



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dipartimento di Giurisprudenza
Scuola Dottorale Internazionale "Tullio Ascarelli"
Dottorato di ricerca in Diritto Privato – XXVI CICLO – IUS01

Pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali

LA DOTTORESSA
IDA CUFFARO

IL COORDINATORE
CH.MA PROF.SSA ROSALBA ALESSI

IL TUTOR
CH.MA PROF.SSA ROSALBA ALESSI

CICLO XXVI
ANNO CONSEGUIMENTO TITOLO 2017

Indice

Capitolo I - La direttiva 2005/29 CE sulle pratiche commerciali sleali e la disciplina nazionale	5
1. La direttiva 2005/29 CE sulle pratiche commerciali sleali: una disciplina conformativa e di regolazione del mercato a tutela del consumatore	5
2. Dal libro Verde sulla tutela dei consumatori alla direttiva 2005/29 CE	8
3. Natura e contenuti della direttiva sulle pratiche commerciali sleali	10
4. Il recepimento della direttiva 2005/29 CE nell'ordinamento nazionale	12
4.1 Lo sdoppiamento della disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa	12
4.2 Le pratiche commerciali scorrette: correttezza e buona fede nell'impianto della disciplina	14
5. Il divieto di pratiche commerciali scorrette	17
5.1 L'Ambito di applicazione soggettivo della disciplina	17
5.2 La nozione di pratica commerciale	19
6. La clausola generale di scorrettezza	22
6.1 Il rapporto tra clausola generale e fattispecie tipiche	22
6.2 I parametri di valutazione della scorrettezza	27
6.2.1 La contrarietà alla diligenza professionale	27
6.2.2 La falsità o idoneità della pratica a falsare il comportamento economico del consumatore medio	30
7. La regola de minimis	33
7.1 Il principio di proporzionalità e i caratteri strutturali della pratica commerciale vietata	33
7.2 L'orientamento della Corte di Giustizia sulla pratica isolata	35
8. Le pratiche commerciali ingannevoli	37
9. Le pratiche commerciali aggressive	41
10. La repressione delle pratiche commerciali scorrette e il sistema di enforcement prescelto dal legislatore	44
11. Violazione del divieto di pratica commerciale scorretta e diritti individuali dei consumatori	47

Capitolo II - Le pratiche commerciali scorrette e il possibile impatto sul (singolo) contratto: fattispecie significative	51
1. Funzione e obiettivi dell'analisi	51
2. Le pratiche commerciali scorrette nella formazione del contratto	53
3. Il caso ENEL-richiesta cambio fornitore	60
4. La pratica commerciale scorretta del c.d. tying o vendita abbinata: il caso Banca Mediolanum	65
5. Pratiche commerciali scorrette nell'esecuzione del contratto	67
6. Il caso Apple e alcune notazioni conclusive a margine della rassegna	71
Capitolo III - I rimedi civilistici a valle di una pratica commerciale scorretta	75
1. I rapporti tra la disciplina delle pratiche commerciali scorrette e il contratto: il doppio binario di tutela	75
2. Il dibattito sui rimedi contrattuali conseguenti alla violazione del divieto di pratica commerciale scorretta	78
3. Tutela individuale e pratiche commerciali scorrette: la soluzione della responsabilità extracontrattuale	81
4. I rapporti tra scorrettezza della pratica commerciale e illecito civile	84
5. Il rimedio della nullità	89
6. Il rimedio dell'annullabilità	96
7. L'incidenza della disciplina delle pratiche commerciali scorrette sul piano dell'interpretazione sistematica dei vizi del consenso	99
8. L'impatto della pratica commerciale scorretta sull'annullamento del contratto	105
9. Il caso Pereničová e il punto di intersezione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette con quella generale del contratto	109
10. La rilevanza probatoria dell'accertamento della pratica commerciale scorretta nel giudizio civile di annullamento	110
11. La responsabilità precontrattuale	113

Capitolo IV - Analisi comparata delle soluzioni accolte dai legislatori degli Stati membri	119
1. La discrezionalità degli Stati membri e rimedi civilistici alla violazione del divieto di pratica commerciale sleale	119
2. Le soluzioni accolte dagli Stati membri	120
2.1 Il problema della (in) validità del contratto a valle di una pratica commerciale sleale	120
2.2 Violazione del divieto di pratica commerciale sleale e illecito civile	124
3. La scelta del legislatore del Regno Unito: il recesso e il risarcimento del danno	127
Osservazioni Conclusive	133
Bibliografia	145

Capitolo I - La direttiva 2005/29 CE sulle pratiche commerciali sleali e la disciplina nazionale

1. La direttiva 2005/29 CE sulle pratiche commerciali sleali: una disciplina conformativa e di regolazione del mercato a tutela del consumatore

La direttiva 2005/29 CE sulle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea l'11 Giugno del 2005, si inserisce nel novero degli interventi comunitari che trova la sua base giuridica nell'ex art. 95 CE (oggi art. 114 TFUE)¹. L'intervento legislativo comunitario è, infatti, una misura diretta al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, adottata per consentire l'instaurazione e assicurare il funzionamento del mercato interno. Nel quadro della realizzazione del mercato interno, la misura rientra tra quelle che la Comunità ha adottato nel perseguimento degli obiettivi individuati dall'art.153 par.1 CE, e, in particolare, per la tutela degli interessi economici dei consumatori al fine di assicurare loro un livello elevato di protezione.

L'approccio comunitario nella materia delle pratiche commerciali sleali, invero, esibisce una logica che tradisce la funzionalità della tutela del consumatore alla garanzia esterna del mercato concorrenziale².

¹ Sull'argomento diffusamente si veda G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29 CE, in Pratiche commerciali scorrette e codice di consumo* (a cura di) G. De Cristofaro, Giappichelli, Torino, 2008;

² In generale sui rapporti tra concorrenza e tutela dei consumatori, T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», Giuffrè, 1954, 927 s.; CESERES, *Competition laws and Consumer Protection*, Kluwer, The Hague, 2005; AVERITT-LANDE, *Using the "Consumer choice" Approach in Antitrust law*, in *74 Antitrust journal*, 2007, p.175; nello specifico, C. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, in www.juscivile.it, 6, 2013, p.313; anche, M. BOCCACIO, G. BRUZZONE, *Il rapporto tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo: una prospettiva economica*, Convegno AGCM-Luiss-Università degli Studi Roma Tre, Roma, 29 gennaio 2010; A. SACCO GINEVRI, *La direttiva 2005/29 CE e la disciplina della concorrenza, in Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2007, p.85 s.

Le pratiche commerciali sleali falsano il comportamento economico del consumatore, distorcendo la capacità dello stesso di compiere scelte consapevoli.

Il fenomeno delle pratiche commerciali sleali è, dunque, un fallimento del mercato: la distorsione delle scelte economiche del consumatore provoca, infatti, distorsioni della concorrenza, in quanto il professionista che agisce slealmente sottrae opportunità commerciali ai concorrenti che rispettano le regole³.

Il legame tra la tutela del consumatore e la tutela della concorrenza rappresenta certamente la chiave di lettura dell'inedita disciplina consegnataci dal legislatore comunitario.

Tale circostanza è altresì scolpita nel considerando n. 8 della direttiva 29/2005 CE, nel quale si afferma espressamente che la direttiva <<tutela direttamente gli interessi economici dei consumatori e, quindi, indirettamente le attività legittime da quelle dei rispettivi concorrenti che non rispettano le regole previste e, pertanto, garantisce nel settore da essa coordinato una concorrenza leale>>.

Oggetto diretto della disciplina in questione è la tutela degli interessi economici dei consumatori. Tali interessi si sostanziano nella libertà di scelta dei consumatori, quale presupposto indefettibile di decisioni economicamente razionali; garantire ai consumatori scelte libere e consapevoli in merito ai beni o servizi offerti sul mercato, significa essenzialmente creare le condizioni di un libero mercato e di un sistema di scambi efficienti⁴.

³ Cfr. la Relazione illustrativa della <<Proposta di direttiva relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno>> (in COM (2003)356 def.), p.2 s. In tale contesto, si afferma, infatti, che le pratiche commerciali sleali provocano un fallimento del mercato riducendo la capacità dei consumatori di operare scelte consapevoli e quindi efficienti. Le preferenze dei consumatori risultano distorte, e ciò nuoce ai loro interessi collettivi anche laddove il consumatore vittima di una determinata pratica non subisca un pregiudizio finanziario. Questa distorsione delle decisioni dei consumatori provoca anche distorsioni della concorrenza, in quanto il professionista che agisce slealmente sottrae opportunità commerciali ai concorrenti che rispettano le regole.

⁴ In questo senso, A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in Rivista di diritto privato, 2010, p.37 s., il quale evidenzia che la scorrettezza consiste

In quest'ottica, è evidente che la tutela della libertà di scelta del consumatore è funzionale ad assicurare l'efficienza e la razionalità del mercato stesso, impedendo che il gioco della concorrenza risulti falsato dalle pratiche commerciali poste in essere dalle imprese.

Queste prime considerazioni consentono di cogliere l'essenza della disciplina sulle pratiche commerciali sleali: essa si presenta prima ancora che una disciplina a tutela del consumatore come una disciplina conformativa e di regolazione del mercato.

In una cornice che vede il diritto dei consumi come parte integrante della concorrenza, la nuova disciplina sposta l'attenzione <<dall'atto di consumo e dalla struttura del contratto, ossia dal profilo statico, all'attività e al profilo funzionale del comportamento ovvero al profilo dinamico e, di conseguenza, all'operazione economica⁵ >>.

Correlativamente, l'intervento legislativo sulla materia delle pratiche commerciali sleali riflette una visione liberale e non più paternalistica della tutela del consumatore. In questa mutata ottica, il consumatore non è più parte debole del rapporto contrattuale ma soggetto attivo e protagonista del mercato, titolare di scelte che, se consapevoli, possono incidere sul comportamento delle imprese, ricostruendo una corretta relazione tra i titolari della domanda e i titolari dell'offerta⁶.

Ma vi è un altro aspetto che colpisce l'interprete che si imbatte nell'esegesi della nuova disciplina.

nell'appropriamento della razionalità limitata del consumatore; le operazioni di scambio, a causa di tale appropriamento, non avvengono in modo corrispondente al modello ideale di scambio libero e consapevole e non realizzano quel surplus di ricchezza che giustifica lo scambio, e sono perciò inefficienti e inique.

⁵ V. L. ROSSI CORLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e diritto privato*, 2010, p. 689; N. ZORZI GALGANO, *Sull'invalidità a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contratto e Impresa*, 2011, p.921; G. SCOGNAMIGLIO, *Le pratiche commerciali sleali: disciplina dell'atto o dell'attività?*, in Barucci P., Rabitti Bedogni C. (a cura di) *20 anni di antitrust (l'evoluzione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato)* Torino, 2010, II, 1221 s.

⁶ Così M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e Impresa*, 2009, p.73 s.

Con la disciplina delle pratiche commerciali sleali, la libertà del consenso diviene oggetto di tutela fuori e ancor prima che il consenso stesso sia manifestato nell'ambito di una trattativa o di un contratto e con rimedi di natura necessariamente diversa, perché non possono incidere, sul contratto, che ancora talvolta non c'è⁷.

In tal modo, il legislatore comunitario consegna la tutela della libertà e del consenso contrattuale, e, quindi, un bene giuridico tutelato tradizionalmente dal diritto civile, ad una tipica disciplina di regolazione del mercato.

Tale circostanza - come è stato efficacemente osservato - tradisce una volta in più una precisa tendenza del diritto dei consumi ossia quella di allontanarsi, nella sua recente evoluzione, dal modello di un diritto privato dei consumatori per avvicinarsi ad un modello sempre più di diritto delle imprese e del mercato⁸.

2. Dal libro Verde sulla tutela dei consumatori alla direttiva 2005/29 CE

La direttiva 2005/29 CE sulle pratiche commerciali sleali nel mercato interno tra imprese e consumatori è stata adottata dalle istituzioni europee all'esito di un articolato dibattito avviato dal Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione Europea⁹.

Il libro verde auspicava la necessità di innovare la normativa comunitaria a tutela dei consumatori, con lo scopo principale di rimuovere o quantomeno ridurre gli ostacoli che si frappongono all'intensificazione delle negoziazioni transfrontaliere di merci e servizi tra imprese e consumatori e, in ultima analisi, alla creazione di un mercato unico all'interno dell'Unione Europea.

⁷ Cfr. C. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, cit., p.313

⁸ Così C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità* in *Obbligazioni e Contratti* 2010, 6, p.408;

⁹ Il libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea, predisposto dalla Commissione e presentato il 2 ottobre 2001 (in COM (2001) 531 def.), avanzava la tesi della necessità di una riforma della normativa comunitaria per affrontare il problema degli ostacoli alla fornitura transfrontaliera di merci e servizi ai consumatori, proponendo, a tal fine, la predisposizione di una direttiva quadro contenente un principio generale concernente le pratiche commerciali sleali.

Alla base dell'istanza di riforma avanzata dal Libro Verde, di cui la direttiva 2005/29 CE sulle pratiche commerciali sleali costituisce traduzione sul piano normativo, vi è la consapevolezza che l'intensificazione della circolazione transfrontaliera garantisce un più efficiente funzionamento del mercato interno, aumentando la pressione della concorrenza e permettendo un'offerta più efficiente e a prezzi più competitivi con un sostanziale beneficio per i consumatori¹⁰.

Questo circolo virtuoso può realizzarsi solo se il quadro normativo esistente incoraggia i consumatori e le imprese a praticare scambi transfrontalieri.

Le differenze esistenti tra le normative nazionali in materia di pratiche commerciali e pubblicità commerciali e un quadro normativo frammentario, invece, limitano in misura rilevante lo scambio transfrontaliero tra imprese e consumatori, ostacolando il buon funzionamento del mercato interno.

In primo luogo tali differenze impediscono alle imprese di adottare pratiche uniformi, imponendo loro di adattarsi alle peculiarità e alle prescrizioni delle diverse normative dei singoli Stati in cui intendono commercializzare i propri prodotti e servizi, con un conseguente aggravio dei costi da sostenere; allo stesso tempo, distolgono i consumatori dal compiere acquisti transfrontalieri. I consumatori vengono, infatti, scoraggiati, da un lato, dall'ignoranza della legge straniera, a cui spesso associano l'idea di uno scarso livello di tutela legale, dall'altro lato, dalla percezione di un maggior rischio di frode e di inganno.

¹⁰ Cfr. la Relazione illustrativa della <<Proposta di direttiva relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno>> (in COM (2003)356 def.), presentata dalla Commissione il 18 giugno 2003, p.2 s. L'incremento qualitativo e quantitativo delle negoziazioni transfrontaliere costituisce, ad avviso della Commissione, una condizione imprescindibile per il raggiungimento di due obiettivi fondamentali per lo sviluppo del mercato interno: per un verso, l'armonizzazione dei prezzi praticati all'interno del mercato europeo per i medesimi beni e servizi (e la riconduzione degli stessi al più basso livello possibile); per altro verso, l'ampliamento e la diversificazione dell'offerta di prodotti e servizi attingibili da parte dei consumatori, che consentirebbe a quest'ultimi di accedere anche ai beni e servizi qualitativamente migliori o più innovativi rispetto a quelli offerti da imprese stabilite nei Paesi in cui risiedono, finendo in tal modo per stimolare una maggiore e più effettiva concorrenza tra imprese.

L'esigenza di superare le difficoltà in questione veniva avvertita, non solo nei settori non regolati dal diritto comunitario, ma anche in quelli già disciplinati da provvedimenti comunitari di armonizzazione minimale, come nel caso della direttiva 84/450 CE sulla pubblicità ingannevole.

La direttiva 84/450 CE sulla pubblicità ingannevole, fissando criteri minimi di armonizzazione nazionale, non si opponeva al mantenimento o all'adozione da parte degli Stati membri di disposizioni più favorevoli per i consumatori. La conseguenza è che, anche nei settori già intercettati dal diritto comunitario, permanevano notevoli differenze idonee a ostacolare il buon funzionamento del mercato interno.

Per tali ragioni non stupisce che la soluzione, ritenuta, più opportuna dagli organi comunitari al fine di superare gli ostacoli alla fornitura transfrontaliera di prodotti e servizi ai consumatori, sia stata individuata nella predisposizione di un quadro giuridico uniforme in tutti gli Stati membri della disciplina delle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori.

La direttiva 2005/29 CE sulle pratiche commerciali sleali, infatti, intende realizzare un'armonizzazione massima, c.d. *target full armonization*, e non meramente minimale delle legislazioni nazionali, con esclusione della possibilità per gli Stati membri di adottare misure più restrittive di quelle definite dalla direttiva, nemmeno per garantire un più elevato livello di tutela dei consumatori.

3. Natura e contenuti della direttiva sulle pratiche commerciali sleali

La direttiva sulle pratiche commerciali sleali si connota per un approccio del tutto differente rispetto alle precedenti iniziative legislative¹¹.

¹¹ Accanto alla normativa sulle clausole abusive, che rappresenta il primo tassello della disciplina generale del contratto del consumatore, il diritto privato di fonte comunitaria ha sviluppato, infatti, soprattutto discipline a carattere speciale e settoriale volte per lo più a regolare specifiche figure contrattuali (contratto di multiproprietà, il contratto di pacchetto turistico e il contratto di credito al consumo), specifiche modalità di conclusione del contratto (la vendita a distanza o la vendita porta a porta e il contratto informatico) oppure ad introdurre nei tipi legali istituiti a prevalente vocazione rimediaria (garanzie nella vendita dei beni di consumo).

A differenza delle precedenti direttive a tutela del consumatore, che con un approccio tipicamente verticale interessano singole e specifiche categorie di pratiche commerciali (aventi ad oggetto determinati beni o servizi ovvero poste in essere con il ricorso a determinati mezzi di comunicazione), la normativa in questione ha una vocazione trasversale: essa è destinata ad applicarsi a qualsiasi condotta del professionista in relazione all'attività economica posta in essere¹².

Il divieto di pratica commerciale sleale, posto dall'art. 5 della direttiva, abbraccia, infatti, un ventaglio amplissimo di condotte, ricomprendendo <<qualsiasi azione o omissione, dichiarazione o comunicazione commerciale ivi compresi pubblicità e marketing >>¹³.

All'ampiezza della categoria dei comportanti descritti dalla nozione di pratica commerciale sleale, si accompagna altresì la vastità dell'orizzonte temporale preso in considerazione dal legislatore comunitario.

Il divieto si applica <<alle pratiche commerciali sleali, poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto>>¹⁴.

La natura generale della disciplina sulle pratiche commerciali sleali pone l'esigenza di coordinare tale regime normativo con le regole speciali inserite nelle direttive settoriali già vigenti.

¹² Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il D.lgs. n.46 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29 CE*, in *Studium Iuris*, 11/2007, p.1181 s., il quale evidenzia che la natura trasversale della disciplina delle pratiche commerciali sleali autorizza a ravvisare nella stessa il secondo pilastro della <<parte generale>> del regime normativo dei rapporti contrattuali tra consumatori e professionisti, destinato ad affiancare il primo pilastro costituito dalle disposizioni della direttiva 93/13 CEE, concernenti le clausole abusive: come queste ultime, e diversamente da tutte le altre disposizioni a tutela del consumatore, le regole relative alle pratiche commerciali sleali si applicano infatti a qualsiasi condotta direttamente connessa con qualsivoglia rapporto contrattuale, senza limitazioni di carattere oggettivo legate al contenuto, all'oggetto o alla causa negoziale.

¹³ L'art. 2 della direttiva 2005/29 CE, nell'indicare un elenco di definizioni rilevanti, stabilisce espressamente che per <<pratica commerciale tra imprese e consumatori>> si intende: <<qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori>>.

¹⁴ L'art. 3 della direttiva, intitolato <<ambito di applicazione>>, esordisce in questi termini: <<la presente direttiva si applica alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, come stabilite dall'art. 5, poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto>>.

A tal fine, l'art. 3 par. 4 della direttiva attribuisce alla disciplina delle pratiche commerciali sleali una natura meramente <<sussidiaria>>.

Ove sussistano disposizioni comunitarie che regolino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, tali disposizioni speciali, in caso di contrasto, sono destinate a prevalere su quelle generali della direttiva e a applicarsi a tali specifici aspetti.

Venendo ai contenuti precettivi della disciplina, la direttiva pone a carico dei professionisti che operano all'interno del mercato, non già obblighi di contenuto positivo, ma una prescrizione di contenuto negativo: il divieto di porre in essere pratiche commerciali sleali.

A tal fine, gli artt. 5-9 della direttiva dettano i criteri e i parametri in applicazione dei quali una pratica commerciale <<lesiva degli interessi economici dei consumatori>> può e deve considerarsi sleale.

Al contempo, il legislatore comunitario affida agli Stati membri il compito di predisporre <<mezzi adeguati e efficaci>> per prevenire e reprimere le pratiche commerciali sleali nonché un apparato di sanzioni <<effettive, proporzionate e dissuasive>> nei confronti dei professionisti che violassero il divieto.

A chiusura della disciplina, la direttiva, inoltre, prevede una serie di modifiche a provvedimenti comunitari vigenti; tra queste, assume particolare rilievo la modifica introdotta dall'art.14 alla direttiva 84/450 CE in materia di pubblicità ingannevole e comparativa.

4. Il recepimento della direttiva 2005/29 CE nell'ordinamento nazionale

4.1 Lo sdoppiamento della disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa

La trasposizione nell'ordinamento interno della direttiva sulle pratiche commerciali sleali è avvenuta con i d.lgs. n. 145 e 146 del 2007.

Il primo decreto contiene la disciplina generale della pubblicità ingannevole e comparativa, con le modifiche rese necessarie dall'attuazione dell'art. 14

della direttiva 2005/29 CE.

La previgente disciplina sulla pubblicità ingannevole - regolata dal d.lgs. 74 del 1992 che dava attuazione alla direttiva 450/84 CE¹⁵ - e sulla pubblicità comparativa - introdotta con il d.lgs. 67 del 2000- si applicava indistintamente <<a tutela degli interessi dei professionisti, dei consumatori e del pubblico in generale>>. Essa in origine confluiva nel codice del consumo, precisamente negli artt. 18 - 27 dello stesso codice.

L'art. 14 della direttiva, modificando la direttiva 84/450 CEE sulla pubblicità ingannevole e comparativa, esclude, invece, dal novero degli interessi oggetto di tutela della stessa, sia gli interessi dei consumatori che gli interessi del pubblico in generale. L'effetto di tale modifica è, quindi, quello di limitare l'ambito della disciplina sulla pubblicità alla sola tutela dei professionisti e alle sole relazioni *business to business*.

Il d.lgs. 145 del 2007, in esecuzione delle sopra indicate modifiche, opera, dunque, una separazione della disciplina della pubblicità sulla base di un criterio esclusivamente soggettivo ossia in base <<alla titolarità dell'interesse che sia eventualmente leso dalla comunicazione pubblicitaria¹⁶>>: qualora questo sia riferibile al consumatore sarà applicabile la normativa sulle pratiche commerciali sleali; qualora sia riferibile al professionista, troverà applicazione la disciplina sulla pubblicità. Il legislatore italiano chiamato a scegliere, in sede di recepimento della direttiva, se collocare la modificata disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa (ormai dedicata ai soli rapporti tra professionisti) in un provvedimento autonomo e distinto ovvero nel codice di consumo, opta per la prima alternativa. Così viene riservato ai rapporti *business to business* un

¹⁵ La direttiva 84/450 CE sulla pubblicità ingannevole e comparativa è stata sostituita dalla direttiva 2006/114 CE che ne ha sancito l'abrogazione: tale direttiva riproduce sostanzialmente i contenuti precettivi della direttiva 84/450 CE, quali risultanti dalle modifiche apportate dall'art.14 della direttiva 2005/29 CE.

¹⁶ Cfr. S. PERUGINI, *Le modifiche introdotte dalla direttiva 2005/29 CE alla disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* (a cura di) Minervini E. e Rossi Carleo L., Giuffrè, Milano, 2007, p.123 s.

corpus separato dal codice di consumo, dedicato esclusivamente alla pubblicità ingannevole e comparativa illecita tra professionisti.

In tale contesto normativo, dunque, i professionisti, beneficiari esclusivi della relativa tutela, sono quelli destinatari di messaggi pubblicitari finalizzati a promuovere l'acquisto di beni e servizi, suscettibili di essere utilizzati nell'ambito delle rispettive attività imprenditoriali o professionali¹⁷.

La tutela dei consumatori da messaggi pubblicitari ingannevoli viene assorbita, invece, dal sistema di protezione approntato avverso le pratiche commerciali sleali.

In tale prospettiva, la pubblicità, infatti, costituisce una delle pratiche commerciali suscettibili di rientrare nel divieto di pratica commerciale sleale posto dall'art. 5 della direttiva 2005/29 CE.

All'autonomia formale e contenutistica delle due discipline non ha corrisposto, tuttavia, una altrettanto chiara distanza dal punto di vista "procedimentale". La competenza ad accertare la violazione dell'una e dell'altra disciplina, nonché ad adottare i conseguenti provvedimenti sanzionatori e inibitori, è stata infatti attribuita alla medesima Autorità garante della concorrenza e del mercato. Identica è la definizione delle sanzioni, così come identico è il procedimento volto all'accertamento dell'infrazione e alla conseguente irrogazione delle sanzioni stesse¹⁸.

4.2 Le pratiche commerciali scorrette: correttezza e buona fede nell'impianto della disciplina

Il decreto 146 del 2007, recante la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, sostituisce integralmente il titolo III della parte II del codice di consumo, introducendo agli artt. 18 -27 quater le disposizioni di attuazione degli artt. 1 - 13 della direttiva 2005/29 CE.

¹⁷ Cfr. G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29 CE*, cit., p.39

¹⁸ In questo senso, G. DE CRISTOFARO, *L'attuazione della direttiva 2005/29 CE nell'ordinamento italiano: profili generali*, cit., p.71

Il legislatore, nel recepire la direttiva, opta per una variante lessicale, qualificando le pratiche commerciali oggetto del divieto come <<scorrette>> anziché sleali. La spiegazione più plausibile a tale scelta è che il legislatore abbia voluto evitare la confusione che il termine sleale avrebbe potuto ingenerare rispetto alla disciplina contenuta negli artt. 2598 s. c.c. che vieta gli atti di concorrenza sleale¹⁹. In ogni caso, sembra doversi escludere che alla scelta di ricorrere all'aggettivo <<scorrette>> anziché all'aggettivo <<sleale>> possano ricollegarsi ripercussioni di qualsiasi rilievo. La nozione di lealtà e quella di correttezza, infatti, sia nell'ambito della normativa ex art. 2598 c.c. sia in quella del codice di consumo, vengono utilizzate entrambe in correlazione con la nozione di <<buona fede>> in senso oggettivo, assumendo la stessa portata e significato²⁰.

In effetti, la buona fede in senso oggettivo costituisce il baricentro dell'intera disciplina delle pratiche commerciali scorrette. Si può dire anzi che la ratio del divieto generale di pratiche commerciali scorrette, posto dall'art. 20 del codice di consumo, è proprio quella di "regolare" l'attività commerciale del professionista entro i confini della buona fede e correttezza²¹.

Da un punto di vista sistematico, infatti, l'art. 20 c. cons. può considerarsi, una specificazione dell'art. 2 co. 2 lett. c-bis) c. cons. che enuncia il diritto fondamentale dei consumatori e degli utenti <<all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà >> nonché dell'art. 39 c. cons. che impronta le attività commerciali (la locuzione è intesa equivalente nella sostanza alla nozione di pratica commerciale) al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori²².

¹⁹ P. BARTOLOMUCCI, *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo*, in *Rass. DC*, 2008, p. 274

²⁰ Così anche G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione*, cit., p.127

²¹ In questi termini E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in «*Contratto e impresa*», CEDAM, 3/2013, 689 s.

²² G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette*, cit., 128

La qualificazione in termini di scorrettezza di una pratica commerciale esprime senz'altro la non rispondenza della pratica ai <<principi di buona fede, correttezza e slealtà>> richiamati sia dall'art. 2 c. cons. che dall'art. 39 c. cons.

Tale collegamento evidenzia il nesso esplicito che il legislatore ha inteso concepire tra correttezza, quale parametro di riferimento nella valutazione della pratica commerciale, e buona fede in senso oggettivo²³, nonché, in ultima analisi, la centralità della buona fede nell'impianto dell'intera disciplina.

La sostanziale equivalenza tra correttezza e buona fede, inoltre, pone l'art. 20 c. cons in stretto rapporto anche con le norme del codice civile che sanciscono l'obbligo di correttezza e buona fede nel rapporto obbligatorio (1175 c.c.), nella fase precontrattuale (1337 c.c.), nell'interpretazione (1366 c.c.) e nell'esecuzione del contratto (1375 c.c.)²⁴. Rilievo, questo, non privo di implicazioni, come vedremo, ai fini della ricerca del rapporto – ove esistente – tra sanzione delle pratiche commerciali scorrette e disciplina del contratto di consumo che da quelle sia stato sollecitato o comunque accompagnato.

Il titolo III della parte II del codice di consumo, in cui confluisce la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, si suddivide in tre Capi; il I Capo (artt. 18 - 19) contiene le definizioni rilevanti di carattere generale e l'ambito di applicazione della disciplina; il II Capo (artt. 20 - 26) introduce il nucleo fondamentale della disciplina ovvero il divieto generale posto a carico dei professionisti di porre in essere pratiche commerciali scorrette, poi declinato nelle due categorie di pratiche commerciali scorrette tipiche (pratiche

²³ Il rinvio alla buona fede è da intendersi in senso oggettivo, come sembra confermato dai lavori preparatori della direttiva. Infatti, benchè la versione finale della corrispondente norma comunitaria non indichi nulla in proposito, il Parlamento Europeo, nel parere reso in prima lettura sulla proposta di direttiva della Commissione del 2003, suggerì addirittura di specificare che la buona fede cui si rinvia fosse da intendersi <<così come richiamata nella direttiva 93/13 sulle clausole abusive>>.

²⁴ Sui rapporti tra i due ordini di valutazione, diffusamente si veda G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette*, cit., p.131s.

ingannevoli e aggressive) e, ulteriormente, in due liste di pratiche commerciali, rispettivamente ingannevoli e aggressive, considerate in ogni caso scorrette; il III Capo (artt. 27 - 27 quater), in conclusione, regola gli aspetti applicativi della disciplina.

5. Il divieto di pratiche commerciali scorrette

5.1 L'Ambito di applicazione soggettivo della disciplina

La definizione dell'ambito di applicazione del precetto che vieta le pratiche commerciali scorrette, posto dall'art. 20 del codice di consumo, richiede, da un lato, l'individuazione dei soggetti che ne sono i destinatari, dall'altro, la determinazione degli esatti confini dell'oggetto stesso del divieto: la pratica commerciale scorretta.

Dal punto di vista dei soggetti destinatari, la disciplina è articolata intorno alla coppia di figure soggettive, già note alla legislazione consumeristica, del professionista e del consumatore.

A differenza della previgente normativa sulla pubblicità ingannevole, il cui ambito di applicazione ricomprendeva tutte le comunicazioni commerciali suscettibili di ledere indistintamente i consumatori o i professionisti, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette è teleologicamente improntata alla tutela esclusiva dei rapporti *business to consumer*, configurandosi il consumatore come unico soggetto beneficiario di protezione.

Le definizioni di consumatore e professionista, contenute rispettivamente nella lett.a) e b) dell'art. 18 c. cons., sono state formulate in piena aderenza al testo della direttiva, tralasciando, però, il fatto che il codice del consumo già contiene all'art. 3 c. cons. le definizioni generali di consumatore e professionista.

La definizione di consumatore di cui alla lett.a) dell'art. 18 c. cons. corrisponde, invero, nella sostanza a quella di cui all'art. 3 c. cons: per consumatore si intende <<qualsiasi persona fisica che agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o

professionale>>. Come per la definizione generale contenuta nell'art. 3 c. cons, dunque, per consumatore si intende soltanto la <<persona fisica>>, con esclusione di qualsiasi entità "metaindividuale", sia essa rappresentata da enti, persone giuridiche o organizzazioni non personificate²⁵.

Quanto alla definizione di professionista di cui alla lett.b), essa presenta una sostanziale differenza con quella di cui all'art. 3 c. cons: alla persona fisica o giuridica che agisce nel quadro della sua attività commerciale, artigianale, industriale o professionale viene equiparato non <<il suo intermediario>>, ma <<chiunque agisca in nome o per conto di un professionista²⁶>>.

Tale assetto, tuttavia, è stato in parte modificato da recenti interventi normativi. L'art. 7 del d.l. 1/2012, infatti, tramite un'integrazione dell'art. 19 c. cons., estende l'ambito di applicazione del divieto di pratiche commerciali scorrette oltre i rapporti tra professionisti e consumatori, ricomprendendovi anche le relazioni tra <<professionisti e microimprese²⁷>>. Con tale modifica, la legislazione consumeristica si apre anche alla tutela delle piccole imprese, finora sempre esclusa da dottrina e giurisprudenza, salvo le ipotesi espressamente previste dalla legge come nella disciplina dell'abuso di posizione dominante e del ritardo dei pagamenti nelle transazioni

²⁵ Sulla nozione di consumatore si è sviluppato un ampio dibattito in dottrina, v. tra i tanti, P. F. GIUGGIOLI, *Il contratto del consumatore*, in Tratt. di diritto civile (dir. da Sacco), Utet Giuridica, Torino, 2012, p. 80 s.; F. LUCCHESI, *sub art. 3*, in *Codice del consumo. Commentario*, (a cura di) G. Vettori, Padova, 2007, p. 23; G. CHINÈ, *sub art. 3*, in *Codice del consumo*, (a cura di) Cuffaro V., Milano, 2008, p. 14; G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 3 s.; ID, *I diritti dei consumatori e il "Codice del consumo" nell'esperienza italiana*, in *Contratto e Impr./Eur.*, 2006, p. 2 s.; A. PLAIA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale ed integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, in «Danno e responsabilità», IPSOA, 2003, 701 s.; G. FABBRIS, *Consumatore e mercato. Le nuove regole*, Sperling e Kupfer, Milano, 1995; C. PACI, *La tutela del consumatore nella legislazione e nella giurisprudenza*, Maggioli, Rimini, 1997; V. ZENO ZENCOVICH, *voce Consumatore (dir. civ.)*, in Enc. Giur. Treccani, Roma, 1988; E. GABRIELLI – A. ORESTANO, *Contratti del consumatore*, Milano, 1985, p. 225.

²⁶ La precisione sembra preferibile perché più puntuale e idonea a includere anche figure che non identificano intermediari in senso proprio; E. BARGELLI, *L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29 CE: la nozione di <<pratica commerciale>>*, in E. Bargelli, R. Calvo, A. Ciatti, G. De Cristofaro, L. Di Nella, R. Di Raimo, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, (a cura di) G. De Cristofaro, Torino, 2007, p.96

²⁷ Le <<microimprese>> sono definiti dall'art.18 lett *d-bis*) come <<entità, società o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di 10 persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'art.2, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione n.2003/361 CE della Commissione del 6 maggio 2003.

commerciali²⁸. Tale apertura, però, non si accompagna evidentemente all'estensione della qualifica di consumatore anche alla nuova figura di <<microimprese>> che si limita ad affiancare le due figure tradizionali.

5.2 La nozione di pratica commerciale

Per quanto riguarda l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina, occorre, invece, precisare la nozione di <<pratica commerciale>> la cui scorrettezza è oggetto del divieto posto dall'art. 20 c. cons.

Al tal fine, una prima indicazione utile è fornita dall'art. 18 lett.d) del codice del consumo che, per pratica commerciale tra professionista e consumatore, intende: <<qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori>>.

Dal punto di vista strutturale, quindi, il concetto di <<pratica commerciale>> è piuttosto ampio ed elastico, potendo ricomprendere qualsiasi condotta del professionista che si estrinsechi in dichiarazioni - non importa se dotate o meno di natura negoziale -, in comportamenti puramente materiali, in azioni o omissioni, reticenze o mere sollecitazioni commerciali.

Così il solo criterio significativo, nella delimitazione della nozione di <<pratica commerciale>>, diventa l'esistenza di <<una relazione >> ovvero un legame di tipo oggettivo tra la pratica e la promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori.

Rispetto alla definizione di pratica commerciale contenuta nella direttiva comunitaria, il legislatore nazionale ha accolto una nozione ancora più ampia; nel provvedimento comunitario, infatti, si fa riferimento, quale

²⁸ Si pensi alla sentenza Corte Cost. 22 novembre 2002 n.469, in Foro it., 2003, p.340 con nota di A. Plaia, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, che ha rigettato la questione di costituzionalità dell'art.33 c. cons. nella parte in cui non equipara al consumatore le piccole imprese e quelle artigiane reputando le stesse idonee a contrarre su un piano di formale parità con i professionisti.

elemento identificativo di una pratica commerciale, a un rapporto di <<diretta connessione>> tra la pratica e la promozione o la vendita e fornitura del prodotto, rispetto al quale quello di <<relazione>> appare più ampio e omnicomprensivo. La sostituzione della locuzione da parte del legislatore consente di considerare inclusi all'interno della fattispecie non solo condotte rivolte in modo diretto al consumatore, ma anche quelle che, pur non essendovi direttamente connesse, sono comunque destinate ad operare nei suoi confronti²⁹.

La nozione di pratica commerciale scorretta, dunque, abbraccia tutte le attività in cui si articolano le varie fasi in cui si snoda il rapporto con il consumatore: dalla promozione e commercializzazione del prodotto sino all'esecuzione del contratto³⁰.

Ne deriva che il divieto di pratica commerciale scorretta trova applicazione, non solo quando tra il professionista e il consumatore venga stipulato un contratto, ma anche quando tra le parti non esiste alcun diretto rapporto e tra esse non corra ancora alcuna relazione giuridica.

Inoltre, anche qualora un contatto tra il professionista e il consumatore vi sia stato, l'ambito di operatività del divieto a carico dei professionisti, non è limitato temporalmente ad un determinato momento del rapporto contrattuale. Si intende dire che alla genericità dei comportamenti, suscettibili di divieto, si affianca anche una certa vastità dell'arco temporale potenzialmente coperto dalla nozione di <<pratica commerciale>>.

L'art. 19 co. 1 c. cons., infatti, nel definire l'ambito di applicazione del titolo III, fa riferimento alle pratiche commerciali scorrette <<poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto>>.

L'espressione <<operazione commerciale>>, sia pure in mancanza di una esplicita definizione, deve ritenersi sinonimo di <<contratto>> stipulato tra

²⁹ Sulla nozione generale di pratica commerciale scorretta si veda G. DE CRISTOFARO, *la nozione generale di pratica commerciale <<scorretta>>*, cit., p.143 s.

³⁰ F. LUCCHESI, *sub art.18.*, in *Codice del consumo, Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, (cura di) G. VETTORI, Padova, 2009, p.11

un professionista e un consumatore. Ciò significa che la collocazione temporale della pratica commerciale rispetto al rapporto contrattuale non rileva nella definizione della nozione rilevante di pratica commerciale.

A ben vedere, l'opportunità che la nozione di <<pratica commerciale>> abbracci condotte che abbiano una potenziale incidenza su tutto l'arco temporale dell'atto di consumo è avvertita nel considerando n. 13 della direttiva, ove si afferma che <<per sostenere la fiducia da parte dei consumatori il divieto generale dovrebbe applicarsi parimenti a pratiche commerciali sleali che si verificano all'esterno di un eventuale rapporto contrattuale tra un professionista e un consumatore o in seguito alla conclusione di un contratto e durante la sua esecuzione>>.

In conclusione, stante il combinato disposto dell'art. 18 lett.d) c. cons. e dell'art. 19 co. 1 c. cons., deve ritenersi che sono assoggettati al titolo III tutti i comportamenti tenuti da professionisti che siano oggettivamente correlati alla <<promozione, vendita o fornitura>> di un qualsivoglia bene o servizio a consumatori, a prescindere dal fatto che siano realizzati anteriormente, contestualmente o posteriormente all'instaurazione di un rapporto contrattuale tra essi.

Per contro, invece, sono escluse tutte le condotte del professionista che non siano correlate alla promozione o vendita di un bene o servizio ai consumatori: ad es. le comunicazioni commerciali e i messaggi pubblicitari concernenti beni e servizi offerti esclusivamente ad altri professionisti ovvero le condotte tenute al solo fine di promuovere la stipulazione di contratti con altri professionisti; ovvero sono, altresì, escluse le condotte che non siano correlate ad un prodotto: ad es. quelle attività di mera diffusione di informazioni che, seppure idonee a orientare i consumatori nella scelta dei prodotti non siano correlate alla commercializzazione di un prodotto, rappresentando piuttosto l'espressione della generale libertà di manifestazione del pensiero.

6. La clausola generale di scorrettezza

6.1 Il rapporto tra clausola generale e fattispecie tipiche

L'art. 20 c. cons. pone il divieto generale di pratiche commerciali scorrette.

Non vi è dubbio che la clausola generale di scorrettezza, in cui si concretizza il divieto posto dall'art. 20 c. cons, costituisca il cuore pulsante dell'intera disciplina.

La struttura delle norme sulle pratiche commerciali scorrette, il cui perno centrale è costituito appunto dal divieto generale di cui all'art. 20 c. cons, è una struttura piramidale (o secondo altri a cerchi concentrici.³¹): il divieto generale viene declinato in due divieti, altrettanto generali, aventi ad oggetto due sottocategorie di pratiche commerciali scorrette tipiche, ovvero le pratiche ingannevoli e aggressive e, infine, in due *black list* di pratiche commerciali scorrette, in ogni caso vietate, perché considerate *ex lege* ingannevoli o aggressive.

Tale tecnica normativa ricorda, invero, quella sottesa alla disciplina delle clausole abusive di cui all'art. 33 del codice di consumo. Analogamente alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, il legislatore nazionale, in materia di clausole vessatorie (così è stata ribattezzata la normativa introdotta dalla direttiva 93 /13 intitolata clausole abusive), lascia impregiudicata la possibilità di individuare una triplice tipologia di clausole: a) le clausole che richiedono un apprezzamento in concreto da parte del giudice il quale dovrà valutarne la vessatorietà (art. 33 co.1 cod.cons.); b) le clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria (c.d. lista grigia) (art. 32 co. 2 cod. cons.); c) le clausole che si presumono *iuris ed de iure* vessatorie e, dunque, non ammettono la prova contraria (c.d. lista nera) (art. 36 co. 2 cod.cons.³²).

³¹ M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e Impresa*, 2009, p.73

³² S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto e E. Moscati, Giappichelli, Torino, 2012, p.174.; R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto* (a cura di) S. Mazzamuto e E. Moscati, Giappichelli, Torino, 2015; con riguardo alla prima tipologia di clausole sopra indicate, in cui l' accertamento è svolto in concreto dal giudice, la vessatorietà è apprezzata,

L'architettura normativa della disciplina delle pratiche commerciali scorrette pone, innanzitutto, il problema interpretativo di stabilire i rapporti della clausola generale di scorrettezza (di cui all'art. 20 c. cons.), da un lato, con le pratiche commerciali scorrette tipiche (sub specie di pratiche commerciali ingannevoli e aggressive) e, dall'altro, con le analitiche liste di pratiche ingannevoli e aggressive << in ogni caso vietate >>.

Il divieto generale, come vedremo più dettagliatamente, si fonda su due requisiti costitutivi: la contrarietà alla diligenza professionale e la falsità ovvero l'idoneità della pratica a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore.

Secondo una linea interpretativa maggioritaria³³, accolta anche dalla Commissione, la clausola generale di scorrettezza ha valore residuale e di chiusura del sistema, da applicare soltanto quando una fattispecie concreta non sia sussumibile in nessuna delle norme più dettagliate: la clausola sarebbe stata introdotta per sanzionare quelle pratiche che non rientrano in nessuna delle liste nere ovvero non siano nemmeno qualificabili come ingannevoli o aggressive.

avuto riguardo al significativo squilibrio contrattuale generato dalla stessa a danno del consumatore <<malgrado il requisito della buona fede>>, il cui significato deve leggersi come <<in contrasto con la buona fede>> in senso oggettivo. In tale contesto, perplessità interpretative ha posto il rapporto tra la contrarietà a buona fede e lo squilibrio normativo ai fini dell'accertamento del carattere abusivo di una clausola contrattuale. Ci si chiedeva, in particolare, se <<la contrarietà alla buona fede>> della clausola vessatoria dovesse intendersi come carattere aggiuntivo rispetto a quello del <<significativo squilibrio>> a cui essa dà luogo. In tale sede, l'opinione che riscuoteva maggiori consensi attribuiva un ruolo marginale al requisito della buona fede oggettiva, chiarendo che la contrarietà alla buona fede non dovesse intendersi come requisito aggiuntivo, in quanto già sintomatico di per sé di un'alterazione dei rispettivi diritti e obblighi tra le parti.

Di contrario avviso, tuttavia, è la posizione della Corte di Giustizia nella sentenza 14-3-2013 (nel caso C-415/11 Aziz), che interpreta il requisito della contrarietà a buona fede come requisito autonomo e ulteriore rispetto allo squilibrio normativo. In questo modo, la Corte di Giustizia pretende una doppia verifica da parte del giudice, chiamato ad accertare l'abusività di una clausola: una prima verifica condotta sui contenuti squilibranti della clausola nel contesto complessivo del contratto, e una ulteriore sulla contrarietà a buona fede. La pronuncia in questione, contrariamente all'impostazione tradizionale, quindi, attribuisce alla clausola generale della buona fede un valore che, lungi dal limitarsi a rafforzare il riferimento al significativo squilibrio normativo, assume carattere assorbente nella valutazione di abusività di una clausola.

³³ Così G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della <<scorrettezza>>*, cit., 141; R. CALVO, *Le azioni e omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Cel Europa*, 2007, 78; C. GRANELLI, *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29 Ce modifica il codice di consumo*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2007, p. 777

Alla base di questa impostazione sta una lettura della normativa secondo il principio di specialità per cui le più specifiche previsioni, che contemplano le liste nere e i due generali divieti <<intermedi>> (delle pratiche ingannevoli e delle pratiche aggressive), in quanto norme speciali, prevalgono in caso di contrasto sulla norma contenente il divieto generale.

A tale ragionamento corrisponde un preciso procedimento di applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette³⁴.

In primo luogo, occorre valutare la riconducibilità di una pratica ad una delle analitiche previsioni contenute negli elenchi di cui agli artt. 23 e 26 c. cons. (black list); se tale verifica ha esito positivo la pratica deve ritenersi senz'altro scorretta senza alcuna possibilità di valutazione diversa o contraria. Se, invece, la pratica non risulta riconducibile in una delle suddette previsioni analitiche, dovrà valutarsi se la pratica possa essere qualificata come pratica o omissione ingannevole ex artt. 21 e 22 c. cons. o come pratica aggressiva ex art. 24 c. cons.

Se la verifica ha esito positivo, la pratica è senz'altro da qualificarsi come scorretta, a prescindere da ogni ulteriore valutazione; viceversa, in caso negativo, la valutazione di scorrettezza della pratica potrà operarsi, facendo ricorso in via residuale alla clausola generale di cui all'art. 20 c. cons.

La conseguenza dell'adesione a tale linea interpretativa è la seguente: le fattispecie tipiche, sia quelle contemplate dai divieti intermedi sia quelle contenute nelle analitiche previsioni della *black list*, determinerebbero una presunzione assoluta di scorrettezza della relativa pratica³⁵.

Tale impostazione, invero, ha suscitato le critiche di chi ha evidenziato la incoerenza di una lettura dei rapporti tra clausola generale e fattispecie tipiche alla luce del principio di specialità. Il principio di specialità - si

³⁴ G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche scorrette*, cit., 140

³⁵ Non sarebbe invece condivisibile l'affermazione di BARTOLOMUCCI, *L'attuazione della direttiva*, cit., p.278 per cui le pratiche commerciali ingannevoli e aggressive, a differenza di quelle elencate nelle <<liste nere>>, fonderebbero solo una presunzione relativa di scorrettezza, vincibile dal professionista con la prova dell'insussistenza dei requisiti che integrano la scorrettezza ai sensi dell'art.20 c. cons.

osserva - è uno strumento che, essendo costruito per risolvere antinomie tra norme diverse, mal si concilia con il problema logico interpretativo che viene in rilievo nel nostro caso. Qui, infatti, non si pone un problema di concorso fra diverse discipline, ma si tratta di costruire in modo coerente un insieme di fattispecie accomunate da determinate caratteristiche, a cui dovrà applicarsi una identica e comune disciplina. A ciò si aggiunga che la tesi in questione condurrebbe ad una interpretazione sostanzialmente abrogatrice della clausola generale. Se la clausola in questione dovesse applicarsi ai soli casi residuali, infatti, essa non varrebbe né per le pratiche ingannevoli né per le aggressive ma solo per un ipotetico *tertium genus* di pratiche scorrette di cui però non si riesce a formulare alcun ragionevole esempio.

Un diverso orientamento interpretativo³⁶, invero, minoritario, criticando appunto le incoerenze della tesi maggioritaria, attribuisce alla clausola generale di scorrettezza valore di norma fondamentale dell'intera materia e alle norme di dettaglio natura di applicazioni particolari secondo lo schema logico norma fondamentale-norme applicative (o indicazioni esemplificative).

Tale impostazione, prediligendo un'interpretazione teleologico-sistematica della disciplina, conduce ad attribuire alla clausola generale valore di vera e propria disposizione di principio, idonea a giustificare anche applicazioni non letterali delle norme particolari: in tal modo la clausola, lungi dallo svolgere una mera funzione residuale, viene elevata a vero e proprio criterio non solo interpretativo, ma anche integrativo di determinazione delle diverse fattispecie tipiche.

La linea interpretativa sopra esposta, tuttavia, non condurrebbe a ritenere sempre prevalente il principio, in caso di conflitto tra questo e la lettera delle disposizioni speciali. Secondo i suoi sostenitori, deve, invece, presumersi una

³⁶ Così M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e Impresa*, 2009, p.73

piena coerenza fra principio e disposizione speciale ossia tra clausola generale e esemplificazioni tipiche: si tratterebbe, tuttavia, di una presunzione non assoluta - come pretende chi evidenzia la natura residuale della clausola generale - ma relativa, spettando al professionista interessato l'onere di fornire la prova contraria.

La distanza tra le due sopraesposte impostazioni si attenua ove si apprezzino le seguenti considerazioni.

Se, da un lato, è indubitabile che il rapporto tra divieto generale e le fattispecie tipiche sia di genere a specie, dall'altro, la relativa connessione deve essere colta non già sul piano della presunzione bensì su quello dell'interpretazione³⁷.

La clausola assumerebbe, quindi, valore di criterio ermeneutico da applicare in via ausiliaria nel caso di dubbi interpretativi sollevati dalle norme speciali, ma non potrebbe mai essere utilizzata in funzione correttiva del dato testuale; ne deriva che è inammissibile un'interpretazione che attribuisca alle pratiche ingannevoli e aggressive un ambito di applicazione più ampio o diverso da quello proprio della clausola generale di scorrettezza³⁸.

In tal senso, appare orientata l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, la quale di fatto respinge un'interpretazione che relega l'art. 20 c. cons. ad un ruolo marginale, assegnando, invece, alla stesso un ruolo centrale. L'Autorità, infatti, sia nelle ipotesi di condotte rientranti nella black list, sia in quelle riconducibili ai divieti intermedi di pratica ingannevole o aggressiva, fa costante richiamo, nelle proprie decisioni, ai due parametri costitutivi della scorrettezza³⁹.

Non si tratta di un richiamo meramente formale. L'Autorità garante non rinuncia mai ad una verifica in concreto della sussistenza dei presupposti

³⁷ Così, G. BONILINI-M. CONFORTINI, *Commento sub art. 20 codice del consumo*, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato* (a cura di) A. Catricalà -P. Troiano, p.20

³⁸ Per considerazioni analoghe v. M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., 74

³⁹ Cfr. N. ZORZI, *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Contratto e Impresa*, 2/2010, p.459 s.

della scorrettezza, con particolare riguardo al requisito della contrarietà alla diligenza professionale della pratica commerciale posta in essere dal professionista⁴⁰.

6.2 I parametri di valutazione della scorrettezza

6.2.1 La contrarietà alla diligenza professionale

La clausola generale di scorrettezza risulta incentrata su due requisiti: da un lato la contrarietà alla diligenza professionale e, dall'altro lato, la falsità della pratica stessa o la sua idoneità a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio.

Si tratta di requisiti non alternativi ma cumulativi: non tutte le pratiche commerciali contrarie alla diligenza professionale sono scorrette, ma solo quelle che falsano in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore⁴¹.

Tale interpretazione è coerente con la stessa *ratio* di tutela della disciplina.

La direttiva sulle pratiche commerciali sleali, infatti, tutela direttamente gli interessi economici dei consumatori: ciò significa che tutte le pratiche commerciali sono sanzionabili nell'ottica di tutela di questi interessi. Tali interessi si sostanziano nella libertà di scelta dei consumatori.

Solo se il consumatore è posto nelle condizioni di compiere una scelta consapevole e non condizionata, le sue scelte economiche risultano efficienti e razionali per il mercato.

Il divieto di pratiche commerciali scorrette, quindi, è essenzialmente orientato a riequilibrare l'originaria asimmetria di conoscenza e di informazione circa la qualità del prodotto o del servizio; esso è posto a tutela dell'effettività dell'autodeterminazione del consumatore, in modo che egli

⁴⁰ V. MELI, *Diligenza professionale, consumatore medio e regola de minimis nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa*, in *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, (a cura di) V. Meli e P. Marano, Giappichelli, Torino, 2011

⁴¹ G. DE CRISTOFARO, "la nozione generale di pratica commerciale scorretta", cit., p.145

possa esprimere un consenso quanto più consapevole e responsabile.

La libertà di scelta dei consumatori, invece, è fuorviata di fronte ad una pratica commerciale che altera o è idonea ad alterare in misura sensibile la capacità degli stessi di assumere decisioni commerciali consapevoli.

Per tali ragioni non basta, per accertare la violazione del divieto, che la pratica sia contraria alla diligenza professionale, essendo invece necessario che la stessa sia anche in grado di influenzare l'iter decisionale del consumatore medio.

Il contenuto del parametro della contrarietà alla diligenza professionale si riempie ove si prenda in considerazione la stessa definizione di diligenza professionale indicata nell'art. 18, lettera h) c. cons.

Secondo la definizione ivi contenuta, "la diligenza professionale" è 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>>⁴².

Come è stato segnalato in dottrina⁴³, la formula esprime una clausola generale, anzi, una super clausola, poiché in essa sembrano confluire una pluralità di clausole generali. La commistione in un unico contesto di più nozioni indeterminate e complesse pone non poche incertezze interpretative⁴⁴.

Secondo una prima impostazione, il concetto di diligenza professionale

⁴² La norma riprende, con alcune differenze, la definizione contenuta nell'art.2 lett.h) della direttiva 2005/29 CE, ove si definisce la diligenza professionale come <<il normale grado di speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori, rispetto a pratiche di mercato oneste e al principio generale di buona fede nel settore di attività del professionista>>.

⁴³ N. ZORZI, *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., p.458

⁴⁴ V. MELI, *Diligenza professionale, consumatore medio e regola de minimis nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa*, cit., p. 2 s.; L'autore osserva che la clausola della diligenza professionale opera, secondo l'intenzione della Commissione, una sintesi dei riferimenti alla correttezza contenuti negli ordinamenti degli Stati membri. Tale sintesi, però, crea un evidente paradosso: se, generalizzando, può dirsi che negli ordinamenti interni le clausole generali servono a concedere margini di flessibilità all'interprete, proprio tale fine appare incompatibile con l'esigenza di armonizzazione nel perseguimento del fine unitario del conseguimento degli obiettivi comunitari.

chiamerebbe in causa il significato normativo della colpa, quale elemento soggettivo della fattispecie di pratica vietata. Tuttavia, tale giudizio di colpevolezza sarebbe richiesto al solo fine del risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c. e dell'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie; mentre rimarrebbe neutro ai fini dell'inibitoria la quale si basa, invece, sul solo giudizio di contrarietà della pratica alla buona fede⁴⁵.

A tale conclusione, si perviene ritenendo che il criterio della buona fede e correttezza, richiamato nel contesto della definizione di diligenza professionale, assuma valore di criterio autonomo da solo sufficiente a integrare la pratica commerciale vietata.

Secondo un diverso orientamento interpretativo, la diligenza professionale non sarebbe riconducibile né al livello di diligenza, prudenza e perizia, la cui mancata adozione connota la colpa nell'illecito civile ex art. 2043, né alla diligenza ex art. 1176 co.2 c.c. quale parametro di esattezza dell'adempimento del debitore⁴⁶. Secondo questa linea di pensiero, la diligenza professionale, nel contesto normativo ivi rilevante, costituisce invece un concetto speciale, riferibile <<a regole oggettive di comportamento corrispondenti ad un determinato grado/livello di conoscenze specialistiche, di cura e attenzione che il professionista è tenuto ad osservare nelle pratiche commerciali che pone in essere nei confronti dei consumatori>>.

In altri termini, il richiamo alla diligenza professionale è un rinvio a regole di condotta, corrispondenti ad uno standard di conoscenze specialistiche di cura e attenzione. Tale standard deve essere definito di volta in volta, in relazione al caso concreto e allo specifico settore di attività del professionista, sulla base delle ragionevoli aspettative dei consumatori.

⁴⁵ M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 90; in senso analogo, PARTISANI, *sub art.20* codice di Consumo ipertestuale, 2008, p.84, secondo il quale la violazione della diligenza professionale integrerebbe il fatto colposo ex art. 2043 c.c. ai fini dell'azione risarcitoria dei consumatori individuale o collettiva

⁴⁶ In tal senso si veda G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale <<scorretta>>*, cit., p.150

Nella concretizzazione dello standard di diligenza richiesto, dunque, assume rilevanza centrale il riferimento ai parametri indicati dalla norma ossia ai principi generali di correttezza e buona fede⁴⁷.

Tale ultima lettura sembra essere preferibile anche perché maggiormente in linea con la qualificazione delle pratiche vietate in termini di pratiche scorrette e con la centralità che assume la buona fede in senso oggettivo nell'interpretazione dell'intero impianto normativo.

6.2.2 La falsità o idoneità della pratica a falsare il comportamento economico del consumatore medio

Perché una pratica commerciale possa considerarsi vietata è necessario che la stessa, oltre ad essere contraria alla diligenza professionale, sia falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio⁴⁸. Il requisito in questione è definito dall'art. 18 lett. e) c. cons., a tenore del quale per <<falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori>> si intende: <<l'impiego di una pratica commerciale idonea a alterare "sensibilmente" la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole⁴⁹, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso>>.

L'illecito di scorrettezza, dunque, è un illecito di pericolo: non si richiede,

⁴⁷ Con riferimento al legame tra diligenza professionale e buona fede delle pratiche commerciali scorrette, F. PIRAINO., *diligenza, buona fede e ragionevolezza in ipotesi di pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in «Europa e Diritto Privato», Giuffrè, 2010, 1119 s.

⁴⁸ Dal tenore letterale della norma sembrerebbe che la scorrettezza si riferisca alla falsità della pratica. Si tratta, tuttavia, di una statuizione incomprensibile e frutto di un banale errore di trascrizione. Si ritiene, quindi, preferibile una lettura correttiva che sostituisca l'espressione "è falsa" con il verbo "falsa". Così G.DE CRISTOFARO, *La nozione di pratica commerciale <<scorretta>>*, cit., p.145.

⁴⁹ <<La decisione di natura commerciale>> è una nozione particolarmente estesa e omnicomprendensiva; in particolare, per essa si intende ai sensi dell'art.18 lett.m) c. cons.: "la decisione presa da un consumatore relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto; tale decisione può portare il consumatore a compiere un'azione o all'astenersi dal compierla".

per la sua configurazione, l'attualità di una lesione agli interessi dei consumatori, ma si reputa sufficiente la mera idoneità della pratica a perpetrare la lesione⁵⁰.

La formula, inoltre, non introduce due requisiti diversi e disgiunti ma un unico requisito nel senso che <<l'idoneità della pratica a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso>> costituisce il parametro da adottare per la concretizzazione dell'avverbio <<sensibilmente>>. La pratica, quindi, è idonea ad alterare <<sensibilmente>> la libertà di scelta del consumatore se, e solo se, essa esplica un ruolo decisivo dal punto di vista causale nell'assunzione della decisione commerciale del consumatore.

Il parametro di riferimento, nella valutazione circa l'idoneità della pratica a fuorviare la libertà di scelta, non è lo specifico consumatore in concreto colpito dalla pratica, ma un parametro tipico e astratto di normalità sociale ossia il c.d. consumatore medio.

Ciò è facilmente comprensibile se sol si rifletta sulla *ratio* dell'intervento legislativo nella materia delle pratiche commerciali scorrette. Lo scopo della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette risiede nella "regolazione" dell'attività commerciale entro i confini della buona fede e correttezza. Tramite la regolazione dell'attività del professionista, l'ordinamento mira a garantire il buon funzionamento del mercato e della concorrenza. In quest'ottica, la pratica commerciale è intesa come fenomeno attinente ai rapporti di mercato e il consumatore medio come <<metafora >> idonea ad indicare il soggetto che in astratto e, secondo una valutazione prognostica, deve considerarsi il destinatario all'interno del mercato di tale pratica.

La nozione di <<consumatore medio>> non è fornita dalla disciplina

⁵⁰ In tal senso la giurisprudenza amministrativa TAR LAZIO Roma, sez.I, 8 aprile 2009 n.3722 *Enel*, ove espressamente si afferma <<l'illiceità del comportamento, al fine di assumere rilevanza ai sensi del codice di consumo, non deve dimostrare una concreta attuazione pregiudizievole, quanto, piuttosto, una potenzialità lesiva che consente di ascrivere la condotta nel quadro dell'illecito non già di danno ma di mero pericolo>>; conforme TAR LAZIO-ROMA, sez.I, 14 Aprile 2009, n.3778, *RCS Quotidiani*.

nazionale di recepimento della direttiva; tuttavia, essa è ricavabile dal considerando n. 18 della direttiva, il quale dispone che per consumatore medio deve intendersi il consumatore <<normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia>>⁵¹.

Lo standard del consumatore medio, per espressa indicazione della giurisprudenza europea, va inteso non in senso statistico (esso non è cioè determinabile in base a criteri aritmetici-statistici) ma in senso qualitativo.

Lo standard qualitativo è costruito su due criteri: l'istruzione generale e l'attenzione rivolta all'atto di acquisto.

In tale prospettiva, il consumatore, destinatario della pratica all'interno del mercato, è concepito come soggetto dotato di capacità, competenza, attenzione e diligenza di medio livello: un soggetto cioè che <<scende sul mercato essendo già di per sé avvertito e consapevole mediamente dei rischi cui si espone⁵²>>.

Il legislatore europeo, quindi, nel contesto di una politica di responsabilizzazione che mira a incentivare un certo attivismo del consumatore sul mercato, pone a carico dello stesso un vero e proprio onere di diligenza⁵³.

Tale scelta, come abbiamo già accennato, è ispirata ad una visione liberale e non più paternalistica della tutela del consumatore che, nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, non è visto come soggetto debole e mero spettatore del mercato ma come parte attiva dello stesso.

Il parametro del consumatore medio, inoltre, si atteggia diversamente a seconda che la pratica commerciale sia diretta alla generalità dei consumatori

⁵¹ Il riferimento al <<consumatore medio>> contenuto nel considerando 18 della Dir.2005/29 deve intendersi, in particolare, come relativo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia formatosi in materia di pubblicità ingannevole comparativa, v; ad es., C.Giust. CE sentenza del 19.04.2007 in C-381/05; C.Giust. CE, 13.1.2000, in C-220798.

⁵² C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., p.363.

⁵³ M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p.105

ovvero soltanto <<ad un determinato gruppo di consumatori>>.

In tale secondo caso, infatti, l'attitudine della pratica a falsare il comportamento economico andrà valutata in relazione <<al membro medio>> di tale gruppo. Conseguentemente, il "normale" livello di "informazione", "attenzione" e "avvedutezza" del consumatore deve essere parametrato, in questo caso, alle specifiche caratteristiche medie dei membri del gruppo destinatario della pratica⁵⁴.

Il parametro più specifico del <<membro medio>>, per espressa previsione del co.3 dell'art. 20 c. cons., si applica anche con riguardo ai c.d. consumatori vulnerabili. La pratica commerciale che, pur essendo indirizzata alla generalità dei consumatori, sia idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico soltanto di un gruppo chiaramente individuabile di consumatori, particolarmente vulnerabili alla pratica in ragione della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, è valutata nell'ottica del <<membro medio>> di tale gruppo.

Si tratta di una norma di chiusura volta a realizzare una tutela rafforzata contro quelle pratiche che, sia pure formalmente indirizzate a destinatari indistinti e non qualificati, in realtà mirano a condizionare le scelte di gruppi di consumatori più sprovveduti.

7. La regola de minimis

7.1 Il principio di proporzionalità e i caratteri strutturali della pratica commerciale vietata

Infine, nella disamina dei parametri generali della scorrettezza, un'ulteriore considerazione merita il limite di apprezzabilità⁵⁵, come soglia di rilevanza dell'impatto della pratica commerciale scorretta. In sostanza non sono

⁵⁴ N. ZORZI GALGANO, *Il consumatore medio e il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Tratt. di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, LXII, diretto da F. GALGANO, Padova, 2012

⁵⁵ In sede di recepimento, il legislatore italiano ha preferito utilizzare l'aggettivo <<apprezzabile>> piuttosto che l'aggettivo <<rilevante>>. Tuttavia è da escludere che a tale deviazione rispetto il testo della direttiva sia da ricollegare qualsivoglia effetto.

sanzionabili le pratiche commerciali il cui impatto sia minimo. L'obiettivo perseguito, attraverso la previsione della regola *de minimis*, è quello di introdurre una soglia di tollerabilità rispetto a pratiche solo minimamente in grado di influire sulle scelte economiche del consumatore. Alla regola *de minimis* fa espresso riferimento il considerando n. 6 della direttiva il quale, richiamando il principio di proporzionalità, afferma che: «la direttiva tutela i consumatori dalle conseguenze delle pratiche commerciali sleali quando queste siano rilevanti, ma riconosce che in alcuni casi l'impatto sui consumatori può essere trascurabile».

In altri termini, il divieto di pratica commerciale scorretta è rivolto alla correzione di distorsioni del mercato, costituite da comportamenti lesivi della libertà di scelta dei consumatori, che per essere rilevanti devono comunque raggiungere un livello socialmente apprezzabile. Da questo punto di vista, un comportamento occasionale o addirittura sporadico non dovrebbe essere idoneo a esplicare alcun effetto distorsivo apprezzabile. Perché l'impatto sul mercato della pratica commerciale scorretta possa considerarsi rilevante, è necessaria una condotta «reiteratamente posta in essere dall'operatore commerciale con un grado di apprezzabile omogeneità»⁵⁶. La pratica commerciale, suscettibile di divieto, presuppone, dunque, una certa serialità e abitualità della condotta del professionista, naturalmente esclusa dall'unicità dell'episodio⁵⁷.

⁵⁶ In particolare si v. *T.A.R. LAZIO 6 aprile 2009 n.3692, Intesa San Paolo* sul noto caso relativo ai comportamenti delle banche in materia di portabilità dei mutui ove si afferma che «La mancata dimostrazione circa l'effettiva diffusione (sotto il profilo quantitativo, geografico, della ripetizione in un arco temporale significativo, nonché dell'identità configurativa) di taluni comportamenti, pur effettivamente osservati dalle singole filiali, esclude che essi possano assurgere ex se al rilievo di pratica: ovvero di una condotta reiteratamente posta in essere dall'operatore commerciale con carattere di apprezzabile omogeneità». Nello stesso senso anche v. *Cons. Stato 22 giugno 2001, n.3763*; *T.a.r. Lazio 22 giugno 2010, n. 19893*; *AGCM, 16 ottobre 2008, provv.n.18995*.

⁵⁷ *M. LIBERTINI, Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, *Giuri. Comm.*, 2009, p.880 sottolinea che un comportamento sporadico non può costituire una pratica. La ratio della direttiva europea in materia di pratiche commerciali sleali è rivolta alla correzione di distorsioni del mercato, costituite da comportamenti lesivi della libertà di scelta dei consumatori, che devono comunque raggiungere un livello socialmente apprezzabile, per giustificare l'intervento dell'autorità amministrativa. Un comportamento di mercato del tutto occasionale, o addirittura eccezionale, non è infatti in grado di alterare in modo apprezzabile il comportamento di un consumatore (così come invece richiede la norma).

Seconda la lettura più aderente allo scopo dell'intervento normativo, la disciplina, in linea di massima, dovrebbe trovare applicazione solo qualora la condotta sia rivolta ad un gruppo indeterminato di consumatori e venga ripetuta nei confronti di più consumatori; nel caso in cui la condotta sia rivolta a un solo consumatore, la stessa, in aderenza agli obiettivi della normativa, dovrà essere quanto meno <<potenzialmente ripetibile⁵⁸>>.

7.2 L'orientamento della Corte di Giustizia sulla pratica isolata

Se questo è il concetto di pratica commerciale che più risponde all'esigenza di proporzionalità e agli scopi della direttiva, sorprende l'orientamento da ultimo espresso dalla Corte di Giustizia nella sentenza 16.4.2015 causa C-388/13⁵⁹.

La corte di Giustizia, in assoluta controtendenza con le considerazioni sopra espresse, estende la nozione di pratica commerciale anche ad episodi isolati e rivolti ad un unico consumatore.

Più precisamente, la Corte di Giustizia era chiamata, su rinvio pregiudiziale della Corte Suprema Ungherese, a verificare se possa qualificarsi come <<pratica commerciale ingannevole>> ai sensi della direttiva sulle pratiche commerciali sleali, la comunicazione da parte di un professionista a un consumatore di un'informazione errata, anche quando tale comunicazione abbia interessato un solo consumatore.

Smentendo la presa di posizione dell'Avvocato Generale, la sentenza in esame ritiene che <<la direttiva 2005/29 CE non fissa alcuna soglia, in termini di frequenza oppure di numero di consumatori, superata la quale un atto o un'omissione dovrebbe rientrare nella sfera di applicazione della direttiva medesima>>.

Secondo il ragionamento della Corte, quindi, la circostanza che la condotta

⁵⁸ Così A. GENOVESE, *Pratiche sleali, diligenza professionale e regola de minimis*, in *I contratti*, 2015, p.777

⁵⁹ Corte UE, 16 aprile 2015, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság contro l'UPC Magyarország*, C-388/13

del professionista sia stata tenuta una sola volta e abbia interessato un solo consumatore deve ritenersi del tutto irrilevante nel contesto della direttiva.

L'impianto argomentativo della pronuncia è centrato sulla considerazione assorbente che la direttiva non delimita esplicitamente il proprio ambito di applicazione alla tutela degli interessi collettivi dei consumatori⁶⁰.

Si osserva in tal senso, in primo luogo, che la direttiva sulle pratiche commerciali sleali è contraddistinta da un ambito di applicazione *ratione materiae* particolarmente esteso, avendo il legislatore dell'Unione abbracciato un concetto molto ampio di «pratica commerciale», poiché l'articolo 2, lettera d) di tale direttiva la definisce come «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista».

Così, il solo criterio indicato in tale disposizione riguarda il fatto che la pratica del professionista deve essere direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un bene o di un servizio al consumatore.

In secondo luogo, ai sensi dell'articolo 3 par. 1 della direttiva in combinato disposto con l'articolo 2 lett. c), la nozione di «pratica commerciale» racchiude le attività del professionista conseguenti a un'operazione commerciale relativa a qualsiasi bene o servizio. In modo analogo, dallo stesso considerando 13 della direttiva emerge che la stessa si applica alle pratiche commerciali nei rapporti tra un professionista e un consumatore in seguito alla conclusione di un contratto e durante la sua esecuzione.

Secondo la Corte, invero, nessuna di queste definizioni allude al fatto che l'azione o l'omissione del professionista debba avere carattere reiterato o riguardare più di un consumatore, potendo la pratica commerciale, al contrario, ricomprendere anche occasionali e episodici comportamenti dell'operatore economico, rivolti ad un unico consumatore.

La presa di posizione della Corte di Giustizia, quindi, si pone in evidente

⁶⁰ Sul concetto di pratica isolata e, in generale, sui rapporti tra pratiche sleali e regola de *minimis*, v., A. GENOVESE, *Pratiche sleali, diligenza professionale e regola de minimis*, cit., p.770

contrasto con la lettura del concetto di pratica commerciale, coerente al principio di proporzionalità e alla regola de *minimis*.

La qualificazione di un singolo episodio, diretto ad un unico consumatore, come pratica commerciale crea una indebita commistione tra la tutela generale e preventiva, su cui è centrata la repressione delle pratiche commerciali sleali, e la tutela postuma infracontrattuale rimessa all'azione individuale. I risvolti anche sistematici di queste - forse un po' frettolose - affermazioni della Corte di Giustizia non sono di poco conto. Si allude, come vedremo più avanti, al dibattuto tema dei rapporti tra pratica commerciale scorretta e contratto nonché al tema della tutela individuale del consumatore raggiunto da essa.

8. Le pratiche commerciali ingannevoli

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette – come abbiamo già visto – contempla, accanto alla clausola generale di scorrettezza, due norme generali di divieto, riguardanti due distinte sotto categorie di pratiche commerciali: le pratiche commerciali ingannevoli e quelle aggressive.

All'interno della sottocategoria delle pratiche ingannevoli, il codice di consumo distingue tra azioni ingannevoli (art. 21) e omissioni ingannevoli (art. 22).

Attraverso la tipizzazione delle pratiche ingannevoli, il legislatore mira a garantire la trasparenza e la completezza delle informazioni di cui il consumatore può disporre per compiere scelte consapevoli. L'obiettivo è quello di eliminare i potenziali effetti decettivi di informazioni errate o carenti sulle scelte economiche dei consumatori, così perequando l'ontologica asimmetria informativa che connota il rapporto tra professionista e consumatore.

I consumatori sono protetti in modo che le loro scelte non siano fuorviate da azioni o omissioni ingannevoli del professionista, tali da poterli indurre a una

scelta diversa da quella che altrimenti avrebbero preso⁶¹.

L'azione ingannevole può integrare una pratica commerciale vietata ex art. 21 c. cons.: o quando contenga informazioni false e non rispondenti al vero; o, alternativamente, quando, seppure di fatto contenga informazioni corrette, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induca o sia idonea a indurre in errore il consumatore medio su un serie di elementi espressamente indicati dalla norma. In entrambi i casi, si richiede che l'informazione induca o sia idonea a indurre il consumatore <<ad assumere una decisione che non avrebbe altrimenti preso>>.

La pratica commerciale ingannevole, dunque, si compone di due requisiti costitutivi: uno variabile ossia la falsità o, in alternativa, la decettività (idoneità ad indurre in errore) dell'informazione commerciale; e uno costante e necessario ossia l'attitudine della pratica ad indurre il consumatore ad assumere una decisione che non avrebbe altrimenti preso (c.d. *materiality test*)⁶².

Il requisito <<dell'idoneità a indurre ad una decisione che non avrebbe altrimenti preso>>, mira ad evitare un'applicazione formalistica del divieto nei casi in cui il comportamento non sia in grado di influire apprezzabilmente sulla libertà di scelta del consumatore. Per tale ragione, il c.d. *materiality test* deve ritenersi una specificazione, in relazione alle pratiche ingannevoli, della regola de *minimis* posta dal divieto generale⁶³.

Nella seconda parte del co.1 dell'art. 21 c. cons., il legislatore individua con precisione gli elementi sui quali possono appuntarsi le informazioni false o idonee a indurre in errore: la natura e l'esistenza del prodotto (lett.a), le

⁶¹ R. PENNISI, *Considerazioni in merito alle pratiche commerciali ingannevoli*, Giuri.comm. I, 2012, p.653 s.; I. PRINCIPE, *Pratiche ingannevoli e pubblicità ingannevole*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, cit., p.181

⁶² Non sembra, invece, potersi accogliere l'opinione di R. CALVO, *Commento all'art.21 cod.cons.*, in *Codice del consumo. Annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di E. Capobianco e G. Perlingieri, Napoli, 2009,p.79, secondo cui la norma riserverebbe la valutazione dell'idoneità ad indurre in errore al consumatore medio ai soli casi di informazione decettiva.

⁶³ La tesi è di R. PENNISI, *Considerazioni in merito alle pratiche commerciali ingannevoli*, in Giuri. Comm. I, 2012,p.653 s.

caratteristiche principali prodotto quali ad esempio vantaggi, rischi e disponibilità (lett.b), la portata degli obblighi del professionista nonché la natura del processo di commercializzazione e vendita del prodotto (lett.c), il prezzo e il modo in cui esso è calcolato (lett.d), necessità di manutenzione, ricambio o sostituzione (lett.e), le qualifiche e i diritti del professionista (lett.f) e, infine, i diritti del consumatore (lett.g).

Quanto alle omissioni ingannevoli, il codice di consumo vieta l'inganno anche quando esso sia determinato non da una condotta attiva del professionista ma dall'omissione di informazioni rilevanti (art. 22).

L'art. 22 co.1 c. cons. stabilisce che è considerata ingannevole l'omissione di informazioni rilevanti, di cui il consumatore ha bisogno per prendere una decisione consapevole. Tale omissione è suscettibile di divieto solo essa <<induce o è idonea a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso>>.

L'omissione ingannevole vietata abbraccia anche due ulteriori condotte: l'occultamento o la presentazione in forma ambigua e poco chiara dell'informazione e l'omessa enunciazione della finalità commerciale della pratica. In entrambi i casi, l'omissione deve indurre o essere idonea a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione che non avrebbe altrimenti preso. In tutte le sue declinazioni, dunque, l'omissione ingannevole vietata richiede che l'impatto della condotta del professionista sul consumatore sia rilevante, fuorviandone la libertà di scelta sino al punto di indurlo ad assumere una scelta non consapevole.

Il c.d. materiality test costituisce, dunque, elemento peculiare di tutte le forme di pratiche ingannevoli sia commissive che omissive.

Ai sensi del co.3 dell'art. 22 c. cons, inoltre, il giudizio in merito alla forza decettiva esercitata dall'omissione deve essere maturato, prendendo in considerazione le limitazioni di tempo e spazio del mezzo di comunicazione usato ai fini propagandistici, nonché ogni ulteriore accorgimento utilizzato dal professionista per mettere altrimenti a disposizione dei consumatori le

informazioni utili⁶⁴.

Accanto al divieto generale di pratica ingannevole, inoltre, il codice di consumo reca un elenco di pratiche in ogni caso ingannevoli. L'art. 23 del codice di consumo, in particolare, descrive un elenco (c.d. black list), di pratiche ingannevoli assiologicamente vietate, a prescindere dalle circostanze in cui si sono svolte. Tali pratiche riproducono quelle individuate nell'Allegato I della direttiva 2005/29 CE, ove è chiarito che l'elencazione non ha carattere meramente esemplificativo ma tassativo, dal momento che non può essere modificata se non con un'altra disposizione finalizzata ad un'apposita revisione della direttiva stessa. Le pratiche <<in ogni caso ingannevoli>> possono essere suddivise in base alla loro *ratio* in due sottogruppi: pratiche che si incentrano <<sull'inganno dell'apparenza>> e pratiche che si fondano sull'ingannevolezza della propaganda⁶⁵.

All'interno del primo gruppo rientrano le pratiche attraverso le quali il professionista intende carpire il consenso del consumatore con condotte lesive del suo affidamento. Ad esempio appartiene a questa tipologia l'affermazione mendace del professionista di essere firmatario di un codice di condotta (lett.a) o l'esibizione di un marchio di fiducia, di qualità o un marchio equivalente, senza avere ottenuto la relativa autorizzazione (lett.b). Tra le pratiche che si fondano sull'inganno dell'apparenza si ascrivono altresì l'affermazione mendace circa la liceità della vendita del prodotto o la condotta che sia idonea a ingenerare tale impressione (lett.i), le condotte con cui il professionista si impegna a fornire l'assistenza post-vendita in una lingua diversa rispetto a quella del consumatore, senza comunicarglielo prima della conclusione del contratto (lett.h), e ancora le pratiche con cui il professionista prospetta i diritti già conosciuti ai consumatori dalla legge

⁶⁴ R. CALVO, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice di consumo* (a cura di) G. De Cristofaro, cit., p.175

⁶⁵ Per questa ripartizione si veda M. DONA, *L'elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali dell'allegato I della direttiva 2005/29 CE*, in *Le Pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, cit., p.196 s.

come caratteristica propria dell'offerta da lui presentata (lett.l).

Le pratiche riconducibili alla seconda delle categorie delineate, relativa alla ingannevolezza della propaganda, si fondano, invece, su una campagna pubblicitaria fraudolenta in relazione soprattutto al prezzo, quale elemento su cui viene incentrata la promozione del bene. Ad esempio sono riconducibili a tale tipologia le pratiche con cui il professionista invita il consumatore ad acquistare prodotti ad un determinato corrispettivo, senza rilevare l'esistenza di ragionevoli motivi che gli fanno ritenere che non sarà in grado di fornire quei prodotti o prodotti equivalenti a quel prezzo entro un periodo e in quantità ragionevoli in rapporto al prodotto (lett.e); oppure quelle con cui il professionista descrive un prodotto come gratuito o senza alcun onere, quando in realtà il consumatore deve pagare un supplemento di prezzo rispetto al normale costo necessario per rispondere alla pratica commerciale e ritirare o farsi recapitare il prodotto (lett.v).

9. Le pratiche commerciali aggressive

Le pratiche commerciali aggressive si caratterizzano per una più marcata incidenza sulla libertà di autodeterminazione del consumatore. In sostanza, il consumatore subisce una vera e propria pressione (sia pure con intensità potenzialmente diverse) che condiziona la sua volontà, sino, in certi casi, ad annullarla.

Invero, mentre le pratiche commerciali ingannevoli hanno una portata decettiva sulla decisione commerciale del consumatore, influenzandone il processo di formazione della volontà, mediante sottili tecniche di convincimento imperniate sull'informazione, le pratiche aggressive minano alla base la libertà di scelta del consumatore⁶⁶. In tali casi, le condotte del professionista assumono una valenza estorsiva più generale della libertà di scelta del consumatore, inducendolo ad assumere decisioni con metodi di

⁶⁶ L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali aggressive*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice di consumo* (a cura di) G.De Cristofaro, cit., p.287

suggerimento o di vera e propria intimidazione, sfruttando le debolezze caratteriali, emotive e culturali dello stesso⁶⁷. Le pratiche commerciali aggressive, quindi, implicherebbero, a differenza di quelle ingannevoli, un contatto diretto e personale, anche se non sempre ravvicinato, tra il professionista e il consumatore, realizzandosi mediante un'azione diretta al comportamento del consumatore stesso, tale da non falsare necessariamente la sua capacità di valutazione⁶⁸.

L'art. 24 c. cons. considera aggressiva la pratica commerciale <<che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e le circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limiti o sia idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idoneo ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso >>.

Le pratiche aggressive sono, dunque, distinguibili in tre diverse tipologie: le pratiche moleste, quelle coercitive e quelle indebitamente condizionanti.

Il legislatore ha scelto di definire soltanto la nozione di <<indebito condizionamento >> e non anche quella di molestia e coercizione.

Per indebito condizionamento deve intendersi, secondo quanto indicato nell'art. 18 lett.1) c. cons, <<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>>.

All'elasticità e ampiezza della definizione nonché alla mancanza delle altre definizioni, il legislatore ha formalmente sopperito con l'art. 25 del codice di

⁶⁷ DALLE VEDOVE, *Le pratiche commerciali aggressive*, in A. Genovese (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29 CE*, Padova, 2008, p. 120

⁶⁸ LA ROCCA, *sub art.24*, in *Codice del consumo e norme collegate*, 2 ed., (a cura di) V. Cuffaro Milano, 2008, p.143, in particolare, ritiene che la fattispecie di cui all'art.24 c. cons. sia costituita essenzialmente dalla sussistenza di due elementi: a) un elemento di natura funzionale rappresentato dall'idoneità della pratica a spingere potenzialmente il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso; b) requisiti di carattere strutturale ossia gli atti rappresentati dalle molestie, coercizioni psichiche o fisiche e indebito condizionamento.

consumo. L'art. 25 c. cons, indica, infatti, i criteri che devono presiedere la valutazione dell'aggressività, consentendo di determinare quando una pratica commerciale implichi il ricorso a molestie, coercizione e indebito condizionamento.

Come emerge dal tenore della norma generale, tutte le forme di pratiche commerciali aggressive si compongono di due elementi costitutivi: uno di carattere strutturale, rappresentato appunto dalla molestia, coercizione e indebito condizionamento; uno di carattere funzionale, rappresentato dall'attitudine della pratica a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti assunto.

Il carattere "funzionale" dell'aggressività impone, quindi, di considerare tale solo quella pratica che ha una portata limitativa tale da indurre in potenza o in atto il consumatore medio a compiere una scelta.

Accanto al divieto intermedio di pratica aggressiva, analogamente a quanto previsto con riguardo alle pratiche ingannevoli, il codice consumo reca un elenco tassativo di pratiche considerate in ogni caso aggressive. L'art. 26 del codice di consumo contempla, in particolare, otto fattispecie di pratiche commerciali aggressive ex lege vietate. Si tratta di pratiche considerate aggressive, proprio perché particolarmente invasive della sfera personale del consumatore o perché la pratica crea <<l'impressione al consumatore di non poter lasciare i locali commerciali senza avere concluso un contratto di acquisto di prodotti o servizi >> lett.a) o perché, addirittura, invade la sfera della propria abitazione come nel caso di visite a domicilio effettuate con modalità sgradite e moleste (lett.b). Sono altresì fattispecie di per sé vietate le pratiche aggressive, consistenti in marketing e sollecitazioni commerciali non richieste e reiterate mediante strumenti di comunicazione a distanza (lett.c), l'imposizione di ostacoli al risarcimento assicurativo di un danno subordinandolo alla presentazione di documenti non pertinenti (lett.d), le esortazioni dirette ai bambini per convincere gli adulti all'acquisto dei prodotti pubblicizzati (lett.e), la fornitura e il pagamento di prodotti o servizi

non richiesti (lett. f), informazioni al consumatore riguardanti situazioni di pericolo per il lavoro ove non acquisti un determinato prodotto (lett.g), e, infine, la vincita di premi inesistenti o subordinati a oneri economici per i consumatori (lett.h).

10. La repressione delle pratiche commerciali scorrette e il sistema di enforcement prescelto dal legislatore

Se l'attuazione della parte precettiva della disciplina, cioè quella contenente le regole di condotta poste a carico del professionista, non lasciava alcun margine di discrezionalità al legislatore, ampi margini di discrezionalità, invece, erano riconosciuti ai legislatori nazionali per quanto riguarda l'individuazione degli strumenti di reazione alla violazione del divieto.

Quanto a quest'ultimo aspetto, la direttiva (artt. 11-13) affidava agli Stati membri il compito di predisporre <<mezzi adeguati e efficaci>> per prevenire e reprimere le pratiche commerciali sleali nonché un apparato di sanzioni <<effettive, proporzionate e dissuasive>> nei confronti dei professionisti che violassero il divieto. Agli Stati membri, inoltre, era conferita la facoltà di scegliere tra organi di tutela di carattere giurisdizionale e/o organi di tutela di carattere amministrativo.

Il nostro legislatore, in coerenza con la ratio di "regolazione" del mercato propria della disciplina, si è mosso nell'ottica di predisporre strumenti di tutela <<non già del singolo consumatore concretamente vittima della pratica commerciale scorretta bensì del mercato e, con esso, dei consumatori collettivamente considerati>>⁶⁹.

Il terreno sul quale il codice consumo ha collocato la reazione alla violazione del divieto non è quello della tutela individuale bensì quello della tutela dell'interesse collettivo dei consumatori e, più ampiamente, dell'interesse generale del mercato.

⁶⁹ Così C. GRANELLI, *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29 CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 776

In linea anche con la scelta effettuata in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita, la disciplina nazionale opta per un sistema di *enforcement* di carattere pubblicistico, prediligendo la via di una tutela amministrativa. Così la competenza generale ad applicare la disciplina delle pratiche commerciali scorrette è stata incardinata presso l’Autorità garante della concorrenza e del mercato. All’Autorità garante spetta il potere di accertare la scorrettezza della pratica commerciale, inibirli e di irrogare le sanzioni amministrative pecuniarie al professionista che violi i divieti secondo il procedimento descritto all’art. 27 c. cons. La stessa norma, in attuazione del disposto della direttiva, fa espressamente salva la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale a norma dell’art. 2598 c.c., nonché, per quanto concerne la pubblicità comparativa, in materia di atti compiuti in violazione della disciplina sul diritto di autore e dei marchi di impresa nonché delle denominazioni di origine conosciute e protette in Italia e di altri segni distintivi di imprese.

Il sistema di *enforcement*, predisposto contro le pratiche commerciali scorrette, quindi, fa perno principalmente sull’Autorità garante della concorrenza e del mercato. Tale scelta tiene conto del rilievo della pratica commerciale scorretta come fenomeno che attiene principalmente ai rapporti di mercato. Gli effetti distorsivi della pratica, nell’impianto della disciplina, sono apprezzati, infatti, sul piano del mercato e alla luce della figura astratta e standardizzata del consumatore medio. Da questo punto di vista, il modello amministrativo è apparso il più idoneo alla promozione e alla tutela del buon funzionamento del mercato.

Alla tutela amministrativa, tuttavia, si affianca anche quella giurisdizionale collettiva, resa implicitamente accessibile tramite il ricorso all’azione inibitoria di cui all’art. 140 c. cons.

Con l’introduzione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e con il contestuale inserimento della lett. c bis) all’art. 2 del codice di consumo, relativo ai diritti e interessi individuali e collettivi dei consumatori, non è più

revocabile in dubbio la legittimazione delle associazioni dei consumatori e degli utenti, le quali rispettino i requisiti prescritti dall'art. 139 c. cons, ad esercitare l'azione inibitoria di cui all'art. 140 c. cons. avverso le pratiche commerciali scorrette⁷⁰.

A tale azione, inoltre, va oggi accostata l'azione risarcitoria collettiva prevista dall'art. 140 bis c. cons⁷¹.

L'art. 140 bis c. cons., così come da ultimo modificato a seguito del d.l. 1 del 2012, introduce nel sistema italiano l'istituto della *class action*. La norma tutela espressamente i diritti individuali e omogenei nonché gli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti. Con un radicale mutamento rispetto all'originaria formulazione, la legittimazione attiva all'esercizio dell'azione spetta, non più alle associazioni di cui all'art. 139 c. cons. o alle associazioni adeguatamente rappresentative degli interessi collettivi fatti valere, ma a ciascun componente della classe, il quale può agire in proprio o anche mediante associazioni a cui da mandato o mediante comitati a cui partecipa. Tra le situazioni giuridiche deducibili in giudizio, per il profilo che qui ci interessa, la norma contempla appunto “i diritti conseguenti a pratiche

⁷⁰ Come è stato osservato da PALMIGIANI, *Pratiche commerciali scorrette: la legittimazione ad agire delle associazioni dei consumatori e degli utenti ex art.139 e il relativo procedimento ex art.140 del d.lgs. 206/2005*, in *Rivista di diritto privato* 2/2012, poiché le associazioni dei consumatori e degli utenti, inserite nell'elenco di cui all'art.137 c. cons, sono legittimate ad agire ai sensi dell'art.140 c. cons. a tutela degli interessi collettivi dei consumatori oltre che nelle ipotesi di cui all'art.2 (ossia in caso di violazione dei diritti fondamentali dei consumatori) anche “*in caso di violazione degli interessi collettivi dei consumatori contemplati nelle materie disciplinate dal presente codice*”, le pratiche commerciali scorrette sono perfettamente configurabili quali illeciti avverso quali proporre azione inibitoria. E ciò sia perché l'inibitoria è proponibile qualora il comportamento del professionista leda il diritto fondamentale dei consumatori e degli utenti di cui all'art.2 lett.c bis, quale diritto all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà, sia perché le pratiche commerciali scorrette sono disciplinate dal codice agli art.18 s. c. cons.

⁷¹ Con riferimento alla disciplina dell'azione di classe, TADDEI ELMI G., *Art. 27-quater, in Codice del consumo. Aggiornamento: pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, Padova, CEDAM, 2009; Per una ricostruzione dei profili problematici dell'azione di classe vedi E. CAMILLETTI, *Azione di classe: profili sostanziali*, in «i Contratti», IPSOA, 6/2012, 515 s., C. CONTE, I «*Diritti individuali omogenei*» nella disciplina dell'azione di classe, in «*Rivista di diritto civile*», CEDAM, 2011, 611 s., con specifico alle pratiche commerciali scorrette e ai comportamenti anticoncorrenziali v. M. LIBERTINI, *l'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Diritto industriale* 2011, p.2011 s.; R. ALESSI, *Politiche Antitrust e diritti dei consumatori in Italia Dopo le recenti riforme*, in www.juscivile.it; P. FABBIO, *Azione di classe ex art. 140-bis c.cons e illeciti «concorrenziali»:* ambito di applicazione oggettivo e soggettivo, in «*Aida*», Giuffrè, 2010, 385 s.

commerciali scorrette”.

11. Violazione del divieto di pratica commerciale scorretta e diritti individuali dei consumatori

Anche in relazione alle conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratica commerciale sleale, il legislatore comunitario concedeva un ampio margine di discrezionalità agli Stati membri.

L’art. 3 par. 2 della direttiva, infatti, nel definire l’ambito di applicazione della disciplina, affermava che <<la presente direttiva non pregiudica l’applicazione del diritto contrattuale in particolare delle norme sulla formazione, validità e efficacia di un contratto>>.

La norma, in realtà, ripropone una considerazione abbastanza ovvia ove si guardi agli obiettivi e alla ratio dell’intervento legislativo.

Lo scopo del divieto di pratica commerciale scorretta, come già evidenziato, è quello di “regolamentare” l’attività economica del professionista e, più in generale, il corretto funzionamento del mercato. Gli effetti distorsivi della pratica commerciale, quindi, sono apprezzati sul piano del mercato e valutati alla luce del parametro astratto e standardizzato del consumatore medio. Questo ordine di valutazione non interferisce (rectius: non pregiudica) con il diverso ordine di valutazione relativo alla singola vicenda contrattuale, nel senso che la tutela preventiva e generale non esclude ma si aggiunge a quella individuale infracontrattuale.

La direttiva, quindi, non esclude a priori qualsiasi forma di incidenza della violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette sul rapporto contrattuale, ma nemmeno impone al legislatore nazionale di prevedere specifici rimedi privatistici sul piano della validità e efficacia del contratto.

Per altro verso, il legislatore comunitario chiariva al considerando n.9 che <<la direttiva non pregiudica i ricorsi individuali proposti da soggetti che siano stati lesi da una pratica commerciale sleale>>.

I ricorsi individuali cui si fa riferimento sono le azioni e pretese che i singoli consumatori sono legittimati a far valere sulla base delle norme di diritto nazionale “diverse” da quelle concernenti la formazione, la validità e l’efficacia del contratto: in primo luogo, quindi, le pretese risarcitorie fondate sulle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale (e precontrattuale), nonché i diritti e i rimedi esperibili dal singolo consumatore a fronte dell’inadempimento del contratto. Anche in questa ipotesi, dunque, la direttiva non obbligava in alcun modo i legislatori nazionali a prevedere espressamente che qualsiasi pratica commerciale, per il solo fatto di essere sleale, costituisca sempre e necessariamente un atto illecito fonte di un’obbligazione risarcitoria.

Più in generale gli stati membri erano pienamente liberi di decidere se la violazione del divieto di porre in essere pratiche commerciali sleali, di per sé sola, potesse far sorgere in capo ai singoli consumatori diritti contrattuali o/e pretese risarcitorie direttamente nei confronti del professionista che se ne renda responsabile.

Dal canto suo, il legislatore italiano (diversamente da altri legislatori nazionali), rinuncia, come pure la direttiva gli avrebbe consentito, a indicare rimedi contrattuali direttamente accessibili al singolo consumatore, vittima di una pratica commerciale scorretta, limitandosi a riprodurre pedissequamente la lettera dell’art. 3 par. 2 della direttiva.

Il “clamoroso” silenzio del legislatore sul punto dei rimedi contrattuali ha animato un intenso dibattito in dottrina, volto a indagare sui rapporti tra la pratica commerciale scorretta e il contratto e sulle tecniche di tutela dei diritti contrattuali dei singoli consumatori.

Se il tema dei rimedi contrattuali azionabili dal singolo consumatore ha impegnato gli apprezzabili sforzi di autorevole dottrina che non sempre è approdata a risultati univoci, una maggiore uniformità di vedute, tuttavia, si può registrare in relazione alla soluzione della responsabilità aquiliana del professionista che incorra in una pratica scorretta. In altri termini, le difficoltà

riscontrate nell'individuazione di un rimedio contrattuale di carattere generale, azionabile in via diretta per la violazione del divieto di pratica commerciale scorretta, ha indotto i più a ritenere il rimedio risarcitorio di natura extracontrattuale lo sblocco naturale della tutela individuale avverso le pratiche scorrette. L'assunta centralità sul piano della tutela individuale del rimedio risarcitorio di natura aquiliana, risulta, tra l'altro, confermata dalle previsioni relative all'azione di classe.

Il codice di consumo, infatti, riconosce esplicitamente al consumatore la possibilità di far valere le pretese risarcitorie (extracontrattuali o precontrattuali) conseguenti alla pratica commerciale scorretta attraverso lo strumento dell'azione di classe di cui all'art. 140 bis c. cons.

L'art. 140 bis c. cons, come chiarito dalla giurisprudenza, non crea nuovi diritti ma disciplina soltanto un nuovo mezzo processuale di tutela, che si aggiunge alle azioni individuali già spettanti ai singoli consumatori. Anzi può dirsi che, con tale strumento, la tradizionale tutela giurisdizionale del consumatore risulta addirittura rafforzata: l'azione di classe, infatti, agevola l'accesso alla giustizia dei consumatori grazie alla possibilità di gestire gli interessi individuali in ambito contenzioso in maniera collettiva.

Ma l'indagine della dottrina, come premesso, non si è focalizzata tanto sulla plausibile interferenza tra pratica scorretta e illecito civile, quanto sulla ricerca di un rimedio generale che risultasse il più adeguato alla tutela del singolo consumatore, che per effetto o a causa di una pratica commerciale scorretta si trovasse vincolato ad un contratto non voluto o che avrebbe voluto a condizioni differenti.

La consapevolezza acquisita dalla migliore dottrina circa l'indubbia coincidenza, quanto meno su un piano fenomenologico, tra pratica commerciale scorretta e cause di annullabilità per vizi del consenso, ha poi spostato l'indagine su un altro piano. Per effetto di tale mutamento di prospettiva, l'aspetto più interessante del dibattito ha riguardato i rapporti tra accertamento in via amministrativa della scorrettezza e giudizio individuale

civile. In altri termini, ci si è chiesti se la scorrettezza della pratica commerciale, apprezzata dall'Autorità garante, abbia in qualche modo un impatto automatico sulla validità del contratto o se la diversità tra i due piani di tutela osti a una operazione di automatico travaso. Anche a volere riconoscere una qualche incidenza immediata della pratica commerciale scorretta sul contratto e, quindi, a considerare il provvedimento amministrativo come prova della scorrettezza anche nel giudizio civile, è poi sorto un ulteriore problema: ossia se il giudizio di ingannevolezza o condizionamento, contenuto nella decisione dell'Autorità, debba o meno riformularsi in concreto con riguardo al singolo consumatore, che potrebbe essere per avventura meno sprovveduto e più avveduto del consumatore medio. È stata, invero, avanzata anche una terza soluzione: ritenere che la decisione dell'Antitrust determini una presunzione circa l'influenza della pratica scorretta sul processo volitivo del consumatore, salvo porre carico del professionista l'onere di dimostrare che così non è stato con riguardo al singolo consumatore sua controparte contrattuale.

Queste in breve sono le linee essenziali del dibattito maturato sul tema delle conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratica commerciale scorretta su cui la mia indagine intende soffermarsi. A tale dibattito sarà più specificatamente dedicato il terzo capitolo il quale si propone di scandagliare i possibili rapporti tra pratica commerciale scorretta e rimedi civilistici, in relazione anche alle principali posizioni in merito assunte dalla dottrina. Il capitolo che lo precede, invece, assumerà un angolo di visuale squisitamente pragmatico, volto ad individuare le fattispecie concrete, al vaglio dell'AGCM, che possono effettivamente interferire con la singola vicenda contrattuale. Il quarto capitolo, infine, sarà incentrato su un'analisi di natura comparatistica, volta a verificare le soluzioni adottate dai legislatori degli altri Stati membri, con un approccio attento anche ad una prospettiva evolutiva.

Capitolo II - Le pratiche commerciali scorrette e il possibile impatto sul (singolo) contratto: fattispecie significative

1. Funzione e obiettivi dell'analisi

In questa fase, l'indagine sul rapporto tra pratica commerciale scorretta e contratto e delle possibili tutele a favore del consumatore che sia stato vittima di una pratica commerciale scorretta, viene condotta in un ottica diversa, orientando l'angolo di visuale in funzione di un approccio di natura squisitamente pragmatica.

L'obiettivo è quello di individuare quali tra le fattispecie concrete, venute al vaglio dell'Autorità Garante (nazionale), siano in grado effettivamente (e eventualmente in che modo) di incidere sul singolo rapporto contrattuale, giustificando e, in definitiva, legittimando l'esigenza di individuare i rimedi contrattuali a tutela del singolo consumatore.

In effetti, è innegabile che la maggior parte delle pratiche commerciali scorrette riscontrabili sono, in linea di massima, collocate nella fase di commercializzazione dei prodotti; in una fase in cui non vi è stato ancora alcun contatto tra il professionista e il consumatore.

In tale ipotesi la pratica commerciale scorretta non ha immediata incidenza sulla formazione del contratto e, in generale, sul rapporto contrattuale e la sua corretta gestione, rendendone difficile un apprezzamento riferito alla singola relazione tra due "parti" contraenti: più arduo apparirebbe dunque dedurre problemi di validità o corretta esecuzione del rapporto contrattuale, ma anche chiamare in causa una disciplina della responsabilità precontrattuale che, almeno nella sua lettura tradizionale, rimanda pur sempre ad una concreta relazione in sede di trattative e formazione del contratto.

La prospettiva qui considerata, invece, si propone di verificare se fattispecie di pratica commerciale scorretta frequenti e rilevanti tanto da giungere all'attenzione dell'AGCM siano altresì fattispecie che presuppongono un contatto materiale e diretto tra il professionista e il consumatore.

La pratica commerciale scorretta, in tale evenienza, non costituisce più soltanto una condotta rilevante per il mercato, ma intercetta, sia pure sotto profili differenti, la singola vicenda contrattuale. Là dove la pratica commerciale scorretta si introietta nella dinamica contrattuale tra il professionista e il singolo consumatore, essa pone la necessità di vagliare i possibili profili di interferenza con la fattispecie concreta di contratto.

Un'indagine siffatta può essere assai utile al fine di individuare i rimedi contrattuali più adeguati alla tutela del consumatore, vittima del comportamento scorretto della controparte.

Ovviamente la pratica commerciale scorretta che presenta profili di interesse ai fini di questa analisi, in astratto, può intercettare la singola vicenda contrattuale sotto profili differenti.

Il comportamento scorretto del professionista può annidarsi, infatti, nella fase immediatamente precedente la conclusione del contratto, influenzandone sotto vari aspetti il procedimento di formazione; ovvero può altresì interferire con la sua esecuzione e, quindi, con la corretta gestione del rapporto contrattuale.

Prima di passare in rassegna una serie di pronunce dell'Antitrust su alcune fattispecie significative, per i profili in questa sede rilevanti, occorre premettere due osservazioni generali.

Le fattispecie di pratica commerciale suscettibili di assumere rilevanza nell'ambito di una vicenda contrattuale sono, senza dubbio, assai meno numerose di quelle che, collocandosi in una fase di mera commercializzazione e pubblicità del bene o del servizio e non presupponendo alcun contatto materiale tra il professionista e il singolo

consumatore, assumono rilievo esclusivamente sul piano della regolamentazione del mercato e della tutela pubblicitaria.

In altri termini, può dirsi che staticamente sono minori le pratiche commerciali scorrette che si relazionano con una vicenda contrattuale, manifestandosi in una fase di formazione del contratto o di esecuzione dello stesso.

Inoltre, così come emerge anche dall'analisi dei provvedimenti adottati dall'AGCM, le pratiche commerciali che presentano tali connotati sono per lo più sanzionate sotto il profilo dell'aggressività. Ciò perché gli elementi strutturali della pratica commerciale aggressiva, per loro stessa natura, presuppongono un contatto personale e diretto o quantomeno ravvicinato tra il professionista e il consumatore stesso.

In conclusione, l'analisi che qui si propone è mossa dal tentativo di focalizzare il punto di potenziale impatto della pratica commerciale scorretta sulla singola vicenda contrattuale: si tratta, cioè, di cogliere in concreto in quali ipotesi gli effetti distorsivi di una pratica commerciale, rilevanti sul piano del mercato, possano apprezzarsi anche nella singola vicenda contrattuale.

2. Le pratiche commerciali scorrette nella formazione del contratto

Ciò premesso, in coerenza con l'obiettivo di tale analisi, è possibile passare all'esame delle singole fattispecie, oggetto di accertamento da parte dell'AGCM.

In primo luogo, l'analisi si concentra su quelle pratiche commerciali che si inseriscono nella fase di formazione del contratto.

Presenta indubbi profili di interferenza con le vicende contrattuali che ne sono scaturite la pratica commerciale scorretta accertata nel caso *FMR-ART'E'- vendita di libri di pregio a domicilio*⁷².

⁷² PS 375, FRM ART'E'- Vendita di libri di pregio a domicilio, provvedimento n.22610, 19 luglio 2011, in Boll. 35/11

In tale fattispecie, la pratica commerciale, oggetto di valutazione da parte dell'AGCM, concerne una serie di comportamenti tenuti dal professionista nella fase di promozione e vendita di opere editoriali e oggetti d'arte di pregio.

FRM, professionista operante nel settore della commercializzazione e vendita di opere di pregio, prospettava ai consumatori, nei messaggi pubblicitari diffusi tramite internet, posta e stampa, la possibilità contrariamente al vero di richiedere un'opera gratuita o in omaggio.

Dopo avere ottenuto l'appuntamento presso il domicilio dei consumatori, spesso soggetti particolarmente vulnerabili per età, condizioni economiche e di salute, gli operatori della FRM li inducevano, tramite un sistema di vendita preordinato a creare una pressione psicologica, all'acquisto di un'altra opera a pagamento, prospettando, tra l'altro, la particolare convenienza anche economica dell'affare.

La scorrettezza della pratica commerciale è apprezzata dall'AGCM sotto tre diversi profili.

In primo luogo, l'operazione promozionale di vendita dei prodotti viene ritenuta ingannevole, dal momento che i messaggi pubblicitari diffusi dal professionista contengono informazioni non rispondenti al vero, circa la possibilità di ricevere in regalo, omaggio ovvero in visione gratuita volumi di pregio. In realtà, la consegna di tali volumi, lungi dal costituire una offerta gratuita, sarebbe avvenuta soltanto in occasione della presentazione diretta del professionista presso il domicilio del consumatore, a condizione di acquistare contestualmente un altro volume a pagamento.

La prassi del professionista, in particolare, è stata considerata una pratica commerciale scorretta, ai sensi degli artt. 20 e 21 co.1 lett.b) e 23 lett.v) del codice del consumo.

Le informazioni ingannevoli veicolate dal professionista, mediante i messaggi pubblicitari, integrano, da una parte, un'ipotesi di azione ingannevole ex art. 21 co.1 lett.b) in quanto detta pratica è idonea a indurre

in errore il consumatore sulle caratteristiche dell'offerta e sulla natura del processo di vendita e, in ogni caso, è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso; dall'altra parte, tali messaggi pubblicitari realizzano gli estremi della pratica commerciale in ogni caso ingannevole di cui all'art. 23 lett.v codice del consumo, in quanto volti a descrivere un prodotto come gratuito o senza alcun onere, quando, invece, il consumatore deve pagare un supplemento di prezzo rispetto al normale costo necessario per rispondere alla pratica commerciale, ritirare e farsi recapitare il prodotto.

Sotto un secondo profilo, l'AGCM appura la scorrettezza dello stesso sistema di vendita utilizzato dal professionista. Sistema congegnato nei termini seguenti.

La consegna dell'opera asseritamente gratuita o in omaggio viene subordinata o comunque collegata all'acquisto di un'altra opera a pagamento. Al fine di indurre il consumatore all'acquisto, gli sono prospettate circostanze non veritiere sulla particolare convenienza economica dell'offerta, ovvero sulla sua disponibilità per un periodo di tempo limitato, e, ancora, sulla natura dell'acquisto come investimento particolarmente conveniente, considerata, da un lato, la possibile rivalutazione futura dell'investimento stesso e, dall'altro, la possibilità di ricollocare (anche attraverso il noleggio dell'opera) il volume presso terzi.

Inoltre, complessivamente, il sistema di vendita è preordinato a creare una pressione psicologica sul cliente in ragione della particolare insistenza dei venditori, degli orari delle visite e della durata dell'appuntamento presso il domicilio del consumatore. A ciò si aggiunga che FRM si rivolge a un target di consumatori particolarmente vulnerabili, in ragione dell'età e delle particolari condizioni economiche e di salute.

Per tali ragioni, il sistema di vendita, così come articolato dal professionista, integra, secondo la valutazione espressa dall'Autorità, sia i presupposti di una azione ingannevole, riconducibile all'art. 21 c.1 lett. c) e d), a causa delle

informazioni non corrispondenti al vero relativamente all'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo e alla natura del processo di vendita; sia i presupposti una pratica commerciale *ex se* ingannevole ai sensi degli art. 23 lett. g) e t), in relazione alla dichiarazione contrariamente al vero che il prodotto sarà disponibile per un periodo limitato e alle informazioni inesatte, circa le condizioni di mercato in ordine alla possibile rivalutazione dell'investimento e ricollocazione dell'opera presso terzi. La medesima condotta rileva come pratica commerciale aggressiva, integrando i presupposti dell' art. 24 codice del consumo. Si osserva al riguardo che il sistema di vendita, preordinato a creare una pressione psicologica sui potenziali clienti, è idoneo a limitare considerevolmente, mediante un indebito condizionamento, la loro libertà di scelta o di comportamento in relazione ai prodotti offerti, inducendoli ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbero assunto.

Sotto un ultimo profilo, l'AGCM sanziona la pratica commerciale di FRM, in quanto in ogni caso ingannevole ai sensi dell'art. 23 lett.a) codice del consumo.

FRM inserisce nella documentazione contrattuale l'indicazione non veritiera di aderire ad un codice di condotta, così rappresentando ai consumatori la piena conformità della propria proposta commerciale alle prassi normative vigenti e in qualche modo inducendoli a trascurare le normali regole di prudenza nell'aderire all'offerta peraltro economicamente impegnativa.

Come emerge dalla disamina delle dinamiche della pratica commerciale scorretta in esame, la stessa presenta indubbia influenza sul procedimento di formazione della volontà del consumatore. Assumono, in particolare, rilevanza le modalità del contatto tra il professionista e il consumatore.

Infatti, il professionista, abusando della posizione di strutturale debolezza del consumatore, nella specie particolarmente vulnerabile, esercita un indebito condizionamento della sua volontà sotto forma di pressione psicologica sullo stesso, ai fini dell'acquisto dell'ulteriore opera a pagamento; inoltre, le

informazioni non vere fornite dal professionista sfruttano il deficit informativo del consumatore, generando complessivamente una falsa rappresentazione della realtà in merito alle qualità essenziali del prodotto.

Per effetto dei comportamenti scorretti del professionista, il consumatore si ritrova vincolato ad un contratto che, in assenza della pratica commerciale scorretta, non avrebbe concluso o avrebbe concluso a condizioni differenti.

La fattispecie descritta mette perfettamente in luce come gli effetti distorsivi della pratica commerciale scorretta, seppure apprezzati dall'Autorità garante sul piano del mercato, possano avere - e avevano in tal caso - un impatto anche rilevante sulla singola vicenda contrattuale e sulla libera scelta del singolo consumatore. Potremo anzi dire che la pratica in questione, per il suo contenuto, è destinata ad esplicitare la sua scorrettezza proprio in seno alla singola vicenda contrattuale e nella fase di sua conclusione, non solo in quanto aggressiva (essendo, come detto, l'aggressività della pratica quasi sempre da apprezzare nel contatto diretto tra professionista e consumatore) ma anche nei suoi aspetti specifici di ingannevolezza.

A conclusioni non dissimili induce ad orientarsi il caso *INTERNATIONAL MASTERS PUBLISHERS - Richiesta pagamento non dovuto*⁷³.

Il procedimento concerneva la pratica commerciale, posta in essere da IMP, nell'ambito della commercializzazione dei propri prodotti editoriali. In particolare, IMP non indicava - nei diversi strumenti utilizzati per la promozione delle proprie iniziative editoriali, quali il sito internet www.imponline.it e i coupon allegati a riviste - con sufficiente trasparenza e chiarezza che, compilando il modulo, al fine di ottenere gratuitamente il primo numero di una data collezione ed il relativo omaggio, si sarebbe attivato un abbonamento a tale prodotto, né specificava le modalità con le quali esercitare il diritto di recesso.

⁷³ PS 1028, INTERNATIONAL MASTERS PUBLISHERS - Richiesta di pagamento non dovuto - provvedimento n.20908, 18 marzo 2010, in Boll. 11/2010

Sulla base dei contratti conclusi con le modalità suddette il professionista inviava ai consumatori pubblicazioni non richieste, senza poi dare seguito alle specifiche e ripetute comunicazioni di disdetta, da parte dei consumatori stessi, volte ad annullare l'invio dei fascicoli non ordinati e pretendeva, anche nei casi di ordini contestati, il pagamento del relativo corrispettivo.

La scorrettezza della condotta di IMP viene, in primo luogo, apprezzata sotto il duplice profilo dell'ingannevolezza e dell'aggressività delle modalità di presentazione dell'offerta promozionale e delle modalità di acquisizione del consenso del consumatore, per quanto riguarda l'adesione alla proposta commerciale a pagamento. L'AGCM osserva al riguardo che le indicazioni riportate sui diversi coupon, utilizzati da IMP per promuovere i propri prodotti editoriali, risultano ingannevoli in quanto forniscono informazioni oscure e poco trasparenti in merito alla natura dell'offerta prospettata, omettendo altresì di indicare con chiarezza le modalità di esercizio del diritto di recesso, in violazione degli articoli 21 e 22 del Codice del Consumo.

Più nel dettaglio, il materiale promozionale, diffuso da IMP per la commercializzazione dei propri prodotti editoriali, secondo la valutazione dell'AGCM, risultava idoneo ad indurre in errore il consumatore medio; infatti, esso non rendeva immediatamente percepibili le informazioni relative ad alcuni elementi fondamentali per una scelta commerciale consapevole, quali il contenuto e le caratteristiche principali dell'offerta.

In particolare, i coupon, attraverso i quali IMP realizzava la maggior parte dell'attività promozionale e, al contempo, di acquisizione degli ordini, utilizzavano una terminologia poco trasparente e vaga, suscettibile di trarre in inganno il destinatario; le informazioni ingannevoli inducevano i consumatori a ritenere che l'offerta avesse ad oggetto un pacco regalo per la visione gratuita, in anteprima, di un numero di una collezione editoriale (con eventuali ulteriori omaggi) mentre, in realtà, essa celava l'accettazione inconsapevole di un contratto assimilabile ad un abbonamento.

Infatti, la dicitura, riportata con ampia enfasi sul frontespizio del coupon,

spingeva il consumatore a ritenere di ricevere il Pacco Regalo senza condizioni e solo successivamente (“se vorrò”), di eventualmente impegnarsi a ricevere, a pagamento, ulteriori spedizioni. In realtà, come si evince dalle precisazioni riportate con caratteri molto più minuti sul retro del coupon, il perfezionamento del contratto-abbonamento richiedeva, non già un esplicito atto di adesione allo stesso, ma un comportamento meramente omissivo ovvero la mancata attivazione da parte del consumatore stesso (“se [...] decide di continuare a collezionare [...] non faccia assolutamente nulla”). In sostanza, la volontà palese del consumatore è richiesta solo per disdire l’abbonamento, cioè l’invio di ulteriori fascicoli; mentre la mera compilazione del coupon da parte del consumatore attiva, già di fatto, un rapporto contrattuale con il professionista, come confermato dalle indicazioni riportate sul retro dello stesso, secondo le quali il cliente avrebbe potuto recedere entro 10 giorni dal ricevimento del Pacco Regalo.

Complessivamente tale strategia di vendita, caratterizzata dalle sopra descritte modalità di acquisizione degli ordini da parte di IMP, integra anche una pratica aggressiva tramite indebito condizionamento del consumatore a cui si rivolge.

Per quanto riguarda, invece, i comportamenti del professionista successivi all’avvenuta conclusione del contratto, ossia l’invio non richiesto di materiale editoriale e il mancato riscontro alle richieste di recesso dei consumatori, l’AGCM giunge alla seguente conclusione. Le condotte in questione possono qualificarsi, da un lato, come pratica commerciale aggressiva, ai sensi degli articoli 24, e 25, lettera d) in quanto il mancato riscontro alle richieste di disdetta impone ostacoli non contrattuali all’esercizio di diritti contrattuali e, in particolare, al diritto di recesso, così limitando la libertà di scelta del consumatore medio; e dall’altro come pratica commerciale in ogni caso aggressiva, ai sensi dell’art. 26, lettera f), esigendo il professionista il pagamento di prodotti che il consumatore non ha mai richiesto.

Dall'analisi sviluppata emerge chiaramente che anche la pratica commerciale in esame esercita una penetrante influenza sulla formazione della volontà negoziale del consumatore. La volontà del consumatore nasce viziata perché si forma su contenuti e caratteristiche che non corrispondono alla reale natura dell'offerta e che gli consentono di comprenderne l'effettiva portata solo nel momento in cui il contratto è già concluso, ovvero dopo il ricevimento degli opuscoli successivi al primo. Solo in quel momento, il consumatore, anche grazie alla lettera informativa inviata da IMP insieme ai bollettini di pagamento, è messo nella condizione di comprendere l'effettiva portata dell'offerta cui ha aderito: ossia di aver attivato, nei fatti, un abbonamento e di essersi obbligato, salvo disdetta, alla ricezione degli ulteriori fascicoli. L'erronea rappresentazione delle caratteristiche essenziali dell'offerta, dunque, è potenzialmente idonea a far cadere in errore il singolo consumatore che si risolve ad aderire all'offerta in quanto crede di sottoscrivere un contratto a titolo gratuito anziché a titolo oneroso. La campagna promozionale di IMP è evidentemente volta ad ingenerare nel consumatore la falsa credenza di aderire ad una cessione a titolo gratuito dell'opera editoriale, solo eventualmente seguita da ulteriori spedizioni. Solo, infatti, nel retro del coupon promozionale in caratteri assai più minuti è indicata la reale natura dell'offerta e delle modalità richieste per l'adesione.

3. Il caso ENEL-richiesta cambio fornitore

In un'ottica parzialmente diversa si pone, per certi aspetti, il caso *ENEL ENERGIA- Richiesta cambio fornitore*⁷⁴.

In particolare, nel caso di specie, la fattispecie concreta, accertata dall'AGCM, concerne un'ipotesi di fornitura di gas naturale e energia elettrica mai sottoscritta dal consumatore che, in alcuni casi, lamenta anche la falsificazione stessa della firma. In sostanza, a fare difetto, in questa

⁷⁴ PS 91, ENEL ENERGIA - Richiesta cambio fornitore, provvedimento n. 18829, 4 settembre 2008, in Boll.33/2008

ipotesi, non è una volontà libera ma lo stesso consenso del consumatore, come elemento essenziale del contratto. Sotto tale aspetto, la pratica commerciale scorretta non influenza il corretto svolgimento dell'iter formativo della volontà del consumatore ma incide sulla stessa genesi del rapporto contrattuale, traducendosi in un vizio strutturale del contratto.

Dall'istruttoria relativa al provvedimento in questione, emergono altresì ipotesi in cui, pur se il consumatore ha materialmente aderito alla proposta commerciale, è stato a ciò indotto dalle informazioni ingannevoli, in quanto false e incomplete, veicolate dalla pratica commerciale scorretta tenuta dal professionista. In tale ipotesi, quindi, la pratica commerciale ha effetti decettivi, inducendo il consumatore in errore su elementi e parametri rilevanti per una decisione commerciale consapevole.

Nel dettaglio, i comportamenti contestati a ENEL s.p.a. consistono: nel passaggio di clienti in regime di c.d. Maggior tutela (Enel Distribuzione S.p.A.) al mercato libero (Enel Energia S.p.A.) dell'energia elettrica, realizzato mediante l'attivazione di una fornitura di energia elettrica non richiesta dai consumatori e, in particolare, mediante l'adesione all'offerta commerciale denominata "Energia pura casa"; inoltre, nell'attivazione non richiesta di una fornitura di gas naturale, mediante l'adesione all'offerta commerciale denominata "Vantaggio 5 +"; e, infine, nella diffusione di una campagna pubblicitaria, volta promuovere, tra l'altro, le offerte "Bioraria" e "Vantaggio 5 +".

Tali comportamenti sono stati oggetto di contestazione a seguito di diverse segnalazioni, pervenute all'AGCM, in cui numerosi consumatori lamentavano alla società Enel Energia S.p.A., società che opera nel Mercato libero dell'energia, l'attivazione di forniture di energia elettrica e/o di gas, da essi asseritamente mai richieste o rispetto alle quali esercitavano tempestivamente il diritto di ripensamento o il diritto di recesso.

A tali segnalazioni si aggiungevano altresì altre denunce con le quali alcuni consumatori contestavano la presunta ingannevolezza di alcuni messaggi,

riconducibili alla campagna pubblicitaria, volta a promuovere le offerte riferite all'elettricità e al gas, denominate "Bioraria" e "Vantaggio 5+".

In particolare, i messaggi promozionali in questione sarebbero stati idonei ad indurre in errore il consumatore in ordine al ruolo e all'ambito di attività del soggetto offerente; tali comunicazioni pubblicitarie non avrebbero lasciato intendere che l'adesione alle offerte pubblicizzate determinava lo spostamento dell'utente ad un nuovo fornitore nonché, con specifico riferimento all'energia elettrica, il passaggio dal mercato di Maggiore Tutela al Mercato Libero, con conseguente adesione ad un piano tariffario soggetto, in futuro, alle variazioni di mercato.

Per quanto riguarda l'attivazione di fornitura di energia elettrica e/o di gas naturale non richiesta, l'AGCM qualifica la condotta del professionista come fattispecie di pratica commerciale aggressiva vietata ai sensi degli articoli 24, 25 e 26, lettera f), del Codice.

In primo luogo, infatti, la fornitura non richiesta comporta un indebito condizionamento che limita o è comunque idoneo a limitare considerevolmente la libertà di scelta e di comportamento del consumatore ai sensi del combinato disposto degli articoli 24 e 25 del Codice del Consumo.

Nel caso di specie, si considera altresì violato l'articolo 26, lettera f), del Codice del Consumo che annovera tra le condotte considerate in ogni caso aggressive il comportamento del professionista che esiga "il pagamento immediato o differito (..) di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto". Si osserva, infatti, che in numerosi casi, Enel Energia ha richiesto il pagamento delle forniture di energia elettrica e/o di gas pur se non sottoscritte dagli utenti.

Ancora con riferimento alle medesime condotte, l'AGCM osserva che, alla luce delle segnalazioni acquisite agli atti, la fornitura di energia e/o di gas naturale in diversi casi è attivata, nonostante i consumatori abbiano esercitato, nei tempi e secondo le modalità previste dalla legge, il diritto di

recesso. Da ciò l'AGCM desume la configurabilità di una pratica commerciale aggressiva ai sensi dell'artt. 24 e 25 del codice del consumo, realizzandosi, infatti, l'ipotesi di cui alla lettera d), dell'articolo 25 Codice del Consumo. Tale norma, appunto, prevede come elemento da prendere in considerazione al fine di determinare se una pratica commerciale comporti molestia, coercizione o indebito condizionamento, "qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista, qualora il consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compreso, quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad altro professionista".

Per quanto concerne le ipotesi di forniture di energia elettrica e/o di gas naturale richieste dai consumatori, a causa di informazioni errate o incomplete, l'AGCM riconduce i comportamenti oggetto di contestazione alle pratiche commerciali ingannevoli ai sensi degli articoli 21, 22 e 23, lettera g), del Codice del Consumo. Più in particolare l'AGCM giunge a tale conclusione attraverso una analisi dettagliata del meccanismo operativo dei canali di vendita utilizzati dal professionista. A tal fine si precisa in motivazione che il passaggio di clienti residenziali sul mercato libero dell'energia elettrica e l'acquisizione di clienti sul mercato del gas naturale, viene effettuato da Enel energia tramite i seguenti canali di vendita:

1. contatto telefonico in uscita, finalizzato alla conclusione di contratti di fornitura di energia elettrica e/o di gas naturale mediante chiamate effettuate da operatori esterni (c.d. Provider o Teleseller), che agiscono in nome e per conto di Enel Energia (Committente), verso liste di nominativi da quest'ultima selezionati e forniti periodicamente ai Provider (cd. *Teleselling Outbound*);
2. contatto telefonico in entrata, anch'esso finalizzato all'acquisizione di siti residenziali mediante la ricezione di chiamate effettuate da potenziali clienti che contattino il numero verde 800 900 860 e richiedano informazioni sulle offerte di Enel Energia (cd. *Inbound*);
3. vendita mediante agenti/procacciatori con contatto personale con il cliente

(porta a porta).

L'analisi dell'AGCM si appunta, quindi, sulle modalità operative di tali canali di vendita, rilevandosi, sulla base delle risultanze istruttorie, il carattere decettivo, incompleto e errato delle informazioni veicolate dagli addetti alle vendite.

Con riguardo al canale di vendita porta a porta, in particolare, dalle risultanze istruttorie, emerge che le liberatorie, consegnate ai clienti al momento della sottoscrizione della proposta commerciale, non contengono indicazioni specifiche sull'assetto societario del Gruppo Enel e non specificano in alcun modo le differenze che corrono tra il regime di maggior tutela e il mercato libero; inoltre, dette liberatorie non informano in alcun modo il consumatore della circostanza che la firma del modulo comporti la formulazione di una proposta commerciale a favore di Enel Energia, irrevocabile per 45 giorni, nonché la facoltà di esercitare il diritto di ripensamento entro 10 giorni dalla sottoscrizione del modulo.

Allo stesso modo, per quanto concerne il canale telefonico, l'attività di contatto e di prospettazione delle offerte, sia nell'ambito del *teleselling c.d. outbound* sia in quello del *c.d. inbound*, veicola informazioni incomplete e errate sui medesimi ambiti rilevanti.

In particolare, detta attività non fornisce indicazioni in merito alla circostanza che per i consumatori in regime di maggior tutela l'adesione all'offerta proposta comporta il passaggio al mercato libero, con conseguente adesione ad un piano tariffario soggetto, in futuro, alle variazioni di mercato. Nel corso della telefonata, inoltre, non viene fornita alcuna indicazione in ordine al contenuto del modulo che il consumatore è chiamato a sottoscrivere per l'attivazione dell'offerta. Il consumatore non è in alcun modo informato della circostanza che la firma del modulo, precompilato dall'operatore durante la telefonata, determina la formulazione di una proposta commerciale a favore del professionista irrevocabile per 45 giorni. In alcuni casi, poi, il consumatore non viene nemmeno informato della possibilità di esercitare il

diritto di ripensamento entro dieci giorni dalla sottoscrizione della proposta commerciale.

Alla luce di tali riscontri, l'AGCM ritiene di qualificare le condotte in esame come pratiche commerciali ingannevoli ai sensi dell'articolo 21 e 22 del Codice del Consumo: il carattere decettivo delle informazioni e l'omissione di quelle rilevanti sono idonee a indurre il consumatore ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Le indicazioni non rispondenti al vero, inesatte o incomplete fornite alla clientela sono idonee ad indurre in errore il consumatore, circa il ruolo e l'ambito di attività del professionista dal quale provengono le offerte per l'energia elettrica e per il gas, le condizioni di mercato, le modalità di conclusione del contratto ed in alcuni casi i diritti che il consumatore può esercitare: informazioni che costituiscono uno dei principali parametri cui fanno riferimento i consumatori allorché compiono proprie valutazioni sull'opportunità di acquistare o meno un prodotto o un servizio.

Per le stesse ragioni, infine, l'AGCM considera pratica commerciale ingannevole anche l'ultimo dei comportamenti contestati al professionista ossia la diffusione di una campagna pubblicitaria volta a promuovere, tra l'altro, le offerte "Bioraria" e "Vantaggio 5 +".

4. La pratica commerciale scorretta del c.d. tying o vendita abbinata: il caso Banca Mediolanum

L'art. 36 bis del d.l. 201 del 2011 introduce una peculiare fattispecie di pratica commerciale ingannevole la quale, già nella sua tipizzazione, appare idonea a interferire con la vicenda contrattuale ad essa legata.

In particolare, l'intervento legislativo in questione, aggiungendo all'art. 21 del codice del consumo il co.3 bis, contempla una nuova fattispecie tipica di azione ingannevole, stabilendo che *"è considerata scorretta la pratica commerciale di una banca, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obbliga il*

cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca, istituto o intermediario ovvero all'apertura di un conto corrente presso la medesima banca, istituto o intermediario".

La pratica commerciale della banca o dell'intermediario è volta in vario modo ad obbligare il consumatore che intenda stipulare un contratto di mutuo a sottoscrivere altresì una polizza assicurativa offerta dalla stesso professionista. Tale comportamento limita considerevolmente la libertà di scelta del consumatore, in merito all'acquisto del prodotto assicurativo, impedendo a quest'ultimo di orientarsi su scelte più convenienti.

A tale fattispecie è possibile ricondurre la pratica commerciale posta in essere da banca Mediolanum nel caso *BANCA MEDIOLANUM-offerta congiunta mutui con polizze assicurative*⁷⁵.

Nel dettaglio, il professionista obbliga di fatto i clienti, interessati alla conclusione del mutuo Mediolanum, a stipulare polizze "per danni all'immobile" o "a protezione del credito" di Mediolanum assicurazioni.

Pur accettando in linea teorica polizze assicurative di compagnie terze, il professionista richiede, in relazione alla copertura assicurativa, specifici e stringenti requisiti che non consentono al consumatore di reperire soluzioni alternative, anche per i tempi piuttosto limitati previsti per la loro presentazione durante la fase istruttoria del mutuo. La possibilità di reperire polizze assicurative alternative e più convenienti è, quindi, solo astratta, essendo di fatto il consumatore obbligato ad aderire alle polizze Mediolanum.

In altri termini, il professionista di fatto induce il consumatore alla stipula delle polizze assicurative Mediolanum, prescrivendo requisiti assai stringenti che solo i prodotti assicurativi Mediolanum sono idonei a soddisfare. Conseguentemente la pratica commerciale è idonea a falsare il comportamento economico del consumatore, limitando considerevolmente la

⁷⁵ PS 9854, BANCA MEDIOLANUM - offerta congiunta mutui con polizze assicurative, provvedimento n. 25601, 5 agosto 2015, in Boll. 31/2015

libertà di scelta di prodotti alternativi (magari più convenienti) a quelli offerti da Mediolanum.

La condotta in questione evoca chiaramente una forma di responsabilità precontrattuale sub specie di induzione della controparte alla stipula di un contratto valido ma pregiudizievole. L'effetto distorsivo e condizionante della pratica commerciale in questione si ripercuote anche sul singolo contratto avente ad oggetto la polizza assicurativa. È chiaro, infatti, che il consumatore, in assenza del comportamento scorretto del professionista, avrebbe concluso il contratto a condizioni presumibilmente differenti.

5. Pratiche commerciali scorrette nell'esecuzione del contratto

Considerata l'ampiezza dell'ambito di applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, destinata ad intercettare comportamenti non solo precedenti e coevi ma anche successivi alla conclusione del contratto, la pratica commerciale scorretta del professionista può altresì interferire con la corretta esecuzione del programma contrattuale.

In questa prospettiva può essere analizzato il caso *TECHMANIA-Mancata consegna*⁷⁶.

Il procedimento concerne una serie di comportamenti posti in essere dalla società Techmania s.r.l, in qualità di professionista, nell'attività di vendita on line tramite il proprio sito web di prodotti tecnologici.

All'esito del relativo procedimento, lo schema commerciale utilizzato dal professionista è considerato dall'AGCM una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 24 e 25 lett.d) del codice del consumo. Nel dettaglio, i prodotti tecnologici, oggetto della vendita on line, non risultando nella disponibilità del professionista, non vengono poi consegnati ai consumatori acquirenti. A tale condotta segue poi l'opposizione agli acquirenti da parte del professionista di ostacoli di varia natura, sia con riguardo alla consegna

⁷⁶ PS10171, TECHMANIA – Mancata consegna, provvedimento n.25874, 10 febbraio 2016, in Boll. 5/2016

dei beni, sia con riguardo, successivamente alla risoluzione dei contratti di acquisto, alla restituzione degli importi già pagati,

L'AGCM verifica che lo schema commerciale utilizzato dal professionista risulta connotato da un notevole tasso di scorrettezza, dal momento che esso è volto ad offrire beni che non sono in realtà disponibili e che il professionista neppure tenta di procurarsi attraverso la rete dei grossisti; di conseguenza se ne inferisce che lo schema commerciale, posto in essere da Techmania s.r.l, è preordinato al solo fine di incamerare indebitamente l'importo già versato dal consumatore.

Lo schema commerciale in questione è, dunque, idoneo a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore, in quanto le scelte commerciali dello stesso sono basate oltre che sul prezzo anche sulla presentazione del prodotto come disponibile, e, dunque, consegnabile attraverso la semplice spedizione.

Secondo la valutazione dell'AGCM, anche la condotta successiva alla mancata consegna è altresì da considerarsi scorretta, integrando una pratica commerciale aggressiva sotto un duplice punto di vista.

In primo luogo, la condotta del professionista, successiva alla mancata consegna, è da considerarsi aggressiva in quanto idonea, mediante indebito condizionamento, a limitare considerevolmente la libertà di scelta del consumatore in relazione ad un prodotto: il professionista, infatti, fornisce al consumatore - che, a fronte del ritardo, sollecita la consegna del prodotto acquistato - risposte dilatorie o comunque incomplete volte a scoraggiarlo e farlo desistere da reiterare le sue legittime richieste in merito. Tale condotta costituisce, quindi, un ostacolo non contrattuale imposto dal professionista al consumatore che intende esercitare i propri diritti contrattuali, integrando la fattispecie di pratica commerciale aggressiva di cui all'art. 25 lett.d.c. cons.

In secondo luogo, l'indebita coercizione si manifesta anche nella fase finale del rapporto contrattuale, quando il consumatore, ormai persa la speranza di ricevere il prodotto, si vede costretto a risolvere il contratto, chiedendo il

rimborso di quanto pagato. In questa fase, appunto, si evidenzia l'ulteriore profilo di aggressività della pratica, dal momento che il professionista oppone ostacoli di qualunque tipo alla restituzione di quanto pagato indebitamente dal consumatore.

Come evidenziato dalla stessa Autorità Garante, la pratica commerciale complessivamente determina altresì una violazione dell'art. 61 del codice del consumo. L'articolo in questione, infatti, nel definire l'obbligo di consegna nei contratti di vendita di beni di consumo, impone al professionista di adempiere a detto obbligo senza ritardo ingiustificato ed entro il termine pattuito o, in mancanza, entro trenta giorni dalla data di conclusione del contratto. Se il professionista non adempie all'obbligazione entro tali termini, il consumatore lo invita ad effettuare la consegna entro un termine supplementare; la scadenza di tale termine supplementare, senza che vi sia stata alcuna consegna, legittima il consumatore a risolvere il contratto salvo il risarcimento del danno. Nel caso in cui il consumatore proceda alla risoluzione del contratto, il professionista è tenuto a rimborsargli senza indebito ritardo tutte le somme versate in esecuzione del contratto. È fatta in ogni caso salva la possibilità per il consumatore di far valere i diritti di cui agli artt. 1453 s. del codice civile, e, quindi, di agire per la risoluzione in via giudiziale del contratto e il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 1453 c.c. Come emerge dalle dinamiche della pratica commerciale posta in essere da Tecmania s.r.l a danno dei consumatori acquirenti, la condotta del professionista interferisce indubbiamente con la corretta esecuzione del contratto di vendita on line dei prodotti tecnologici, oggetto di commercializzazione da parte del professionista.

È evidente, infatti, che la condotta del professionista è suscettibile di integrare un inadempimento dell'obbligazione di consegna. La mancata consegna dei beni entro i termini e la persistenza dell'inadempimento, anche a fronte della risoluzione fatta valere dal consumatore ex art. 61 del codice di consumo (in forza della quale il professionista è tenuto a rimborsare quanto

indebitamente ricevuto), integra indubbiamente un inadempimento di non scarsa importanza e, di conseguenza, legittima il consumatore ad agire in giudizio per la risoluzione e il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 1453 c.c.

Tale conclusione è confermata dall'ultimo inciso dell'art. 61 del c. cons. che fa espressamente salva la possibilità per il consumatore di fare valere i diritti previsti dagli art. 1453 s. c.c.

Similari sono le dinamiche in cui si estrinseca la pratica commerciale oggetto di accertamento da parte dell'AGCM nel caso *IL MERCATO DELL'AFFARE - Mancata consegna*⁷⁷.

Nella specie, il procedimento concerneva una serie di comportamenti posti in essere dal professionista nella vendita on line di elettrodomestici, apparecchi elettronici e accessori. In particolare, il professionista non provvedeva, nei tempi indicati nel sito stesso, alla consegna dei prodotti acquistati dal consumatore, i quali, invece, erano stati presentati sul sito come immediatamente disponibili; successivamente, a fronte delle ripetute sollecitazioni e nonostante il notevole lasso temporale trascorso, ometteva o ritardava il rimborso delle somme versate, subordinandolo al recesso da parte del consumatore. La pratica commerciale in questione risulta, dunque, integrare la violazione degli artt. 20 co. 2, 24 e 25 lett.5 del codice di consumo, in quanto volta, alla luce delle circostanze del caso concreto, a porre ostacoli sproporzionati all'esercizio dei diritti contrattuali del consumatore così limitando considerevolmente la sua libertà di scelta.

Si osserva al riguardo che le condizioni generali di vendita, predisposti da MDA, in caso di indisponibilità del prodotto, subordinano il rimborso alla richiesta di recesso del consumatore e prevedono il termine di 30 giorni lavorativi, entro il quale il professionista provvederà alla restituzione delle somme. Senonché, si opina, MDA assimila la risoluzione per inadempimento

⁷⁷ PS9821 - MERCATO DELL'AFFARE - mancata consegna, provvedimento n., 25600, 5 agosto 2015, in Boll.31/2015.

al recesso, istituti che sono legati a condizioni e effetti evidentemente diversi, dilatando, così, indebitamente il periodo entro il quale disporre il rimborso. Infatti, in caso di risoluzione per inadempimento del professionista, quest'ultimo deve restituire immediatamente le somme versate dal consumatore. Per tali ragioni, la pratica commerciale di MDA si pone altresì in violazione dell'art. 61 del codice di consumo.

6. Il caso Apple e alcune notazioni conclusive a margine della rassegna

L'analisi delle pratiche commerciali scorrette segnalate in questa rassegna, invero, ci consente di perimetrare i confini dell'effettiva rilevanza della questione oggetto della presente indagine: ossia l'individuazione del rimedio contrattuale sistematicamente più adeguato alla violazione del divieto di pratica commerciale scorretta.

Dalla rassegna emerge, infatti, che, nei casi oggetto di analisi, la pratica commerciale scorretta del professionista si manifesta in condotte che sono certamente suscettibili in specifiche disposizioni normative che contemplano altrettante sanzioni civilistiche a tutela del consumatore.

Così, sia il caso *FMR-ART'E' - vendita di libri di pregio a domicilio*, sia il caso *INTERNATIONAL MASTERS PUBLISHERS - richiesta di pagamento non dovuto*, rimandano a contratti che, per le modalità con cui sono conclusi, cioè porta a porta o a distanza, attribuiscono di per sé al consumatore specifici strumenti civilistici per reagire alle violazioni perpetrate dal professionista. In questi casi, infatti, il consumatore, raggiunto dal comportamento scorretto del professionista, può avvalersi del diritto di recedere *ad nutum* e senza penalità (c.d. recesso di pentimento)⁷⁸, contemplato dalla disciplina relativa ai contratti conclusi fuori dai locali commerciali.

⁷⁸ Più diffusamente vedi V. VALENTINO, *I contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in Gabrielli E., Minervini E. (a cura di) *I contratti dei consumatori*, Torino, UTET, 2005

Allo stesso modo la pratica commerciale, ritenuta scorretta dall'AGCM, nel caso *ENEL - RICHIESTA CAMBIO FORNITORE*, integrando un'ipotesi di fornitura non richiesta, trova espressa sanzione nell'art. 66 *quinquies* del codice di consumo. L'art. 66 *quinquies* c. cons., in particolare, prevedendo che, in caso di fornitura non richiesta di acqua, gas, elettricità, teleriscaldamento, contenuto digitale o prestazione non richiesta di servizi, il consumatore è esonerato dall'obbligo di fornire qualsiasi prestazione corrispettiva, attribuisce allo stesso uno specifico strumento di reazione al comportamento scorretto del professionista.

Anche nei casi in cui la scorrettezza della pratica rilevi nella fase di esecuzione del contratto, invero, il consumatore può disporre di rimedi ad hoc per reagire al comportamento scorretto del professionista.

Così, come abbiamo visto, nel caso *TECHMANIA - Mancata consegna e IL MERCATO DELL'AFFARE - Mancata consegna*, il consumatore, allorchè il professionista non sia in condizione di fornire la prestazione promessa, avendo fornito informazioni errate circa la disponibilità del prodotto, avrà diritto a risolvere immediatamente il contratto e alla restituzione delle somme eventualmente già corrisposte oltre che il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 61 del codice di consumo.

Il problema dell'individuazione di un rimedio contrattuale alla pratica commerciale scorretta, quindi, non si pone in tutti i casi in cui la pratica, rimandando a specifiche disposizioni normative, sia soggetta ad una apposita sanzione civilistica e conseguentemente il consumatore disponga già di uno strumento di reazione.

Anzi può dirsi che, in relazione a tali casi, la sanzione alla pratica commerciale scorretta mira a prevenire le singole violazioni contrattuali, già oggetto di rimedi specifici, e, per questa via, a eliminare una ragione di contenzioso in concreto.

Un problema di interferenza tra le due sfere di enforcement – quella amministrativa e quella civilistica - allora può realmente porsi tutte le volte

in cui la pratica scorretta o non trovi apposita sanzione sul piano contrattuale, rinviando ad uno specifico rimedio, o comunque non sussistano i presupposti per farlo valere (così ad esempio nel caso del recesso siano scaduti i termini previsti per esercitarlo); in ogni caso, quindi, il problema verrebbe in rilievo solo quando il consumatore non disponga di alcun rimedio per reagire al comportamento del professionista.

Di problemi del genere è emblematica la nota vicenda che ha visto protagonista Apple nel caso *COMET APPLE - prodotti in garanzia*⁷⁹.

Il riferimento è alla decisione, con cui l'AGCM, successivamente confermata dal T.A.R. Lazio⁸⁰, ha ritenuto responsabile la società Apple Italia s.r.l unitamente alla società Apple sales International e Apple Retail Italia s.r.l, di due distinte pratiche commerciali scorrette ai sensi del codice del consumo.

La prima pratica consisteva nella frapposizione da parte del professionista di ostacoli all'esercizio da parte del consumatore dei diritti derivanti dalla garanzia biennale di conformità; tale pratica, in ragione delle suddette modalità, veniva ritenuta aggressiva ai sensi dell'artt. 24 e 25 lett.d) del codice di consumo. In particolare, i professionisti, sia al momento dell'acquisto sia al momento della richiesta di assistenza, non informavano in modo adeguato i consumatori circa i diritti di assistenza gratuita biennale loro spettanti per legge né riconoscevano la garanzia convenzionale del produttore (di 1 anno per Apple), così frapponendo ostacoli all'esercizio da parte degli stessi dei loro diritti. La seconda pratica, di cui è stata ritenuta responsabile APPLE, concerneva le informazioni fornite sulla natura e sul contenuto dei servizi di assistenza aggiuntivi. Tale pratica veniva considerata ingannevole ai sensi dell'artt. 20, 21, 22,23, co.1 lett.1) del codice di consumo, in quanto le informazioni fornite sul servizio di assistenza aggiuntiva non chiarivano adeguatamente l'esistenza del diritto del consumatore alla garanzia biennale di conformità, così da indurlo ad

⁷⁹ PS 7256, COMET - APPLE - prodotti in garanzia, provvedimento n. 23193, in Boll. 51/2011

⁸⁰ T.A.R. Lazio, 16 maggio 2012 n.4455

attivare un rapporto contrattuale nuovo, a titolo oneroso, il cui contenuto risultava in parte sovrapporsi ai diritti già allo stesso spettanti in forza della garanzia legale. In tale ipotesi, a ben vedere, il comportamento scorretto del professionista non rimanda ad alcuna specifica sanzione civilistica a tutela del consumatore che, in conseguenza delle pratiche commerciali scorrette, abbia, ad esempio, deciso di acquistare un prodotto Apple piuttosto che uno simile di un concorrente ovvero abbia speso un'ulteriore somma per acquistare un piano di assistenza aggiuntivo, i cui contenuti erano in realtà per gran parte sovrapponibili alla garanzia legale⁸¹.

Qui, così come in tutte le ipotesi in cui difetti una specifica sanzione civilistica a fronte del comportamento scorretto del professionista, ha senso porsi il problema dell'individuazione di un rimedio civilistico di carattere generale alla violazione del divieto di pratica commerciale scorretta; solo in tali ipotesi, in effetti, sorge un problema di coordinamento tra le due sfere di enforcement – quella amministrativa e quella civile - al fine di verificare l'incidenza della valutazione di “scorrettezza” della pratica sulla singola vicenda contrattuale.

⁸¹ M. DJUROVIC, *The Apple case: the commencement of Pan-European Battle against Unfair Commercial Practices*, in *European Review of Contract Law*, 3/2013, p.253 s., la quale sottolinea che in tale ipotesi, in mancanza di uno specifico rimedio contrattuale, il singolo consumatore, vittima della pratica commerciale scorretta di Apple, potrà esperire esclusivamente, ove ne sussistano i presupposti, l'annullamento del dolo e il risarcimento del danno.

Capitolo III - I rimedi civilistici a valle di una pratica commerciale scorretta

1. I rapporti tra la disciplina delle pratiche commerciali scorrette e il contratto: il doppio binario di tutela

La disciplina nazionale sulle pratiche commerciali scorrette nulla dispone in merito ai rimedi contrattuali esperibili dal singolo consumatore, per il solo fatto di essere stato vittima di una pratica commerciale scorretta.

La direttiva 29/2005 CE forniva in merito un'indicazione che concedeva un ampio margine di discrezionalità ai singoli legislatori nazionali. Invero, l'art. 3 par. 2 della direttiva, nel definire l'ambito di applicazione della disciplina, affermava che <<la presente direttiva non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale in particolare delle norme sulla formazione, validità e efficacia di un contratto>>.

La norma in questione, quindi, non escludeva a priori qualsiasi forma di incidenza della violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette sul rapporto contrattuale, ma, allo stesso tempo, non imponeva al legislatore nazionale di prevedere specifici rimedi privatistici sul piano della validità e efficacia del contratto⁸².

Il legislatore italiano (diversamente da altri legislatori nazionali), in sede di recepimento, rinuncia, come pure la direttiva gli avrebbe consentito, a regolare i rimedi civilistici azionabili dal singolo consumatore che si trovi vincolato ad un contratto concluso a seguito o a causa di una pratica commerciale scorretta. L'art. 19 c. cons, infatti, nel dare attuazione all'art. 3 della direttiva, si limita a riprodurne pedissequamente il contenuto.

⁸² Più diffusamente DE CRISTOFARO G, *La direttiva 2005/29 CE*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit. p.20 s.; l'autore afferma che, ai fini del corretto recepimento del provvedimento comunitario, deve senz'altro escludersi che i legislatori nazionali siano obbligati a qualificare nullo o annullabile il contratto la cui stipulazione sia stata preceduta e condizionata da una pratica commerciale sleale.

Di conseguenza, stante l'assenza di un intervento diretto del legislatore sui possibili riflessi civilistici delle nuove regole, i rapporti tra pratica commerciale scorretta e contratto devono essere analizzati alla luce della lettera dell'art. 19 c. cons.

La disciplina sulle pratiche commerciali scorrette non interferisce (rectius: non pregiudica) con l'applicazione del diritto contrattuale, non esclude quella civilistica ma si aggiunge ad essa.

Le due discipline - quella relativa alle pratiche commerciali scorrette e quella relativa al contratto - hanno ciascuna un proprio e tipico ambito di applicazione: l'una concerne, per l'appunto, pratiche, e dunque, comportamenti e attività, mentre l'altra riguarda singoli atti⁸³.

Anche da un punto di vista sistematico, appare agevole cogliere la distanza che separa la logica e la disciplina delle pratiche commerciali scorrette da quella del codice civile.

La disciplina civilistica del contratto muove dalle trattative e postula un contatto tra le parti. Tale contatto non necessariamente conduce all'assunzione di un vincolo contrattuale ma già esso stesso produce conseguenze giuridiche rilevanti ossia l'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede. Prima di tale contatto, tuttavia, la disciplina civilistica non prende in considerazione i comportamenti dell'impresa sul mercato salvo che questi si siano poi tradotti (anche) in un vizio dello stesso contratto. Il divieto di pratiche commerciali scorrette, invece, è concepito e costruito dal legislatore del codice di consumo, come una regola di mercato la cui violazione determina le conseguenze amministrative e pubblicistiche

⁸³ N. ZORZI GALGANO, *Sull'invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta* in "Il contratto di consumo e la libertà del consumatore", cit., p. 164 s.; vedi anche L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: funzionamento e sintesi della disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in Europa diritto privato, 2010, p.685, che, analizzando l'evoluzione della nozione di consumatore, osserva che <<a seguito della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, si registra un passaggio determinante: l'attenzione in precedenza incentrata sull'atto viene a focalizzarsi sull'attività, determinando in tal modo un significativo ampliamento della nozione di consumatore, ormai svincolato dalla sua posizione di contraente e destinatario di una tutela più pervasiva, ma allargata a promuovere il cittadino nella sua complessiva realizzazione di soggetto, che non deve essere ingannato sul mercato>>.

derivanti dall'accertamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette mira, infatti, alla conformazione e regolazione del mercato attraverso la neutralizzazione di quei comportamenti dell'impresa che, limitando la libertà di scelta del consumatore medio, falsano il gioco della concorrenza impedendo lo sviluppo di un mercato efficiente e razionale.

In tale prospettiva, comportamenti che sono neutri e irrilevanti per il codice civile vengono vietati anche se non si siano tradotti in un vizio genetico o funzionale del contratto, e anche in assenza del contratto stesso⁸⁴. Il Codice di consumo, quindi, individua la rilevanza giuridica di un possibile contatto fra l'attività dell'impresa e consumatore a prescindere dalla conclusione di un contratto.

D'altronde, la scorrettezza della pratica commerciale viene apprezzata attribuendo rilevanza alla percezione non già del singolo consumatore, protagonista della concreta vicenda contrattuale, ma del cosiddetto "consumatore medio": ovvero una figura astratta e standardizzata che rappresenta, all'interno del mercato, il consumatore tipico, dotato di competenze, capacità, attenzione e diligenza di medio livello.

Acclarato che il divieto di pratica commerciale scorretta rileva come regola di mercato e che la sua "pericolosità" in termini di scorrettezza è per questo da apprezzare nel contesto dei rapporti di mercato in genere, diviene sempre più agevole tracciare la linea di confine tra pratiche commerciali scorrette e contratto. Mentre la tutela in via amministrativa – espressamente predisposta dal legislatore per sanzionare la violazione del divieto di pratica commerciale scorretta - assume quale parametro di valutazione della scorrettezza una figura astratta e standardizzata; la tutela civilistica, invece, guarda alla

⁸⁴ A. ZIMATORE, *Osservazioni sistematiche sulle pratiche commerciali scorrette*, in Scritti in onore di Marcello Foschini, 2011, CEDAM

concreta vicenda contrattuale e al singolo consumatore che è controparte del professionista, responsabile di aver posto in essere la pratica vietata.

Le superiori osservazioni alimentano la lettura più diffusa della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e dei suoi rapporti con il contratto.

Riconosciuta la diversità dei piani sui quali si pongono le due discipline, si è, infatti, efficacemente osservato che, con la rinuncia a introdurre rimedi specifici sul piano della tutela individuale, il legislatore della novella ha introdotto “un doppio binario di tutele”⁸⁵, quella pubblicistica del mercato e quella privatistica del singolo consumatore, non esclusa né implicata dalla prima, in quanto da essa non pregiudicata.

Le due tutele operano su piani diversi e sono entrambe applicabili, ciascuna in ragione dei propri presupposti.

2. Il dibattito sui rimedi contrattuali conseguenti alla violazione del divieto di pratica commerciale scorretta

La superiore premessa sistematica consente di introdurre il dibattito sorto in dottrina in ordine alla sorte del contratto concluso a valle di una pratica commerciale scorretta e all'individuazione dei rimedi a tal fine esperibili⁸⁶. È chiaro che la scelta del legislatore di non intervenire sulle conseguenze privatistiche di una pratica commerciale scorretta pone l'interprete di fronte al delicato compito di coordinare la violazione del divieto di pratica commerciale scorretta con il sistema dei rimedi contrattuali.

Tale operazione interpretativa sconta non poche difficoltà: la diversità tra i due piani di tutela non consente un automatico travaso della logica e delle regole sottese alla disciplina del codice di consumo, in tema di pratiche scorrette, rispetto a quella assai diversa sottesa al codice civile in tema di invalidità del contratto o anche di responsabilità precontrattuale. Ciò

⁸⁵ L'espressione è stata coniata da R. CALVO, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contratto e Impresa*, 2007, p. 71

⁸⁶ Per una ricostruzione generale del dibattito, A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012

nondimeno, non sempre l'approccio della dottrina al tema dei rapporti tra tutela amministrativa avverso le pratiche commerciali scorrette e tutela individuale sul piano contrattuale ha raggiunto approdi univoci.

In linea generale non si dubita che la violazione del divieto di pratica commerciale scorretta possa coincidere con ipotesi che costituiscono, per la disciplina civilistica, cause di nullità o di annullabilità e, quindi, di conseguenza, che tale violazione possa essere, in astratto, causa di invalidità di un contratto. Il punto controverso è, piuttosto, se la violazione del divieto di pratica commerciale scorretta, come regola rilevante sul piano del mercato, possa avere dei riflessi più o meno automatici sul piano civilistico o se, viceversa, la diversità e l'autonomia tra i due piani di tutela osti ad una tale operazione.

Se si assume l'autonomia tra i due sistemi di tutela e la loro reciproca incomunicabilità, deve negarsi che la violazione del divieto di pratica commerciale scorretta, accertata da parte dell'Autorità Garante, possa avere una ricaduta automatica sulla validità e efficacia del contratto. In altri termini, se, su un piano fenomenologico, vi può essere coincidenza tra pratiche commerciali scorrette e vizi del contratto o del consenso, tale coincidenza è del tutto estrinseca e non consente di confondere i due meccanismi normativi che, pur potendo presentare profili comuni nella fattispecie, dispongono effetti giuridici diversi e autonomi. La scorrettezza della pratica non può essere, di per sé e per ciò solo, causa di invalidità di un contratto. Essa si pone su un piano diverso e sta fuori dal contratto fino a quando non venisse accertato che la pratica sia penetrata nelle dinamiche del singolo contratto, traducendosi in un vizio strutturale dello stesso o fuorviando l'iter decisionale anche di quel consumatore protagonista della vicenda contrattuale. Occorre, dunque, accertare la sussistenza effettiva dei presupposti di applicazione della disciplina civilistica sulla validità e efficacia del contratto al fine di verificare se la pratica scorretta si è posta

come causa efficiente di quel contratto, con quel consumatore, o è in altro modo penetrata in quel regolamento contrattuale⁸⁷.

In direzione opposta, invece, si tenta un approccio volto ad apprezzare un impatto diretto della pratica commerciale scorretta sulla validità del contratto. In quest'ottica, la scorrettezza della pratica commerciale, apprezzata in via amministrativa, sarebbe destinata a riflettersi sul contratto che ne è causa o effetto, senza che sia necessario verificare in concreto l'impatto effettivo della pratica sul singolo consumatore.

In una prospettiva ancora diversa si colloca chi, pur negando un inammissibile automatismo tra violazione del divieto e validità del contratto, riconosce che le due discipline non costituiscano "monadi, reciprocamente, impermeabili". Si è così ritenuto che il legislatore, con la scelta di non disciplinare gli aspetti civilistici della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, abbia sostanzialmente accolto l'idea di un tacito rinvio al sistema⁸⁸. Tale tacito rinvio assumerebbe un duplice significato: da un lato, rimandare al sistema del diritto contrattuale comune implica che lo stesso debba essere assunto come dato alla luce del quale valutare le conseguenze che possono ricollegarsi alle fattispecie contemplate dalla disciplina di derivazione comunitaria; dall'altro, però, si esclude che in ciò si esauriscano i rapporti tra la disciplina di derivazione comunitaria e le regole sull'efficacia e validità del contratto di diritto comune. Secondo tale impostazione, non può, infatti, negarsi che la nuova disciplina sia destinata a interagire, quanto meno sul piano sistematico, con la disciplina codicistica della invalidità del contratto, <<riflettendosi sulla stessa interpretazione e applicazione del diritto comune in materia contrattuale che pure fa espressamente salvo⁸⁹>>.

⁸⁷ In questi termini C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 408 s.

⁸⁸ Così M.R. MAUGERI, *Violazione delle disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giuri. civile comm.*, II, 2008, p.

⁸⁹ In tal senso, C. GRANELLI, *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29 CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl.e contr.*, 2007, p. 776 s., N. ZORZI GALGANO, *Sull'invalidità di un contratto a valle di una pratica commerciale*

3. Tutela individuale e pratiche commerciali scorrette: la soluzione della responsabilità extracontrattuale

A fronte del vivace dibattito dottrinale sui rimedi contrattuali azionabili dal singolo consumatore, per il solo fatto di essere vittima di una pratica commerciale scorretta, meno perplessità ha sollevato, sempre sul piano della tutela individuale, la configurabilità di una responsabilità extracontrattuale del professionista che sia incorso nella pratica. In altri termini, la dottrina ha generalmente concordato nell'ammettere il rimedio risarcitorio ex art. 2043 c.c. quale sbocco naturale della tutela individuale avverso le pratiche commerciali scorrette.

A ben vedere, anche su questo versante, il codice di consumo non collega in alcun modo la violazione del divieto di pratica commerciale scorretta all'insorgere di una pretesa risarcitoria a favore del consumatore che ne sia stato leso.

Il legislatore comunitario si limitava a chiarire, al considerando n.9, che <<la direttiva non pregiudica i ricorsi individuali proposti da soggetti che siano stati lesi da una pratica commerciale sleale>>.

I ricorsi individuali non pregiudicati, cui si fa riferimento, sono le azioni e pretese che i singoli consumatori sono legittimati a far valere sulla base delle norme di diritto nazionale diverse da quelle concernenti la formazione, la validità e l'efficacia del contratto: in primo luogo, quindi, le pretese risarcitorie fondate sulle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale (e precontrattuale).

Anche in questa ipotesi, dunque, la direttiva non obbligava in alcun modo i legislatori nazionali a prevedere espressamente che qualsiasi pratica

scorretta, cit., p.921 s.; A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *rivista di diritto privato*, 3/2010, p. 37 s.;

commerciale, per il solo fatto di essere sleale, costituisse sempre e necessariamente un atto illecito fonte di obbligazione risarcitoria⁹⁰.

Pur in assenza di un collegamento diretto tra violazione del divieto di pratica commerciale scorretta e rimedio risarcitorio, è però apparso evidente alla dottrina che la maggior parte di tali pratiche assumano certamente rilievo ai fini dell' affermazione della responsabilità aquiliana del professionista. Si è così evidenziata l'indubbia centralità del rimedio della responsabilità extracontrattuale nel sistema di *enforcement* privatistico avverso le pratiche commerciali scorrette. Una soluzione in tal senso appare giustificata da una pregnante considerazione: la vastità dell'orizzonte temporale preso in considerazione dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette consente di intercettare pratiche che nella maggior parte dei casi si pongono anche a rilevante distanza da un contratto, attribuendo rilievo al comportamento scorretto dell'impresa pure a prescindere da un rapporto precontrattuale o da trattative negoziali con il singolo consumatore.

Il risarcimento del danno, quale rimedio civilistico più adeguato alla repressione di pratiche commerciali scorrette, trova, tra l'altro, espresso supporto nel codice di consumo che ammette la possibilità di far valere le pretese risarcitorie (extracontrattuali ma anche precontrattuali) conseguenti a pratiche commerciali scorrette, attraverso lo strumento dell'azione di classe di cui all'at.140 bis c.c.

Tale strumento, come chiarito dalla giurisprudenza⁹¹, non crea nuovi diritti, aggiungendosi alle azioni individuali già spettanti ai singoli, ma disciplina soltanto un nuovo mezzo processuale di tutela volto a facilitare l'accesso alla giustizia dei consumatori, grazie alla possibilità di gestire gli interessi individuali in ambito contenzioso in maniera collettiva.

⁹⁰ G. DE CRISTOFARO, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rassegna di diritto civile*, 3/2010, p.880 s.

⁹¹ Cfr. Trib. Torino, 4 giugno 2010, in *Nuova Giur. Civ. Comment.*, 2010,882 s., con nota critica di M. LIBERTINI e M.R. MAUGERI

L'art. 140 bis c. cons, co. 2 lett.c), in particolare, tutela i diritti individuali omogenei dei consumatori al ristoro del pregiudizio derivante “da pratiche commerciali scorrette o comportamenti anticoncorrenziali”.

D'altronde della natura extracontrattuale del pregiudizio ristorabile in tali fattispecie nessuno dubita⁹². Sul punto, con riguardo ai comportamenti anticoncorrenziali, chiarificatore è stato l'intervento delle Sezioni Unite che più volte sono state chiamate a pronunciarsi sulla responsabilità da illecito antitrust⁹³. In estrema sintesi, può dirsi che le Sezioni Unite, sulla scorta delle indicazioni della Corte di Giustizia, riconoscono, in primo luogo, anche al consumatore la legittimazione ad agire ex art. 33 della legge 287/90 per il risarcimento del danno da violazione antitrust, osservando che <<la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse processualmente rilevante alla conservazione del carattere competitivo del mercato>>. Viene così ammessa l'inclusione degli interessi dei consumatori nell'ambito di quelli direttamente e individualmente tutelati dalla legge 287/1990. Tale premessa teorica è il passaggio fondamentale che consente di accedere alla tutela risarcitoria dei consumatori a fronte dell'illecito antitrust. La Cassazione,

⁹² Vedi anche in tal senso M. LIBERTINI, *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Rivista di diritto industriale*, 1/2011, p.147 s.

⁹³ Cass. Civ. S.U., 4 febbraio 2005, n.2207, erano chiamate a risolvere la questione assai dibattuta relativa all'individuazione dei soggetti legittimati ad esperire l'azione di nullità e di risarcimento del danno contemplate dall'art.33 della legge 287 del 1990. Nella specie oggetto di disputa era l'esperibilità dell'azione di risarcimento del danno ex art. 33 della legge 287/90 anche da parte dei consumatori, che avessero subito un danno a titolo di aumento del premio di polizza per effetto del cartello tra le imprese assicurative; cartello che era stato all'uopo sanzionato dall'AGCM per violazione dell'art. 2 della legge antitrust. Le Sezioni Unite, superando il precedente orientamento della giurisprudenza di legittimità, ammettono la legittimazione ad agire ex art.33 della legge antitrust anche dei consumatori, assumendo che oggetto immediato di tutela della legge non è il pregiudizio del concorrente bensì un più generale bene giuridico. Quest'ultimo può coincidere con gli interessi delle imprese e con quelli del consumatore, il quale è l'acquirente finale del prodotto offerto nel mercato e, pertanto, colui che chiude la filiera che inizia con la produzione del bene, sicché la funzione illecita dell'intesa si realizza proprio con la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente. Per tali ragioni la Corte ritiene, poiché la violazione di interessi riconosciuti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente il danno ingiusto ex art. 2043 c.c. (S.U. n. 500 del 1999), che colui che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione a monte, ancorché non sia partecipe ad un rapporto di concorrenza con gli autori della collusione, ha a propria disposizione, l'azione di cui all'art. 33 della L. 287 del 1990.

infatti, individua nella legge antitrust e nel diritto di godere dei benefici della competizione concorrenziale l'interesse giuridicamente rilevante e meritevole di tutela, la cui lesione integra il carattere dell'ingiustizia ex art. 2043 c.c., e di conseguenza, legittima, in presenza degli altri presupposti (perdita economica, colpevolezza del professionista e nesso di causalità tra danno e fatto ingiusto), anche le pretese risarcitorie dei singoli consumatori.

4. I rapporti tra scorrettezza della pratica commerciale e illecito civile

Alla luce di quanto sopra premesso, la dottrina non ha trovato ostacoli nel sostenere che il singolo consumatore, che subisca un pregiudizio economico a seguito della pratica scorretta, possa esercitare l'azione risarcitoria ex art. 2043 c.c.

Non può, infatti, sfuggire all'interprete l'ampia coincidenza tra il fenomeno delle pratiche commerciali scorrette e i tratti qualificanti l'illecito aquiliano⁹⁴. La plausibile interferenza tra pratica commerciale scorretta e illecito civile potrebbe, quindi, consentire "un alleggerimento" dell'onere probatorio a carico del consumatore danneggiato, il quale dovrà dimostrare, secondo le regole generali di cui all'art. 2697 c.c., tutti i presupposti costitutivi dell'illecito, essendo inapplicabile nel giudizio ordinario la diversa regola che opera per il procedimento innanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato; regola secondo la quale è il professionista a dover provare che egli non poteva ragionevolmente prevedere l'impatto negativo della pratica sui consumatori (art. 27 co. 5 c. cons).

La qualifica di scorrettezza della pratica, in effetti, reca con sé certamente il requisito dell'ingiustizia e quello soggettivo della colpa.

A seguito della progressiva affermazione del principio della tendenziale atipicità dell'illecito aquiliano - come è noto - il requisito dell'ingiustizia

⁹⁴ Le osservazioni che seguono sono efficacemente formulate da A. ZIMATORE, *Osservazioni sistematiche sulle pratiche commerciali scorrette*, cit., p.583

deve ritenersi soddisfatto quando l'evento-danno si sostanzia nella lesione di un interesse giuridicamente rilevante e meritevole di tutela. Tale valutazione di meritevolezza va enucleata scrutinando l'ordinamento nel suo complesso: di qui, non vi è necessità che l'interesse in questione sia presidiato da una puntuale disposizione che gli attribuisca espressamente la tutela risarcitoria in ipotesi di sua violazione; ma non vi è dubbio che tale valutazione debba trovare fondamento, sia pure implicitamente, in una base normativa.

Nelle pratiche commerciali scorrette, l'interesse giuridicamente protetto in capo al consumatore – la cui lesione soddisfa il carattere dell'ingiustizia – può facilmente ravvisarsi nel diritto ad assumere liberamente una decisione di natura commerciale e, più in generale, nel fondamentale diritto (riconosciuto dall'art. 2 c. cons.) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità, nonché all'esercizio delle pratiche commerciali scorrette secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà⁹⁵.

Ma la qualifica di scorrettezza della pratica implica anche un giudizio di colpevolezza: la condotta del professionista, connotandosi per la sua contrarietà alla prescritta diligenza, integra certamente i presupposti della colpa. Per questa via, verrebbe soddisfatto anche l'ulteriore presupposto della responsabilità ex art. 2043 ossia l'imputabilità soggettiva a titolo di dolo o colpa del fatto illecito.

Da questo punto di vista, dunque, l'accertamento della scorrettezza della pratica commerciale potrebbe semplificare e agevolare l'onere probatorio del danneggiato che agisce per il risarcimento dei danni; accertata la pratica commerciale scorretta, dovrebbe risultare accertata con essa l'ingiustizia del

⁹⁵ C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, *Obbligazioni e contratti*, 2009, p.781, la quale richiama a tal proposito le Sezioni Unite 15 gennaio 2009 n.794 secondo cui <<il messaggio ingannevole lede il diritto del consumatore alla libera determinazione intorno alla scelta ed all'uso del prodotto. in altri termini, "ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso" (art. 21, comma 2°, Cod. cons.)>>. Il diritto all'autodeterminazione consumeristica <<può essere tratto dal Codice del consumo che, all'art. 2, riconosce come fondamentali i diritti del consumatore ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità, nonché all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà>>.

danno e almeno la colpevolezza del professionista.

Tuttavia, perché sorga l'obbligazione risarcitoria ex art. 2043 c.c., è altresì necessario che venga in rilievo -oltre l'ingiustizia del danno e la colpevolezza dell'agente – l'esistenza di un pregiudizio economico e del nesso di causalità tra questo e l'illecito.

Dimostrata l'esistenza di una perdita patrimoniale, dunque, il consumatore-danneggiato dovrà altresì provare la sussistenza di tale relazione eziologica. A ben vedere, però, la definizione normativa di scorrettezza potrebbe integrare anche l'accertamento di tale presupposto. Una pratica commerciale è scorretta, infatti, non solo se contraria alla diligenza professionale, ma anche <<se falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del destinatario>>. Sarebbe proprio l'idoneità causale della pratica a influenzare la scelta economica del consumatore, insita nella valutazione di scorrettezza, a soddisfare l'accertamento causale anche ai fini dell'affermazione della responsabilità ex art. 2043 c.c..

Alla luce di queste considerazioni, diviene centrale verificare il possibile rilievo del provvedimento dell'Autorità garante – in cui si accerti la scorrettezza di una pratica commerciale – nel giudizio civile per il risarcimento del danno. È chiaro, infatti, che ove “la scorrettezza” della pratica commerciale dovesse considerarsi acquisita anche nel giudizio civile, il consumatore dovrebbe limitarsi a dimostrare di aver subito una perdita patrimoniale, essendo l'ingiustizia del danno, il nesso di causalità e la colpevolezza assorbiti dalla stessa valutazione di scorrettezza.

La questione non è del tutto priva di un appiglio testuale sia pure generico⁹⁶: a significare la possibilità di una relazione tra giudizio civile e giudizio amministrativo è il co. 6 dell'art. 140 bis c. cons. La disposizione in questione, nelle azioni di classe dirette a ottenere il risarcimento dei danni per pratiche commerciali scorrette o per comportamenti anticoncorrenziali,

⁹⁶ C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, cit., p.781

dispone che il giudice possa <<differire la pronuncia sull'ammissibilità della domanda quando sul medesimo oggetto è in corso un'istruttoria davanti un'autorità indipendente>>.

In effetti, per quanto riguarda il risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale, la giurisprudenza di legittimità ha ammesso l'utilizzabilità delle decisioni dell'Antitrust come <<prova privilegiata>> con riguardo alla sussistenza del comportamento accertato dell'impresa, della posizione dalla stessa rivestita sul mercato, del suo eventuale abuso⁹⁷.

In questa impostazione, dunque, l'allegazione da parte del danneggiato del provvedimento dell'Autorità Garante non costituisce prova vincolante e non preclude al convenuto la possibilità di fornire la prova contraria, in particolare, <<contro la presunzione o sequenza probabilistica posta a base del ragionamento che fa derivare il danno dall'intesa illecita>>⁹⁸.

Tale posizione deve, tuttavia, essere rivalutata alla luce della nuova direttiva 2014/104 UE relativa alle norme che regolano il risarcimento del danno per violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza⁹⁹.

L'art. 9 della direttiva, infatti, sembrerebbe attribuire al provvedimento dell'Autorità garante, che abbia natura di "decisione definitiva", il valore di

⁹⁷ Da ultimo, Cass. 13 febbraio 2009 n.3640 ma anche Cass. n. 5941/2011 e n. 5942/2011, le quali si sono espresse sul valore di "prova privilegiata" da attribuire ai provvedimenti dell'Autorità antitrust, nei giudizi risarcitori c.d. *follow on*.

⁹⁸ Così Cass. Civ. 2 febbraio 2007 n.2305, in *Foro it.*, 2007, I, 1097-1106, con commento di PARDOLESI; e in *Corriere giur.*, 2007, 648, con nota di BASTIANON. La Cassazione prende posizione sul tema del nesso di causalità e della ripartizione dell'onere probatorio nei risarcimenti dei danni derivanti dalla violazione dell'art.2 s. della legge 287 del 1990. Secondo il ragionamento della Cassazione il nesso causale tra danno subito dal consumatore e l'intesa illecita a monte può essere positivamente riscontrato facendo ricorso ad un ragionamento probabilistico o presuntivo, che consente all'assicurato di limitarsi ad allegare l'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale da parte dell'AGCM e la polizza contratta, individuando il danno nella maggior somma pagata, fermo restando la possibilità per l'assicuratore di provare circostanze contrarie a dette presunzioni o alla sequenza probabilistica posta alla base del ragionamento che fa derivare il danno dall'intesa illecita.

⁹⁹ La direttiva del 26 novembre 2014 n.104 del Parlamento europeo e del Consiglio contiene norme che regolano le azioni di risarcimento del danno per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza. Sviluppando una chiara linea di tendenza già presente nel Trattato, oltre che nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la direttiva valorizza il principio di effettività della tutela giurisdizionale, affermando che <<Gli stati membri provvedono affinché tutte le norme e procedure nazionali relative all'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno siano concepite e applicate in modo da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto, conferito dall'Unione, al pieno risarcimento per il danno causato da una violazione del diritto della concorrenza>>. (art.4)

vera e propria prova vincolante nel giudizio civile per il risarcimento del danno da illecito antitrust.

Più prudente, invece, è la posizione della Cassazione, in relazione al valore nel giudizio civile del provvedimento dell’Autorità garante in materia di pubblicità ingannevole. Nelle note vicende processuali dei risarcimenti del danno, conseguenti alla pubblicità ingannevole realizzata con la dicitura “light” sui pacchetti di sigarette¹⁰⁰, le Sezioni Unite adottano un orientamento più rigoroso, negando ogni sorta di automatismo tra fatto dannoso e danno risarcibile.

Si giunge così ad affermare che <<l’allegazione del provvedimento inibitorio dell’Autorità garante può tutt’al più fornire al giudice indicazioni in ordine alla natura astrattamente ingannevole della pubblicità (natura che, comunque, deve essere idoneamente provata dalla parte e sufficientemente motivata dal giudice), ma non può certamente fornire la prova dell’ingiustizia del danno, il cui onere rimane pur sempre a carico di chi sostiene che la scorrettezza del messaggio gli abbia arrecato un danno ingiusto (nella specie, abbia leso la salute o l’interesse ad autodeterminarsi liberamente e consapevolmente)>>.

Ora, applicando alle pratiche commerciali scorrette la linea elaborata dalla Cassazione in materia di pubblicità ingannevole e illecito antitrust, dovremmo certamente ritenere che la sopra evidenziata coincidenza tra pratica commerciale scorretta e illecito civile possa certamente giovare al consumatore, agevolandone l’onere probatorio. Il provvedimento amministrativo, che accerta la scorrettezza della pratica commerciale, può introdurre nel giudizio civile una presunzione “relativa” circa l’ingiustizia del danno e la sussistenza dell’elemento soggettivo; ma tale provvedimento non potrà impedire al convenuto di introdurre prove contrarie, né sollevare l’attore dall’onere di dimostrare l’esistenza di un pregiudizio economico e di un concreto collegamento causale tra esso e la pratica commerciale

¹⁰⁰ In proposito, BIANCHI, *Danno da pubblicità ingannevole e consumatori: in Cassazione un’apertura condizionata*, in Resp. civ. e prev., 2008, p.605.

scorretta¹⁰¹.

5. Il rimedio della nullità

L'indagine della dottrina, tuttavia, non si è focalizzata tanto sulla plausibile interferenza tra pratica scorretta e illecito civile quanto - come già evidenziato in apertura del capitolo - sulla ricerca di un rimedio che risultasse il più adeguato alla tutela dei diritti contrattuali del singolo consumatore che, per effetto o a causa di una pratica commerciale scorretta, si trovasse vincolato ad un contratto non voluto o che avrebbe voluto a condizioni differenti.

L'esegesi del sistema e l'individuazione del rimedio contrattuale più adeguato alla tutela del singolo consumatore non si è rilevata affatto semplice; sono così venute in rilievo posizioni ermeneutiche assai eterogenee tra loro, ciascuna delle quali non ha mancato di imbattersi in possibili obiezioni critiche.

Soprattutto i primi commentatori della direttiva, in una fase in cui la stessa non era ancora stata recepita - nell'ottica, quindi, di indicare al legislatore, chiamato a regolare le conseguenze privatistiche della violazione del divieto, il rimedio contrattuale più congruo - suggerivano la soluzione della nullità del contratto¹⁰². In questa fase, la dottrina, dunque, concepiva il rimedio della nullità del contratto come conseguenza automatica alla violazione del divieto di pratica commerciale scorretta.

La tesi della nullità, come rimedio di tipo generale alla violazione del divieto di pratica commerciale scorretta, è stata sostenuta in due diverse varianti interpretative.

¹⁰¹ Si condivide in proposito la conclusione di ZIMATORE, *Osservazioni sistematiche sulle pratiche commerciali scorrette*, cit., p.587.

¹⁰² Così, L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto e impresa Europa*, 2007, p.162; sul punto anche A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de geometriè*, in *Contratti*, 2006, p.159 s.

Una prima versione interpretativa ha ipotizzato di collegare alla violazione del divieto di pratica commerciale scorretta la sanzione della nullità virtuale nella forma di nullità di protezione.

Secondo tale impostazione la nullità virtuale del contratto deriverebbe dalla natura imperativa del divieto di pratiche commerciali scorrette, mentre il carattere di nullità di protezione sarebbe conseguenza della *ratio* di tutela sottesa alla disciplina in questione.

Tale conclusione è stata argomentata facendo leva sulla considerazione che il codice di consumo sanziona generalmente con la nullità speciale di protezione il fenomeno della distorsione della volontà del consumatore e che espressione di tale regola sarebbero le nullità delle clausole vessatorie e le varie nullità testualmente previste dal codice del consumo. In particolare, per sostenere la nullità del contratto concluso a seguito di una pratica commerciale aggressiva, si è fatto espreso riferimento alla nullità prevista dal codice di consumo per il contratto di commercializzazione di servizi finanziari a distanza¹⁰³. Testualmente è stato affermato: <<una pratica aggressiva sembra già essere contenuta nell'art. 16 co.4 d.lgs n.190 del 2005, (...), ed è punita con la nullità>>¹⁰⁴. Questa previsione normativa, sanzionando con la nullità del contratto condotte del professionista assimilabili a quelle indicate come pratiche commerciali aggressive, giustificerebbe un'estensione in via analogica della nullità relativa di protezione anche ai contratti conclusi a seguito di una pratica commerciale aggressiva.

Sempre a favore della nullità di protezione, si è poi fatto riferimento all'art. 143 del c. cons. che, dopo aver stabilito che <<i diritti attribuiti al

¹⁰³ L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, cit., p.162

¹⁰⁴ La norma è confluita nel Codice di consumo ossia nell'art. 67 *septiesdecies*, il quale sancisce la nullità del contratto di commercializzazione a distanza di servizi finanziari nel caso in cui il professionista ostacoli il diritto di recesso del consumatore o non rimborsi le somme da questi eventualmente pagate ovvero violi gli obblighi di informazione precontrattuale in modo tale alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche.

consumatore sono irrinunciabili>>, commina la sanzione della nullità ad ogni pattuizione in contrasto con il codice del consumo. Da tale disposizione si farebbe discendere la nullità relativa di protezione con riferimento ad ogni pattuizione in violazione dei diritti dei consumatori compresi il diritto all'equità e correttezza e buona fede¹⁰⁵. Tale impostazione è andata incontro a diverse obiezioni. In primo luogo, le nullità previste dal codice di consumo regolano fattispecie assai eterogenee tra loro e, in ogni caso, difficilmente estendibili al divieto di pratiche commerciali scorrette. In particolare, la nullità delle clausole vessatorie non presuppone alcuna condotta ingannevole né una violazione di doveri informativi da parte del professionista; ma piuttosto intende colpire lo squilibrio delle condizioni contrattuali a carico del consumatore, non il suo deficit informativo in quanto tale, che costituisce semmai il presupposto dell'abuso.

Inoltre, la nullità di protezione è una nullità parziale mentre il divieto di pratiche commerciali scorrette attiene, in linea di massima, all'interezza della scelta contrattuale; in più, la nullità parziale presuppone la disponibilità di una regola suppletiva che mancherebbe del tutto nel caso in questione. Si aggiunga poi che l'apparato rimediabile del codice di consumo non appare univocamente indirizzato verso la sanzione della nullità, ma prevede un articolato sistema rimediabile del quale fanno parte altre figure quali il recesso e la ripetizione dell'indebito¹⁰⁶.

Nella seconda versione interpretativa, la tesi della nullità di protezione è stata valorizzata facendo leva sull'argomento della presunta irrazionalità del contratto concluso a seguito della pratica commerciale scorretta. L'autore che

¹⁰⁵ Così, per tutti, DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Rivista di diritto privato*, 2005, p.837; si veda anche D'AMICO G., *Nullità virtuale – Nullità di protezione*, in Pagliantini S. (a cura di) *Le forme della nullità*, Torino, Giappichelli, 2009; in proposito ma in senso critico, v. anche MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale sui contratti*, in (a cura di) A. GENOVESE, *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29 CE*, CEDAM, Padova, 2008, p.265 s.

¹⁰⁶ A. MIRONE., *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, AIDA, 2008, p.309 s.

l'ha sostenuta ha osservato che la direttiva 2005/29 CE <<fornisce un parametro che difficilmente acquista significato concreto fuori dalla tradizionale impostazione in termini di invalidità: sia l'azione ingannevole che la pratica aggressiva, sono giudicate tali quando inducano il consumatore, o siano comunque idonee ad indurlo, ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso>>¹⁰⁷. Secondo questa versione interpretativa, il contratto stipulato a seguito di una pratica commerciale scorretta evidenzia una violazione di quella razionalità economica che deve essere sottesa ad ogni libera scelta contrattuale; ed è proprio questa irrazionalità a determinare l'invalidità del contratto. Tale invalidità "di protezione" assumerebbe pur sempre le fattezze di una nullità perché <<è comunque connessa ad un interesse generale che è quello del buon funzionamento del mercato>>, e, quindi, sarebbe rilevabile di ufficio e imprescrittibile. Inoltre, essendo a protezione del consumatore, opererebbe esclusivamente a suo vantaggio oltre ad essere necessariamente parziale. Anche tale impostazione ha incontrato le obiezioni sopra evidenziate e soprattutto quella legata all'incompatibilità della natura parziale della nullità di protezione con il fenomeno delle pratiche commerciali scorrette.

A seguito del recepimento della direttiva, il dibattito sulla nullità di protezione è stato certamente indirizzato dall'orientamento espresso dalla Cassazione a sezioni Unite nel 2007¹⁰⁸. All'indomani dell'arresto delle Sezioni Unite, difficilmente può sostenersi, in assenza di una espressa previsione legislativa, la nullità virtuale per contrasto con norme imperative di un contratto concluso a seguito della violazione di una regola di

¹⁰⁷ A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de geometriè*, cit., p.159s.

¹⁰⁸ Cass. civ. SU, 19 dicembre 2007, n.26724 e n.26725, in *Contratti*, 2008 p.221s., con nota di SANGIOVANNI, *la nuova disciplina dei contratti di investimento dopo l'attuazione della Mifid*; nonché in *Foro it.*, 2008, I, p.784, con nota SCODITI, *la violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*; Società, 2008, p.44, con nota di SCOGNAMIGLIO, *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle sezioni unite*; *Danno e resp.*, 2008, p.525, con nota di ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza <<Rordorf>>*. Ancora sul tema si veda F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione*, in «*Contratto e Impresa*», CEDAM, 2008, 9 s.

comportamento, quale è quella espressa dal divieto di pratica commerciale scorretta.

Le Sezioni Unite erano chiamate a pronunciarsi sulla possibilità di affermare la nullità virtuale di un contratto di intermediazione finanziaria per violazione da parte dell'intermediario degli obblighi di comportamento cui è tenuto in forza delle norme imperative previste dall'art. 6 della legge 1 del 1991 (in seguito abrogata e sostituita prima dal D.Lgs. 23 luglio 1996, n. 415, e poi dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, con successive modificazioni), oggi art. 21 t.u.f.¹⁰⁹. La Cassazione, dopo avere riaffermato la tradizionale distinzione tra regole di validità e regole di condotta, ha ribadito il principio secondo il quale la nullità virtuale per contrarietà a norme imperative postula violazioni attinenti a elementi intrinseci del contratto, ovvero attinenti alla sua struttura e al contenuto dello stesso. Ne deriva che la nullità del contratto ex art. 1418 co. 1, intesa come nullità virtuale, non è conseguenza della violazione di una qualunque norma imperativa, richiedendosi, invece, che la norma imperativa violata attenga al contenuto e alla struttura del contratto come atto. Viceversa, l'illegittimità di comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o nella fase di esecuzione del contratto non può dare luogo a nullità; e ciò

¹⁰⁹ La legge n. 1 del 1991, art. 6, detta "*principi generali e regole di comportamento*" cui l'intermediario deve uniformarsi nei rapporti con il cliente. La norma, dopo aver enunciato il dovere di diligenza, correttezza e professionalità nella cura degli interessi di quest'ultimo (lett. a) e dopo aver posto ai carico dell'intermediario il preliminare obbligo di pubblicare e trasmettere un documento contenente informazioni circa le proprie attività e la relativa regolamentazione, nonché circa il proprio eventuale gruppo di appartenenza (lett. b), stabilisce che i diversi servizi alla cui prestazione l'intermediario si obbliga verso il cliente debbono essere disciplinati da un contratto scritto (perciò destinato ad assolvere alla funzione c.d. di "contratto quadro" rispetto alle singole successive attività negoziali in cui l'espletamento di quei servizi si esplicherà), contratto di cui la stessa norma indica il contenuto minimo necessario ed una copia del quale deve essere trasmessa al cliente (lett. c). Segue poi una serie di regole legali, per la gran parte volte a disciplinare la prestazione dei servizi ipotizzati nel contratto: l'intermediario deve preventivamente acquisire, sulla situazione finanziaria del cliente, le informazioni rilevanti ai fini dello svolgimento dell'attività (lett. d); deve tenere costantemente informato il cliente sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni delle operazioni e su qualsiasi altro fatto necessario per il compimento di scelte consapevoli (lett. e); non deve consigliare né effettuare operazioni con frequenza non necessaria o di dimensioni inadeguate alla situazione finanziaria del cliente (suitability rule) (lett. f); non può, salvo espressa autorizzazione scritta, effettuare con il cliente o per suo conto operazioni nelle quali egli abbia, direttamente o indirettamente, un interesse conflittuale (lett. g); deve dotarsi di adeguate procedure di controllo interno (lett. h). Siffatte regole di comportamento, in esecuzione di quanto previsto dalla disposizione della lettera a) sopra citata, sono state poi ulteriormente precisate dalla Consob con proprio regolamento (reg. n. 5386 del 1991).

indipendentemente dalla natura delle norme con cui tale condotta contrasti, a meno che non sia il legislatore stesso a comminare espressamente la sanzione della nullità.

Le regole di comportamento pongono norme di condotta dirette ad orientare il contegno dei soggetti cui si rivolgono, pertanto, la loro violazione, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera esclusivamente responsabilità ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale¹¹⁰.

Coerentemente con tali postulati, quindi, deve ritenersi che <<ad impedire l'affermazione della nullità dei contratti stipulati dal professionista che abbia fatto ricorso a una pratica commerciale scorretta, è l'incontestabile osservazione che – se al legislatore è sicuramente consentito ricollegare espressamente la nullità di un contratto al solo fatto che una scorrettezza ne abbia inficiato l'iter formativo – all'interprete l'art. 1418 co.1 c.c. consente solo di rilevare la nullità virtuale di un contratto che sia esso stesso, e non le condotte che ne hanno portato alla stipulazione, contrario a norme imperative>>¹¹¹.

L'intervento della Cassazione nel 2007 chiude la questione sulla nullità di protezione come nullità virtuale, rendendola non invocabile come rimedio di carattere generale alla violazione del divieto di pratica commerciale scorretta.

¹¹⁰ Secondo le Sezioni unite, tutta la serie di comportamenti cui, per legge e regolamento, è tenuto l'intermediario nei confronti del cliente sono, se si tratta di comportamenti da osservare nella fase delle trattative o della formazione del contratto, adempimenti precontrattuali, rientranti nell'orbita dell'art.1337 c.c.; e sono, se si tratta di comportamenti da osservare successivamente alla formazione del contratto, prestazioni contrattuali, la cui mancata esecuzione espone l'intermediario alle conseguenze di cui all'art.1218 c.c., vale a dire a responsabilità per inadempimento, ovvero a quelle di cui all'art.1453 c.c., vale a dire alla risoluzione e eventualmente al risarcimento del danno.

¹¹¹ C. GRANELLI, *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29 CE modifica il codice del consumo*, cit., p.779; sempre in senso contrario alla nullità, tra gli altri, M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali e effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?* cit., p.237; DI CATALDO, *Conclusioni*, in A. Genovese (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29 CE*, cit., p.333 s.; M.R. MAUGERI, *Violazione delle disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., la quale, tuttavia, se critica la nullità come rimedio di ordine generale la ammette, in casi particolari, come nullità tassativa, p.; DALLE VEDOVE, *Le pratiche commerciali aggressive*, in Genovese (a cura di) *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29 CE*, cit., p.117 s.

Tuttavia, come è stato osservato in dottrina, tale conclusione non impedisce che il contratto possa considerarsi nullo per altre autonome ragioni¹¹². In queste ipotesi, però, la logica che consente di affermare l'eventuale nullità del contratto è del tutto differente.

È indubbio, infatti, che il codice di consumo tipizza ipotesi di pratiche commerciali scorrette nelle quali la condotta del professionista può portare alla conclusione di un contratto nullo. Si è così chiarito, ad esempio, che la violazione degli obblighi di informazione di cui all'art. 22 co.4 lett. a) e c) cod. cons. (mancata specificazione delle caratteristiche del prodotto e mancata indicazione o indicazione poco chiara del prezzo o delle modalità di calcolo dello stesso) può comportare la nullità per indeterminatezza dell'oggetto del contratto, qualora sia impossibile determinare, anche per *relationem*, quest'ultimo; oppure che la violazione dell'art. 22 co.4 lett.e) (mancata comunicazione del diritto di recesso) può dar luogo a nullità, laddove sussistano gli estremi di cui all'art. 67 *speties decies* co.4 c. cons.; e, ancora, che se la pratica è scorretta per violazione dell'art. 23 lett.i) c. cons. (affermare, contrariamente al vero o generare l'impressione che la vendita del prodotto è lecita) il contratto sarà certamente nullo ex art. 1418 co.2 c.c. In tutte queste ipotesi, però, il rimedio della nullità trova la sua fonte normativa unicamente nelle disposizioni del codice civile senza che sia possibile trarre alcuna conseguenza automatica dalla violazione del divieto di pratica commerciale scorretta. La coincidenza delle singole ipotesi di nullità del contratto con la disciplina delle pratiche commerciali scorrette rimane del tutto estrinseca e i due meccanismi normativi del tutto distinti e separati, pur potendo presentare appunto profili comuni nella fattispecie concreta.

¹¹² M.R. MAUGERI., *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, in A. Genovese (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29 CE*, cit., p.268; C. GRANELLI, *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29 CE modifica il codice del consumo*, cit., p.780

6. Il rimedio dell'annullabilità

Abbandonata la via della nullità di protezione come rimedio generale sul piano della tutela individuale del consumatore, l'impatto della pratica commerciale scorretta sulla validità del contratto a valle è stata dai più ammessa quale causa di annullabilità per vizio del consenso¹¹³.

Così, parte della dottrina ha ritenuto che se la violazione in sede precontrattuale del divieto di pratica commerciale scorretta, tipica regola di comportamento, «<di norma, non è di per sé idonea a determinare la nullità del contratto dal professionista stipulato con il singolo, concreto consumatore, può, invece, in non pochi casi, comportarne l'invalidità nella sua forma di annullabilità>>¹¹⁴.

In effetti, è innegabile che la maggior parte delle pratiche commerciali scorrette, esemplificate dal legislatore comunitario, evocano i tradizionali vizi del consenso. In particolare, per molte delle condotte che integrano una pratica ingannevole, sembrerebbe di regola richiamabile la categoria generale del dolo, mentre per molte delle condotte che integrano una pratica aggressiva quella della violenza morale¹¹⁵. Del resto, la possibile connessione con la disciplina dell'annullamento per dolo o violenza è evidenziata dalla stessa nozione legislativa delle due tipologie di pratiche commerciali.

¹¹³ Lo strumento dell'annullabilità è spesso utilizzato per sanzionare comportamenti non corretti durante la fase prenegoziale. Si pensi, ad esempio, all'art. 8 della l. n. 129 del 2004 in tema di affiliazione commerciale.

¹¹⁴ Così 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; nello stesso senso v. anche, M. NUZZO, *Pratiche commerciali scorrette sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?* In E. MINERVINI-L. ROSSI CORLEO (a cura di) *le pratiche commerciali sleali, direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, cit., p.235; N. ZORZI GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., p. 921 s.; A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, cit., p.59; M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., p.482;

¹¹⁵ Minoritaria è rimasta invece la posizione di chi ha suggerito la possibilità di applicazione del dolo per entrambe le categorie di pratiche commerciali scorrette, ritenendosi che le caratteristiche strutturali delle pratiche definite aggressive non abbiano alcuna rispondenza nella categoria della violenza civilistica. In questo senso, DI CATALDO, *Conclusioni*, in Genovese (a cura di) *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29 CE*, cit., p.333s.

La categoria del dolo è certamente evocata dalla definizione di pratica commerciale ingannevole, contraddistinta dalla falsità o dalla idoneità a indurre in errore il consumatore medio su certi elementi ovvero ancora dall'omissione di informazioni necessarie, ma pur sempre idonee ad indurre il consumatore ad assumere una decisione che non avrebbe altrimenti preso. Alla categoria della violenza morale sembra, invece, chiaramente riconducibile la nozione di pratica aggressiva, contraddistinta dall'uso di modalità tali (molestie, coercizione, o indebito condizionamento) da limitare considerevolmente la libertà di scelta o comportamento del consumatore medio e idonee ad indurlo ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso¹¹⁶.

Se il richiamo alla disciplina civilistica dei vizi del consenso è palese, altrettanto evidenti sono le distinzioni, in materia di dolo e violenza, tra l'impostazione del codice civile e quella di matrice comunitaria sulle pratiche commerciali scorrette.

Stando all'impostazione fedele ai tradizionali principi della tassatività e tipicità dei vizi del consenso ad efficacia invalidante¹¹⁷, a ben vedere, la tutela amministrativa in sede antitrust mostra un ambito di applicazione senz'altro più ampio e comprensivo rispetto alla sfera di applicazione dei vizi del consenso. Mentre lo statuto del dolo richiede, infatti, la sussistenza di raggiri, ossia comportamenti attivi diversi dal mero mendacio o dalla reticenza¹¹⁸, la

¹¹⁶ Così C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., p.369

¹¹⁷ L'espressione è di C. GRANELLI, *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29 CE modifica il codice del consumo*, cit., p.781;

¹¹⁸ Il mero mendacio e il silenzio del contraente possono integrare, tuttavia, il dolo di annullamento quando sussistano le circostanze specificamente individuate dalla giurisprudenza. Si veda Cass. 22 luglio 1960 n.2096, in Mass. Giur. it, 1960 , p.524 ove si afferma <<La reticenza o la menzogna di uno dei contraenti integrano gli estremi del raggio e del comportamento fraudolento quando siano accompagnati da fatti o da circostanze tali da renderle idonee a suscitare ragionevolmente nell'altro contraente erronee rappresentazioni, senza le quali egli si sarebbe astenuto dal concludere il contratto>>. Con specifico riguardo al mendacio si veda da ultimo Cass. 11 luglio 2014 n. 16004 la quale ha affermato che <<il mendacio ossia la consapevole falsificazione della verità può integrare il dolo di annullamento se ha avuto un'efficienza causale sulla determinazione volitiva della controparte>>. Ciò per la comprensibile ragione che, anche se non esiste nel nostro ordinamento un obbligo di dire sempre la verità, tuttavia, non vi è nemmeno un diritto di pretendere la conservazione del contratto quando il consenso sia stato carpito dall'altrui comportamento fraudolento. Quanto alla reticenza, si veda Cass. 20 ottobre 1964 n.2626, in Giuri.it, 1965, I, p.391 s. e in Foro it., 1965, I,

disciplina delle pratiche commerciali scorrette attribuisce rilevanza anche alla mera affermazione del falso o negazione del vero nonché alla mera omissione di informazioni. Inoltre, mentre il dolo esige che i raggiri abbiano effettivamente determinato la conclusione del contratto, la pratica commerciale è vietata anche se semplicemente idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso, prescindendo, quindi, dalla stessa conclusione del contratto. La tutela in sede amministrativa non richiede che l'errore indotto dalla pratica commerciale scorretta sia "determinante", ma si accontenta del fatto che esso risulti anche solo "incidente", inficiando o meglio potendo inficiare la decisione del consumatore non già sotto il profilo <<se acquistare o meno un prodotto>> ma esclusivamente in ordine al <<in che modo farlo e a quali condizioni>>. E ancora, mentre il dolo di annullamento tradizionalmente richiede l'intenzionalità dell'inganno (*c.d. animus decipiendi*), la pratica commerciale scorretta è vietata anche se posta in essere solo colposamente (art. 11 par.2 dir.2005/29 CE).

Anche per quanto riguarda la violenza si riscontra un ambito di applicazione della disciplina in esame più ampio e flessibile¹¹⁹. Infatti, mentre la violenza codicistica postula che sia minacciato un male ingiusto e notevole, la pratica aggressiva è vietata se implica una qualunque minaccia, ivi comprese le semplici molestie o l'indebito condizionamento ossia lo sfruttamento, da parte del professionista, di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione su quest'ultimo.

Tali osservazioni consentono di fare una prima riflessione sui rapporti tra pratiche commerciali scorrette e vizi del consenso. Se il diritto contrattuale

p.538 s. ma anche più recentemente Cass. 12 febbraio 2003 n. 2104 e, da ultimo, Cass. 15 maggio 2012 n.7751 secondo cui <<il dolo omissivo può essere causa di annullamento solo quando l'inerzia della parte si inserisca in un complessivo comportamento, adeguatamente preordinato, con malizia o astuzia, a realizzare l'inganno perseguito, determinando l'errore del "deceptus">>.

¹¹⁹ Sui requisiti costitutivi della violenza si veda D'AMICO G., *Violenza* (dir. priv.) (Voce), in Enc. Dir., Milano, Giuffrè, 1993; D'AMICO G., *Formazione del contratto*, in Enc. Dir., Annali, Milano, Giuffrè, 2008

comune dovesse essere interpretato e applicato secondo la visione tradizionale, la maggior parte delle ipotesi di pratiche ingannevoli e aggressive esulerebbe dalle fattispecie di dolo o di violenza e, «solo per caso accadrà che una fattispecie di pratica sleale possieda i requisiti che consentono l'applicazione delle norme del codice»¹²⁰. In tale prospettiva, l'impatto della scorrettezza della pratica sul contratto sarebbe di regola irrilevante.

7. L'incidenza della disciplina delle pratiche commerciali scorrette sul piano dell'interpretazione sistematica dei vizi del consenso

L'annullabilità per vizi del consenso del contratto concluso a seguito di pratica commerciale scorretta è certamente la soluzione dai più condivisa. Non vi è dubbio, infatti, che i classici vizi del consenso si prestano allo scopo di qualificare l'effetto che le pratiche commerciali scorrette del professionista possono provocare su contratti con il consumatore. Tuttavia, per le ragioni sopra evidenziate, la disciplina dell'annullabilità può realmente giovare in ordine alla sorte del contratto stipulato a seguito di una pratica commerciale scorretta, solo a patto di ammettere una semplificazione delle regole codicistiche sulla rilevanza dei vizi del consenso.

Tale via è stata autorevolmente percorsa da chi ha ritenuto impossibile pensare ad una completa irrilevanza della disciplina delle pratiche commerciali scorrette rispetto alla diversa normativa del contratto anche alla luce del principio dell'unitarietà dell'ordinamento giuridico¹²¹. In tal senso,

¹²⁰ Si esprime in questi termini A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, cit., p. 60

¹²¹ In tal senso, A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, cit., p.60, il quale afferma che, alla luce della teoria unitaria che ispira i codici e il diritto comunitario, è ragionevole pensare che l'intervento comunitario, dando rilevanza alle pratiche sleali, abbia realizzato quell'ispirazione e, dunque, imponga una lettura evolutiva del diritto interno. Concorde anche, N. ZORZI GALGANO, *Sull'invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., p.925.; nel senso di una incidenza della nuova disciplina sull'interpretazione delle norme di cui agli art.1439 e 1440 c.c. vedi anche R. CALVO, *Le azioni e omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, cit., p.63 s.

già da tempo, si è chiarito che l'insieme delle regole e dei principi originati dal diritto comunitario a tutela del consumatore non possano non riflettersi sulla tutela dettata dal codice civile in tema di contratti. Pertanto, viene suggerita una rilettura del diritto interno, di modo che le pratiche scorrette possano di regola condurre all'annullamento del contratto concluso a loro seguito e per il loro influsso.

Autorevoli Autori sostengono, infatti, che la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, se, stante il silenzio del legislatore, non può avere alcuna conseguenza diretta sul contratto in termini di invalidità, tuttavia, può incidere sull'interpretazione della disciplina del contratto: ossia sull'allargamento dell'area entro la quale possono essere ritenuti sussistenti i vizi del consenso e, in particolare, sulla delimitazione dell'ambito di applicazione del dolo vizio¹²².

L'evoluzione del sistema sostanziale dovrebbe condurre a superare i limiti tradizionali del dolo-vizio e la sua equiparazione, quanto agli elementi costitutivi, alla truffa contrattuale.

Il dolo, quale vizio del consenso rilevante ex art. 1439 c.c., viene definito come gli artifici o raggiri con cui un soggetto induce altro soggetto in errore, spingendolo a porre in essere un negozio giuridico che altrimenti non sarebbe stato concluso. Tradizionalmente si ritiene che i requisiti del dolo siano: l'intenzionalità, il raggio o artificio ovvero il comportamento attivo diverso dal mero mendacio o dalla reticenza, idoneità oggettiva di tali mezzi ad indurre in errore la vittima, l'errore della vittima e il nesso di causalità tra comportamento ed errore.

La normativa di origine comunitaria - si osserva - dovrebbe orientare, quanto meno nei rapporti tra consumatore e professionista, a una rivisitazione della tradizionale figura del dolo sui seguenti aspetti.

¹²² M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina delle Pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., p.1681

In primo luogo, il dolo di annullamento dovrebbe involgere anche il dolo incidente. Il dolo tradizionale, infatti, è causa di annullamento solo se determinante ovvero se, in assenza di raggiri, il contratto non sarebbe stato concluso. Se, invece, i raggiri non sono tali da determinare il consenso ma hanno influito esclusivamente sul *quomodo* della contrattazione, il contratto è valido, ma il contraente in mala fede deve risarcire i danni (art. 1440 c.c.). La disciplina posta dal codice del consumo, invece, attribuisce rilevanza, ai fini della applicazione del divieto di pratica scorretta, non solo al dolo determinante ma anche al dolo incidente.

L'art. 21 del codice di consumo, nel descrivere le azioni ingannevoli, delinea, quali elementi costitutivi la fattispecie rilevante, condotte menzognere aventi capacità decettiva ovvero idonee ad indurre in errore il consumatore medio, spingendolo ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Ora, con la proposizione <<decisione di natura commerciale>> si è inteso fare riferimento, non solo alla determinazione sul <<se>> concludere il contratto, ma anche alla determinazione influente il <<come>>. Ne deriva che è ingannevole una pratica idonea a indurre il consumatore a stipulare un contratto che altrimenti non avrebbe concluso oppure che avrebbe concluso ma a condizioni diverse. La fattispecie di pratica ingannevole dovrebbe, indurre, forzando l'impostazione tradizionale, ad attribuire rilevanza, in sede di impugnativa del contratto per dolo, anche al dolo incidente.

In secondo luogo, ai fini della configurabilità del dolo di annullamento, non dovrebbe più ritenersi rilevante la sussistenza del c.d. *animus decepiendi* ovvero dell'intenzionalità dell'inganno. L'impostazione tradizionale¹²³, equiparando il dolo-vizio alla truffa contrattuale, vuole che il raggio sia intenzionale ovvero sorretto dalla coscienza e volontà di ingannare la

¹²³ TRABUCCHI, *Dolo (diritto civile)*, in *Noviss. Digesto it.*, VI, Torino 1960, p.153; in giurisprudenza tra le altre equipara l'elemento soggettivo del raggio civile e quello della truffa Cass. 20 febbraio 1962, n.343

controparte per indurla al contratto; solo parte minoritaria della dottrina tenderebbe a attribuire una qualche rilevanza anche al c.d. dolo colposo¹²⁴.

La disciplina in tema di pratiche scorrette, invece, vieta la condotta decettiva a prescindere da ogni indagine in merito all'intenzionalità o alla negligenza da parte del professionista.

Anche in tale ipotesi, quindi, la tesi tradizionale dovrebbe essere superata in presenza di una fattispecie che integri una pratica commerciale ingannevole. La disciplina sulle pratiche commerciali scorrette dovrebbe incidere altresì sull'interpretazione tradizionale dello stesso concetto di raggiro, attribuendo rilevanza, ai fini della configurabilità del dolo, anche al mero mendacio e alla reticenza.

In generale, la disciplina speciale non richiede necessariamente che la pratica commerciale si traduca in un'artificiosa predisposizione di apparenza atta a suggerire al consumatore una falsa rappresentazione della realtà, ma l'art. 21 c. cons, nel vietare la pratica commerciale ingannevole, si accontenta anche del semplice mendacio ovvero della mera affermazione del falso e della mera negazione del vero.

È nota, invece, l'estrema cautela con cui la dottrina tradizionale, seguita dalla giurisprudenza maggioritaria, attribuisca rilevanza al mero mendacio, ai fini dell'annullabilità del contratto¹²⁵; in sostanza, il mendacio può configurare un comportamento doloso solo se, valutato in relazione ad altre circostanze di fatto ovvero alle qualità e condizioni dell'altra parte, sia accompagnato da

¹²⁴ In tal senso V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, (a cura di) Iudica - Zatti, Milano, 2001, p.818 che attribuisce rilevanza all'inganno che sia conseguenza di un comportamento colposo; è permeabile alla precedente tesi anche R. SACCO, *Il contratto*, in SACCO-DE NOVA, *Trattato di diritto civile*, Tomo I, Utet, Torino, 2004, p. 555-556 ove si sostiene che, costituendo il raggiro un fatto ingiusto ai sensi dell'art.2043 c.c., l'invocazione di tale ultima norma <<dovrebbe poi dar luogo ad un'equiparazione del raggiro colposo al raggiro intenzionale>>.

¹²⁵ Si veda TRABUCCHI, *Dolo (diritto civile)*, cit., p.153 che considera irrilevante la semplice menzogna, non accompagnata da una condotta ingannatoria ai fini di integrare lo schema del dolo; è, invece, contraria l'impostazione di R. SACCO, *Il contratto*, in SACCO-DE NOVA, *Trattato di diritto civile*, cit., p. 555-556 che ha sostenuto che il termine <<raggiro>>, da un punto di vista letterale, non esclude <<ogni generico inganno>>, potendo costituire <<qualsiasi comportamento umano>>, il quale induca altri in errore, elemento oggettivo del raggiro, purchè l'errore non cada su elementi che il soggetto passivo non ha diritto di conoscere.

una condotta costituita da malizie e astuzie volte a realizzare l'inganno e idonee a far cadere in errore una persona di media diligenza¹²⁶.

L'art. 21 c. cons, quindi, dovrebbe consentire di attribuire rilevanza anche al mero mendacio ai fini della configurabilità di un comportamento doloso.

Quanto alla reticenza, l'art. 22 del codice di consumo, nel disciplinare le omissioni ingannevoli, dà esplicito risalto ad essa nonché al c.d. dolo omissivo.

Secondo l'impostazione tradizionale, la reticenza, ovvero il silenzio doloso su aspetti rilevanti della negoziazione, può integrare il dolo di annullamento (c.d. dolo omissivo)¹²⁷, soltanto quando, in relazione anche alle circostanze di fatto ovvero alle qualità e condizioni dell'altra parte, si inserisca in un complessivo comportamento adeguatamente preordinato, con malizia o astuzia, a realizzare l'inganno determinando l'errore del *deceptus*.

La reticenza, inoltre, ove non abbia le suddette caratteristiche o non sia accompagnata dalle circostanze di cui sopra, può essere causa di responsabilità precontrattuale ma solo se, durante le trattative, la parte che aveva uno specifico dovere di informare l'altra sia rimasta inattiva. Secondo questa prospettiva, la clausola generale di buona fede ex art. 1337 c.c., invece, non può essere fonte di un generale obbligo precontrattuale di informazione dalla cui violazione discenda una responsabilità risarcitoria del reticente.

Orbene, l'art. 22 c. cons. impone a favore del consumatore specifici obblighi di informazione a carico del professionista dalla cui omissione dipende il

¹²⁶ In Giurisprudenza, da ultimo, Cass. 17 maggio 2012 n.7751; ma v. anche Cass., 20 aprile 2006, n.9253, in *Giust. civ.*, 2007, I, p.1454 s.

¹²⁷ Per un'ampia trattazione del tema, G.VISINTINI, *La reticenza come causa di annullamento del contratto*, *Rivista di diritto civile*, I, CEDAM, 1972, p.157 s. L'ammissibilità del c.d. dolo omissivo è apparsa sempre dubbia per la difficoltà di rintracciare, in caso di condotta omissiva, sia l'elemento dell'intenzionalità sia il nesso causale tra condotta omissiva e falsa rappresentazione della realtà da parte della vittima. La reticenza in sé non muta il vero ma realizza una condotta passiva con cui una parte si limita a non contrastare la percezione della realtà cui l'altra parte è pervenuta. La reticenza come dolo vizio, invece, richiede la conoscenza da parte dell'agente delle false rappresentazioni che si producono nella vittima e la coscienza che sia possibile determinarne la volontà con artifici specificatamente volti all'inganno.

giudizio di ingannevolezza della pratica. In tale prospettiva, deve ammettersi che l'art. 22 c. cons. conduca ad una semplificazione del giudizio di rilevanza della reticenza sia ai fini della responsabilità precontrattuale per violazione degli specifici obblighi di informazione imposti al professionista, sia ai fini della configurabilità del dolo omissivo di annullamento.

Alla luce di tali dati, si desume che la circostanza che vengano integrati gli estremi della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, tanto con riferimento al mendacio quanto alla reticenza, dovrebbe consentire al deceptus di non dovere dimostrare di essere in presenza di un raggirio giuridicamente rilevante secondo l'impostazione tradizionale¹²⁸.

Vi è poi chi ulteriormente ritiene che questa "rilettura" del regime delle invalidità per vizi del consenso non sia destinata ad esaurirsi alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette e non sia circoscritta soltanto al suo ambito di applicazione sia oggettivo che soggettivo.

In questa prospettiva si sostiene che la disciplina delle pratiche commerciali scorrette costituisce solo l'imput verso il superamento dei tradizionali confini di rilevanza del dolo-vizio; la disciplina in questione piuttosto evidenzerebbe uno sviluppo dell'ordinamento con valenza più generale e ben oltre l'ambito dei soli rapporti tra professionista e consumatore¹²⁹.

¹²⁸ La possibilità di ricollegare alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette una rivisitazione del regime dei vizi della volontà nei termini indicati e un conseguente alleggerimento dell'onere probatorio del consumatore che agisca per ottenere l'annullamento del contratto è sostenuta in dottrina da M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., p.1685; anche da R. CALVO, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di) *Le pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit., p.175 s.

¹²⁹ In questi termini si esprime C. GRANELLI, "*Le pratiche commerciali scorrette*" tra imprese e consumatori: *l'attuazione della direttiva 2005/29 CE modifica il codice di consumo*, cit., p.784., il quale sostiene che, proprio nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, troverebbe fonte, quanto meno nei rapporti tra professionista e consumatore, un generale obbligo di informazione la cui violazione consente l'applicazione dei rimedi invalidante e risarcitorio di cui rispettivamente all'art.1439 c.c. e agli art. 1337 c.c. e 1440 c.c.; l'A. va oltre e osserva <<chi poi ritenga che le sparse norme sull'obbligo di informazione ci offrono un termometro per misurare quale sia il grado di lealtà che l'ordinamento è propenso a pretendere avrà motivo di ritenere che la portata innovativa della disciplina introdotta dalla novella in tema di pratiche commerciali scorrette sia destinata a non esaurirsi nell'ambito dei soli rapporti fra professionista e consumatore>>.

8. L'impatto della pratica commerciale scorretta sull'annullamento del contratto

Il riconoscimento dell'incidenza della normativa delle pratiche commerciali scorrette sul piano dell'interpretazione della disciplina generale del contratto non risolve però la questione di fondo: se, una volta accertato che il professionista abbia adottato una pratica giudicata scorretta in sede amministrativa, tale accertamento di *per sé* abbia o possa avere refluenze nella singola vicenda contrattuale. A tale interrogativo, appunto, non si dà alcuna risposta nemmeno quando si invoca una rilettura delle norme in tema di dolo o violenza alla stregua delle fattispecie di inganno o di aggressione individuate quali pratiche scorrette; rilettura che non elimina ma solo corregge, almeno nella impostazione che abbiamo ricordato, la consueta indagine sulla sussistenza dei presupposti richiesti ai fini dell'annullamento del contratto stipulato a seguito di dolo o violenza morale.

Sul punto, invero, sono emerse posizioni assai variegate; il rimedio dell'annullabilità, infatti, è stato richiamato a diverso titolo e con diverse sfumature.

Il *discrimen* tra le varie impostazioni è legato al diverso approccio di ciascuna al tema dei rapporti tra tutela amministrativa avverso le pratiche commerciali scorrette e tutela individuale; ossia, in termini più precisi, alla prospettazione, o meno, della possibilità di una più diretta influenza della pratica commerciale scorretta sull'annullamento del contratto per vizi del consenso. Secondo un primo approccio, l'annullabilità va considerata una conseguenza automatica della violazione del divieto di pratica commerciale scorretta e, per l'effetto, la valutazione di scorrettezza compiuta dall'Antitrust dovrebbe considerarsi acquisita anche nel giudizio civile. Per altri, al contrario, si deve ritenere che le due valutazioni - quella compiuta dall'Autorità Garante e quella del giudice ordinario - rimangano indipendenti e autonome, essendo ciascuna retta da proprie regole e potendo pervenire a esiti differenti. Vi è poi una terza soluzione secondo la quale l'accertamento della scorrettezza

della pratica introdurrebbe una vera e propria presunzione di annullabilità del contratto concluso a causa o per effetto della pratica vietata.

La soluzione più coerente con l'odierno disposto normativo, ovvero con la coesistenza nel nostro ordinamento del <<doppio binario di tutela>>, è quella di negare ogni possibile diretta influenza della pratica commerciale scorretta sull'annullamento del contratto. In questo senso, si evidenzia che l'autonomia e diversità tra i due piani di tutela - quella amministrativa e quella individuale - impedisce di concepire l'annullabilità del contratto come conseguenza automatica della violazione del divieto di pratica commerciale scorretta¹³⁰. Ne deriva che l'accessibilità da parte del singolo consumatore al rimedio dell'annullamento deve necessariamente transitare dal sistema e dalle regole di diritto comune. L'impostazione data dal legislatore alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, specie attraverso la configurazione del consumatore medio, quale parametro astratto di valutazione dell'idoneità della pratica a falsare il comportamento economico del medesimo, impedisce che la valutazione compiuta in sede amministrativa possa avere ricadute automatiche sul contratto. La valutazione di scorrettezza di una pratica commerciale, compiuta dall'Autorità garante sul piano della regolazione del mercato, non può inficiare di per sé la tenuta del contratto.

La pratica commerciale scorretta non potrà mai essere, per ciò solo, causa di annullabilità del contratto che ne è causa o effetto. L'idoneità della pratica a fuorviare la libertà di scelta del consumatore medio dovrà essere sempre riformulata in concreto, tenuto conto delle caratteristiche del consumatore protagonista della vicenda contrattuale, che potrebbe essere più avveduto o più resistente e non aver ceduto all'inganno o alla pressione.

¹³⁰ In questo senso C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., p.357 s. la quale sostiene che <<la fondamentale precisione normativa per cui, le pratiche commerciali scorrette sono vietate soltanto in quanto idonee a falsare il comportamento economico del consumatore "medio", sembra introdurre già in linea di principio una chiara linea di demarcazione tra le due tutele - amministrativa e civile -, necessaria e sufficiente ad impedire quell'automatico travaso di presupposti e quella conseguente commistione di effetti che esporrebbe a rischio di snaturamento ciascuna di esse>>

Si è così osservato che il giudice, incaricato di pronunciarsi sulla annullabilità del contratto, rimane incentrato su un percorso individualistico e potrà giungere all'annullamento <<solo quando il singolo consumatore avrà dimostrato, a seguito di una pratica commerciale qualificabile come comportamento doloso o violento, l'effettiva e non potenziale distorsione del suo consenso e della sua determinazione ad un contratto che altrimenti non avrebbe concluso>>¹³¹. Il provvedimento dell'Autorità Garante, che accerti l'idoneità della pratica a falsare il comportamento economico del consumatore medio, non potrà mai avere efficacia diretta nel giudizio civile, essendo sempre necessaria una valutazione in concreto dell'effettiva efficacia ingannevole o coartante la libertà di scelta di quel determinato consumatore.

Il consumatore dovrà, pertanto, dimostrare, al fine di ottenere l'annullamento di un contratto concluso a seguito di una pratica commerciale scorretta, l'effettiva sussistenza di tutti i presupposti richiesti dagli artt. 1434-1439 c.c., ossia l'intenzionalità e la concreta effettiva induzione in errore causalmente realizzata tramite una pratica commerciale scorretta che integri gli estremi del raggiro o della minaccia.

Nell'ipotesi di annullamento per dolo, inoltre, perché il dolo sia determinante del consenso e, quindi, rilevi come causa di annullabilità ex art. 1439 c.c., il consumatore dovrà provare l'idoneità dei mezzi a trarlo in inganno: idoneità che, appunto, deve essere valutata non in astratto ma in concreto, vale a dire in relazione alle circostanze, alla personalità e alle condizioni specifiche del soggetto.

Tale lettura, nel rimarcare l'indipendenza e autonomia tra la valutazione di "scorrettezza" della pratica, compiuta in sede antitrust, e quella compiuta dal giudice ordinario, si pone in linea con il più recente intervento legislativo in

¹³¹ Così C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., p.373

materia di clausole vessatorie che ha inserito il nuovo art. 37 bis nel codice di consumo¹³².

L'art. 37 bis c. cons. introduce una tutela amministrativa contro le clausole vessatorie, attribuendo all'AGCM il potere di accertare, d'ufficio o su denuncia, la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori, ai soli fini della pubblicazione del relativo provvedimento, ma fa espressamente salva la giurisdizione del giudice ordinario sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno. Ancora una volta, quindi, l'accertamento amministrativo non determina alcuna interferenza con l'eventuale verifica giudiziale sulla validità della clausola e sulle conseguenze risarcitorie. Viene in rilievo un doppio sistema di controllo – questa volta in relazione alla valutazione di vessatorietà di una clausola – che corre su binari autonomi e differenti: quello amministrativo e quello civile.

La previsione introdotta ha certamente una funzione deflattiva del contenzioso civile nel senso che la verifica in sede di Autorità Antitrust si candida ad assumere una funzione alternativa e sostitutiva del giudizio civile senza, al contempo, precluderlo. L'eventuale decisione dell'autorità Antitrust, che dichiara la vessatorietà di una clausola in uso da parte di un'impresa, potrà senza dubbio agevolare l'esito del giudizio civile ma non potrà mai sostituirsi ad esso.

La verifica in sede civile dovrà sempre riformulare in concreto il giudizio di abusività della clausola attraverso un'indagine che tenga conto dell'effetto di squilibrio che la clausola determina, non in generale e in relazione a parametri astratti, ma all'interno della singola vicenda contrattuale¹³³.

¹³² L'art. 37 bis, intitolato <<tutela amministrativa contro le clausole vessatorie>> è stato introdotto nel codice di consumo dall'art.5 co.1 del d.l. 24 gennaio 2012 n.1, convertito nella legge 24 marzo 2012 n.27.

¹³³ R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, cit., p.371, la quale precisa che <<l'indagine condotta dall'Autorità attiene ad un controllo di vessatorietà per così dire in astratto, fuori dal concreto di un singolo rapporto di consumo, entro il quale la clausola che pure abbia superato il vaglio amministrativo potrebbe invece rilevarsi idonea a determinare in concreto a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto cui fa riferimento l'art.33 c. cons. co.1>>

9. Il caso Pereničová e il punto di intersezione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette con quella generale del contratto

Se si condivide la soluzione sopra esposta, l'adozione di una pratica commerciale scorretta da parte del professionista, controparte del consumatore, non può divenire, in quanto tale e in via automatica, causa di invalidità del contratto; ma ciò non può nemmeno legittimare la conclusione di segno opposto dell'assoluta irrilevanza della pratica commerciale sul rapporto contrattuale che ne sia stato causa o effetto.

Si riproporrebbe in questo caso la conclusione cui è giunta la Corte di Giustizia europea nel noto caso *Pereničová*¹³⁴. In tale sede, la Corte di Giustizia fornisce un'importante indicazione ai fini dell'indagine relativa all'impatto della pratica commerciale scorretta sulla singola vicenda contrattuale. Nella pronuncia in esame, alla Corte di Giustizia, chiamata ad esprimersi in via pregiudiziale, viene chiesto di stabilire se la menzione in un contratto di credito al consumo di un TAEG inferiore a quello reale possa integrare una pratica commerciale sleale e, in caso di risposta affermativa, quali conseguenze tale qualificazione possa determinare sulla valutazione di abusività della relativa clausola, nonché sulla validità del contratto globalmente considerato. Al riguardo, per quel che ci interessa, la Corte sancisce che l'accertamento del carattere sleale di una pratica commerciale non può avere di per sé diretta incidenza sul contratto, in quanto tale accertamento non è idoneo a dimostrare automaticamente e di per sé il carattere abusivo delle clausole controverse. Il giudizio di abusività della clausola è un giudizio, infatti, che vive in concreto all'interno della singola vicenda contrattuale e non può essere influenzato da valutazioni formulate in relazione a parametri astratti e standardizzati, quali quello del consumatore

¹³⁴ Corte UE, 15 marzo 2012, *Jana Pereničová e Vladislav Perenič contro SOS financ spol. S.r.o.* (Pres, Tizzano, Rel.Safjan, Avv. Gen. Trstenjak), C-453/10; la sentenza è riportata e commentata in Contr. 2012, p.661ss. con nota di G. Cosco; vedi anche G. MARINO, *Scorrettezza della pratica ed abusività della clausola nella disciplina del contratto del consumatore*, in Contr. impr./Europa, I/2014, p. 137 s.

medio. Al contempo, però, la Corte non nega che l'accertamento sul carattere sleale di una pratica possa avere una qualche incidenza sia pure non diretta sulla valutazione di abusività della clausola. In particolare, viene rilevato che la disposizione di cui all'art. 4 della direttiva 93/13 definisce i criteri che presiedono alla valutazione di abusività di una clausola ricomprendendovi espressamente tutte le circostanze che accompagnano la conclusione del contratto. In tale prospettiva, l'accertamento del carattere sleale di una pratica commerciale assume rilevanza quale <<elemento tra gli altri sul quale il giudice competente può basare la sua valutazione >>.

La pronuncia in esame conferma l'autonomia tra i due differenti piani di tutela - quella amministrativa in relazione all'accertamento della scorrettezza di una pratica commerciale e quella civile sulla valutazione di abusività di una clausola contrattuale in cui si annida la pratica commerciale scorretta - mettendo in luce la necessità di riformulare in concreto il giudizio di abusività avuto riguardo alla singola vicenda contrattuale. Al contempo, però, individua un punto di contatto tra i due sistemi nel momento in cui eleva l'adozione di una pratica commerciale scorretta a elemento che concorre, insieme agli altri, nella valutazione dell'abusività della clausola e, quindi, decisivo della validità e efficacia di una parte del contratto.

10. La rilevanza probatoria dell'accertamento della pratica commerciale scorretta nel giudizio civile di annullamento

L'indicazione fornita dalla Corte di Giustizia, la quale, pur riaffermando l'autonomia tra i due piani di tutela, individua un punto di contatto tra la pratica commerciale scorretta e la tenuta del contratto, conferma, in un certo senso, la posizione di chi rimarca l'impossibilità di concepire una completa irrilevanza della disciplina delle pratiche commerciali scorrette rispetto alla diversa normativa del contratto.

Sia pure consapevoli dell'impossibilità di un travaso automatico della logica e delle regole sottese alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette in

quella diversa del codice civile in tema di annullabilità, taluni hanno suggerito un possibile “incontro” tra le due discipline sul piano probatorio. In questa prospettiva, sarebbe legittimo ritenere che, accertata in via amministrativa la scorrettezza della pratica commerciale, sia per ciò stesso acquisita la prova del dolo o della violenza, a prescindere dai requisiti richiesti dal codice civile. Si è così sostenuto che l’accertamento in via amministrativa dell’ingannevolezza o aggressività della pratica commerciale introduca, nel giudizio civile, una presunzione *iuris tantum* di annullabilità del contratto. La pratica commerciale scorretta, se ha fuorviato la libera scelta del consumatore medio, si presume abbia viziato e condizionato il consenso anche del singolo consumatore. Non si tratta, quindi, di rendere vincolante l’accertamento amministrativo per il giudice civile, ma di ritenere, sul piano della prova, che la valutazione di scorrettezza, compiuta dall’autorità garante in sede di regolazione del mercato, integri di per sé l’estremo del dolo o della violenza, quale presupposto di annullamento. Per questa via, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette sarebbe idonea ad “alleggerire” l’onere probatorio del consumatore; una volta che quest’ultimo abbia allegato il provvedimento dell’Autorità, incomberà sul professionista l’onere di provare, in contrasto con la suddetta presunzione, che nella specie non ricorrano i requisiti che il codice richiede per l’annullamento del contratto e, quindi, l’incidenza causale della pratica ingannevole o aggressiva sul consenso di quel determinato consumatore¹³⁵.

All’interno di tale prospettiva vi è anche chi ha proposto di distinguere la rilevanza, ai fini probatori, di una pratica ingannevole o aggressiva dalla rilevanza di una pratica “in ogni caso” ingannevole o aggressiva e, quindi, rientrante nella c.d. black list.

¹³⁵ Così N. ZORZI GALGANO, *Sull’invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., p.954, la quale osserva che una presunzione di tal genere non è certo una novità dal momento che, proprio a tutela del consumatore, in materia di danni da prodotti industriali pericolosi, la giurisprudenza aveva introdotto, prima che la materia formasse oggetto della direttiva comunitaria sul danno da prodotti, la presunzione di colpa del produttore, così addossando a quest’ultimo l’onere di provare l’assenza di efficienza causale della sua attività produttiva.

Così, con riguardo alle pratiche ingannevoli, si è osservato che esse, essendo certamente riconducibili allo schema del dolo determinante *ex art. 1439 c.c.*, <<semplificano il giudizio di rilevanza dell'ingannevolezza, salvo solo la necessità che si accerti anche l'effettività del dolo nel concreto, sulla percezione non già del consumatore medio, ma su quella di quel determinato consumatore concreto e parte in causa nel giudizio civile>>¹³⁶. Nel caso di pratiche rientranti nella c.d. lista nera, invece, vi sarebbe una maggiore semplificazione del giudizio di rilevanza del comportamento doloso, considerato per sé determinante, senza necessità di svolgere una valutazione in concreto della effettiva efficacia ingannevole rispetto a quel determinato consumatore. Solo in questa ipotesi, dunque, il provvedimento dell'Autorità Garante sarebbe idoneo a fondare una presunzione assoluta e il consumatore sarà esonerato dall'onere di provare la concreta efficacia determinante rispetto alla sua scelta individuale¹³⁷.

Lo stesso ragionamento viene esteso anche alle pratiche commerciali aggressive. Si è così osservato che le stesse, evocando la violenza morale, semplificano il giudizio di rilevanza della violenza, salvo l'accertamento della concreta efficacia determinante della stessa ad alterare la capacità di valutazione di quel determinato consumatore; necessità che però verrebbe meno, anche qui, nel caso di pratiche <<in ogni caso aggressive>>.

La possibile correlazione sul piano probatorio tra la valutazione dell'Autorità garante e annullabilità del contratto è stata altresì evidenziata da alcune isolate pronunce della giurisprudenza di merito, sia pure con riferimento alla pregressa esperienza maturata in tema di pubblicità ingannevole.

Va segnalata in tal senso la pronuncia con cui il giudice di merito ha ritenuto che la decisione, con cui l'Autorità Garante ha giudicato ingannevole una campagna pubblicitaria, debba essere considerata <<elemento indiziario

¹³⁶ Così M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali e effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, cit., p.21

¹³⁷ In questo senso, C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, cit., p.779

idoneo a far presumere l'induzione in errore del consumatore ai fini dell'annullamento del contratto stipulato a seguito di tale campagna pubblicitaria>>¹³⁸.

In linea generale, dunque, la soluzione proposta da chi individua un punto di contatto tra pratica commerciale scorretta e annullamento del contratto sul piano probatorio è quella di riconoscere alla decisione dell'Autorità Garante dignità di <<prova privilegiata>> nel giudizio ordinario di annullamento. Tale approccio, d'altronde, si pone perfettamente in linea con quanto affermato in passato dalla Cassazione con riguardo al valore del provvedimento amministrativo antitrust nei giudizi civili di risarcimento del danno da intese restrittive¹³⁹.

11. La responsabilità precontrattuale

La tesi dell'annullabilità se, da un lato, colpisce nel segno laddove afferma l'astratta compatibilità tra le fattispecie evocate dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette (azioni e omissioni ingannevoli e pratiche aggressive) e i vizi del consenso, dall'altro, non sembra poter condurre, per le ragioni sopra richiamate, ad ammettere un automatismo tra la violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette e la stessa annullabilità del contratto.

¹³⁸Pret. Bologna 8 aprile 1997, in Foro it., 1997, I, p.3064 con nota D'AQUINO, *Annullabilità per errore di contratto stipulato a seguito di pubblicità ingannevole*. La controversia sottoposta all'attenzione del giudice concerneva una compravendita di un'opera enciclopedica effettuata a seguito di un'operazione promozionale che l'Autorità garante aveva giudicato ingannevole perché menzognera con riferimento alle modalità con cui il professionista entrava in contatto con il consumatore, ossia la cessione di volumi enciclopedici a titolo di omaggio cui conseguiva automaticamente la vendita dei successivi aggiornamenti dell'opera. In modo dirompente, sul piano dei riflessi diretti sulla validità del negozio, si segnala, inoltre, Trib. Terni, 6 luglio 2004, in Giur. it., 2005, 1836, con nota di PERUGINI, *Pubblicità ingannevole e annullamento del contratto*, ove testualmente si afferma che <<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>>.

¹³⁹ Cass. Civ. 2 febbraio 2007 n.2305, in Foro.it., 2007, I, 1097-1106, con commento di Pardolesi; da ultimo anche la già sopra citata Cass. Civ. 13 febbraio 2009 n.3640, in cui si attribuisce il carattere di <<prova privilegiata>> al provvedimento dell'AGCM, con riguardo alla sussistenza del comportamento accertato dell'impresa, della posizione dalla stessa rivestita sul mercato, del suo eventuale abuso.

La diversità e l'autonomia tra il piano della tutela amministrativa e quello della tutela individuale ostano, in mancanza di una diversa indicazione legislativa, alla possibilità di invocare l'annullabilità per vizi del consenso come rimedio generale alla violazione del divieto di pratica commerciale scorretta. Come sopra evidenziato, infatti, l'invocazione generalizzata del rimedio dell'annullabilità appare preclusa dal fatto che la maggior parte delle pratiche commerciali scorrette non integrano gli elementi costitutivi dei vizi del consenso¹⁴⁰.

Per tali ragioni, la dottrina, pur ammettendo che l'annullabilità appare un rimedio "meno distonico" della nullità nella tutela degli interessi in gioco¹⁴¹, ha individuato nel rimedio risarcitorio lo sbocco naturale della tutela individuale avverso le pratiche commerciali scorrette.

Si è già accennato alla condivisa teoria secondo cui la pratica commerciale scorretta cagiona un danno ingiusto al consumatore, così influenzato nel compiere le proprie scelte commerciali. La collocazione della responsabilità del professionista nell'alveo di quella extracontrattuale, tuttavia, desta

¹⁴⁰ In questa direzione l'area delle pratiche commerciali scorrette, collocate a monte di un contratto, si interseca con il controverso tema dei <<vizi incompleti>> della volontà. Per una diffusa trattazione del tema si veda M. MANTOVANI, <<vizi incompleti>> del contratto e rimedio risarcitorio, Giappichelli, Torino, 1995. L'espressione <<vizio incompleto>> è riservata ad indicare quelle fattispecie in cui, pur non essendo presenti tutti i requisiti che integrano una delle ipotesi tipiche di vizio e per le quali l'impugnativa è perciò esclusa, il concreto assetto di interessi, che risulta dal contratto, appaia comunque il frutto di una decisione in qualche modo deformata in ragione dell'influenza della condotta sleale e scorretta di una delle parti. Si fa riferimento in sostanza a quei regolamenti contrattuali che, pur non presentando anomalie sul piano della struttura dell'atto, appaiono il frutto di una scelta non completamente libera e consapevole di uno dei contraenti. A titolo esemplificativo si può fare cenno a quelle fattispecie in cui fa difetto taluno dei requisiti che consentono di configurare il dolo o una minaccia rilevante ai fini dell'annullamento; o a situazioni, ancora, di conoscenza o di approfittamento di un errore (riconoscibile e pur non essenziale) in cui la controparte sia incorsa; o di sfruttamento di una condizione di fragilità o di minorata esistenza dell'altro contraente; e altre ipotesi ancora. A fronte di tali vizi incompleti, per chi ammetta l'esistenza della stessa categoria, il rimedio configurabile sarebbe quello risarcitorio ex art. 1337 c.c. e 1440 c.c. Si sostiene, in altri termini, che la disciplina del dolo incidente e, in particolare, la soluzione che chiama a convivere rimedio risarcitorio e validità del contratto costituirebbe un paradigma che consente di estendere la responsabilità precontrattuale ad una serie di ipotesi, in cui il contegno sleale di uno dei contraenti nella fase delle trattative abbia contribuito a dar vita a un regolamento contrattuale valido e efficace e tuttavia non conforme all'interesse della controparte.

¹⁴¹ L'espressione è di M.R.MAUGERI, *Violazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., p.482 la quale osserva che la nullità sia una tecnica rimediale distonica rispetto gli interessi in gioco, non fosse altro che per la sua imprescrittibilità e per ciò che comporta sul piano del possibile pregiudizio per i terzi.

qualche perplessità atteso che l'area delle pratiche commerciali scorrette è per lo più la fase precedente e comunque contingente al compimento della determinazione negoziale.

Laddove la pratica commerciale scorrettasi sia verificata nella fase antecedente o coincidente con la conclusione del contratto, pregiudicando la libertà di autodeterminazione negoziale del consumatore, la condotta del professionista può - più propriamente - rilevare come fonte di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. per violazione del dovere di buona fede nelle trattative contrattuali¹⁴². In altri termini, ove non sia idoneo a innescare una deviazione volontaristica, il comportamento scorretto del professionista, nella fase di formazione del contratto, può integrare una condotta contraria alla buona fede ex art. 1337 c.c., e, per questa via, giustificare, secondo l'ormai consolidato sviluppo giurisprudenziale, una responsabilità precontrattuale.

Non vi è dubbio che il legislatore del codice di consumo abbia voluto istaurare un nesso esplicito tra la disciplina delle pratiche commerciali scorrette e il principio di buona fede, correttezza e lealtà¹⁴³.

La qualificazione in termini di scorrettezza di una pratica implica certamente un giudizio di non rispondenza del comportamento del professionista alla buona fede in senso oggettivo.

Ne deriva che la valutazione di scorrettezza, ai sensi e ai fini dell'art. 20 c. cons., non può non riverberarsi sulla valutazione della conformità del

¹⁴² Così C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbligazioni e contratti* 2009, p.780; LIBERTINI, *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Rivista di diritto industriale*, 2011, p.147 s., GRANELLI, *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29 CE modifica il codice di consumo*, cit., p.784, il quale ritiene che, a seguito della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, non dovrebbe nutrirsi più alcun dubbio in ordine al fatto che un generale obbligo di informazione trovi fondamento proprio nel disposto dell'art.22 c. cons e, conseguentemente, in ordine al fatto che, in ipotesi di violazione di tale obbligo, trovino applicazione i rimedi invalidante e risarcitorio di cui rispettivamente all'art. 1439 c.c. e agli art. 1337 e 1440 c.c..

¹⁴³ In generale, sui rapporti che possono intercorrere fra la "scorrettezza" di una pratica commerciale a norma degli art.20 s. c. cons. e la "correttezza" di cui all'art.1175 c.c., nonché la buona fede di cui agli art.1337, 1358,1366,1375 c.c., G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e parametri di valutazione*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice di consumo*, cit., p.130 s.

contegno del professionista a buona fede e correttezza a norma dell'art. 1337 c.c.

All'affermazione della responsabilità precontrattuale del professionista, in casi del genere, non osterebbe l'avvenuta stipulazione di un contratto valido. Secondo l'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza, la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo <<non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e, tuttavia, risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto>>¹⁴⁴.

Tale forma di responsabilità precontrattuale da contratto valido ma dannoso trova il suo addentellato normativo nell'art. 1440 c.c, il quale disciplina il dolo incidente¹⁴⁵. Il dolo incidente – come è noto- viene in rilievo, allorchè i raggiri, utilizzati dal contraente, non siano tali da determinare il consenso, incidendo esclusivamente sul *quomodo* della contrattazione; in assenza di essi, cioè, il negozio sarebbe stato ugualmente concluso ma a condizioni differenti.

Nella fattispecie di cui all'art. 1440 c.c., il contratto rimane valido ma il contraente in mala fede deve risarcire i danni causati dalla sua condotta; risarcimento del danno che sarà commisurato non già al c.d. interesse negativo ma <<al minor vantaggio ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede>>¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Esempio sul punto Cass. Civ. 5 febbraio 2007 n.2479; ma la tesi era stata già espressa da L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in Riv. dir. comm, 1956. In relazione allo specifico tema delle pratiche commerciali scorrette si veda altresì BORTONE, *Pratiche commerciali sleali, obblighi di informazione e responsabilità precontrattuale*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, cit., p. 288 s.

¹⁴⁵ Sul legame tra l'art.1440 c.c. e la norma in materia di responsabilità precontrattuale si veda M. MANTOVANI, <<*Vizi incompleti*>> *del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 24

¹⁴⁶ Cass. Civ. 29 settembre 2005 n. 19024, con commento di V. ROPPO, *La tutela del consumatore tra nullità, risoluzione e risarcimento*, in Contr. e Impr. 2005, p.892

In questa prospettiva, non può revocarsi in dubbio la riconducibilità della condotta scorretta del professionista, non idonea a determinare il consenso, alla fattispecie di responsabilità precontrattuale da stipulazione valida ma dannosa e, conseguentemente, l'esperibilità da parte del consumatore del relativo rimedio risarcitorio. Quindi, ad esempio, qualora la pratica commerciale scorretta abbia indotto il consumatore ad acquistare un prodotto ad un prezzo più elevato, questi avrà diritto ad agire per ottenere il risarcimento del danno pari alla differenza di prezzo.

L'opzione a favore della responsabilità precontrattuale conduce però anche ad un'ulteriore osservazione.

Se la ratio della disciplina delle pratiche commerciali scorrette va individuata nell'esigenza di "regolamentare" l'attività commerciale del professionista entro i confini della correttezza e buona fede, la buona fede, in questo contesto, viene ad assumere su di sé il compito di assicurare la funzionalità del mercato e lo svolgimento di un regolare traffico negoziale, ben prima e a prescindere da un contatto diretto con il singolo consumatore.

Nel contesto di una contrattazione seriale caratterizzata da scambi senza trattative, qual è quella che connota la relazione tra professionista e consumatore, la buona fede assume rilevanza anche prima dello specifico incontro con il singolo consumatore (nella vera e propria fase delle trattative o della conclusione del contratto cui fa riferimento l'art. 1337 c.c.). L'obbligo di buona fede così intercetta il comportamento del professionista già dal momento in cui questi, contattando il suo futuro partner contrattuale, veicola sul mercato messaggi, promozioni e pubblicità idonee a influenzare la scelta contrattuale del potenziale destinatario. In quest'ottica, accertato l'uso della pratica scorretta per quella serie di contratti, non sarà necessario valutare in concreto la violazione dell'art. 1337 c.c. nella singola vicenda negoziale, perché è già stato accertato che con l'uso di quella pratica il professionista ha agito sul mercato contrariamente a buona fede.

Accedendo a questa posizione, troverebbe conferma, proprio nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, quella prospettiva che, coerentemente ad alcuni sviluppi giurisprudenziali sul tema, attribuisce alla buona fede, come fonte di responsabilità precontrattuale, il compito di assicurare la funzionalità del mercato e lo svolgimento di un regolare traffico negoziale oltre allo scopo, per così dire tradizionale, di tutela l'affidamento individuale della controparte¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Cfr. Corte App. Milano 2 febbraio 1990, in Giur. it., 1992, I, 2, p. 49;

Capitolo IV - Analisi comparata delle soluzioni accolte dai legislatori degli Stati membri

1. La discrezionalità degli Stati membri e rimedi civilistici alla violazione del divieto di pratica commerciale sleale

La direttiva 29/2005 CE, come già evidenziato, concedeva un ampio margine di discrezionalità agli Stati membri in relazione alla disciplina delle conseguenze di natura privatistica della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali.

In particolare, si è già detto che l'art. 3 par.2 della direttiva, nell'indicare che la nuova disciplina non intendeva "pregiudicare" il diritto contrattuale nazionale sulla formazione, validità e efficacia di un contratto, non obbligava in alcun modo gli Stati membri a ricollegare alla violazione del divieto di pratica commerciale sleale rimedi contrattuali direttamente azionabili dal singolo consumatore; né, tantomeno, la direttiva imponeva ai legislatori nazionali di apportare, alla disciplina generale sulla validità del contratto, i mutamenti o le innovazioni necessarie per adeguarsi ai precetti comunitari.

Allo stesso modo, il considerando n.9, nel chiarire che la direttiva non pregiudicava i ricorsi individuali proposti da soggetti lesi dalla pratica sleale, lasciava liberi gli Stati membri di decidere se (e eventualmente a quali condizioni) la violazione del divieto di per sé sola potesse far sorgere in capo ai singoli pretese risarcitorie direttamente nei confronti del professionista. In altri termini, anche in questo caso, la direttiva non obbligava i legislatori nazionali a prevedere espressamente che qualsiasi pratica sleale, per il solo fatto di essere tale, costituisse sempre e necessariamente un atto illecito fonte di una obbligazione risarcitoria.

In sede di trasposizione della direttiva, dunque, due erano le questioni che i legislatori degli Stati membri erano chiamati ad affrontare: da un lato, se e in che misura la violazione del divieto di pratica commerciale sleale potesse

incidere sulla validità del contratto stipulato in seguito o a causa di essa; dall'altro, se, a quali condizioni e quale titolo, i consumatori destinatari della pratica sleale fossero legittimati ad agire (in via extracontrattuale) proprio per far accertare il proprio diritto al risarcimento dei danni.

Della discrezionalità concessa dalla direttiva, invero, i legislatori nazionali si sono avvalsi in misura e con modalità differenti, adottando soluzioni assai variegata.

2. Le soluzioni accolte dagli Stati membri

2.1 Il problema della (in) validità del contratto a valle di una pratica commerciale sleale

Con riguardo alla questione della validità del contratto a valle di una pratica commerciale sleale, i legislatori degli Stati membri hanno intrapreso percorsi alquanto differenti.

Alcuni degli Stati membri (come, appunto, l'Italia ma anche la Romania, Ungheria e Malta) si sono astenuti dall'affrontare la questione, limitandosi a riprodurre la formula <<neutra>> utilizzata dalla direttiva. Abbiamo già analizzato come tale silenzio, almeno in Italia, abbia sollevato non poche incertezze interpretative, inducendo la dottrina a ricercare la soluzione più adeguata al sistema.

Radicalmente opposta è stata la soluzione di altri Stati membri che, invece, hanno inserito nella disciplina di recepimento norme concernenti la validità dei contratti o, più in generale, la loro vincolatività per il consumatore.

Le soluzioni prospettate in dottrina erano molteplici.

Si era così suggerita: l'attribuzione al consumatore del potere di recedere ad nutum dal contratto preceduto o reso possibile dall'istaurazione di una pratica commerciale sleale, a prescindere dalla circostanza che fossero derivati

pregiudizi patrimoniali per lo stesso¹⁴⁸; oppure la previsione esplicita della nullità dell'intero contratto o di singole clausole; ancora l'annullamento del contratto ovvero, qualora la pratica sleale avesse influito, più che sulla scelta di contrarre, sul contenuto di determinate clausole, la modificazione o correzione dei contenuti del regolamento contrattuale; ma anche la previsione esplicita di pretese risarcitorie¹⁴⁹;

La scelta di alcuni degli Stati membri di regolare le ricadute sul contratto della violazione del divieto di pratica commerciale sleale si ispira al chiaro proposito di potenziare gli strumenti di *private enforcement* avverso le pratiche sleali, in merito allo sviluppo dei quali la direttiva programmaticamente non intendeva intervenire.

In Portogallo, l'art 14 del decreto-Lei portoghese del 26 marzo del 2008 n.57¹⁵⁰ attribuisce al consumatore che abbia stipulato un contratto <<sotto l'influenza di una pratica commerciale sleale>> il diritto di chiedere - a sua scelta - l'annullamento del contratto a norma dell'art. 287 del c.c. portoghese ovvero una modificazione dei contenuti del contratto da attuarsi secondo criteri equitativi o ancora la semplice eliminazione delle clausole il cui inserimento nel regolamento negoziale sia stato influenzato dalla pratica sleale¹⁵¹.

Occorre osservare che <<l'influenza>> esercitata dalla pratica commerciale sleale, cui fa riferimento la norma, lungi dall'essere identificata con uno dei vizi tradizionali del volere, viene ad essere configurata come una causa di

¹⁴⁸ Tale soluzione era stata avanzata da K-H. FEZER, *Pladoyer für eine offensive Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in das deutsche UWG*, in *Wettbew. Recht Prax*, 2006, P.788

¹⁴⁹ Soluzione suggerita da P.Shears, *Overviewing the UE Unfair Commercial Practices Directive: Concentric circles*, in *Eur. Business L. Rev.*, 2007, p.781

¹⁵⁰ Il Decreto-Lei n.57/2008 del 26 marzo 2008 contiene, negli art. 1-22 le disposizioni che, in attuazione degli art. 1-13 della direttiva 2005/29 Ce, disciplinano le pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese e consumatori.

¹⁵¹ L'art. 15 della stessa normativa portoghese, intitolato "*Responsabilidade civil*", attribuisce inoltre al consumatore, leso per effetto di una pratica commerciale sleale, il diritto al risarcimento dei danni cagionati dal professionista.

annullabilità diversa e autonoma rispetto a quelle già contemplate dal codice civile portoghese¹⁵².

In Francia, invece, se, da un lato, il legislatore nulla dice in merito alle possibili conseguenze sulla validità del contratto della violazione del divieto generale di pratica commerciale sleale e di quello di pratica commerciale ingannevole, dall'altro, prevede espressamente all'art.122-15 del *code de la consommation* la nullità del contratto concluso a seguito di una pratica aggressiva¹⁵³. Il legislatore francese, dunque, ha ritenuto contemplare un trattamento giuridico più severo e rigoroso solo rispetto alle pratiche commerciali aggressive, comminando, invece, per le altre ipotesi solo sanzioni di natura pubblicistica e rimedi di natura inibitoria.

Più radicale, per contro, è stata la scelta del legislatore lussemborghese, che nella *Loi relative aux pratiques commerciales déloyales* del 2009, contempla una disposizione (art. 11 co.2) la quale stabilisce che qualsiasi clausola o combinazione di clausole di un contratto concluso in violazione della legge medesima <<si reputa nulla e non scritta>>, precisando peraltro che la nullità può essere fatta valere solo dal consumatore.

La soluzione in questione sembra suggerire che il legislatore consideri "abusiva", con una presunzione assoluta, la clausola il cui inserimento sia stato influenzato dalla pratica sleale. In altri termini, il legislatore presume che il comportamento sleale dell'impresa abbia determinato uno squilibrio normativo a carico del consumatore, a prescindere da una valutazione in concreto dell'effettiva capacità squilibrante della clausola all'interno della singola vicenda contrattuale.

¹⁵² G. DE CRISTOFARO, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, Rassegna di diritto civile, 3/2010, p.880 s., osserva in proposito che l'influenza esercitata dalla pratica commerciale sleale, quale causa di annullabilità autonoma e diversa rispetto a quelle già contemplate dal codice civile portoghese, appare una nozione verosimilmente destinata a suscitare non poche discussioni.

¹⁵³ In Francia le disposizioni della direttiva 2005/29 CE e della direttiva 2006/114 CE sono state recepite all'interno del titolo II del libro I (intitolato *Information des consommateurs et formation des contrats*) del *code de la consommation*.

In Polonia, invece, l'art. 12 co.1 n.4 della legge del 23 agosto 2007 che ha dato attuazione alla direttiva 2005/29 CE attribuisce al consumatore, i cui interessi siano stati pregiudicati da una pratica sleale, il potere di chiedere la cancellazione/caducazione del contratto eventualmente stipulato, la restituzione delle prestazioni già pagate nonché il rimborso delle spese eventualmente sostenute per la stipulazione di tale contratto¹⁵⁴.

In una direzione diversa si è mosso il legislatore Danese il quale si è limitato a prevedere che, nel contesto dei giudizi inibitori promossi nei confronti del professionista che ricorra a pratiche sleali, il giudice possa statuire l'invalidità dei contratti eventualmente stipulati in violazione dell'ordine inibitorio. In questa ipotesi, l'invalidità negoziale si configura come una sorta di sanzione accessoria e strumentale alla pronuncia inibitoria, finalizzata a garantirne l'effettivo rispetto¹⁵⁵. L'invalidità, infatti, viene ricondotta non tanto (e non solo) alla natura intrinsecamente sleale della pratica, quanto piuttosto alla violazione dell'ordine inibitorio.

Piuttosto singolare è poi la soluzione accolta nella legislazione Belga.

L'art. 41 della *Loi relative aux pratiques du marchè et à la protection du consommateur* del 6 Aprile 2010¹⁵⁶ contempla un'originale sanzione privatistica per la violazione del divieto di pratica commerciale sleale, consistente in una sorta di conversione ex lege in negozio a titolo gratuito del contratto a titolo oneroso stipulato dal consumatore nei confronti del quale sia stata posta in essere una pratica commerciale sleale. Si prevede, in particolare, che, se il contratto è concluso a seguito di una delle pratiche in

¹⁵⁴ L'art.12 co.1 n.4, inoltre, attribuisce al consumatore il diritto al risarcimento dei danni cagionati dalla pratica commerciale scorretta.

¹⁵⁵ Si tratta dell'art. 20 co.1 del *lov om markedsføring* del 2005, come modificato dalla legge di recepimento della direttiva 2005/29 CE del 20 dicembre 2006.

¹⁵⁶ La legge in questione sostituisce quella del 5 giugno 2007 con cui erano state recepite la direttiva 2005/29 CE e 2006/114 CE. Le disposizioni che danno attuazione alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali si trovano oggi collocate nel Capitolo 4 della legge del 6 aprile del 2010 la cui Sezione I è dedicata alle pratiche commerciali sleali nei confronti dei consumatori, mentre la Sezione II reca la disciplina delle pratiche commerciali poste in essere nei confronti di altri imprenditori o liberi professionisti, imperniata sul divieto generale di atti di concorrenza sleale.

ogni caso ingannevoli di cui all'art. 91 nn. 12,16 o 17¹⁵⁷ ovvero in ogni caso aggressive di cui all'art. 94 nn. 1, 2 e 8¹⁵⁸, il consumatore sia legittimato ad esigere entro un termine ragionevole, decorrente dal giorno in cui è venuto o sarebbe potuto venire a conoscenza dell'illiceità della pratica, il rimborso delle somme pagate, senza restituzione del prodotto consegnato. Se, invece, il contratto è concluso a seguito di una pratica commerciale sleale prevista da una delle altre restanti previsioni, la normativa in questione accorda al giudice il potere di condannare il professionista a rimborsare al consumatore le somme versate, senza restituzione da parte di quest'ultimo del prodotto consegnato.

2.2. Violazione del divieto di pratica commerciale sleale e illecito civile

La seconda questione su cui gli stati membri erano chiamati a misurarsi concerneva i rapporti tra pratica commerciale sleale e il sistema interno della responsabilità civile (contrattuale, extracontrattuale e precontrattuale).

Come efficacemente osservato da autorevole dottrina, le pratiche commerciali sleali possono verosimilmente fondare pretese risarcitorie a favore di coloro in grado di provare di aver subito un danno a seguito del comportamento sleale del professionista¹⁵⁹. In altri termini, molte delle pratiche commerciali sleali, in considerazione delle loro caratteristiche strutturali, potrebbero certamente costituire fonte di una responsabilità civile (di natura contrattuale, extracontrattuale o precontrattuale, a seconda dei diversi sistemi giuridici interni). Sulla base di tali considerazioni, si riteneva che il rimedio risarcitorio fosse destinato a divenire il rimedio normalmente esperibile a fronte di una perdita causata dalla pratica commerciale sleale del

¹⁵⁷ Previsioni che corrispondono a quelle contenute nei n. 12,16 e 17 dell'Allegato alla direttiva 2009/25 CE, contenente la lista nera delle pratiche commerciali in ogni caso ingannevoli.

¹⁵⁸ Previsioni che corrispondono a quelle contenute nei n. 24,25 e 31 dell'Allegato I della direttiva, contenente la lista nera delle pratiche commerciali in ogni caso aggressive.

¹⁵⁹ Così H. COLLINS, *The unfair commercial practices Directive*, in *Eur. Rev. Contr. Law.*, 2005, 426, per cui il rimedio risarcitorio è destinato a divenire un rimedio normalmente esperibile per il ristoro delle perdite causate da pratiche commerciali sleali.

professionista. Anzi, in quella sede, si osservava che in alcuni sistemi giuridici nazionali, il diritto privato potrebbe evolvere fino al punto di considerare una pratica commerciale sleale <<as a type of statutory tort or wrong>> che dovrebbe sempre dare luogo ad un rimedio compensativo sulla prova del danno¹⁶⁰.

Anche in relazione a tale questione, tuttavia, gli Stati membri hanno adottato soluzioni differenti.

Così, in alcuni stati membri si è riconosciuto espressamente al consumatore, che abbia subito un pregiudizio economico a seguito di un comportamento, qualificabile come pratica commerciale sleale, una pretesa risarcitoria direttamente esercitabile nei confronti del professionista responsabile di averla posta in essere. È il caso dell'Irlanda, che addirittura contempla la possibilità di esigere il risarcimento dei danni esemplari¹⁶¹, ma anche della Grecia¹⁶², dell'Olanda¹⁶³.

In altri Paesi, invece, tali pretese risarcitorie sono state riconosciute solo indirettamente, in quanto la disciplina delle pratiche sleali è stata inserita in quella più generale della concorrenza sleale, nella quale era già previsto il diritto al risarcimento anche del singolo consumatore danneggiato e non solo dell'imprenditore concorrente. È il caso dell'Austria, dove la direttiva 2005/29 CE è stata attuata attraverso l'integrazione dei provvedimenti normativi recanti la disciplina generale della concorrenza sleale,

¹⁶⁰ Così H. COLLINS, *The unfair commercial practices Directive*, cit., p. 426

¹⁶¹ La subsection (2) della Section 74 (*Consumer's right of action for damages*) del *Consumer Protection Act irlandese* del 2007 statuisce espressamente che il consumatore, vittima della pratica commerciale vietata, ha diritto al risarcimento dei danni subiti inclusi i danni esemplari nei confronti del professionista responsabile della stessa.

¹⁶² In tal senso dispone l'art. 99 co.1 della legge greca del 1994 sulla tutela dei consumatori, inserito nella legge 3787 del 2007 che ha recepito la direttiva 2005/29 CE, attribuendo sia alle associazioni dei consumatori che ai consumatori uti singuli il potere di adire il giudice per ottenere l'inibizione e la proibizione nonché il risarcimento del danno provocato dalle pratiche commerciali sleali.

¹⁶³ L'art.193 j co.2 del libro 6 del codice civile olandese, ove si prevede che il professionista che ponga in essere un atto illecito a norma dell'art.193 b (disposizione che qualifica la pratica commerciale sleale come atto illecito nei confronti dei consumatori cui si rivolga la condotta) è responsabile per i danni verificatesi in conseguenza della sua condotta, salvo che riesca a dimostrare che tali danni non sono imputabili ad una sua colpa e che non esistano altre ragioni per cui debba farsene carico.

dichiaratamente rivolta a tutelare tutti gli attori del mercato e, quindi, anche i consumatori¹⁶⁴. Alla luce di tale normativa, è pacifico che il singolo consumatore vittima di una pratica sleale sia titolare di una pretesa al risarcimento del danno, a condizione che la condotta tenuta dal professionista sia stata quanto meno colposa.

Analogamente in Spagna dove le disposizioni di attuazione della direttiva sono state integrate nella legge generale sulla concorrenza sleale, la quale annovera, fra le azioni suscettibili di essere esercitate a fronte di un atto di concorrenza sleale, le azioni di risarcimento dei danni cagionati dalla condotta sleale (esperibili a condizione che l'autore della condotta abbia agito con dolo o colpa)¹⁶⁵. Tale legge attribuisce la legittimazione ad esperire l'azione di risarcimento <<a qualunque persona fisica o giuridica che partecipi al mercato, i cui interessi economici risultino direttamente pregiudicati dalla condotta sleale>>. Ne deriva che, sulla scorta di tale disciplina, anche i consumatori *uti singuli* sono legittimati a far valere pretese risarcitorie nei confronti dei professionisti che, con condotta dolosa o colposa, ricorrono a pratiche sleali.

Analoghe considerazioni valgono per la Danimarca e la Svezia, le quali, allo stesso modo, hanno dato attuazione alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali, modificando e integrando le leggi nazionali di carattere generale volte a regolare gli atti di concorrenza sleale in funzione della tutela non solo degli imprenditori, ma anche dei consumatori nonché dell'interesse pubblico ad un corretto funzionamento del mercato¹⁶⁶.

¹⁶⁴ In Austria le disposizioni di recepimento della direttiva sulle pratiche commerciali sleali si trovano integrate all'interno del *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* del 1984 (UWG).

¹⁶⁵ In Spagna, alla direttiva 2005/29 CE è stata data attuazione con la Ley 29/2009 che ha modificato la legge generale sulla concorrenza sleale 3/91, *De competencia Desleal*, integrando all'interno della stessa le disposizioni di recepimento degli art. 1-13 della direttiva e includendo così le pratiche commerciali sleali nella più ampia categoria di concorrenza sleale.

¹⁶⁶ In Danimarca le disposizioni di recepimento della direttiva 2005/29 CE e 2006/114 CE si trovano incorporate nel *Marknadsforingslag* danese del 2005; mentre in Svezia sono incorporate nel *Marknadsforingslag* svedese del 2008.

3. La scelta del legislatore del Regno Unito: il recesso e il risarcimento del danno

Il sistema britannico (delineato dallo Statutory Instruments n. 1277/2008, the Consumer protection from Unfair Trading Regulations dell'8 maggio 2008 e completato dalla Guidance on the U.K., Regulations (may 2008) implementing the Unfair Commercial Practices Directive) si impernia, innanzitutto, su misure preventive (come consulenze, linee guida, promozione di codici di condotta) e, in secondo luogo, su sanzioni civili e penali comminate dalle tre Autorità amministrative indipendenti (l'Office of Fair Trading, Department of Enterprise, il Trade and Investment in Northern Ireland e le Local Authorities Trading Services).

Per ciò che concerne il *civil enforcement*, il legislatore britannico, in sede di recepimento della direttiva, non modifica in alcun modo la disciplina sulla validità e efficacia del contratto; anzi, nella Section 29 delle citate Regulations, intitolata "validity of Agreements", si esclude testualmente che la violazione del divieto di porre in essere <<unfair commercial practices>> possa comportare di per sé l'invalidità del contratto concluso a seguito di essa. Il rimedio civilistico prescelto dal legislatore è, invece, quello inibitorio, comminato dal giudice ordinario su istanza delle Autorità indipendenti (sanzioni che, se violate, comportano l'applicazione di pene detentive o pecuniarie), e quello risarcitorio al quale si ricorre con un'azione collettiva di classe.

Tale quadro normativo viene però in parte modificato dal Consumer Protection (Amendment) Regulations 2014 che inserisce nell'originario provvedimento normativo a new Part 4 intitolata "Consumers right to redress"¹⁶⁷. A seguito dell'intervento legislativo in questione, il legislatore britannico riconosce espressamente al consumatore, in presenza delle

¹⁶⁷ The Consumer Protection (Amendment) Regulations 2014 no. 870 è reperibile in www.legislation.gov.uk. The regulations 2014 no.870 è stato preceduto da un Consultation Paper of the Law Commission and The Scottish Law Commission, intitolato "*Consumer redress for misleading and aggressive practices*", reperibile sul sito www.lawcom.gov.uk

condizioni prescritte dalla legge, il rimedio del recesso nonché, in alternativa, il diritto ad uno sconto sul prezzo e, in ogni caso, il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale patito a causa della pratica sleale.

In prima battuta, per quanto riguarda le ricadute sul contratto della violazione del divieto di pratica commerciale sleale, il legislatore inglese abbandona il terreno dell'invalidità e attribuisce al singolo consumatore, la cui libertà di scelta sia stata limitata o condizionata da una pratica commerciale, lo strumento assai più flessibile del recesso ad *nutum* senza oneri e spese.

Il modello inglese, invero, sembra sanzionare l'idoneità di una pratica giudicata sleale, ossia ritenuta idonea a limitare la libertà di scelta del consumatore in sede di "regolazione del mercato", ad inficiare di per sé anche la tenuta del contratto stipulato dal singolo consumatore. In questo modo, la reazione infracontrattuale alla violazione del divieto di pratica sleale viene a configurarsi come una sorta di sanzione sul piano negoziale per condotte distorsive della concorrenza.

Da qui la scelta del legislatore di optare per il rimedio che il diritto europeo mette tradizionalmente a disposizione per lo specifico fine di tutelare il libero e consapevole consenso del consumatore, quale presupposto della garanzia di un mercato concorrenziale¹⁶⁸.

E' fin troppo noto che il diritto contrattuale di derivazione europea affida la tutela del consenso interno, non già alla disciplina dell'invalidità del contratto, ma principalmente al più flessibile istituto del recesso c.d. di pentimento, tipicamente volto a rimuovere un vincolo non assunto con adeguata ponderazione¹⁶⁹. Ciò perché, nell'ottica europea, la tutela del consenso del consumatore assume connotati e strumenti diversi, in quanto

¹⁶⁸ Per una ricostruzione generale dei rimedi contrattuali che offre il diritto europeo a tutela del consumatore si veda ASTONE M., *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in «Europa e diritto privato», Giuffrè, 1/2014, 1 s.

¹⁶⁹ Sul recesso c.d. di pentimento e sulla dicotomia consenso esterno-consenso interno vedi S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p.220

direttamente piegata a neutralizzare comportamenti abusivi e opportunistici dei professionisti nell'ottica della garanzia della concorrenza.

Il rimedio del recesso, al pari degli altri istituti sviluppati dal diritto di fonte europea, esibisce una matrice sostanzialmente pro-concorrenziale, essendo volto a correggere le anomalie di un mercato caratterizzato dall'asimmetria del potere contrattuale nei rapporti tra professionista e consumatore¹⁷⁰. Tale asimmetria contrattuale è generata soprattutto dallo squilibrio informativo che caratterizza la relazione professionista/consumatore. La carenza informativa del consumatore gli impedisce di compiere scelte razionali nel mercato e ciò finisce per condizionare la formazione dell'offerta e le dinamiche della concorrenza. Per tali ragioni, la posizione contrattuale del consumatore che, a causa del deficit informativo e di competenza, dispone di una ridotta consapevolezza nell'assumere la decisione contrattuale, va rafforzata attraverso strumenti di protezione e reazione che, nelle varie fasi della contrattazione, ne compensano la strutturale debolezza e al tempo stesso disincentivano comportamenti del professionista intesi ad approfittarne.

Compatibilmente con tale ratio, dunque, la normativa inglese, opta per il rimedio del recesso, attribuendone al consumatore il relativo esercizio.

L'art. 27 A riconosce il diritto di recesso: a) nei contratti *business to consumer*, aventi ad oggetto la vendita o la fornitura di un prodotto al consumatore; b) nei contratti *consumer to business*, aventi ad oggetto la vendita di un prodotto al professionista da parte del consumatore; c) nel caso in cui il consumatore abbia eseguito un pagamento per la fornitura del prodotto (a consumer payment). Non rientrano, invece, nell'ambito di applicazione della norma sia la proprietà immobiliare sia i servizi finanziari.

¹⁷⁰ Così CAMARDI C., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in «Europa e Diritto Privato», Giuffrè, 4/2008, 831 s.

Il diritto di recedere dal contratto è attribuito a condizione che il professionista sia incorso in una pratica commerciale proibita dal regolamento e a condizione che lo stesso, al momento della conclusione del contratto, sia consapevole che il suo comportamento è suscettibile di costituire una pratica commerciale vietata o sia ragionevolmente in grado di prevederlo.

Il consumatore inoltre può recedere dal contratto solo se è in grado di dimostrare che la pratica ha costituito un significativo fattore nella sua decisione di addivenire alla conclusione dello stesso. Dal che risulta in qualche modo smentita, o comunque attenuata, una diretta ed immediata refluenza in sede contrattuale dell'accertamento sulla scorrettezza della pratica, compiuto in generale e in riferimento al target del consumatore medio.

Con specifico riguardo ai contratti *business to consumer*, l'art. 27 E prevede espressamente che il consumatore può recedere entro il termine di 90 giorni dalla conclusione del contratto, dichiarando al professionista di restituire il prodotto e a condizione che il prodotto sia ancora restituibile¹⁷¹.

L'esercizio del diritto di recesso comporta lo scioglimento del vincolo contrattuale e la liberazione dei contraenti dalle obbligazioni assunte; ma fa sorgere a carico del professionista l'obbligo di restituire al consumatore le somme eventualmente già pagate nonché l'obbligo di rimborsare le spese sostenute.

Il consumatore, inoltre, se ha già eseguito uno o più pagamenti per l'acquisto del bene o del servizio ovvero non sussistano i presupposti per l'esercizio del diritto di recesso (sia decorso invano il termine o il prodotto è già consumato), ha diritto in alternativa ad uno sconto ovvero ad una riduzione del prezzo. La percentuale di sconto sul prezzo varia, a norma dell'art. 27 I, a secondo del

¹⁷¹ L'art. 27 E recita testualmente: <<A consumer has the right to unwind in respect of a business to consumer contract if the consumer indicates to the trader that the consumer rejects the product, and does so: (a) within the relevant period, and (b) at a time when the product is capable of being rejected>>.

grado di severità della pratica proibita, potendo raggiungere il 100%, ove la pratica proibita in cui sia incorso il professionista sia molto grave¹⁷². Secondo le indicazioni dell'art. 27 I paragrafo 5, la gravità della pratica è valutata avuto riguardo al comportamento del professionista, all'impatto della pratica sul consumatore e in relazione al tempo trascorso dal compimento della pratica stessa.

Accanto alla facoltà di scioglimento unilaterale del contratto, l'art. 27 J prevede un'esplicita pretesa risarcitoria a favore del consumatore, che sia in grado di provare di aver subito un danno a causa della pratica sleale.

Più nel dettaglio, l'art. 27 J contempla il diritto del consumatore al ristoro non solo dei danni patrimoniali ma anche di quelli non patrimoniali. La norma ammette il risarcimento sia della perdita economica sia del disagio e dello stress psicologico patito dal consumatore a causa della pratica vietata¹⁷³.

L'analisi del modello inglese suggerisce che la pratica commerciale sleale dia sempre luogo al rimedio risarcitorio, a titolo di responsabilità contrattuale, sulla base della sola prova da parte del consumatore del danno subito.

Per tale via, dunque, la violazione del divieto di pratica commerciale sleale introdurrebbe una sorta di presunzione, sia pure relativa, di sussistenza del nesso di causalità tra danno e pratica vietata, addossando al professionista l'onere della prova contraria. Una volta provato il danno, infatti, spetterà al professionista dimostrare l'intervento di fattori causali alternativi idonei a interrompere il nesso causale.

¹⁷² L'art. 27 I recita testualmente: <<The relevant percentage is as follows: (a) if the prohibited practice is more than minor, it is 25%, (b) if the prohibited practice is significant, it is 50%, (c) if the prohibited practice is serious, it is 75%, and if the prohibited practice is very serious, it is 100%>>.

¹⁷³ L'art. 27 J recita testualmente: <<A consumer has the right to damages if the consumer: (a) has incurred financial loss which the consumer would not have incurred if the prohibited practice in question had not taken place, or (b) has suffered alarm, distress or physical inconvenience or discomfort which the consumer would not have suffered if the prohibited practice in question had not taken place>>.

Questa appare la lettura più coerente del dato normativo.

Ai sensi del paragrafo 5 dell'art. 27 J, infatti, il professionista può liberarsi dall'obbligazione risarcitoria solo ove dimostri di essere incorso nella pratica vietata per errore, a causa di un incidente o per responsabilità di un suo ausiliario e, in ogni caso, di avere diligentemente adottato tutte le ragionevoli precauzioni per evitarla.

Osservazioni Conclusive

Il metodo comparatistico, utilizzato nell'analisi dei rimedi civilistici adottati dagli altri Stati membri, giova in funzione di un approccio che intende porsi nella prospettiva di sviluppi normativi, che conducano anche il nostro ordinamento a dare esplicita soluzione alle questioni emerse. In tal senso, dall'analisi delle soluzioni adottate dagli altri Stati membri, che, avvalendosi della discrezionalità concessa dalla direttiva 29/2005 CE, hanno espressamente regolato le conseguenze civilistiche del divieto di pratica commerciale sleale, emergono alcune significative indicazioni.

Un primo dato che viene in rilievo è che gli Stati europei hanno certamente assunto approcci variegati nel disciplinare i rapporti tra pratica commerciale sleale e rimedi civilistici.

Soltanto alcuni Stati, come abbiamo evidenziato, collocano la reazione al divieto di pratica commerciale sleale sul piano della invalidità contrattuale, regolando espressamente i presupposti di operatività del singolo rimedio. L'impatto della pratica commerciale sleale sulla validità del contratto, tuttavia, è modulato diversamente dai diversi ordinamenti, che pur hanno optato per una regolamentazione espressa dei rimedi contrattuali alla violazione del divieto di pratica sleale.

In Francia, ad esempio, l'art. 122-15 del *code de la consommation* prevede il rimedio della nullità, ma solo con riferimento al contratto concluso in seguito ad una pratica commerciale aggressiva. La nullità del contratto consegue in questo caso automaticamente all'accertamento in sede antitrust del carattere aggressivo della pratica. In altri termini, il comportamento <<aggressivo>> del professionista, una volta accertato dalla competente autorità, costituisce di per sé causa di nullità del contratto.

Opta per il rimedio invalidante, ma diversamente configurato, il legislatore del Lussemburgo. L'art. 11 co. 2 della *Loi relative aux pratiques commerciales déloyales* lussemburghese <<reputa nulla e non scritta>> qualsiasi clausola introdotta nel regolamento contrattuale per effetto della

pratica sleale, con l'ulteriore precisazione, tra l'altro, che la nullità può essere fatta valere soltanto dal consumatore. In questi termini, il legislatore, nel prevedere la nullità (che opera a vantaggio del solo consumatore) della clausola, ritiene con una presunzione assoluta <<abusiva>> la clausola contrattuale, il cui inserimento sia stato influenzato dalla pratica sleale. Il comportamento dell'impresa, la cui slealtà è accertata dall'autorità antitrust con riguardo ad una serie indeterminata di contatti, viene assunto dal legislatore di per sé come causa di un significativo squilibrio normativo a carico del consumatore anche nella singola vicenda contrattuale.

In entrambi i casi, dunque, la slealtà della pratica, apprezzata sul piano del mercato, ha una ricaduta immediata sulla nullità del contratto o delle singole clausole. Nel primo caso, l'accertamento della slealtà costituisce di per sé causa di nullità a prescindere dal fatto che la pratica si sia tradotta *in concreto* in un vizio strutturale del contratto, nel presupposto della forza dirompente dell'aggressività in cui la slealtà si è tradotta.

Nel secondo caso, l'accertamento della scorrettezza della pratica, questa volta in tutte le sue versioni (aggressività o ingannevolezza), pur se formulato alla luce del parametro astratto e standardizzato del consumatore medio, è ritenuto idoneo a turbare di per sé l'equilibrio di diritti ed obblighi tra i contraenti in danno del consumatore; la clausola viene, per questa via, ritenuta abusiva indipendentemente da una verifica in concreto da parte del giudice circa l'effettiva capacità squilibrante della stessa all'interno del singolo contratto. Spetterà al giudice, tuttavia, individuare la o le clausole contrattuali, il cui inserimento nel contratto sia effettivamente riconducibile alla pratica commerciale censurata.

In Portogallo, invece, l'art. 14 del *decreto-lei* portoghese n.57 del 2008, attribuisce al consumatore il diritto di chiedere – a sua scelta – o l'eliminazione delle clausole il cui inserimento sia stato influenzato dalla pratica commerciale sleale, accompagnata dalla modifica dei contenuti del contratto secondo equità, oppure l'annullamento del contratto concluso sotto

l'influenza della pratica, ma secondo le regole generali del codice civile portoghese.

In questo contesto, <<l'influenza>> esercitata dalla pratica costituisce autonoma causa di annullabilità del contratto. Il consumatore, che agisca per l'annullamento, dovrà dimostrare che la pratica vietata abbia indotto o comunque influenzato la sua decisione di concludere il contratto; una volta che il consumatore abbia provato tale legame tra la pratica e la sua decisione, il giudice dovrà pronunciare l'annullamento.

Più semplice si profila, invece, la prima alternativa (eliminazione della o delle clausole) che, riproponendo la scelta affermatasi in altri ordinamenti, consente al consumatore di avvalersi della presunta abusività della o delle clausole contrattuali, condizionate da una pratica (dichiarata) sleale, onde chiederne l'eliminazione e la rimodulazione in via equitativa.

In ultima analisi, l'indagine comparatistica mostra che la caducazione del contratto (e delle clausole contrattuali) a valle della pratica vietata, proprio perché avulsa da una verifica in concreto volta a indagare sull'effettivo condizionamento della volontà contrattuale, si atteggia a sanzione di condotte distorsive della concorrenza, preliminarmente accertate in via amministrativa dall'autorità Antitrust. Di qui, come abbiamo visto, un rimedio contrattuale che segue automaticamente all'accertamento sul piano del mercato della "slealtà" della pratica.

In tal senso, la slealtà del comportamento del professionista, accertata a monte in relazione a una platea indistinta di consumatori e ad una serie indefinita di contatti, si traduce in una patologia della volontà del singolo consumatore in relazione al contratto, la cui conclusione sia stata dalla pratica sollecitata o determinata.

Queste prime osservazioni, invero, ci conducono agli esiti cui è pervenuta la dottrina più accorta nel dibattito nazionale relativo alle conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratica commerciale scorretta:

dibattito appunto originato dalla mancanza di una espressa regolamentazione sul punto da parte del legislatore nazionale.

Come abbiamo già visto, si osserva che la scorrettezza della pratica, in mancanza di una previsione legislativa che lo contempra espressamente, non può essere, di per sé e per ciò solo, causa di nullità o di annullabilità per vizi del consenso di un contratto. Essa si pone su un piano diverso e sta fuori dal contratto fino a quando non venga accertato che la pratica sia penetrata nelle dinamiche del singolo contratto, traducendosi in un vizio strutturale dello stesso (nel caso della nullità) o fuorviando l'iter decisionale anche di quel consumatore protagonista della vicenda contrattuale (nel caso dell'annullabilità per vizi del consenso).

In tale prospettiva, le soluzioni emerse in ambito europeo confermano in un certo senso l'indirizzo prevalente emerso nel dibattito nazionale sui rapporti tra pratica commerciale scorretta e contratto: dalla scorrettezza di una pratica, apprezzata sul piano del mercato, non può discendere alcuna conseguenza automatica sul piano contrattuale, a meno che appunto non sia il legislatore a prevederlo espressamente. Così, solo il legislatore può collegare in via automatica alla violazione del divieto di pratica commerciale scorretta la sanzione della nullità; altrimenti, la pratica commerciale scorretta può essere causa di nullità, solo ove conduca alla conclusione di un contratto nullo secondo la disciplina civilistica.

In più, per quanto riguarda il rimedio dell'annullamento, le soluzioni analizzate confermano che, se al legislatore è certamente consentito collegare alla violazione del divieto di pratica commerciale scorretta ricadute immediate sulla validità del consenso negoziale, così creando un nesso diretto tra due piani di tutela ontologicamente distinti - quella di mercato di carattere pubblicistico e quella individuale dell'annullamento sul piano contrattuale - all'interprete l'autonomia e la diversità tra i due piani di tutela non consentono un'operazione di automatico travaso della logica e delle regole sottese alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, in quella

diversa sottesa al codice civile in materia di annullamento del contratto per vizi del consenso.

Il giudice, in definitiva, non potrà esimersi dal verificare che la scorrettezza, apprezzata in sede antitrust e in relazione a parametri astratti e standard, abbia determinato in concreto una distorsione rilevante, secondo i presupposti codicistici, anche della volontà del singolo consumatore, protagonista della vicenda contrattuale.

L'indagine comparatistica, inoltre, sconfessa un'ulteriore impostazione che è emersa nel dibattito nazionale con particolare riferimento al rapporto tra la disciplina delle pratiche commerciali scorrette e il rimedio dell'annullabilità per vizi del consenso. Nessuno degli Stati membri, infatti, optando per una espressa previsione del rimedio contrattuale, ha ritenuto che la disciplina delle pratiche commerciali sleali potesse costituire l'*imput* per una rilettura delle norme e dei principi generali in materia di vizi del consenso (dolo e violenza) alla luce delle fattispecie di inganno e aggressione tipizzate dalla legislazione di origine comunitaria. Si è, invece, optato per una più lineare soluzione: l'espressa previsione <<dell'influenza>> della pratica scorretta quale autonomo vizio del consenso, nel presupposto che essa valga di per sé ad fuorviare l'iter decisionale del singolo consumatore.

Come abbiamo evidenziato nel precedente capitolo, altri Stati membri, piuttosto che possibili ricadute sul contratto, hanno ricollegato alla violazione del divieto di pratica commerciale sleale l'insorgenza di pretese risarcitorie a favore del consumatore leso, ma in via extracontrattuale. Così, in alcuni ordinamenti, (Grecia, Irlanda e Paesi Bassi) la legge di recepimento della direttiva sulle pratiche commerciali sleali ha previsto espressamente che il professionista che incorre nella violazione del divieto di pratica commerciale sleale pone in essere un atto illecito extracontrattuale, fonte di un obbligo risarcitorio nei confronti dei consumatori cui si rivolge la condotta sleale.

In altri casi (Polonia, Danimarca, Svezia, Austria, Spagna) il diritto del consumatore al risarcimento del danno (di natura sempre extracontrattuale),

patito per effetto di una pratica vietata, non è oggetto di una disposizione esplicita, ma è comunque desumibile indirettamente dalla normativa generale in tema di concorrenza sleale, nel cui corpus sono state inserite le disposizioni di recepimento della direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Posto che in tali sistemi normativi la disciplina generale della concorrenza sleale riconosce la legittimazione ad agire per i danni arrecati dall'atto di concorrenza sleale (non solo ai concorrenti) anche ai consumatori, e poiché la nozione di pratica commerciale sleale è inclusa nella più ampia nozione di atti di concorrenza sleale, se ne inferisce che anche i consumatori possano far valere le pretese risarcitorie conseguenti a pratiche commerciali sleali nei confronti dei professionista.

Anche rispetto a tale soluzione possono formularsi alcune osservazioni.

Negli ordinamenti che hanno optato per il rimedio risarcitorio (di natura extracontrattuale), la pratica commerciale sleale, una volta accertata dall'autorità competente, costituisce di per sé un illecito extracontrattuale. Di conseguenza in tali ipotesi l'accertamento compiuto in sede antitrust è presupposto nello stesso giudizio civile per il risarcimento del danno, gravando sul consumatore esclusivamente l'onere di provare il pregiudizio economico subito. In altri termini, la pratica commerciale, per il solo fatto di essere stata giudicata come "sleale" dalla competente autorità, determina l'insorgere di una pretesa risarcitoria di natura extracontrattuale a favore del consumatore, su cui, tuttavia, continua a gravare la prova del danno subito e del nesso di causalità tra atto illecito e danno.

La soluzione del rimedio risarcitorio, invero, si pone in linea con l'intuizione della nostra dottrina che, consapevole dell'impossibilità di ricorrere al regime dei tradizionali vizi del volere, onde sanzionare sul piano civilistico l'uso della pratica, da sempre ha rinvenuto nel risarcimento del danno lo sbocco naturale della tutela individuale avverso le pratiche commerciali scorrette. Tale soluzione, del resto, è altresì coerente con la previsione legislativa dell'azione di classe di cui all'art. 140 bis c. cons. co.2 lett.c), che

implicitamente ammette il rimedio risarcitorio, riconoscendo la possibilità di far valere le pretese risarcitorie conseguenti anche a pratiche commerciali scorrette e non solo a comportamenti anticoncorrenziali.

La via del rimedio risarcitorio, specie ove si invochi il dato normativo proveniente dall'art. 140 bis co.2 lett. c), rimanda anche in questa prospettiva all'illecito antitrust e alla responsabilità extracontrattuale.

Come abbiamo sopra evidenziato, tuttavia, il rimedio risarcitorio ben potrebbe, invece, collocarsi entro l'ambito della responsabilità precontrattuale.

Si intende dire cioè che, nell'individuazione di un rimedio generale alla violazione del divieto di pratica commerciale scorretta, meno eversiva, in assenza di una scelta esplicita del nostro legislatore, apparirebbe nel nostro ordinamento la configurazione del comportamento scorretto del professionista sul mercato come comportamento in violazione dell'obbligo di buona fede, apprezzato anche prima dello specifico incontro con il singolo consumatore (nella vera e propria fase delle trattative o della conclusione del contratto cui fa riferimento l'art. 1337 c.c.); tanto più che trattasi in questo caso di scambi senza trattativa.

In sintesi, dalle superiori osservazioni è possibile trarre, in una prospettiva evolutiva interna al nostro ordinamento, le seguenti conclusioni.

Con riguardo ai rapporti tra pratica commerciale vietata e contratto è possibile osservare che, stante l'impossibilità di dedurre dalla violazione del divieto di pratica commerciale scorretta ricadute automatiche sulla validità e efficacia del contratto, l'impatto della pratica sulla tenuta dello stesso potrà apprezzarsi in via diretta, solo ove il legislatore espressamente vi provveda. Perché sia possibile intercettare le conseguenze della pratica scorretta sul contratto, quindi, sarebbe necessaria un'espressa previsione del nostro legislatore, che riconnetta all'accertamento amministrativo di "scorrettezza" l'automatica operatività di un rimedio contrattuale a tutela del consumatore, prescindendo dai presupposti richiesti dalla disciplina codicistica.

Nell'individuazione di tale rimedio, indicazioni assai significative provengono dal modello inglese che abbandona il terreno della tutela invalidativa e approccia il più funzionale rimedio del recesso.

Il recesso è innanzitutto un rimedio meno oneroso per il consumatore che non sarebbe così costretto ad avviare un giudizio civile e a sostenere i costi processuali a fronte di un documento che, nel caso di acquisto di beni di consumo, è spesso assai esiguo.

Il recesso, inoltre, è un rimedio certamente più flessibile dell'annullamento e soprattutto non pone particolari problemi sul piano probatorio; prescinde, infatti, da ogni dubbio su cosa debba provarsi (e chi debba farlo) in termini di nesso tra pratica scorretta e compiuta formazione della volontà contrattuale.

Del resto, proprio in considerazione della maggiore flessibilità, il recesso è lo strumento che tradizionalmente il diritto europeo mette a disposizione per la tutela della libertà di contrarre. Il diritto dei consumi, infatti, ridimensiona la centralità del rimedio dell'annullamento e affida la protezione della volontà a strumenti di carattere preventivo, volti per lo più a prevenire fenomeni distorsivi della volontà contrattuale del consumatore, dovuti a comportamenti aggressivi o mendaci del professionista.

Ciò in quanto i comportamenti scorretti del professionista, che il diritto europeo intende intercettare, sono per lo più posti in essere, ben prima della conclusione del contratto, per il tramite appunto di messaggi, promozioni e pubblicità che lo stesso veicola sul mercato ad una platea indistinta di consumatori.

A rigore, mentre l'annullamento, pensato per un'interlocuzione diretta tra due parti che negoziano, consente di intercettare i comportamenti scorretti posti in essere dal professionista con riferimento alla sola fase prodromica alla conclusione del contratto; il recesso, invece, ha una vocazione per così dire <<pluriforme>> nel senso che si atteggia a strumento di autotutela utilizzabile dal consumatore a fronte di condotte mendaci e aggressive

(idonee a limitarne la libertà di scelta), poste in essere dal professionista sin dalla fase di promozione e commercializzazione del prodotto e a prescindere da un effettivo contatto.

Con ciò si intende dire che lo strumento della libera recedibilità, per sua stessa natura, si presta meglio, nell'ottica di un eventuale intervento del nostro legislatore, a cogliere in tutte le sue sfaccettature l'impatto della pratica commerciale scorretta sulla singola vicenda contrattuale.

In questo senso depone anche la lettura della norma inglese.

L' art. 27 E della normativa inglese attribuisce al consumatore il diritto di recedere dal contratto, qualora il professionista sia incorso in una pratica commerciale proibita dal regolamento, a condizione che detta pratica costituisca un significativo fattore nella decisione del consumatore di addivenirne alla conclusione.

La slealtà della pratica legittima il consumatore a recedere dal contratto a condizione che lo stesso dimostri che il comportamento scorretto del professionista sia stato un fattore decisivo nell'assumere la decisione di concluderlo. In questo modo, una volta provato il nesso di causalità tra la pratica e la decisione di concludere il contratto, il recesso viene a configurarsi come una reazione sul terreno contrattuale a comportamenti del professionista, che sono stati giudicati scorretti in sede di regolamentazione del mercato e rispetto ad una serie indefinita di contatti. Ciò coerentemente con l'assunto secondo cui il recesso, essendo volto a prevenire fenomeni distorsivi, può agevolmente correlarsi non solo a comportamenti che si collocano nella fase prossima alla conclusione di un contratto (presupponendo un contatto diretto tra professionista e consumatore) ma anche a messaggi, promozioni, pubblicità e, in genere, condotte del professionista ben distanti da un contatto diretto con il singolo consumatore. In più, il rimedio del recesso soccorre in presenza di pratiche scorrette adottate in corso di rapporto, per le quali non gioverebbe una indagine riferita alla fase di formazione della volontà contrattuale.

Il legislatore inglese, inoltre, in alternativa al diritto di recesso (ossia ove siano già scaduti i termini per farlo valere o siano già stati consumati i beni oggetto del contratto), attribuisce al consumatore, che abbia eseguito uno o più pagamenti, un diritto di riduzione del prezzo, ossia un diritto di sconto la cui percentuale può variare in relazione alla gravità della pratica sleale accertata. Anche qui lo sconto nelle diverse percentuali si correla in via diretta alla pratica e al suo grado di gravità, e, per questa via, presuppone che sia stata già preliminarmente accertata in sede antitrust la pratica vietata e la severità della violazione.

Come già messo in luce, oltre alla facoltà di scioglimento unilaterale del contratto, il legislatore inglese attribuisce al consumatore anche un'azione di danno (damages) esperibile, ove questi sia in grado di dimostrare <<*financial loss which the consumer would not have incurred if the prohibited practice in question had not taken place, or alarm, distress or physical inconvenience or discomfort which the consumer would not have suffered if the prohibited practice in question had not taken place*>>.

L'impianto della disciplina colloca il rimedio in parola nell'ambito della responsabilità contrattuale; ma potrebbe apparire più coerente un inquadramento dello stesso nell'ambito della responsabilità precontrattuale. In effetti, con il riconoscimento di una specifica azione volta a ristorare i danni conseguenti a pratiche commerciali scorrette, il diritto inglese sembra aprirsi al superamento della perdurante chiusura verso la valenza della buona fede, come principio regolatore dei rapporti tra le parti che si accingono alla conclusione di un contratto. La normativa sulle pratiche commerciali scorrette, infatti, come più volte evidenziato, mira a regolamentare l'attività di impresa entro i confini della correttezza, ponendo la buona fede come limite e fondamento di una serie di condotte del professionista, molte delle quali, appunto, si collocano in una fase antecedente al contratto di consumo. In tal senso, il risarcimento del danno, disciplinato dal legislatore inglese, si correla ad una responsabilità precontrattuale del professionista che,

contattando sul mercato il proprio futuro partner contrattuale in modo ingannevole o aggressivo, incorre in una violazione dell'obbligo di buona fede.

Secondo la chiara lettura della norma inglese, inoltre, la pratica commerciale sleale determina l'insorgenza di un obbligo risarcitorio a carico del professionista, sulla base della sola prova da parte del consumatore del danno patrimoniale o non patrimoniale subito. L'accertamento della pratica e della sua contrarietà a buona fede, sia pure compiuto rispetto ad una serie indeterminata di contatti, fa sorgere di per sé la responsabilità precontrattuale del professionista anche con riferimento al singolo consumatore, essendo tale accertamento vincolante anche nel giudizio civile. Così una volta che il consumatore abbia provato il danno, il nesso di causalità tra questo e la pratica è presunto e il professionista potrà sottrarsi all'obbligo risarcitorio, solo dimostrando l'intervento di fattori causali alternativi idonei a interrompere il nesso causale. Ai sensi del paragrafo 5 dell'art. 27 J, infatti, il professionista può liberarsi dall'obbligazione risarcitoria, ove dimostri di essere incorso nella pratica vietata per errore, a causa di un incidente o per responsabilità di un suo ausiliario e, in ogni caso, di avere diligentemente adottato tutte le ragionevoli precauzioni per evitarla.

Una soluzione, quella del legislatore inglese, che appare non solo più completa, ma anche sistematicamente più adeguata; per questo di sicuro interesse nella prospettiva di un intervento del nostro legislatore. Ciò vale sia per il rimedio del recesso che per quello risarcitorio.

Il recesso, infatti, sulla scorta del modello inglese, consentirebbe di attribuire al singolo consumatore, a fronte dell'accertamento di una pratica commerciale scorretta, uno strumento agevole e immediato per reagire alla pratica vietata che lo abbia vincolato a un contratto, concluso non consapevolmente o, comunque, a seguito di pressioni e indebiti condizionamenti.

Altrettanto valida appare la scelta del rimedio risarcitorio, alla quale, tuttavia, riteniamo potrebbe accedersi a prescindere da un pur auspicabile espresso intervento legislativo, sulla scorta dei princìpi generali che già stanno a fondamento del nostro diritto dei contratti.

Il risarcimento del danno si profila, in questo modo, come rimedio ad una responsabilità precontrattuale (per violazione dell'obbligo di buona fede ex art. 1337 c. c.) del professionista a fronte di una pratica commerciale, la cui scorrettezza sia stata accertata in relazione al mercato e ad una platea indistinta di potenziali contraenti. In effetti, la maggior parte delle pratiche commerciali vietate si collocano per lo più prima della conclusione del contratto, assumendo rilievo anche a prescindere da un contatto diretto tra professionista e consumatore.

Così dalla qualificazione in termini di scorrettezza della condotta del professionista in relazione al mercato e ad una serie di indefinita di contratti, ben potrebbe ammettersi che discenda in modo automatico, a prescindere da una valutazione in concreto rispetto alla singola vicenda contrattuale, un giudizio di non rispondenza del comportamento del professionista alla buona fede ex art. 1337 c.c.

Trovarebbe così conferma, proprio nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, quella prospettiva che, coerentemente ad alcuni sviluppi giurisprudenziali sul tema, attribuisce alla buona fede, come fonte di responsabilità precontrattuale, il compito di assicurare la funzionalità del mercato e lo svolgimento di un regolare traffico negoziale oltre allo scopo, per così dire tradizionale, di tutela l'affidamento individuale della controparte.

Bibliografia

AA. VV., *Codice del consumo. Aggiornamento pratiche commerciali scorrette e azione collettiva.*, Padova, CEDAM, 2009

AA. VV., *Il codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, Milano, 2008

AA. VV., *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori*, De Cristofaro G. (a cura di), Torino, Giappichelli, 2007

AA. VV., *Le pratiche commerciali sleali, Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Minervini E. e Rossi Carleo L. (a cura di), Milano, Giuffrè, 2007

AA. VV., *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)*, De Cristofaro G. (a cura di), Torino, Giappichelli, 2008

AA.VV., *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito*, Marano P., Meli V., (a cura di), Torino, Giappichelli, 2011

AFFERNI A., ROPPI V., *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in «Danno e responsabilità», IPSOA, 2006

ALESSI R., *La disciplina generale del contratto* (a cura di) S. Mazzamuto e E. Moscati, Giappichelli, Torino, 2015

ALESSI. R., *Politiche Antitrust e diritti dei consumatori in Italia Dopo le recenti riforme*, in www.juscivile.it

ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bologna, Laterza, 2002

ALPA G., *Introduzione al diritto dei consumatori*, Laterza, Roma-Bari, 2006

ALPA G., *I diritti dei consumatori e il “Codice del consumo” nell’esperienza italiana*, in *Contratto e Impr./Eur.*, 2006, p. 2 s.

AMADEI D., *L’azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in «Giurisprudenza di merito», Giuffrè, 4/2008, 940 e s.

ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», Giuffrè, 1954, 927 s.

ASTONE M., *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in «Europa e diritto privato», Giuffrè, 1/2014, 1 s.

BARGELLI E., *L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: La nozione di «pratica commerciale»*, in De Cristofaro G. (a cura di) *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2007

BARGELLI E., *La nuova disciplina delle pratiche commerciali: ambito di applicazione*, in De Cristofaro G. (a cura di) *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della Direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2008

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

BARTOLOMUCCI P., *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali scorrette: note a prima lettura*, in «i Contratti», IPSOA, 2005, 954 s.

BIANCHI, *Danno da pubblicità ingannevole e consumatori: in Cassazione un'apertura condizionata*, in Resp.civ.e prev., 2008

BOCCACIO M., BRUZZONE G., *Il rapporto tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo: una prospettiva economica*, Convegno AGCM-Luiss-Università degli Studi Roma Tre, Roma, 29 gennaio 2010

BONILINI G. – CONFORTINI M., *Commento sub art. 20 codice del consumo*, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato* (a cura di) A. Catricalà –P. Troiano, UTET, 2010

CALVO R., *Le azioni e omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Cel Europa*, 2007

CALVO R., *Commento all'art.21 cod. cons.*, in *Codice del consumo. Annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di E. Capobianco e G. Perlingieri, Napoli, 2009

CALVO R., *Le pratiche commerciali ingannevoli*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di) *Le pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*

CAMARDI C., *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in «Obbligazioni e contratti», UTET, 2010, 408 s.

CAMARDI C., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in «Europa e Diritto Privato», Giuffrè, 4/2008, 831 s.

CAMARDI C., *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, in www.juscivile.it, 6, 2013

CAMILLETTI F., *Azione di classe: profili sostanziali*, in «i Contratti», IPSOA, 6/2012, 515 s.

CHINÈ G., *sub art. 3*, in *Codice del consumo commentario*, (a cura di) V. CUFFARO, Milano, 2008, p. 14 s.

COLLINS H., *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, in *European Review of Private Law*, Kluwer Law International, 4/2005, 611 e s.

COLLINS H., *The Unfair Commercial Practices Directive*, in «European Review of Contract Law», 4/2005, 418 e s.

CONTE G., *I «Diritti individuali omogenei» nella disciplina dell'azione di classe*, in «Rivista di diritto civile», CEDAM, 2011, 611 s.

CUFFARO V., *Codice del Consumo e norme collegate*, Milano, Giuffrè, 2008

D'AMICO G., *Formazione del contratto*, in *Enc. Dir., Annali*, Milano, Giuffrè, 2008

D'AMICO G., *Violenza (dir. priv.) (Voce)*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1993

D'AMICO G., *Nullità virtuale – Nullità di protezione*, in Pagliantini S. (a cura di) *Le forme della nullità*, Torino, Giappichelli, 2009

DALLE VEDOVE G., *Le pratiche commerciali aggressive*, in A. Genovese (a cura di) *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova, CEDAM, 2008

DE CRISTOFARO G., *Il «Codice del consumo»*, in «Le Nuove leggi civili commentate», CEDAM, 2006, 749 s.

DE CRISTOFARO G., *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della “scorrettezza”*, in De Cristofaro G. (a cura di) *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della Direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2008

DE CRISTOFARO G., *L’attuazione della direttiva 2005/29/CE nell’ordinamento italiano: profili generali*, in De Cristofaro G. (a cura di) *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2007)*, Torino, Giappichelli, 2008

DE CRISTOFARO G., *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», CEDAM, 2007

DE CRISTOFARO G., *La direttiva 2005/29/CE*, in De Cristofaro G. (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2007)*, Torino, Giappichelli, 2008

DE CRISTOFARO G., *Violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette e diritto privato*, in «Rivista bancaria», Bancaria Editrice, 2011

DE CRISTOFARO G., *Pratiche commerciali scorrette (Voce)*, in Enc. Dir., Annali, Milano, 2009

G. DE CRISTOFARO, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rassegna di diritto civile*, 3/2010, p.880 s

DI CATALDO V., *Conclusioni*, in A. Genovese (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova, CEDAM, 2008

DI CATALDO V., *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, in «Giurisprudenza Commerciale», Torino, Giuffrè, 2011

DI MARZIO F., *Codice del Consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in «Rivista di diritto Privato», Cacucci, 2005, 837

DI NELLA L., *Le pratiche commerciali “aggressive”*, in De Cristofaro G. (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo. Il recepimento della Direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2008

DI NELLA L., *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in «Contratto e impresa/Europa», CEDAM, 2007, 62 s.

DI RAIMO, *La nuova disciplina della pubblicità commerciale*, in De Cristofaro G. (a cura di) *Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo. Il recepimento della Direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2008

DJUROVIC M., *The Apple case: the commencement of Pan-European Battle against Unfair Commercial Practices*, in *European Review of Contract law*, 3/2013, p.253 s.

DONA M., *L'elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali dell'allegato I della direttiva 2005/29 CE*, in *Le Pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Minervini E. e Rossi Carleo L. (a cura di), Milano, Giuffrè, 2007

FABBIO P., *Azione di classe ex art. 140-bis c.cons e illeciti «concorrenziali»: ambito di applicazione oggettivo e soggettivo*, in «Aida», Giuffrè, 2010, 385 s.

FABBRIS G., *Consumatore e mercato. Le nuove regole*, Sperling e Kupfer, Milano, 1995

FACHECHI A., *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012

GABRIELLI E. - ORESTANO A., *Contratti del consumatore*, Milano, 1985, p.

GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, seconda edizione, Padova, Cedam, 2010

GALGANO F., *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione*, in «Contratto e Impresa», CEDAM, 2008, 9 s.

GENOVESE A., *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in «Giurisprudenza commentata», Giuffrè, 1/2008

GENOVESE A., *Pratiche sleali, diligenza professionale e regola de minimis*, in *I contratti*, 2015

GENTILI A., *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in «I Contratti», IPSOA, 2006, 159 s.

GENTILI A., *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in «Rivista di diritto Privato», Cacucci, 3/2010, 35 s.

GIUGGIOLI P.F., *Il contratto del consumatore*, in Tratt. di diritto civile (dir. da Sacco), Utet Giuridica, Torino, 2012, p. 80 s.

GRANELLI C., *“Le pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l’attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il Codice del Consumo*, in «Obbligazioni e contratti», UTET, 2007

LABELLA E., *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in «Contratto e impresa», CEDAM, 3/2013, 689 s.

LA ROCCA, *sub art.24*, in *Codice del consumo e norme collegate*, 2 ed., (a cura di) V. Cuffaro, Milano, 2008

LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in «Contratto e impresa», CEDAM, 2009, 73 s.

LIBERTINI M., *L’azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in «Rivista di diritto civile», Giuffrè, 2011, 155 s.

LIBERTINI M., *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in «Giurisprudenza Commentata», Giuffrè, 2/2009, 880 s.

LUCCHESI F., *sub art. 3*, in *Codice del consumo. Commentario*, (a cura di) G.Vettori, Padova, 2007

LUCCHESI F., *sub art.18.*, in *Codice del consumo, Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, (a cura di) G.VETTORI, Padova, 2009

MANTOVANI M., *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, Giappichelli, 1995

MARINO G., *Scorrettezza della pratica ed abusività della clausola nella disciplina del contratto del consumatore*, in *Contr. impr./Europa*, I/2014, p. 137 s.

MAUGERI M. R., *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, in Genovese A. (a cura di) *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova, CEDAM, 2008

MAUGERI M. R., *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in «Nuova Giurisprudenza Civile commentata», CEDAM, 2008, 485 s.

MAZZAMUTO S., PLAIA A., *I rimedi*, in Castronovo C., Mazzamuto S. (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, II

MAZZAMUTO S., PLAIA A., *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, Giappichelli, 2012

MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2012

MELI V., “Diligenza professionale” “Consumatore medio” e regola de minimis nella prassi dell’AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, in Marano P., Meli V. (a cura di) *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati bancari e assicurativi*, Torino, Giappichelli, 2011

MIRONE A., *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, in «AIDA», Giuffrè, 2008

NUZZO M., *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?* in Minervini E., Rossi Carleo L. (a cura di), *Le Pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2007

PACI C., *La tutela del consumatore nella legislazione e nella giurisprudenza*, Maggioli, Rimini, 1997

PALMIGLIANO A., *Pratiche commerciali scorrette: la legittimazione ad agire delle associazioni di consumatori ed utenti ex art. 139 ed il relativo procedimento ex art.140 del d. lgs. 206/2005*, in «Rivista di diritto privato», Cacucci, 2/2012, 251 s.

PENNISI R., *Considerazioni in merito alla pratiche commerciali ingannevoli*, in «Giurisprudenza Commerciale», Giuffrè, 2012, I, 653 s.

PIAZZA C., *Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali sleali. Tutela amministrativa e giurisdizionale*, in «Il diritto dell'informazione e dell'informatica», 2008, 202 s.

PIRAINO F., *Diligenza, buona fede e ragionevolezza in ipotesi di pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in «Europa e Diritto Privato», Giuffrè, 2010, 1119 s.

PLAIA A., *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, in «Danno e responsabilità», IPSOA, 2003, 701 s.

PRINCIPE, *Pratiche ingannevoli e pubblicità ingannevole*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2007

ROPPO V., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico*, in «Corriere Giuridico», IPSOA, 2009, 267 s.

ROPPO V., *La tutela del consumatore tra nullità, risoluzione e risarcimento*, in *Contr. e Impr.* 2005, p.892

ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, (a cura di) Iudica-Zatti, Milano, 2001

ROPPO V., *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza <<Rordorf>>*, in *Danno e resp.*, 2008, p.525 s.

ROSSI CARLEO L., *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: funzionamento e sintesi della disciplina delle pratiche scorrette*, in «Europa e diritto privato», Giuffrè, 2010

ROSSI CARLEO L., *Le pratiche commerciali sleali*, in Castronovo C., Mazzamuto S. (a cura di) *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007

- SACCO R., *Il contratto*, Torino, UTET, 1993
- SACCO R., *Il contratto*, in SACCO-DE NOVA, *Trattato di diritto civile*, Tomo I, Utet, Torino, 2004
- SANGIOVANNI, *la nuova disciplina dei contratti di investimento dopo l'attuazione della Mifid*, in *Contratti*, 2008 p.221 s.
- SCALISI V., *L'invalidità e l'inefficacia*, in Castronovo C., Mazzamuto S. (a cura di) *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, Giuffrè, 2008, II
- SCOGNAMIGLIO G., *Le pratiche commerciali sleali: disciplina dell'atto o dell'attività?*, in Barucci P., Rabitti Bedogni C. (a cura di) *20 anni di antitrust (l'evoluzione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato)* Torino, 2010, II, 1221 s.
- SCOGNAMIGLIO, *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle sezioni unite*, in *Società*, 2008, p.44 s.
- SCODITI, *la violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, in *Foro it.*, 2008, I, p.784 s.
- TADDEI ELMI G., *Art. 27-quater*, in *Codice del consumo. Aggiornamento: pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, Padova, CEDAM, 2009
- TENELLA SILLANI C., *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, p.779
- TRABUCCHI, *Dolo (diritto civile)*, in *Noviss. Digesto it.*, VI, Torino, 1960, p.153 s.
- TRABUCCHI A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, CEDAM, 1937
- VALENTINO D., *I contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in Gabrielli E., Minervini E. (a cura di) *I contratti dei consumatori*, Torino, UTET, 2005
- VISINTINI G., *La reticenza come causa di annullamento dei contratti*, in «*Rivista di diritto Civile*», CEDAM, 1972
- ZENO ZENCOVICH V., *voce Consumatore (dir. civ.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988

ZIMATORE A., *Osservazioni sistematiche sulle pratiche commerciali scorrette*, in Scritti in onore di Marcello Foschini, 2011, CEDAM

ZORZI GALGANO N., *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in «Contratto e Impresa/Europa», CEDAM, 2010, 615 s.

ZORZI GALGANO N., *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Padova, CEDAM, 2012

ZORZI GALGANO N., *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in «Contratto e impresa», CEDAM, 2010

ZORZI GALGANO N., *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in «Contratto e Impresa/Europa», CEDAM, 2012, 924 s.