esaurirsi in un'azione od omissione di carattere istantaneo. Da ciò si desumeva che il conoscere e tacere informazioni rilevanti per la controparte non rappresentava una condotta ascrivibile all'area del dolo-vizio. Al più, si riteneva rilevante l'omissione caratterizzata da una condotta attiva della parte la quale occultava al proprio interlocutore determinate circostanze. Quest'ultima condotta, non si poneva, peraltro, in contraddizione con la dichiarata irrilevanza della reticenza, così come chiarito dall'insegnamento di Cicerone *aliud est celare, aliud est tacere*.

Le osservazioni formulate con riferimento all'irrilevanza della reticenza venivano riproposte anche rispetto al mendacio. Risultando indispensabile una serie articolata di atti, la semplice affermazione del falso non si sarebbe rivelata idonea a integrare la messa in scena richiesta ai fini della configurabilità del dolo-vizio. L'indice normativo richiamato dai sostenitori di questa teoria¹¹⁷² era contenuto *sub* art. 1305, comma secondo, Codice Pisanelli, concernente il contratto concluso con il minore, a sensi del quale “a costituire in dolo il minore non basta la dichiarazione da lui fatta di essere maggiore”.

In proposito sembrano piuttosto chiare le riflessioni di una dottrina secondo la quale il dolo che la legge prende in considerazione è di regola soltanto quello commissivo consistente in artifici o raggiri. Deve ritenersi che l'interpretazione in commento ben si attagliava a una prassi di mercato caratterizzata da un flusso informativo certamente ridotto rispetto a quello oggi richiesto dalle dinamiche dettate dal moderno capitalismo. Il tema dell'informazione corretta e trasparente ha iniziato ad assumere rilevanza solo intorno alla metà del secolo scorso¹¹⁷³. La maggiore concorrenza tra imprese e la celerità degli scambi commerciali hanno

¹¹⁷¹ F. CASAVOLA, *Dolo. Diritto romano (voce)*, cit., p. 148 ss.

¹¹⁷² A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., p. 173 ss.

¹¹⁷³ A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. di diritto privato*, n. 3, 2010, p. 37 ss.

determinato un nuovo atteggiamento con il quale le imprese hanno scelto di relazionarsi con il mercato. In tale mutato contesto economico, il legislatore ha individuato nel diritto all'informazione lo strumento volto ad assicurare un corretto sviluppo di ciascuna relazione commerciale¹¹⁷⁴.

Si segnala, in proposito, un orientamento meno restrittivo volto ad attribuire rilevanza giuridica alla mera reticenza in ragione di quanto disposto dall'art. 1439, comma secondo, c.c.

Ai fini del riconoscimento del dolo del terzo, non occorre, come in precedenza ipotizzato dalla dottrina¹¹⁷⁵, che il contraente partecipi sotto qualche profilo all'inganno posto in essere dal terzo. E' sufficiente che questi sappia e ne tragga vantaggio¹¹⁷⁶. Viene meno, pertanto, uno degli elementi interpretativi sui quali, sino ad allora, la prevalente dottrina fondava l'irrilevanza della condotta reticente nell'ambito del dolo-vizio¹¹⁷⁷.

Procedendo verso l'analisi dello scenario attuale, si riscontrano posizioni inclini a ritenere sufficiente per la configurabilità dell'inganno la falsa informazione o la sola reticenza in piena antitesi rispetto alle voci più risalenti sopra illustrate¹¹⁷⁸. Con riferimento alla condotta reticente, la dottrina¹¹⁷⁹ si è interrogata su quali omissioni potessero ritenersi antiggiuridiche e, al contempo, idonee a incidere sul processo decisionale della controparte. Nessun dubbio si è posto nel caso di violazione di precisi obblighi di informazione.

L'omessa informazione, qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge, costituisce condotta *contra ius*¹¹⁸⁰. Se poi quest'ultima si accompagna a un'alterazione della volontà negoziale dell'altro contraente, non vi sono ragioni per escludere l'annullamento del contratto eventualmente concluso tra le parti¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁴ A. GENTILI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹⁷⁵ A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., p. 153 ss.

¹¹⁷⁶ E. COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Edizioni dell'Ateneo, 1948, p. 355 ss.

¹¹⁷⁷ E. COLAGROSSO, *op. loc. ult. cit.*

¹¹⁷⁸ Tra coloro i quali riconoscono la rilevanza della reticenza, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3. *Il contratto*, Milano, 2000, p. 472 ss. Secondo l'A., "anche la reticenza integra il dolo (c.d. dolo omissivo); *Contra cfr.* M. DE POLI, *Servono ancora i raggiri per annullare il contratto per dolo? Note critiche sul concetto di reticenza invalidante*, in *Riv. dir. Civ.*, 2004, p. 911.

¹¹⁷⁹ R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 73.

¹¹⁸⁰ M. FRANZONI, *Un vizio del consenso: il dolo*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, vol. III, Milano, 1998, p. 315 ss.

¹¹⁸¹ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, cit., p. 493.

9. Annullabilità e pratiche commerciali scorrette

La rilevanza della falsa informazione e della mera reticenza può essere sostenuta con maggiore efficacia dagli ulteriori indici normativi che è dato trarre dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette nonché dal codice civile. In via preliminare, è utile, esaminare l'inciso finale dell'art. 1439, comma primo, c.c. e chiedersi se ogni condotta decettiva, dalla quale sia dipeso un consenso alterato, debba essere ricompresa entro l'area di operatività della norma. In altri termini, è opportuno domandarsi se sussistano delle forme di inganno "deboli", quali ad esempio la "millanteria o la bonaria esaltazione"¹¹⁸² del bene oggetto di negoziazione che, in quanto prive di una seria carica decettiva, possano essere escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 1439 c.c.

Il tema al quale si fa riferimento è quello del *dolus bonus*. Secondo l'opinione prevalente in dottrina¹¹⁸³ la suddetta forma di dolo non ha rilevanza giuridica nel nostro ordinamento. Ne consegue, l'esclusione dall'alveo dell'art. 1439 c.c. dei comportamenti che non siano da ritenersi astrattamente idonei a ingannare un contraente di media avvedutezza. Tale impostazione, tuttavia, è stata posta in dubbio nel corso degli ultimi decenni alla luce di talune considerazioni sollecitate dal mutato contesto economico.

La crescente complessità dei prodotti e servizi commercializzati - si pensi ai prodotti e servizi di credito - ha reso necessario che fosse proprio l'informazione, ormai intesa quale bene giuridico tutelato dall'ordinamento, a guidare le scelte dei potenziali acquirenti¹¹⁸⁴. Accanto a tali ricostruzioni, si registra una soluzione più moderata¹¹⁸⁵. Si tratta di una tesi interpretativa che opera un distinguo a seconda che il rapporto negoziale sia stato instaurato a seguito di trattativa individuale o mediante contrattazione di massa. Nel primo caso, si sostiene che sia rilevante qualunque inganno, "anche il più modesto" (*id est* anche il *dolus bonus*)¹¹⁸⁶, purché il consumatore dimostri che, nel caso concreto, questo abbia avuto una

¹¹⁸² Cfr. *supra*, Cap. I, par. 7, p. 82.

¹¹⁸³ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 469 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 288 ss.

¹¹⁸⁴ R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 233.

¹¹⁸⁵ R. CALVO, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, p. 67.

¹¹⁸⁶ R. CALVO, *op. loc. ult. cit.*

funzione determinante nella formazione del consenso. Nel secondo caso, per contro, il parametro di riferimento sarà costituito dal soggetto mediamente avveduto e accorto rispetto al quale risultano irrilevanti la millanteria o la bonaria esaltazione del bene oggetto di negoziazione tipiche del *dolus bonus*.

Quanto al profilo oggetto della nostra indagine, va rilevato che la normativa in materia di pratiche commerciali scorrette non sembra ricomprendere le condotte menzognere, ma non idonee a trarre in inganno il consumatore medio “normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto”.

In tal senso depone non soltanto il parametro del consumatore medio cui deve essere commisurato il giudizio di decettività, ma anche il terzo comma dell’art. 20 del Codice del consumo che fa salva “la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera”¹¹⁸⁷.

La disciplina delle pratiche commerciali ingannevoli rende necessario soffermarsi sulla distinzione tra dolo determinante e dolo incidente. In base alla disciplina di cui al codice civile il dolo, quale vizio della volontà, è causa di annullamento del contratto nell’ipotesi in cui sia “determinante”, ovvero se, in assenza di raggiri, l’altra parte non avrebbe contrattato (art. 1440, c.c.).

Qualora, invece, la parte che subisce i raggiri, in assenza della “condotta menzognera”¹¹⁸⁸ avrebbe comunque concluso il contratto, sebbene a condizioni diverse, “il contratto rimane valido, ma il contraente in mala fede risponde dei danni” (dolo incidente, art. 1440 c.c.). Differenti sono le conseguenze sul piano sanzionatorio, le quali, nel caso di dolo determinante si traducono nell’invalidità del contratto; nell’ipotesi di dolo incidente determinano soltanto un’obbligazione di tipo risarcitorio. In particolare, in quest’ultimo caso, il risarcimento dovuto per la violazione della clausola generale di buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto va commisurato “al minor vantaggio o

¹¹⁸⁷ C. GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l’attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il Codice del Consumo*, cit., p. 783 ss; *Contra* R. CALVO, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, cit., p. 175 ss. Secondo l’A., il fatto che la normativa di derivazione comunitaria consideri quale parametro cui commisurare l’ingannevolezza della pratica scorretta “il consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto non comporta necessariamente che il legislatore abbia inteso escludere dalla tutela la vittima del *dolus bonus*.”

¹¹⁸⁸ R. CALVO, *op. loc. ult. cit.*

al maggior aggravio economico determinato dal comportamento scorretto”¹¹⁸⁹. La disciplina prevista dagli artt. 20 ss. del Codice del consumo sembra attribuire rilevanza anche al dolo incidente.

Si tratta di una soluzione coerente con l’obiettivo del diritto comunitario di contrastare la condotta scorretta in sé, costituita dall’attività di trasmissione di notizie menzognere indipendentemente dalla sua riconducibilità alle categorie elaborate dagli ordinamenti interni. Peraltro, l’utilità della fattispecie del dolo incidente in materia di contratti conclusi per effetto di una pratica commerciale scorretta è indubbia. Si è, infatti, in presenza di un contratto che, se pur viziato rimane valido ed ove il risarcimento diviene una forma surrogatoria di rettifica del contratto la cui conservazione corrisponde, spesso, al reale interesse della parte danneggiata.

Alla luce di quanto sopra esposto, taluni autori¹¹⁹⁰ ribadiscono l’applicabilità del rimedio dell’annullabilità al contratto concluso per effetto di una pratica commerciale scorretta¹¹⁹¹. Gli artt. 1439 e 1440, c.c. offrono la possibilità di verificare in che modo la violazione del principio di buona fede tende, in presenza di talune circostanze, a porsi quale antecedente logico necessario alla concessione

¹¹⁸⁹ Pertanto, ove la condotta scorretta abbia determinato per il consumatore l’acquisto di un bene a un prezzo più elevato, il risarcimento coinciderà con la differenza di prezzo. Sul punto, cfr. Corte di Cassazione, S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3. *Il contratto*, cit., p. 667 ss.

¹¹⁹⁰ M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso*, cit., p. 235 ss.; M. R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, cit, p. 269.

¹¹⁹¹ Si segnala che, sebbene in una fase antecedente al recepimento della direttiva 2005/29/CE, la giurisprudenza ha riconosciuto l’azione di annullamento per dolo a contratti stipulati nel contesto di pubblicità ingannevoli. Si segnalano, in proposito: Tribunale di Terni, 6 luglio 2004, in *Giur. it*, 2005, p. 1836. Secondo il giudice di Terni, “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”; Pret. Bologna, 8 aprile 1997, in *Giust. Civ.*, 1998, p. 879. Secondo tale pronuncia, “la campagna pubblicitaria di un professionista costituisce elemento indiziario idoneo a far presumere l’induzione in errore del consumatore ai fini dell’annullamento del contratto stipulato a seguito di tale campagna pubblicitaria”;

Il comportamento scorretto del professionista può, peraltro, rilevare anche sul versante del mancato adempimento delle prestazioni offerte, ovvero delle prestazioni che il consumatore pensava di aver acquisito come conseguenza di una pubblicità - poi rivelarsi distorta e lacunosa in sede di formazione dell’accordo - e che, invece, scopre non spettargli.

Basti pensare all’offerta “noi Wind” con la quale la compagnia telefonica si obbligava ad assicurare all’utente che sceglieva il servizio una conversazione gratuita senza limiti di tempo verso un altro numero dello stesso gestore o 300 minuti gratuiti al mese verso tutti i numeri Wind. Le descritte offerte si rivelarono false. In tale occasione, il Giudice di Palmi, in data 12 novembre 2007, ritenendo “sleale” la condotta tenuta dalla Wind, condannò la società “a eseguire le prestazioni oggetto del contratto e, altresì, al risarcimento del danno.

di un rimedio invalidante. Da qui, la possibilità per il *deceptus*, una volta integrata la fattispecie di dolo-vizio, di richiedere sia il risarcimento danni tipico della violazione della norma di condotta, sia l'annullamento del contratto conseguente alla violazione della norma di validità¹¹⁹².

Giunti a questo punto della riflessione occorre svolgere una precisazione.

Anche qualora la pratica sia stata giudicata ingannevole e abbia esplicito la propria decettività proprio in danno dell'integrità del consenso del consumatore medio, il conseguente annullamento non è per ciò solo invocabile dal consumatore. Basti osservare che la scorrettezza di una pratica va valutata con riguardo alla figura del consumatore medio.

Pertanto, alla controparte negoziale del professionista che lamenti il danno subito in conseguenza di una pratica commerciale scorretta, già accertata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, non basterà provare di essere parte di una relazione contrattuale.

Il contraente destinatario della pratica scorretta dovrà, altresì, dimostrare di essere qualificabile come consumatore medio stante la sua ragionevole avvedutezza e attenzione nella conclusione del contratto connesso a una pratica commerciale. Spetterà poi al professionista, nella naturale dialettica del procedimento, provare la correttezza della pratica da lui posta in essere tenuto conto del consapevole consenso espresso dal consumatore al momento della conclusione del contratto.

La tesi dell'annullabilità del contratto concluso a seguito di una pratica commerciale scorretta non è unanimemente condivisa. Secondo un orientamento critico sul punto¹¹⁹³, la disciplina dei vizi della volontà, pur facilmente invocabile, visti i diversi punti di contatto sopra argomentati, in materia di pratiche commerciali scorrette, non è idonea ad offrire un'ampia tutela al singolo consumatore, dal momento che risponde a logiche sistematiche differenti¹¹⁹⁴ da quelle che guidano le nuove regole introdotte agli artt. 20 ss. del Codice del consumo. In particolare, la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette

¹¹⁹² S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *I contratti*, 11, 2009, p. 1041 ss. Secondo l'A., la materia del dolo-vizio è espressione di una regola di condotta alla violazione della quale, tuttavia, è stata riconosciuta una comminatoria di invalidità (annullabilità per dolo o per violenza).

¹¹⁹³ G. VETTORI, G. TADDEI ELMI, *Rimedi civilistici e concorrenza, Le pratiche commerciali scorrette*, in *20 anni di Antitrust, L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C. Rabitti Bedogni e P. Barucci (a cura di), Torino, 2010, II, p. 1069 ss.

¹¹⁹⁴ Enfasi aggiunta.

non richiede, come invece tradizionalmente si ritiene con riferimento al dolo *ex* artt. 1439 e 1440 c.c., l'intenzionalità dell'inganno (*id est animus decipiendi*).

Gli artt. 20 ss. del Codice del consumo nonché già il testo della direttiva 2005/29/CE, non fanno alcun riferimento all'intenzionalità dell'inganno, né tantomeno alla necessità che l'induzione in errore sia realizzata attraverso raggiri usati da un contraente.

Del resto, ciò non sorprende nell'ambito di pratiche commerciali, le quali sono spesso il frutto di operazioni linguistiche e di tecniche comunicative “studiate non in rapporto al singolo consumatore, ma con riferimento alla massa o a categorie astratte di consumatori o destinatari, rispetto ai quali sarebbe addirittura improprio parlare di raggiri nello stesso senso in cui ne parla il codice civile”¹¹⁹⁵.

Inoltre, non può essere ignorato il fatto che la disciplina delle pratiche commerciali scorrette non richiede, come, invece, l'impugnativa per dolo, l'inganno effettivo inteso nel senso di concreta alterazione della volontà del consumatore medio, limitandosi a richiamare “l'idoneità della pratica a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio” (art. 20, comma secondo, Codice del consumo). Un tentativo di elusione delle suddette critiche potrebbe ravvisarsi nell'apparente compatibilità tra pratiche scorrette, nella specie aggressive, e violenza *ex* artt. 1434 e 1435 c.c.¹¹⁹⁶. La categoria della violenza sembrerebbe evocata dall'art. 24, Codice del consumo, il quale contiene la definizione di pratiche commerciali aggressive stabilendo che “è considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione,

¹¹⁹⁵ C. GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il Codice del Consumo*, cit., p. 781; Contro la tesi tradizionale avente ad oggetto la mancanza del profilo di intenzionalità del dolo nelle pratiche commerciali scorrette, una parte della dottrina ha ritenuto opportuno superare tale orientamento in favore della tesi che attribuisce qualche rilievo all'inganno che si presenti come mera conseguenza di un comportamento colposo (così detto “dolo colposo”). D'altra parte, focalizzando l'attenzione sulla libertà negoziale della vittima della condotta ingannevole, anche in quest'ultima ipotesi risulta leso l'interesse al corretto svolgimento della formazione negoziale, “avendo il comportamento menzognero del professionista impedito al consumatore la libertà di autodeterminazione e l'operatività del principio di autoresponsabilità. Da ciò si ricava la rilevanza ai fini dell'annullabilità del contratto per dolo, della condotta decettiva anche in presenza dell'elemento soggettivo della colpa. Tale concetto è espresso da R. CALVO, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, cit., p. 152 ss.

¹¹⁹⁶ M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso*, cit., p. 242 ss.

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

Tale definizione si completa con l’individuazione, nel successivo art. 25 di taluni elementi rilevanti ai fini della valutazione della natura aggressiva della pratica commerciale. Dalla lettura delle norme sopra richiamate si evince, pertanto, che la disciplina delle pratiche commerciali aggressive, a differenza della violenza *ex* artt. 1434 e 1435 c.c., non richiede necessariamente, la minaccia di un male ingiusto e notevole¹¹⁹⁷, ma si limita a richiamare le molestie, la coercizione o l’indebito condizionamento; condotte che ben difficilmente si prestano ad essere ricondotte, in concreto, alla nozione civilistica di violenza¹¹⁹⁸.

Fermo restando che ben possono darsi ipotesi nelle quali le pratiche commerciali scorrette integrino perfettamente gli estremi del dolo (*ex* artt. 1439, 1440, c.c.) o della violenza (*ex* artt. 1434, 1435, c.c.) deve tenersi, altresì, presente che l’annullamento non può rappresentare un rimedio specifico, sempre efficace a contrastare la scorrettezza di una pratica e a tutelare gli interessi dei consumatori danneggiati. Siffatte riscontrate difficoltà nell’individuare un rimedio invalidatorio efficace inducono inevitabilmente a guardare alla soluzione del rimedio risarcitorio.

¹¹⁹⁷ Per ragioni di completezza, si segnala che fra le pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive, l’art. 26, Codice del consumo annovera talune ipotesi che, in concreto, ben potrebbero integrare gli estremi della violenza invalidante (art. 26, comma primo, lett. a) “creare l’impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto”.

¹¹⁹⁸ C. GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l’attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il Codice del Consumo*, cit., p. 781 ss.

10. Violazione degli obblighi di informazione e responsabilità *ex art. 1337 c.c.*

L'analisi delle conseguenze civilistiche di una pratica commerciale scorretta si inserisce in un contesto assai variegato in cui la complessità degli interessi in gioco e dei meccanismi di tutela induce l'interprete a selezionare tra i rimedi, quello in concreto più idoneo a garantire il bene giuridico in rilievo¹¹⁹⁹.

In particolare, le sopra descritte difficoltà nell'applicare un rimedio invalidatorio efficace rendono necessario esplorare la strada della soluzione risarcitoria. Come chiarito da una parte della dottrina¹²⁰⁰, il rimedio risarcitorio rappresenta "il migliore e più generale strumento di reazione individuale contro le pratiche commerciali scorrette".

Tale soluzione si mostra coerente con gli orientamenti della Corte di Giustizia la quale ha più volte sottolineato come il principio di effettività e di piena efficacia delle norme comunitarie¹²⁰¹ implichi che l'osservanza di obblighi (quali ad esempio gli obblighi di informazione precontrattuale) debba essere garantita con rimedi civilistici adeguati e, più nel dettaglio, con il diritto al risarcimento del danno *ex art. 1337, c.c.*¹²⁰². E', dunque, interessante chiedersi se la recente tipizzazione della fattispecie di pratica commerciale scorretta possa contribuire a precisare nell'ipotesi - oggi residuale - di trattativa tra professionista e consumatore, l'area di operatività della responsabilità precontrattuale.

Prima di affrontare in modo più specifico l'argomento in esame, è opportuna una breve ricognizione delle principali ipotesi circa la natura della responsabilità per *culpa in contrahendo*¹²⁰³. La dottrina ha sostenuto sia la tesi della natura contrattuale¹²⁰⁴, sia quella della natura extracontrattuale¹²⁰⁵.

¹¹⁹⁹ L. ROSSI CARLEO, *Il comportamento "ostativo" del professionista tra "ostacoli non contrattuali" e "ostacoli contrattuali"*, in *20 anni di Antitrust, L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C. Rabitti Bedogni e P. Barucci (a cura di), Torino, 2010, p. 1216 ss.

¹²⁰⁰ G. TADDEI ELMI, *Art. 27, Codice del consumo, Tutela amministrativa e giurisdizionale*, cit., p. 130 ss.

¹²⁰¹ In proposito, si richiama la direttiva 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali sleali.

¹²⁰² In tema di obblighi di informazione precontrattuale, cfr. Corte di Giustizia CE, 17 settembre 2002, C-243/00, *Munoz Fruiticola c. Frumar*.

¹²⁰³ Sul punto cfr. M. BENINCASA, *Gli accordi di riservatezza*, Milano, 2008, p. 240 ss.

¹²⁰⁴ G. STOLFI, *In tema di responsabilità contrattuale*, in *Foro it.*, I, 1954, p. 1110 ss.; L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità contrattuale*, in *Riv. di diritto commerciale*, 1956, II, p. 360 ss.

La tesi tradizionale che riconduce la responsabilità precontrattuale al *genus* della responsabilità aquiliana è stata formulata già sotto la vigenza del codice civile del 1865. Al riguardo, l'assenza di un rapporto obbligatorio di origine contrattuale tra soggetti determinati indurrebbe a tale scelta interpretativa. Il dovere di buona fede, la cui violazione determina il sorgere della responsabilità precontrattuale, sarebbe, pertanto, una specificazione dell'obbligo generico di *neminem laedere*. Taluni autori¹²⁰⁶, invece, hanno manifestato perplessità nel riconoscere obblighi extracontrattuali di contenuto positivo, quali ad esempio quelli di cui agli artt. 1337 ss. del codice civile. La buona fede¹²⁰⁷ ex art. 1337, c.c. tenderebbe, infatti, alla promozione e al soddisfacimento dell'altrui aspettativa tutelando un interesse positivo¹²⁰⁸ e con ciò differenziandosi dall'art. 2043, c.c. incentrato sul *neminem laedere*. Ciascuna delle tesi prospettate presenta profili di criticità, sicché la scelta tra le due può essere lasciata alla “[...] preferenza di gusto [...]”¹²⁰⁹.

Terminata questa breve, ma dovuta premessa, venendo al tema dell'applicabilità dell'art. 1337, c.c. all'ipotesi di contratti conclusi in seguito a pratiche commerciali scorrette, due sono le tesi sostenute in dottrina. Secondo un primo orientamento¹²¹⁰, i limiti rigorosi in cui la disciplina dell'invalidità è racchiusa sembrano “*confinare ai margini, e così restituire al territorio della validità*”¹²¹¹ regolamenti contrattuali che pur non presentando anomalie sul piano della

¹²⁰⁵ M. BESSONE, *Buona fede in senso oggettivo, recesso dalle trattative e responsabilità per danno ingiusto*, in *Giur. merito*, 1978, p. 1165; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3. *Il contratto*, cit., p. 161 ss.

¹²⁰⁶ Cfr., tra tutti, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 80 ss.

¹²⁰⁷ F. BENATTI, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, V.

¹²⁰⁸ In senso contrario, cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3. *Il contratto*, cit., p. 161 ss.

¹²⁰⁹ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 80 ss.

¹²¹⁰ Si fa riferimento alla così detta “*tesi dei vizi incompleti del contratto*” descritta da M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, p. 187 ss.. Secondo l' A., la clausola di buona fede ex art. 1337 c.c. non rileva solo per le ipotesi di invalidità del contratto ex art. 1338 c.c. e di recesso ingiustificato dalle trattative, ma ha una portata ben più ampia che coinvolge anche le ipotesi in cui una parte a causa “*della scorrettezza dell'altra*”, conclude un contratto valido, “*ma sconveniente e squilibrato*”; Così anche V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 184; R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 798 ss.; Richiama la tesi dei vizi incompleti sottolineandone la rilevanza in materia Antitrust, anche G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 241 ss.

¹²¹¹ G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, IV, p. 340.

struttura appaiono il frutto di una scelta non completamente libera e consapevole di uno dei contraenti¹²¹².

Si tratta di situazioni¹²¹³ che pur non manifestando “*i tratti della fattispecie astratta di vizio*”¹²¹⁴, così come prefigurata dal legislatore¹²¹⁵, si caratterizzano per una condotta ingannevole o aggressiva posta in essere dal contraente forte. In tali casi, viene riconosciuta la validità dell’atto posto in essere dalle parti, individuando il rimedio applicabile nel “*diritto al risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale*”¹²¹⁶.

Di fronte a una risalente interpretazione riduttiva della responsabilità precontrattuale offerta dalla giurisprudenza¹²¹⁷, la dottrina più attenta¹²¹⁸ non ha mancato di rilevare come l’art. 1337 c.c. sia suscettibile di più ampie applicazioni¹²¹⁹. Proprio nella sua veste di clausola generale, la norma rivela, infatti, l’attitudine a disciplinare ciascuno dei possibili casi in cui il contegno delle parti appaia contrastante con il “*canone della buona fede precontrattuale*”¹²²⁰.

In proposito, secondo taluni autori¹²²¹, l’interesse tutelato dalla disposizione in esame (art. 1337 c.c.), sarebbe quello a non impegnarsi in trattative inutili che “*non abbiano di mira la conclusione del contratto*”¹²²².

¹²¹² Una esemplificazione di fattispecie che si collocano alle soglie del vizio del volere, viene offerta da M. COSTANZA, *Profili dell’interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989, p. 72 ss..

¹²¹³ Nel caso in esame si presta attenzione ai contratti abusivi ex art. 3, comma primo, lett. a), legge n. 287/1990.

¹²¹⁴ M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 187 ss.

¹²¹⁵ V. artt. 1427 ss. c.c. (vizi del consenso).

¹²¹⁶ M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 187 ss.

¹²¹⁷ Cass. 12.10.1970, n. 1948, in *Mass. Giur. it.*, 1970, p. 133 ss. La Corte riprendendo l’art. 1338 c.c. così dispone: “*si ha responsabilità precontrattuale quando la parte che conosce o avrebbe dovuto conoscere l’esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne dia notizia all’altra parte, la quale venga a risentire un danno, per avere senza sua colpa confidato nella validità dello stesso contratto.*”

¹²¹⁸ R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 667; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 1993, II, p. 414 ss.

¹²¹⁹ Non si vuole limitare la responsabilità precontrattuale alla fattispecie di cui all’art. 1338 c.c. Sul punto M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 152 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, cit., p. 157 ss.

¹²²⁰ Sul punto, cfr. M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e regola di correttezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 999. Secondo l’A., “*una disposizione che incentra la disciplina della trattativa e della formazione del contratto su di una clausola generale persegue lo scopo di enunciare principi tali da regolare ciascuna delle situazioni prospettate dall’esperienza*”.

¹²²¹ Così, in senso critico, M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 152 ss.; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 232 ss.

¹²²² M. MANTOVANI, *op. loc. ult. cit.*

Un simile esito interpretativo, ad avviso di un opposto orientamento dottrinario¹²²³, “*non pare sostenibile*”¹²²⁴, a meno di non accogliere l’idea che vede nell’instaurazione della trattativa l’avvio di una fase naturalmente tesa alla conclusione del contratto, e quasi la fonte di un obbligo a contrarre, tutto ciò in palese contrasto con il principio di autonomia negoziale¹²²⁵.

In tal modo, l’art. 1337 c.c. finirebbe, com’è stato efficacemente osservato¹²²⁶, per “*immiserirsi in una norma a portata assai ristretta dedicata al recesso dalle trattative*”¹²²⁷. Più correttamente, la dottrina prevalente¹²²⁸ ha invece individuato la situazione giuridica tutelata dal dovere di buona fede non tanto in un presunto affidamento nella conclusione del contratto, quanto in una aspettativa “*a che le trattative siano condotte in base a criteri di serietà e correttezza*”¹²²⁹.

In questa cornice, “*l’aspettativa a un contegno altrui*”¹²³⁰ conforme a correttezza e lealtà assume il contenuto di vera e propria pretesa, la quale trova diretto fondamento nell’art. 1337 c.c. Così intesa, la violazione della buona fede precontrattuale può assumere rilievo al di là delle ipotesi tipiche (contratto invalido o non concluso), fino a sanzionare il contegno sleale e scorretto che abbia “*improntato*”¹²³¹ lo svolgimento della trattativa anche laddove a quest’ultima sia riconducibile una valida conclusione del contratto¹²³².

Potrebbe forse destare perplessità l’idea che sia ipotizzabile una responsabilità precontrattuale in presenza di una fattispecie negoziale valida ed efficace¹²³³.

¹²²³ V. tra gli altri R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 798 ss.

¹²²⁴ R. SACCO, *op. loc. ult. cit.*

¹²²⁵ G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., p. 20 ss.

¹²²⁶ M. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 187 ss.

¹²²⁷ R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 667; M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e regola di correttezza*, cit., p. 998.

¹²²⁸ R. SACCO, *op. loc. ult. cit.*; C. M. BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, cit., p. 156; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto, II, Le regole di comportamento*, Milano, 1974, p. 37 ss.

¹²²⁹ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 40.

¹²³⁰ Qualifica in questi termini l’aspettativa al corretto e leale svolgimento della trattativa C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, p. 555.

¹²³¹ M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 152 ss.

¹²³² Tale lettura dell’art. 1337 c.c., trova conferma nell’ambito dei principi del diritto privato europeo raccolti nel Draft Common Frame of Reference, cfr. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Munich, 2008, art. II-3, 109 e art. II-7, 204. Si veda, altresì, p. 51 ss. delle premesse.; L’interpretazione in commento è stata condivisa anche dalla Corte di Cassazione, S.U., 19 dicembre 2007, nn. 26725 e 26726, cit.; In dottrina, cfr. G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, cit., p. 241 ss.;

¹²³³ G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Commentario al codice civile*, Milano, 1993, p. 325 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, cit., p. 157 ss.

Il momento della conclusione del contratto si potrebbe osservare, segna l'inizio di una nuova tappa della relazione tra le parti, disciplinata dalla "*lex contractus*"¹²³⁴, di modo che solo le violazioni di questa, sotto il profilo dell'inadempimento delle obbligazioni assunte, possano avere rilievo, "*non invece, quelle pregresse riferibili alla fase precontrattuale*"¹²³⁵.

Inoltre, potrebbe apparire poco coerente l'affermazione secondo cui la medesima fattispecie contrattuale, pur validamente formatasi, possa valere a un tempo come fonte di un regolamento con forza di legge tra le parti, e, "*se riferita, invece, alle vicende che hanno preceduto la sua conclusione*"¹²³⁶, come sostegno a una pretesa risarcitoria ex art. 1337 c.c.

Tuttavia, i dubbi e le perplessità sopra richiamati sembrano perdere gran parte della loro consistenza ove si tenga presente l'autonoma rilevanza giuridica del rapporto precontrattuale anche a fronte di un contratto validamente ed efficacemente concluso¹²³⁷. Così, a partire dall'idea che la trattativa si configuri come momento, ancorché eventuale¹²³⁸, dell'intero "*iter*" contrattuale, la circostanza che il legislatore abbia imposto l'osservanza di una regola di condotta (art.1337 c.c.), implica che la sua violazione possa fondare una pretesa risarcitoria la quale "*sopravvive alla chiusura del procedimento (di formazione del contratto) ed è da questo indipendente*"¹²³⁹.

In tale quadro di riferimento, la rilevanza di un comportamento abusivo/scorretto "*non è cancellata né tanto meno assorbita dalla successiva conclusione del contratto*"¹²⁴⁰, ma può "*spiegare i suoi effetti*"¹²⁴¹ sotto forma di pretesa

¹²³⁴ G. PATTI, S. PATTI, *op. loc. ult. cit.*

¹²³⁵ G. TADDEI ELMI, *Tutele civili e antitrust*, cit., p. 340 ss.

¹²³⁶ G. PATTI, S. PATTI, *op. ult. cit.*, cit., 325 ss.

¹²³⁷ La contraria opinione muove, invece, dalla premessa che vede la fase delle trattative come naturalmente orientata all'esito della conclusione del contratto. Così in senso critico R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 232 ss.

¹²³⁸ Basti pensare alla categoria dei contratti standard diffusamente utilizzata nei rapporti commerciali tra i professionisti e i consumatori.

¹²³⁹ A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto, II, le fasi del procedimento*, cit., p. 26. Secondo l'A., le norme che pongono diritti e obblighi a carico delle parti, se violate, possono far derivare obbligazioni risarcitorie che sopravvivono alla chiusura del procedimento (di formazione del contratto) e sono da questo indipendenti.

¹²⁴⁰ M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 158 ss.

¹²⁴¹ G. VETTORI, "*Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*", cit. p. 243 ss.

risarcitoria fondata sull'art. 1337 c.c.¹²⁴². Taluni autori¹²⁴³, hanno così avanzato l'idea di una funzione correttiva del risarcimento del danno che non investe il contenuto del regolamento contrattuale¹²⁴⁴, ma incide unicamente sul profilo economico-monetario dell'affare. Del resto, spesso il consumatore che subisce la condotta scorretta del professionista può avere interesse a mantenere valido ed efficace l'accordo concluso. In quest'ultimo caso, il risarcimento del danno *ex art.* 1337 c.c. può costituire un utile strumento per ottenere il ristoro del pregiudizio subito.

Nell'ipotesi in cui si ammetta tale rimedio, il *quantum* risarcitorio deve essere commisurato “al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto dal professionista in violazione dell'obbligo di buona fede”¹²⁴⁵.

In favore della soluzione risarcitoria, sebbene in termini non circoscritti alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, ma estesi all'intero diritto dei consumatori, sembrerebbe orientata la Legge 24 marzo 2012, n. 27¹²⁴⁶. Secondo l'art. 8 della medesima legge “le carte di servizio, nel definire gli obblighi cui sono tenuti i gestori dei servizi pubblici¹²⁴⁷, anche locali [...], indicano in modo specifico i diritti, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori del servizio e dell'infrastruttura.

Sarà poi compito delle Autorità indipendenti di regolazione e di ogni altro ente pubblico, anche territoriale, dotato di competenze di regolazione sui servizi pubblici, anche locali, definire i diritti in questione.

La novità non è di poco rilievo dal momento che d'ora in poi le carte di servizio, oltre a contenere l'indicazione dei principi fondamentali ai quali deve essere ispirata l'erogazione dei servizi pubblici, l'informazione piena ai cittadini sulle

¹²⁴² M. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 187 ss.

¹²⁴³ A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto, II, le fasi del procedimento*, cit., p. 26; G. VETTORI, “*Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*”, cit. p. 243 ss.

¹²⁴⁴ Sul punto, cfr. M. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 160 ss.; *Contra* G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 109.

¹²⁴⁵ Corte di Cassazione, S.U., 19 dicembre 2007, n. 26725; C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, cit., p. 781 ss.

¹²⁴⁶ Legge, 24 marzo 2012, n. 27, di conversione del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, cit.

¹²⁴⁷ Con il termine “gestori di un servizio pubblico” si fa riferimento ai somministratori di servizi di telecomunicazioni, energia, trasporti, etc.

caratteristiche dei servizi offerti, sugli standard di qualità garantiti, dovranno anche precisare i diritti di natura risarcitoria.

In senso contrario alla tesi interpretativa sopra esposta, si segnala la riflessione di chi¹²⁴⁸, pur condividendo il principio di autonomia tra regole di validità e regole di comportamento (queste ultime riassunte, quanto alla fase di formazione del contratto, nel canone della buona fede richiamato dall'art. 1337 c.c.), muove delle critiche alla così detta “*tesi dei vizi incompleti del contratto*”¹²⁴⁹.

Secondo taluni autori¹²⁵⁰, infatti, “*vanno guardate criticamente impostazioni che pur rifacendosi allo stesso principio*¹²⁵¹, *rischiano in realtà di intaccarlo nella sua impostazione fondamentale*”¹²⁵². Il riferimento è all'orientamento (ormai maggioritario) che, proprio in virtù dell'autonomia delle “*suddette regole*”¹²⁵³, afferma la possibilità che queste ultime (*id est*: le regole di comportamento) possano ritenersi violate, “*aprendo la strada*”¹²⁵⁴ alla sanzione della responsabilità precontrattuale anche in presenza di un contratto validamente concluso¹²⁵⁵.

Tale impostazione¹²⁵⁶ rischia, a ben vedere, di alterare il sistema delle invalidità, legittimandone una sostanziale elusione¹²⁵⁷. Affermare che anche nell'ambito di un rapporto contrattuale “*validamente sorto*” possa sopravvivere una

¹²⁴⁸ Per un'analisi critica delle conseguenze civilistiche delle pratiche commerciali scorrette, cfr. A. MIRONE, *Pubblicità e invalidità del contratto, la tutela individuale contro le pratiche commerciali scorrette*, in *AIDA*, 2008, p. 309. L'A., si sofferma, altresì, sull'applicabilità in materia di pratiche commerciali scorrette del rimedio della responsabilità contrattuale precisando che “potrebbe sostenersi la tesi della responsabilità contrattuale per i comportamenti adottati dal professionista, ogniqualvolta la condotta si inserisca nella fase delle trattative. Si fa riferimento a quelle pratiche scorrette le quali, ancorché rivolte a una generalità di consumatori, si inseriscono all'interno del rapporto contrattuale e determinano, secondo l'insegnamento tradizionale, una vera e propria inattuazione di prestazioni individuate in un titolo preesistente di natura contrattuale o legale. In chiave critica rispetto alla ricostruzione in esame, va osservato che, in realtà, tali comportamenti costituiscono di per sé un inadempimento a prescindere dalla loro riconducibilità al divieto di pratiche commerciali scorrette”; G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, cit., p. 52 ss.

¹²⁴⁹ M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 187 ss.

¹²⁵⁰ Tra cui G. D'AMICO, *op. loc. ult. cit.*, p. 53 ss.

¹²⁵¹ Principio di autonomia tra regole di validità e regole di comportamento.

¹²⁵² G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, cit., p. 56.

¹²⁵³ G. D'AMICO, *op. loc. ult. cit.*

¹²⁵⁴ G. VETTORI, “*Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*”, cit. p. 243 ss.

¹²⁵⁵ G. VETTORI, *op. loc. ult. cit.*; Corte di Cassazione, S.U., 19 dicembre 2007, nn. 26725 e 26726, cit.;

¹²⁵⁶ Cfr. M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 187 ss.

¹²⁵⁷ G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, cit., p. 56.

responsabilità precontrattuale di una parte per un comportamento “*scorretto*”¹²⁵⁸ da essa tenuto nella fase della formazione del contratto, significa, infatti, sostanzialmente aggirare il rigoroso meccanismo delle invalidità¹²⁵⁹.

La buona fede verrebbe così a svolgere (attraverso lo strumento risarcitorio) un “*improprio*”¹²⁶⁰ ruolo di integrazione del contratto e di garanzia della “*giustizia o equità di quest’ultimo*”¹²⁶¹.

11. Una ipotesi di lavoro: la responsabilità extracontrattuale

Considerazioni di carattere sistematico inducono a negare la possibilità di ricondurre la disciplina delle pratiche commerciali scorrette all’interno dei confini, invero abbastanza ridotti, della responsabilità precontrattuale per violazione del principio di buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto¹²⁶². Gli artt. 20 ss. del Codice del consumo, prescindono, tanto dal fatto che il consumatore medio avvii una vera e propria trattativa con il professionista, quanto da una valida conclusione del negozio. Ciò ha indotto, taluni autori¹²⁶³ a indagare in merito alla compatibilità tra la tutela individuale contro le pratiche commerciali scorrette e gli elementi costitutivi della responsabilità extracontrattuale.

Nel dettaglio, il consumatore che intenda avvalersi dell’azione risarcitoria *ex art.* 2043 c.c. dovrà dimostrare i fatti costitutivi dell’illecito. Non è, infatti, applicabile

¹²⁵⁸ G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., p. 325 ss. Gli Autori precisano che si tratta di una condotta priva, in concreto, di caratteri tali da integrare gli estremi di un vizio della volontà o di altra causa di invalidità.

¹²⁵⁹ G. D’AMICO, *op. ult. cit.*, p. 56.

¹²⁶⁰ G. D’AMICO, *op. ult. cit.*, p. 57.; *Contra* S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 112 ss.; G. VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, IV, p. 921. Secondo l’A., con il termine buona fede si fa riferimento a un criterio integrativo del contenuto contrattuale e a un dovere che sorge indipendentemente dalla volontà delle parti, preesiste alla formazione del contratto e impone obblighi specifici di comportamento rilevanti sotto vari profili.

¹²⁶¹ L’obiezione alla teoria dei vizi incompleti del contratto, però, *perde forza* non appena si consideri che altro è la resistenza del regolamento contrattuale, definita dalle regole di validità, altro è la correzione di un risultato economico pregiudizievole della relazione precontrattuale. Nell’ipotesi del risarcimento del danno in seguito alla stipulazione di contratti conseguenti a una pratica commerciale scorretta, “*a realizzarsi è proprio la correzione di un risultato economico pregiudizievole per il contraente debole*”. Sul punto, cfr. A. MIRONE, *Pubblicità e invalidità del contratto, la tutela individuale contro le pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 309.

¹²⁶² Il tema è esaminato da A. MIRONE, *op. ult. cit.*, p. 331 ss.

¹²⁶³ A. MIRONE, *op. ult. cit.*, p. 331 ss.

¹²⁶³ A. MIRONE, *op. loc. ult. cit.*

nel giudizio ordinario la diversa regola che opera per il procedimento innanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dove, ai sensi dell'art. 27, comma 5, Codice del consumo, è il professionista a dover provare con allegazioni fattuali che egli non poteva ragionevolmente prevedere l'impatto della pratica commerciale sui consumatori¹²⁶⁴.

La conclusione favorevole al risarcimento del danno *ex art. 2043 c.c.*, è stata confermata da una sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹²⁶⁵ avente ad oggetto la natura ingannevole della dicitura *light* riportata sui pacchetti di sigarette. In tale occasione, le Sezioni Unite hanno riconosciuto l'ingiustizia del danno cagionato dall'ingannevolezza del messaggio pubblicitario lesivo, in quanto tale, dell'interesse del consumatore ad adottare decisioni commerciali libere e consapevoli¹²⁶⁶.

La Cassazione, nella medesima decisione offre, altresì, una rigida soluzione in merito all'accertamento della scorrettezza di una pratica commerciale. In particolare, afferma che ai fini del risarcimento del danno "il consumatore non assolve il suo onere probatorio dimostrando la sola ingannevolezza del messaggio e il rapporto di causalità tra la pratica commerciale e il danno subito, ma è tenuto a provare la colpa di chi ha diffuso la pubblicità; colpa che si concreta nella prevedibilità che la diffusione di un determinato messaggio sarebbe stata idonea a insinuare nel consumatore il falso convincimento in merito alle caratteristiche e agli effetti del prodotto. Con riferimento all'ingiustizia del danno, l'interesse che si assume leso dalla pratica commerciale scorretta va individuato nel diritto a una scelta libera e consapevole da parte del consumatore e, più in generale, nel fondamentale diritto a una adeguata informazione (art. 2, comma 2, Codice del consumo) e a una corretta pubblicità, "nonché all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà"¹²⁶⁷.

¹²⁶⁴ A. GENOVESE, *L'enforcement e le tutele*, cit., p. 235 ss.

¹²⁶⁵ Corte di Cassazione, S.U., 15 gennaio 2009, n. 794 (sigarette *light*).

¹²⁶⁶ Sul punto, cfr. G. DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, cit., p. 30 ss.

¹²⁶⁷ Corte di Cassazione, S.U., 15 gennaio 2009, n. 794 (sigarette *light*).

Peraltro, come chiarito in dottrina¹²⁶⁸, il danno cagionato da una pratica commerciale scorretta sarebbe un danno ingiusto in quanto *non iure* (ossia proveniente da un fatto che non sia altrimenti qualificato o giustificato dall'ordinamento giuridico) e *contra ius* (ossia prodotto da un fatto che leda una situazione riconosciuta e garantita dall'ordinamento). Ulteriore attenzione merita la prova del nesso eziologico tra la pratica scorretta e la lamentata lesione.

In proposito, è utile chiedersi se il suddetto rapporto di causalità possa desumersi dal solo fatto della stipulazione del contratto – non voluto o comunque concluso a condizioni diverse – richiedendo al professionista convenuto l'onere di dimostrare l'intervento di fattori causali diversi, idonei di per sé a produrre il danno. In materia antitrust, tale criterio è stato seguito dalla Cassazione in due importanti pronunce del 2005¹²⁶⁹ e del 2007¹²⁷⁰ in relazione ai contratti a valle di intese restrittive della concorrenza.

In materia di diritto dei consumatori, la giurisprudenza di legittimità sembra essere di diverso avviso. Nella sentenza del 2009 relativa alla pubblicità ingannevole delle sigarette *light*, i giudici della Suprema Corte riconobbero in capo all'attore l'onere di provare il nesso causale tra il comportamento sleale e il danno lamentato, rifiutando il ricorso all'istituto della presunzione. Infine, con riguardo al danno risarcibile è opportuno distinguere tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale. Il primo, è identificabile, ad esempio, nella perdita economica conseguente all'acquisto di un prodotto pubblicizzato in modo ingannevole, o rispetto al quale il consumatore abbia avuto informazioni false o incomplete. Più complesso è l'accertamento di un eventuale danno non patrimoniale. La Sezione Unite¹²⁷¹, lo individuano oltretutto nel danno alla salute, anche “nel danno al diritto di autodeterminazione del consumatore”.

¹²⁶⁸ G. TADDEI ELMI, *Art. 27, Codice del consumo, Tutela amministrativa e giurisdizionale*, cit., p. 132 ss.

¹²⁶⁹ Corte di Cassazione, S.U., 4 febbraio 2005, n. 2207.

¹²⁷⁰ Corte di Cassazione, 2 febbraio 2007, n. 2305.

¹²⁷¹ Corte di Cassazione, S.U., 15 gennaio 2009, n. 794 (sigarette *light*).

Occorre, in ogni caso, ricordare come il consumatore pregiudicato dall'illecito comportamento del professionista il quale gli arreca un danno economicamente poco rilevante non è incentivato ad agire singolarmente in giudizio¹²⁷².

E' evidente, però, che il *quantum* risarcitorio aumenta sensibilmente ove l'azione individuale sia promossa da un gruppo di consumatori.

E' questa la *ratio* delle azioni collettive¹²⁷³ nonché dell'azione di classe "recentemente" introdotta nel nostro ordinamento con l'art. 140 *bis* del Codice del consumo.

12. Conclusioni

Alla luce di tutto quanto sopra esposto è possibile trarre le seguenti conclusioni. L'interprete che si trovi a esaminare un contratto concluso in seguito a una pratica commerciale scorretta è chiamato a valutare quale tra le possibili soluzioni sia la più idonea ad assicurare adeguata tutela al consumatore medio destinatario della pratica commerciale scorretta e nello stesso tempo a garantire le dinamiche concorrenziali del mercato.

L'interprete, potrà ragionare in termini di natura del vizio e operare, dunque, un accostamento con la materia dei vizi della volontà negoziale; potrà individuare la soluzione migliore nel rimedio risarcitorio; o ancora accedere alla soluzione della nullità sancita dal codice civile del 1942. In quest'ultima ipotesi, come già osservato¹²⁷⁴, il ragionamento svolto da costui¹²⁷⁵ sarebbe ancora incompleto.

I caratteri che accompagnano la sanzione della nullità di cui al codice civile dimostrano, infatti, che si tratta di un rimedio del tutto inadeguato al tipo di conflitto indicato. Basti pensare alla legittimazione *ex art.* 1421 c.c., alle regole vigenti in materia di nullità parziale¹²⁷⁶. Tutte caratteristiche che mal si attagliano alle esigenze sottese alla fattispecie in commento¹²⁷⁷.

¹²⁷² Sul punto è interessante richiamare il sistema stragiudiziale di risoluzione delle controversie tra i clienti, le banche e gli altri intermediari garantito dall'Arbitro Bancario Finanziario (istituito nell'ottobre del 2009). In merito, cfr. S. RUPERTO, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 328 ss.

¹²⁷³ E. BATTELLI, *La tutela collettiva contro le pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. Minervini e Liliana Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 25 ss.

¹²⁷⁴ Cfr. *supra*, p. 223 ss.

¹²⁷⁵ Si fa riferimento all'interprete.

¹²⁷⁶ Cfr. ad esempio il criterio di essenzialità della clausola sancito dall'art. 1419, comma primo, c.c. "La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità

Sarà, pertanto, indispensabile interrogarsi sulla struttura e sulla “*ratio*” della sanzione, apportando quegli accorgimenti funzionali al tipo di interesse tutelato. Da qui la necessità di richiamare la categoria della nullità di protezione¹²⁷⁸.

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette presenta, dunque, dei caratteri che la pongono in posizione, per così dire, intermedia rispetto al tradizionale modo di rappresentare le conseguenze civilistiche della condotta tenuta da una parte contrattuale. Ciò significa, concretamente, che all’interprete una sola operazione è preclusa: richiamare, “*sic et simpliciter*”, la sanzione della nullità di cui al codice civile¹²⁷⁹ che, in ragione delle sue peculiarità, appare del tutto esorbitante rispetto al tipo di problema individuato¹²⁸⁰.

dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità”

¹²⁷⁷ G. COLANGELO, *La nullità come rimedio antitrust: Effetti e problemi*, cit, p. 503 ss.

¹²⁷⁸ G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit, p. 78 ss

¹²⁷⁹ Si fa riferimento alla nullità di cui agli artt. 1418 ss. c.c.

¹²⁸⁰ Applicare la nullità ex artt. 1418 ss. c.c., significherebbe pregiudicare l’interesse del consumatore destinatario della pratica commerciale scorretta alla conservazione del contratto.

Bibliografia

AA.VV. *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999, p. 223 ss.

AA.VV., *Dieci lezioni introduttive a un corso di diritto privato*, Torino, 2008.

AA.VV., *Profili civilistici dell'errore. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, in *Rivista della Scuola superiore dell'economia e delle finanze*, n. 12, 2005.

AA.VV., *La lotta contro i monopoli*, a cura di E. Scalfari, Bari, 1955.

G. ABBAMONTE, *The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition*, in AA.VV., *The Regulation of Unfair Commercial Practices Under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law 2007. p. 20 ss.

A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.

F. ALBISINNI, *Soggetti e oggetti della sicurezza, non solo alimentare, in Europa, prima e dopo Lisbona*, in *Riv. di diritto agrario*, 4, 2010, p. 614.

R. ALESSI, G. OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato, Commento alla legge 10 ottobre 1990 n. 287 e al Regolamento CEE n. 4064/89 del 21 dicembre 1989*, in *Quaderni di diritto commerciale europeo*, a cura di C. Angelici e G. Marasà, Torino, 1991, p. 33 ss.

G. ALPA, *Contratti di massa*, in *Enc. dir., Appendice, I*, Milano, 1997, p. 403 ss.

G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. Dir. Commerciale*, II, 1971, p. 27.

G. ALPA, *La tutela dei consumatori*, Bari, 1999.

C. ALVISI, *Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali*, in *Contratto e impresa*, I, 2008, p. 700 ss.

G. AMATO, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori, Due fini confliggenti?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2, 2009, p. 381 ss.

7 ss.

P. AMICO, *La Commissione europea propone di armonizzare la disciplina comunitaria in tema di pratiche commerciali sleali*, in *I contratti*, 2003, p. 957 ss.

ARISTOTELE, *Politica*, a cura di R. Laurenti, Roma-Bari, 2006, p. 3 ss.

P. AUTERI, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette, Attuazione e impatto sistematico della Direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008.

N. AVERITT, R. LANDE, *Using the "Consumer Choice" Approach to antitrust law*, in *Antitrust Law Journal*, 2007, n. 74, p. 256 ss.

A. BARENGHI, *sub art. 39, Codice del consumo*, V. Cuffaro (a cura di), Milano, 2006, p. 12 ss.

P. BARTOLOMUCCI, *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura*, in *i Contratti*, n. 10, p. 954 ss.

P. BARTOLOMUCCI, *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice civile*, in *Rassegna di diritto civile*, 2008, p. 267 ss.

P. BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali scorrette ed il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, in *Contratto e Impresa*, 4-5, 2007, p. 1416 ss.

P. BAROLOMUCCI, *Le pratiche commerciali sleali ed il contratto: un'evoluzione del principio di trasparenza*, in *Le pratiche commerciali sleali*, E. Minervini e Liliana Rossi Carleo (a cura di), Milano, 2007, p. 263 ss.

S. BASTIANON, *La tutela del consumatore alla luce delle nuove norme legislative e regolamentari in materia di pratiche commerciali sleali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 7, 2008, p. 1462.

S. BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul libro verde della Commissione*, in *Mercato concorrenza regole*, 2006, II, p. 322 ss.

S. BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*, commento a Cass. Civ., sez. I, 9.12.2002., n. 17475, in *Danno e resp.*, IV, 2003 p. 393 ss.

E. BATTELLI, *La tutela collettiva contro le pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. Minervini e Liliana Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 25 ss.

F. BENATTI, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, V, p. 8.

G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2000, p. 8

G. BENEDETTI, *Negozio giuridico e iniziativa economica privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 574 ss.

M. BENINCASA, *Gli accordi di riservatezza*, Milano, 2008.

A. BERTOLOTI, *Ancora su norme antitrust e contratti a valle*, nota a Corte d'Appello di Brescia, 29.01.2000, in *Giur. it.*, 2000, p. 1876 ss.

- M. BESSONE, *Economie di mercato e controllo amministrativo degli standards dei contratti d'impresa*, in *Riv. soc.*, 1979, VI, p. 1296 ss.
- M. BESSONE, *I contratti standard*, in *Casi e questioni di diritto privato*, V, a cura di E. Roppo, Milano, 1999, p. 240 ss.
- M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e regola di correttezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 999 ss.
- M. BESSONE, *Buona fede in senso oggettivo, recesso dalle trattative e responsabilità per danno ingiusto*, in *Giur. merito*, 1978, p. 1165.
- E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, XXVI, G. Crifò (a cura di), 1994.
- E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949.
- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 469 ss..
- C. M. BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, Milano, 2000.
- ELENA BIGI, *Osservatorio comunitario*, in *i Contratti*, n. 7, 2005, p. 728 ss.
- F. BILOTTA, M. CERRATO, *La vessatorietà delle clausole nei contratti del consumatore*, in *I contratti in generale, (Il diritto privato nella giurisprudenza*, Collana a cura di P. Cendon, Torino, 2001, IV, p. 150 ss.
- N. BOBBIO, *Analogia*, in *Noviss. Dig.*, 1968, I, p. 601 ss.
- D. BONACCORSI DI PATTI, *Le pratiche commerciali scorrette: prime note sul procedimento istruttorio innanzi all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 4, 2008, p. 669 ss.
- P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano (ristampa)*, Milano, 1987.

P. BORTONE, *Pratiche commerciali obblighi di informazione e responsabilità precontrattuale*, in *Le pratiche commerciali sleali*, E. Minervini e Liliana Rossi Carleo (a cura di), Milano, 2007.

T. BROGGIATO, *La direttiva 2005/29 sulle pratiche commerciali sleali*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2006, 2, p. 21 ss.

G. BRUZZONE, M. BOCCACCIO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo, una prospettiva economica*, in *Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela*, Atti del Convegno AGCM-Luiss-Università degli Studi Roma tre, Roma, 29 gennaio 2010, p. 5 ss.

F. CAFAGGI, *D.Lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, Attuazione della direttiva n. 450/84/CEE in materia di pubblicità ingannevole*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1993, p. 738 ss.

R. CALVO, *Il Codice del consumo tra “consolidazione” di leggi e autonomia privata*, in *Contratto Impresa Europa*, 2006, p. 77 ss.

R. CALVO, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, Giovanni De Cristofaro (a cura di), 2008, p. 260 ss.

R. CALVO, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, p. 67 ss.

C. A. CANNATA, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Trattato di diritto privato (diretto da P. Rescigno)*, vol. IX, I, Torino, 1999, p. 43 ss.

- R. CARLEO, *Codici di settore*, in *XXI secolo. Norme e idee*, Istituto della *Enciclopedia italiana fondata da G. Treccani*, Roma, 2009, p. 470 ss.
- R. CARLEO, L. D'ALESSANDRO, *Bruno Leoni, o dello scambio come fondamento del diritto*, in AA.VV., *Diritto ed Economia, problemi e orientamenti teorici*, Padova, 1999, p. 51 ss.
- E. CARLONI, *L'uniformità come valore. La Corte oltre la tutela della concorrenza*, in *Le Regioni*, n. 3, maggio 2010, p. 679.
- F. CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1955, I, p. 210 ss.
- F. CASAVOLA, *Dolo. Diritto romano (voce)*, in *Nov. dig. It.*, VI, UTET, 1957, p. 148 ss.
- C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, I, p. 21 ss.;
- C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 2004, p. 469 ss.;
- G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa. Valore sistematico ermeneutico delle classificazioni*, in *Rivista di diritto civile*, I, 2004, p. 849 ss.
- A. CIATTI, *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, Giovanni De Cristofaro (a cura di), Torino, 2008, p. 418 ss.

- S. CICCARELLI, *La tutela del consumatore nei confronti della pubblicità ingannevole e delle pratiche commerciali scorrette ex D.lgs. n. 146/2007*, in *Giur. Merito*, 2008, VII-VIII, p. 1820.
- M. T. CICERONE, *De officiis*, 3, 14.58.
- A. CICU, *Gli automi nel diritto privato*, in *Scritti minori*, Milano, 1965, II, p. 315.
- F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 121 ss.
- M. CLARICH, *Autorità indipendenti: Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005.
- V. COLACINO, *Actio de dolo (voce)*, in *Nov. dig. it.*, I, UTET, 1957, p. 259.
- E. COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Edizioni dell'Ateneo, 1948, p. 355 ss.
- G. COLANGELO, *La nullità come rimedio antitrust: Effetti e problemi (Relazione al XIX Colloquio Biennale di diritto comparato, 10-12 maggio 2007, Ferrara)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, III, p. 503 ss.
- H. COLLINS, *The Unfair Commercial Practices Directive*, in *European Review of Contract Law*, 2005, 420 ss.
- A. CONTI, F. PORRO, A. M. RODRIGUES, *Individualismo globale*, in *Teme*, 2007, IX, p. 35 ss.
- N. CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano, 1990.
- A. COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, in *Le pratiche commerciali sleali*, E. Minervini, L. Rossi Carleo (a cura di), Milano, 2007, p. 245 ss.

M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989.

COX - GHEUR, *La directive sur les pratiques commerciales déloyales: Analyse critique de sa transposition en droit belge et en droit français*, in *Revue Européenne de droit de la consommation*, 2008, p. 205 ss.

G. DALLE VEDOVE, *Le pratiche commerciali aggressive*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette, Attuazione e impatto sistematico della Direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008.

G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Il nuovo diritto dei contratti, problemi e prospettive*, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2004.

S. D'ANDREA, *Contratti standard, contratti del consumatore e Costituzione*, in *Autonomia privata individuale e collettiva*, a cura di P. Rescigno, Napoli, 2006.

G. DE CRISTOFARO, *L'attuazione della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano: profili generali*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, Giovanni De Cristofaro (a cura di), 2008.

G. DE CRISTOFORO, *La direttiva 2005/29/CE. Contenuti, rationes, caratteristiche*, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, G. De Cristofaro (a cura di), Torino, 2007.

G. DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2006, p. 3 ss.

G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il D.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/CE*, in *Studium iuris*, 11, 2007, p. 1182 ss.

G. DE CRISTOFARO, *Il “cantiere aperto” codice del consumo: modificazioni e innovazioni apportate dal D.Lgs 23 ottobre 2007 n. 221*, in *Studium iuris*, 2008, p. 265 ss.

G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa: il D.Lgs. 2007, n. 145*, in *Studium iuris*, 2007, p. 1307 ss.

G. DE CRISTOFARO, *Il “codice del consumo”: un’occasione perduta?*, in *Studium Juris*, 2005, p. 1137 ss.

G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, Giovanni De Cristofaro (a cura di), Torino 2008.

M. DEE PRIDGEN, *FTC Law of Unfair and Deceptive Trade Practices*, in *Consumer protection and the Law*, chapter 8, Thomson Reuters, 2010.

B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964.

F. DELFINI, G. GITTI, *Autonomia privata e tipizzazione contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, III, p. 471 ss.

G. DE NOVA, *Le fonti di disciplina del contratto e le autorità indipendenti*, in *L’autonomia privata e le autorità indipendenti, la metamorfosi del contratto*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006.

F. DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. tipi protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2009, I, p. 1057.

- F. DENOZZA, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori, Due fini confliggenti?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2, 2009, p. 389 ss.
- M. DE POLI, *Servono ancora i raggiri pe annullare il contratto per dolo? Note critiche sul concetto di reticenza invalidante*, in *Riv. dir. Civ.*, 2004, p. 911 ss.
- G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009.
- L. DI MAURO, *L'iter normativo: dal Libro Verde sulla tutela dei consumatori alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. Minervini e Liliana Rossi Carleo, Milano, 2007.
- L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali aggressive*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, Giovanni De Cristofaro (a cura di), 2008.
- L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto Impresa Europa*, 2007, 1, p. 62.
- M. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, Torino, 2007.
- M. DONA, *L'elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell'allegato I della direttiva 2005/29/CE*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. Minervini e Liliana Rossi Carleo, Milano, 2007.
- E. ELHAUGE, *Disgorgement ac an Antitrust Remedy*, in *Antitrust Law Journal*, 2009, vol. 76, p. 5 ss.
- K. EVERETT, *Trust issues: Will President Barack Obama Reconcile the Tenuous Relationships Between Antitrust Enforcement Agencies?*, in *Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary*, 2009, n. 29, p. 727 ss.

- P. FABBIO, *I codici di condotta*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette, Attuazione e impatto sistematico della Direttiva 2005/29/CE*, Anna Genovese (a cura di), Padova, 2008.
- V. FALCE, *Pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole: Il Garante emana i regolamenti*, in *Il Diritto industriale*, 2008, I, p. 57 ss.
- V. FALCE, *Appunti in tema di disciplina comunitaria sulle pratiche commerciali sleali*, in *Rivista del Diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1, 2009, p. 437 ss.
- A. FALZEA, voce “*Rilevanza Giuridica*”, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, p. 901
- A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1999, p. 293.
- P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010.
- G. B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004.
- L. FERRONI, *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Milano, 1998, p. 315 ss.;
- G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983.
- M. FINOCCHIARO, *La posizione del consumatore finale è equiparata a quella dell'imprenditore*”, in *Guida al diritto*, 2005, VII, p. 30 ss.
- E. FOX, *Antitrust and Institutions: Design and Change*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, n. 41, 2010, p. 487 ss.
- L. FRANZESE, *Il contratto oltre privato e pubblico*, Padova, 1998.
- M. FRANZONI, *Un vizio del consenso: il dolo*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, vol. III, Milano, 1998, p. 315 ss.

- E. FRENI, *Pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole: il ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2008, p. 5.
- M. FUSI, *La pubblicità ingannevole, Commento al D.Lgs. 25 gennaio 1992, n. 74*, Milano, 1993, p. 223 ss.
- G. GABELLONE, *Abuso di posizione dominante e tutela del contraente debole. Profili privatistici*, Napoli, 2000.
- F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988, p. 233 ss.
- F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 919 ss.
- F. GALGANO, *Un codice per il consumo*, in *Vita notarile*, 2007, 1, p. 2 ss.
- A. GARDE, M. HARAVON, *Unfair Commercial Practices, Towards a Comprehensive European Consumer Policy?*, in *Revue européenne de droit de la consommation*, 2006, p. 122.
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIII ed., 2007, p. 548 ss.
- F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 35.
- A. GENOVESE, *L'enforcement e le tutele*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette, Attuazione e impatto sistematico della Direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008.
- A. GENOVESE, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. Comm.*, I, 2008, p. 767 ss.
- 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*, XVII, 2008, p. 297 ss.

- ANDREA GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, Milano, 2008.
- A. GENTILI, *De Jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 29.
- A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, p. 165.
- A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. di diritto privato*, n. 3, 2010, p. 37 ss.
- G. GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.*, 1999, V, p. 606 ss.
- C. GRANELLI, *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 p. 777 ss.
- M. M. GREENFIELD, *Consumer Law*, Little, Brown & Company, p. 49 ss.
- E. GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali, Prime note*, in *Contratti*, 2007, p. 173.
- E. GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, 2010.
- G. GUIZZI, *Consumatori e concorrenza nell'esperienza della giurisprudenza civile*, in *20 anni di antitrust, L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, vol. II.
- G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, IV, p. 67 ss.
- B. HOFFMAN, S. ROYALL, *Administrative litigation at the FTC: Past, Present and Future*, in *Antitrust Law Journal*, 2003, vol. 71, p. 319 ss.

- G. HOWELLS, T. WILHELMSSON, *EC consumer law: has it come of age?*, in *European Law Review*, 2003, p. 370 ss.
- P. IANNUCELLI, *Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 710 ss.
- R. INCARDONA, *La direttiva n. 2005/29/Ce sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni*, in *Il Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2006, p. 361 ss.
- N. IRTI, *“Codici di settore”: compimento della “decodificazione”*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005.
- N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998.
- N. IRTI, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1990.
- N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 352 ss.
- N. IRTI, *Autonomia privata e forma di Stato*, in *Scritti per Uberto Scarpelli*, a cura di L. Gianformaggio e M. Jori, Milano, 1997.
- N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico*, Napoli, 1973.
- N. IRTI, *Norme e fatti*, Milano, 1984, p. 57.
- N. IRTI, *I cinquant'anni del Codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, p. 227 ss.
- N. IRTI, *<<E' vero, ma...>> (Replica a G. Oppo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 274.
- N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999.
- A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, III, Padova, 2003.

- S. W. KANWIT, *Federal Trade Commission*, Thomson West ed., 2010.
- L. KEARNEY PEAY, *The Cautionary Tale of the Failed 2002*, FTC/DOJ Merger Clearance Accord, in *Vanderbit Law Review*, 2007, p. 1307 ss.
- S. KIRSCHEN, sub art. 18, lett. a), in *Le modifiche al codice del consumo*, E. Minervini, L. Rossi Carleo (a cura di), Torino, 2009.
- P. KNIPPA, *Primary Jurisdiction Doctrine and the Circumforaneous Litigant*, in *Texas Law Review*, 2007, vol. 85, p. 1289 ss.
- W. KOVACIC, MARC WINERMAN, *Competition Policy and the application of Section 5 of the FTC Act*, in *Antitrust Law Journal*, 2010, vol. 76, p. 942 ss.
- W. KOVACIC, *Congress and the Federal Trade Commision*, in *Antitrust Law Journal*, n. 57, p. 869 ss., 1988
- W. KOVACIC, *The Federal Trade Commission and Congressional Oversight: A historical Perspective*, in *Public Choice and Regulation* 63-94, Washington D.C., a cura di Robert Mackai et al., 1987.
- W. KOVACIC, *The Modern Evolution of U.S Competition Policy Enforcement Norms*, in *Antitrust Law Journal*, n. 71, 2003, p. 377 ss.
- W. KOVACIC, *The Federal Trade Commission at 100: Into our 2nd Century*, gennaio 2009, in <http://www.ftc.gov/os/2009/01/ftc100rpt.pdf>, p. 24 ss.
- W. KOVACIC, *Toward a Domestic Competition Network*, in *Competition Laws in conflict*, a cura di R. Epstein, M. Greve, Washington, D.C., 2004, p. 316 ss.
- L. LA ROCCA, sub art. 25, in *Codice del consumo e norme collegate*, V. Cuffaro (a cura di), Milano, 2008, p. 170 ss.
- A. LEONE, *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, in *Il diritto industriale*, n. 3, 2008, p. 255 ss.

- M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, p. 433 ss.
- M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 237 ss.
- M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e Impresa*, 2009, p. 73 ss.
- M. LIBERTINI, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Federalismi.it*, 15/2009, p. 16.
- F. LUCCHESI, sub art. 18, in *Codice del Consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2009.
- W. MACLEOD, E. BRUNINS AND A. KERTESZ, *Three rules and a constitution: consumer protection finds its limits in competition policy*, in *Antitrust Law Journal.*, 2005, p. 943 ss.
- M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996.
- M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995.
- M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da A. MASI, voce *Nullità (Storia)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 864.
- F. MASSA, sub art. 21, in *Codice del consumo e norme collegate*, V. Cuffaro (a cura di), Milano, 2008.
- M. R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette, Attuazione e impatto sistematico della Direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008.

M. MAZZAMUTO, L. NIVARRA, *Principi generali e legislazione speciale: l'attualità del codice civile italiano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 532 ss.

V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, A. Genovese (a cura di), Padova, 2008.

M. MELI, *Autonomia privata, Sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001, p. 145 ss.

V. MELI, *Diligenza professionale, consumatore medio e regola di de minimis nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it, 2011, p. 7 ss.

V. MELI, voce *Pubblicità ingannevole*, in *Enc. Giur. Treccani, Aggiornamento*, Roma, 2006, p. 7.

L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità contrattuale*, in *Riv. di diritto commerciale*, 1956, II, p. 360 ss.

F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti, la metamorfosi del contratto*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006.

F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957.

E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2006.

E. MINERVINI, *Dei contratti dei consumatori in generale. Appendice di aggiornamento*, Torino, 2008.

E. MINERVINI, *Le decisioni con impegni in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *20 anni di antitrust, l'evoluzione dell'Autorità Garante della*

Concorrenza e del Mercato, C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), Torino, 2010, II.

A. MIRONE, *Pubblicità e invalidità del contratto, la tutela individuale contro le pratiche commerciali scorrette*, in *AIDA*, 2008, p. 309 ss.

S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995.

A. NICITA, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori, Due fini confliggenti?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2, 2009, p. 397 ss.

M. NUZZO, *Negoziio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 8.

M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. Minervini e Liliana Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 235 ss.

M. ONORATO, *Decodificazione della proposta e nullità della clausola nel contratto stipulato con il consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 623.

G. OPPO, *Le ragioni del diritto: il diritto commerciale*, in *Jus*, 1996, p. 75.

G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, I, p. 841 ss.

G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525 ss.

M. ORLANDI, *Appunti sull'eteronomia contrattuale*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004.

M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *L'Autonomia privata e le autorità indipendenti, la metamorfosi del contratto*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006.

S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *I contratti*, 11, 2009, p. 1041 ss.

- I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998.
- A. PALLOTTA, *Le pratiche commerciali aggressive*, in *Le pratiche commerciali sleali, Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, E. Minervini, L. Rossi Carleo (a cura di), Milano 2007.
- A. PALMIERI, *Arriva il Codice del consumo: riorganizzazione (tendenzialmente) tra addii e innovazioni*, in *Foro italiano*, 2006, V, p. 81 ss.
- R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in *Diritto Antitrust italiano*, a cura di A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L. C. Ubertazzi, Bologna, 1993.
- R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, in *Foro it.*, 2005, I, p. 1015 ss.
- A. PARRELLA, *La reticenza nei negozi giuridici*, in *Temi emiliana*, 1930, II, p. 241.
- G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995.
- G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Commentario al codice civile*, Milano, 1993, p. 325 ss.
- A. PERA, *Le relazioni pericolose: Antitrust e interesse dei consumatori*, in *20 anni di antitrust, L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, vol. II.
- A. PERA, *Tutela della concorrenza e protezione del consumatore: quali complementarità?*, in *Atti del VII° Convegno di Treviso*, 22-23 maggio 2009, *Antitrust between EC Law and National Law*, Milano, 2009, p. 325 ss.

- R. J.R. PERITZ, *Toward an Expansive Reading of FTC Act § 5: Beyond the Sherman Act and Ex Post Model of Enforcement*, in *New York Law School Research Paper Series*, 27 luglio 2009.
- P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003.
- P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, III, p. 560 ss.
- M. PERTSHUCK, *Report to the House Subcommittee on Oversight and Investigations of the Committee on Energy and Commerce*, in *Federal Trade Review*, 1984.
- S. PERUGINI, *Sub art. 23*, in *Le modifiche al Codice del consumo*, E.Minervini, L. Rossi Carleo (a cura di), Milano, 2009.
- C. PIAZZA, *Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali sleali. Tutela amministrativa e giurisdizionale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, I, 2008, p. 11 ss.
- R. PITOFKY, *Antitrust at the Turn of the Twenty-First Century: The Matter of the Remedies*, in *Georgetown Law Journal*, 2002, vol. 91, p. 181 ss.
- A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007.
- C. A. PRATESI, *Marketing sleale e tutela giuridica dei consumatori*, in *Le pratiche commerciali sleali*, E. Minervini e Liliana Rossi Carleo (a cura di), Milano, 2007.
- F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, p. 2045 c.c.
- C. PUNZI, *La funzione del giudice nell'attuale evoluzione del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, p. 10 ss.

- A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto, II, Le regole di comportamento*, Milano, 1974, p. 37 ss.
- P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, p. 3 ss.
- A. RICCIO, *L'equità correttiva è, dunque, assurta a regola generale*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, p. 927 ss.
- S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, (Ristampa integrata).
- R. ROLLI, *Il "codice" e i "codici" nella moderna esperienza giuridica, il modello del codice del consumo*, in *Contratto e Impresa*, 2007, 6, p. 1496.
- V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, G. Iudica, P. Zatti (a cura), Milano, 2001.
- E. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali dell'impresa*, Milano, 1975.
- V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, IV, p. 769 ss.
- V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente*, in *Riv. di diritto privato*, 3, 2010, p. 19 ss.
- J. T. ROSCH, *Rewriting History: Antitrust Not As We know It ... Yet*, Washington, D.C., 23 aprile 2010, in www.ftc.gov/speeches/rosch.
- G. ROSSI, *L'antitrust come libertà dei cittadini*, in *Micromega*, 1995, I, p. 113 ss.

G. ROSSI, *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle “norme bancarie uniformi”*, in *Giur. it.*, 1996, p. 219 ss.

GIUS. ROSSI, *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle norme bancarie uniformi*, in *Giur. it.*, 1996, I, p. 213 ss.

L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali, Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, E. Minervini e L. Rossi Carleo (a cura di), Milano, 2007.

L. ROSSI CARLEO, *Il comportamento “ostativo” del professionista tra “ostacoli non contrattuali” e “ostacoli contrattuali”*, in *20 anni di Antitrust, L’evoluzione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C. Rabitti Bedogni e P. Barucci (a cura di), Torino, 2010.

S. RUPERTO, *L’“Arbitro Bancario Finanziario”*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 328 ss.

R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 2004, III ed.

R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 1993, II, p. 414 ss.

A. SACCO GINEVRI, *La direttiva 2005/29/CE e la disciplina della Concorrenza*, in *Le pratiche commerciali sleali, direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini, L. Rossi Carleo.

F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, p. 240 ss.

M. SCALI, *sub art. 18, lett. l.*, in *Le modifiche al Codice del consumo*, E. Minervini, L. Rossi Carleo (a cura di), 2009, p. 156 ss.

- V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, III, p. 489 ss.
- V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 201 ss.
- P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 231 ss.
- P. SCHLESINGER, *Il nuovo diritto dell'economia*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti, la metamorfosi del contratto*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006.
- E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, I, p. 1105.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 331 ss.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 399 ss.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Voce << Negozio giuridico >>*, in *Enc. Giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 8 ss.
- G. SCOGNAMIGLIO, *Le pratiche commerciali sleali: Disciplina dell'atto o dell'attività*, in *20 anni di Antitrust, L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C. Rabitti Bedogni e P. Barucci (a cura di), Torino, 2010.
- F. SEBASTIO, *I consumatori di fronte alle pratiche commerciali sleali delle imprese*, in *Disciplina del Commercio e dei Servizi*, 1, 2007, p. 38 ss.

- P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 800 ss.
- G. STOLFI, *In tema di responsabilità contrattuale*, in *Foro it.*, I, 1954, p. 1110 ss.
- G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 230.
- G. TADDEI ELMI, *Tutele civili e antitrust*, in *Concorrenza e Mercato, le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, a cura di G. Vettori, Padova, 2005.
- G. TADDEI ELMI, *sub art. 25*, in *Codice del consumo, Commentario*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2007.
- G. TADDEI ELMI, *La tutela davanti all'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato*, in *Codice del Consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2009.
- C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbligazioni e Contratti*, n. 10, 2009, p. 775 ss.
- A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1990.
- R. TOMMASINI, *Il rimedio della nullità parziale: l'evoluzione del sistema*, in *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, a cura di R. Tommasini, Torino, 2007, p. 499.
- A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1937, p. 190 ss.
- P. TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955, p. 191 ss.
- C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990.
- P. VALÉRY, *Sguardi sul mondo attuale*, trad. it. di Paffaro, Milano, 1994, p. 213.

- I. VAN BAELE, J. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law international, 2005, p. 73.
- F. VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, Milano, 2004.
- G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, Milano, 2004, p. 1696 ss.
- G. VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, IV, p. 921
- G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2, 2008, p. 108.
- G. VETTORI, *sub art. 39, Codice del consumo. Commentario*, G. Alpa, L. Rossi Carleo (a cura di), Padova, 2007.
- G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese (diritto dei contratti e regole di concorrenza)*, Milano, 1983, p. 35 ss.
- G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 241 ss.
- G. VETTORI, G. TADDEI ELMI, *Rimedi civilistici e concorrenza, Le pratiche commerciali scorrette*, in *20 anni di Antitrust, L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C. Rabitti Bedogni e P. Barucci (a cura di), Torino, 2010.
- L. G. VIGORITI, *Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 2, p. 523 ss.
- G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993.
- F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004.

F. VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 40 ss.

PETER C. WARD, *Federal trade Commission*, 2011, *Law Journal Press*, § 1.03.

T. WILHELMSSON, *Misleading Practices*, in *European Fair Trading Law, Unfair Commercial Practices Directive*, 2006, p. 124.

T. WILHELMSSON, *Annex I*, in *European Fair Trading Law, The unfair commercial practices Directive*, G. Howells, Hans Micklitz, Thomas Wilhelmsson (a cura di), 2006, p. 200 ss.

T. WILHELMSSON, *The informed consumer vs. the vulnerable consumer in European unfair commercial practices law – A comment*, in *Yearbook of consumer law*, Aldershot, 2007, p. 211 ss.

T. WILHELMSSON, *Scope of the Directive*, in *European Fair Trading Law*, 2006 p. 49 ss.

V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra contratti commerciali e contratti dei consumatori)*, in *Giurisprudenza italiana*, 1993, IV, p. 57 ss.

A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo, Problemi generali*, Padova, 1985.

A. ZOPPINI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Rivista di diritto privato*, n. 3/2010, p. 41 ss.

N. ZORZI GALGANO, *Il Consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2, 2010, p. 549 ss.