

Pratiche commerciali scorrette

Diritto on line (2012)

IQGIFH

1 PREMESSA

2 I SOGGETTI: PROFESSIONISTA E
CONSUMATORE (E
MICROIMPRESE)

3 L'AMBITO OGGETTIVO DELLA
TUTELA

3.1 LA PRATICA
COMMERCIALE

3.2 LA CONTRARIETÀ ALLA
DILIGENZA
PROFESSIONALE

3.3 SEGUE: IL RUOLO DEI
CODICI DI CONDOTTA

3.4 L'IDONEITÀ A FALSARE IL
COMPORAMENTO
ECONOMICO DEL
CONSUMATORE MEDIO

4 LE PRATICHE SCORRETTE
TIPICHE

4.1 RELAZIONE TRA LA
CLAUSOLA GENERALE DI
SCORRETTEZZA E LE
IPOTESI TIPICHE

4.2 LE PRATICHE
INGANNEVOLI. AZIONI
INGANNEVOLI

4.3 SEGUE: OMISSIONI
INGANNEVOLI

4.4 LE PRATICHE
COMMERCIALI NON
TRASPARENTI

4.5 LE PRATICHE AGGRESSIVE

4.6 LE BLACK LISTS

5 L'APPLICAZIONE DELLA
DISCIPLINA

5.1 LE QUESTIONI DI
COMPETENZA

5.2 PROCEDIMENTO,
IMPEGNI, SANZIONI

FONTI NORMATIVE

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

di **Vincenzo Meli**

Pratiche commerciali scorrette

Abstract

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette è stata introdotta con il d.lgs. 2.8.2007, n. 146 (attuativo della direttiva 2005/29/CE, «direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), che ha così modificato il Codice del consumo (d.lgs. 6.9.2005, n. 206). Il parametro di valutazione della scorrettezza di una pratica commerciale (ingannevole, aggressiva o atipica) è dato dalla contrarietà alla diligenza professionale e dall'idoneità ad alterare il comportamento di un «consumatore medio». L'applicazione della disciplina è stata affidata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, già competente ad applicare la legge antitrust (l. 10.10.1990, n. 287) e la disciplina della pubblicità ingannevole (d.lgs. 2.8.2007, n. 145), che è adesso riservata all'ambito delle relazioni business to business.

1. PREMESSA

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette è dettata dagli artt. 18-27 *quater* del codice del consumo (d.lgs. 6.9.2005, n. 206), emendato in tal senso dal d.lgs. 2.8.2007, n. 146, in attuazione della direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali. Rispetto alla disciplina della pubblicità ingannevole, introdotta in attuazione della direttiva 84/450/CEE, che non è stata abrogata, ma, in virtù del d.lgs. n. 145/07, è adesso riservata alle relazioni *business to business*, essa segna un rafforzamento della tutela del consumatore. Innanzitutto, abbraccia ogni "pratica commerciale" (nozione, come si vedrà, molto ampia); in secondo luogo, all'illecito di ingannevolezza affianca quello, ad amplissimo spettro, delle pratiche "aggressive". Il tutto viene sussunto sotto una clausola generale di

scorrettezza commerciale, che lascia anche spazio alla configurazione di ipotesi non tipizzate di illecito.

La massima tutela dei consumatori, così perseguita (considerando 1 e 5 della direttiva), appare però bilanciata dal frequente richiamo al principio di proporzionalità (si vedano i considerando 6, 18, 23), al quale sono ispirate

FR Q G LYLG L



FDWHJ R UIH

DIRITTO PRIVATO in Diritto

Vedi tutte le categorie

disposizioni indubbiamente limitative della portata dell'intervento repressivo, quali: a) la definizione della scorrettezza per riferimento ad uno *standard*, la «diligenza professionale» (art. 5, della direttiva; artt. 18, lett. *h* e 20, co. 2, c. cons.); b) la scelta di tutelare il «consumatore medio» (considerando 18; artt. 5, co. 2, lett. *b*, 6, 7 e 8, della direttiva; artt. 18, lett. *e*, 20, co. 2-3, 21, co. 1-2, 22, co. 1-2; 24, co. 1, c. cons.); c) l'esclusione dalla sanzione di pratiche il cui impatto non sia «rilevante» o «apprezzabile» (art. 5, co. 2, lett. *b* della direttiva; artt. 18, lett. *e*, e 20, co. 2 e 3, c. cons.) (si veda, da ultimo, Meli, V., *"Diligenza professionale", "consumatore medio" e regola di de minimis nella prassi dell'Agcm e nella giurisprudenza amministrativa*, in Meli, V.-Marano, P., a cura di, *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Torino, 2011, 1 ss; nella recente giurisprudenza amministrativa, per il riconoscimento di una *Interessenabwägung*, si vedano Cons. St., sez. VI, 21.9.2011, nn. 5303, 5306, 5307).

2. I SOGGETTI: PROFESSIONISTA E CONSUMATORE (E MICROIMPRESE)

La disciplina risulta articolata intorno alla coppia di figure soggettive, il professionista ed il consumatore, già note all'ambito della tutela dei consumatori di derivazione comunitaria. «Consumatore» è «qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale» (art. 18, lett. *a*, c. cons.), mentre «professionista» è «qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista» (art. 18, lett. *b*, c. cons.). Le due figure già trovavano una loro definizione generale nell'art. 3 c. cons., con la quale quella fornita dall'art. 18 sostanzialmente coincide (sul punto, si veda 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*, Torino, 2008, 121 ss.; sulla figura comunitaria del consumatore, si veda Mayr, C.E., *Il parametro del consumatore*, in *AIDA*, 2008, 274).

La coerenza interna del sistema risulta, tuttavia, intaccata da recenti interventi normativi. Si segnala, in particolare, la previsione, introdotta con l'art. 7 del d.l. 24.1.2012, n. 1, conv. in l. 24.3.2012, n. 27, che, attraverso una integrazione dell'art. 19 c. cons., estende la tutela contro le pratiche commerciali scorrette alle relazioni tra «professionisti e microimprese», definendosi quest'ultime, mediante aggiunta all'art. 18 c. cons. di una lettera *d bis*), «entità, società o associazioni, che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione della Commissione europea 2003/361/CE del 6 maggio 2003». Non v'è dubbio che la "microimpresa" non sia un consumatore bensì, a sua volta, un professionista.

3. L'AMBITO OGGETTIVO DELLA TUTELA

3.1 LA PRATICA COMMERCIALE

L'art. 18, lett. *d*), c. cons. definisce pratica commerciale «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori». L'art. 19 c. cons. dichiara la disciplina applicabile alle pratiche commerciali scorrette «poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto». Ferma, dunque, la limitazione alle operazioni di tipo economico, può ritenersi pratica commerciale rilevante ai fini della

disciplina ogni forma di contatto, effettivo o potenziale, collettivo o individuale, tra il professionista e i consumatori. La pratica può dunque consistere in dichiarazioni o comportamenti materiali, azioni o omissioni, non essendo rilevante la sua natura, negoziale o meno, né la fase temporale di un eventuale rapporto nel quale si colloca (per una sintesi delle opinioni su tale punto, si veda Angelini, R., *Commento all'art. 18 cod.cons.*, in *Codice del consumo*, a cura di V. Cuffaro, II ed., Milano, 2008, 89). Pratica commerciale può essere anche una singola azione, purché essa non appaia del tutto occasionale, frutto di un disguido isolato o di un errore tecnico (sul tema, si vedano Libertini, M., *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 889; Meli, V., *"Diligenza professionale"*, cit., 1 ss).

3.2 LA CONTRARIETÀ ALLA DILIGENZA PROFESSIONALE

Ai sensi dell'art. 20, co. 2, c. cons., «una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori».

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» (art. 18, lett. h, c. cons.) (sulla genesi della nozione, si veda Meli, V., *Le clausole generali relative alla pubblicità*, in *AIDA*, 2008, 257).

Discusso è se la contrarietà a tale parametro debba essere accertata con criteri oggettivi di tipicità sociale, escludendosi ogni rilevanza di criteri di diligenza *quam in suis*, o fondati su parametri non professionali (così Libertini, M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. e impr.*, 2009, 90 s.), ovvero se si tratti di un concetto speciale, da riferire a «regole oggettive di comportamento corrispondenti ad un determinato grado/livello di conoscenze specialistiche, di cura e d'attenzione, che il professionista è tenuto ad osservare nelle pratiche commerciali che pone in essere nei confronti dei consumatori» (De Cristofaro, G., *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori: il d. lgs. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/CE*, in *Studium Iuris*, 2007, 1188; in termini analoghi, Auteri, P., *Relazione introduttiva*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008, 13). Ad avviso di chi scrive, la valutazione della conformità alla diligenza professionale investe innanzitutto un obiettivo *standard* comportamentale, a contenuto composito, che prescinde dai rapporti che il professionista intratterrà individualmente con i consumatori e, dunque, va al di là dei canoni della correttezza civilistica (su tale differenza, in giurisprudenza, si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 31.1.2011, n. 720), per assumere le caratteristiche di una correttezza concorrenziale.

Nella prassi dell'Autorità, lo standard comportamentale viene generalmente ricavato:

a) da disposizioni giuridiche, generali o specifiche del settore di attività considerato o delle modalità del suo esercizio (ad es., le norme sulle vendite a distanza); b) dalle caratteristiche dell'attività esercitata dal professionista; c) dalla posizione di fatto occupata dal professionista nel mercato di riferimento (nella prassi è frequente il riferimento ai peculiari obblighi di diligenza che gravano su un operatore di primaria importanza nel suo specifico settore di attività).

Il riferimento alla violazione di uno standard di diligenza dovrebbe comportare anche la valutazione della colpa del professionista. Ciò avrebbe dovuto indurre a superare l'orientamento sviluppatosi in materia di pubblicità ingannevole, che riteneva applicabile il principio, sviluppato dalla giurisprudenza sull'art. 3 della l.

24.11.1981, n. 689, per cui la colpa si presume (si veda Meli, V., "Diligenza professionale", cit.). In realtà, sia l'Autorità, sia la giurisprudenza amministrativa sono rimaste ferme nell'applicazione di quel principio (si vedano Agcm, IP17/07, *Vodafone Servizio numero fisso*; Cons. St., sez. VI, 6.6.2011, n. 3353).

3.3 SEGUE: IL RUOLO DEI CODICI DI CONDOTTA

Nel disegno della direttiva 2005/29/CE veniva contemplata, in conformità con una tendenza che appare interessare tutti i settori della regolazione, la valorizzazione dei cd. codici di condotta, cioè di accordi o normative di fonte autodisciplinare (considerando 20; artt. 2, lett. f), 6, co. 2, 10, 17). I riferimenti ad essi sono stati puntualmente trasfusi nel codice del consumo (artt. 19, in cui, invero, si parla di codici deontologici, 21, 23, 27 bis) (sull'interpretazione delle norme, si veda Fabbio, Ph., *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 706). L'Autorità ha tenuto conto di tali codici per rilevare il difetto di diligenza in caso di mancata conformazione dei professionisti alle loro previsioni, mentre non ha mai considerato di per sé sufficiente ad escludere detto difetto la circostanza che il comportamento fosse stato considerato conforme a disposizioni autodisciplinari (si veda Ghezzi, F., *Codici di condotta, autodisciplina, pratiche commerciali scorrette. Un rapporto difficile*, in *Riv. soc.*, 2011, I, 680) e nello stesso senso si è espressa la giurisprudenza amministrativa (si veda, ad es., TAR Lazio, sez. I, 24.12.2011, n. 10185).

3.4 L'IDONEITÀ A FALSARE IL COMPORTAMENTO ECONOMICO DEL CONSUMATORE MEDIO

L'illecito di scorrettezza è un illecito di pericolo, non richiedendosi per la sua configurazione l'attualità di una lesione agli interessi dei consumatori, quanto, piuttosto, che una pratica sia idonea a produrla (si vedano Agcm, PS6458, *Tullio Simoncini-Cure oncologiche alternative; ex multis*, Cons. St., sez. VI, 9.6.2011, n. 3353) ovvero che, comunque, essa costituisca attentato alla libertà di scelta del consumatore (ad es., Cons. St., sez. VI, 5.9.2011, n. 5000).

Tale idoneità deve essere valutata rispetto ad un «consumatore medio» (art. 20, co. 2, c. cons.) che, nel caso di pratiche commerciali indirizzate ad un ben individuabile gruppo di consumatori, particolarmente vulnerabile, deve essere rilevato con riferimento a tale gruppo (art. 20, co. 3, c. cons.).

Il consumatore medio appare, dunque, il baricentro della disciplina delle pratiche scorrette. Esso viene richiamato ancora ben cinque volte nel codice: nell'ambito delle definizioni di azione ingannevole (art. 21, co. 1-2), di omissione ingannevole (art. 22, co. 1-2), di pratica aggressiva (art. 24). Il riferimento a tale figura relativizza ogni valutazione di scorrettezza: non esistono, al di fuori delle pratiche contenute nelle *black lists* (ed anche qui, con riferimento non a tutte), azioni od omissioni oggettivamente scorrette.

La figura non è tuttavia definita nel codice del consumo, ma nel considerando 18 della direttiva, che lo individua nel consumatore «normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia». È, infatti, una ormai cospicua giurisprudenza comunitaria, pronunciatasi in materia di pubblicità ingannevole o di confondibilità tra marchi, ad aver costruito tale definizione (si veda, da ultima, C. giust., 27.11.2008, C-252/07, *Intel Corporation Inc./ Cpm United Kingdom Limited*. Su tale giurisprudenza, si veda Zorzi Galgano, N., *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contr. e impr. Europa*, 2010, 549).

La dottrina si è mostrata generalmente critica verso la nozione (si veda Weatherill, S., *Who is the "Average Consumer"?*, in Weatherill, S.-Bernitz, U. (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices Under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, Oxford, 2007, 115), contestando talvolta la stessa possibilità di organizzare la tutela intorno ad una categoria astratta, quale quella di

consumatore (si veda Denozza, F., *Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 1057). In realtà, la scelta di limitare la tutela al consumatore medio non presuppone una reale selezione tra i soggetti destinatari della tutela, ma, «conformemente al principio di proporzionalità» (in tali termini il considerando 18 della direttiva; nella giurisprudenza amministrativa, si vedano TAR Lazio, sez. I, 15.7.2011, nn. 6354, 6356, 6360), mira a definire, attraverso il ricorso ad una figura idealtipica, il punto di equilibrio tra massima tutela ed esigenza di non gravare le imprese di costi eccessivi, i quali, tra l'altro, in definitiva sarebbero infine distribuiti tra tutti i consumatori.

Nella sua prassi, l'Autorità ha in realtà fatto della nozione un uso per lo più meramente declamatorio (così Libertini, M., *Le prime pronunce dei giudici amministrativi*, cit.; si veda anche Meli, V., *"Diligenza professionale"*, cit.).

3.5 Regola di *de minimis* e *dolus bonus*

Non sono sanzionabili le pratiche commerciali il cui impatto sia non «rilevante» (art. 5, co. 2, lett. b della direttiva) o «trascurabile» (considerando 6). Tali requisiti sono stati tradotti dal legislatore italiano sia nell'ambito delle definizioni, all'art. 18, lett. e), c. cons. (in cui si parla di «falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori» e di «alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole»), sia nell'art. 20, co. 2-3 (in cui si parla di «falsare in misura apprezzabile il comportamento economico» del consumatore medio) (sul tema si vedano Libertini, M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., 103; Meli, V., *Le clausole generali*, cit.). Anche tale limitazione può considerarsi rispondente al principio di proporzionalità. Ad avviso di chi scrive, la regola dovrebbe applicarsi non considerando esclusivamente il numero di consumatori potenzialmente vittime della pratica (in tal senso, invece, la giurisprudenza comunitaria, seguita dalla nostra giurisprudenza amministrativa: si vedano, ad es., C. giust., 13.1.2000, C-220/98, *Estée Lauder c. Lancaster*; TAR Lazio, sez. I, 11.1.2006, n. 1372) ovvero l'entità del danno che la pratica potrebbe loro arrecare, ma dando rilevanza ad entrambi i parametri, in una valutazione comparata dei costi che l'eliminazione del rischio che la pratica si verifichi richiede al professionista, e il potenziale pregiudizio ai consumatori. L'Autorità ha fatto un ridotto uso esplicito della regola *de minimis*, ma si può presumere che essa sia stata applicata al momento di operare la scelta se avviare o meno i procedimenti, prendendo in considerazione numero e importanza delle segnalazioni ricevute.

L'art. 20, co. 3, ultima parte, fa salvo il cd. *dolus bonus*. La previsione appare ridondante, potendosi ritenere che essa non faccia che riprodurre un'affermazione di irrilevanza delle pratiche inidonee a falsare il comportamento economico del consumatore.

4. LE PRATICHE SCORRETTE TIPICHE

4.1 RELAZIONE TRA LA CLAUSOLA GENERALE DI SCORRETTEZZA E LE IPOTESI TIPICHE

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette presenta una struttura normativa «a "piramide" (o, secondo altra diffusa immagine, "a cerchi concentrici")» (così, Libertini, M., *Clausola generale*, cit., 73 s.), in quanto, dettato un divieto generale delle pratiche scorrette, fa seguire i divieti delle pratiche ingannevoli e di quelle aggressive, prevedendo infine due *black lists* di pratiche, ingannevoli e aggressive *per se*. Per restare ai principali filoni interpretativi, alcuni hanno ritenuto che il ricorso alla clausola generale debba essere meramente residuale, limitato cioè ai casi in cui la pratica non abbia natura né ingannevole, né aggressiva (così, De Cristofaro, G., *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione*, in De Cristofaro, G., a cura di, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit., 141); altri, che il rapporto non è riconducibile a

quello tra norma generale e norma speciale, bensì a quello tra principio generale e disposizioni applicative (Libertini, M., *Clausola generale*, cit., 78). Le conseguenze dell'accoglimento di una o dell'altra impostazione sono evidenti in termini di rilevanza dei requisiti di scorrettezza individuati dal divieto generale, ai fini della valutazione delle fattispecie nominate. Ad avviso di chi scrive, fermo restando che la norma generale si presta comunque a consentire di intervenire nei confronti di pratiche, né ingannevoli, né aggressive, le pratiche ingannevoli e aggressive sono *species* del genere pratica scorretta. Per esse, dunque, opera una presunzione di contrarietà alla diligenza professionale, ma ciò non toglie che la relativa valutazione debba essere comunque effettuata, sia perché l'ascrivibilità di una pratica ad una delle due categorie non sempre è chiara, sia perché, anche quando la catalogazione della pratica non è dubbia, si rende necessario valutare la diligenza in concreto (Meli, V., *Le clausole generali*, cit., 268 s.). In tal senso appare orientata la prassi dell'Autorità, che non rinuncia mai a formulare una considerazione sulla contrarietà del comportamento accertato alla diligenza professionale (si vedano, ad es., tra le ultime, Agcm, PS4148, *Teletu-Esercizio del diritto di recesso*; Agcm, PS6292, *Sicily By Car-Marchio Budget*).

4.2 LE PRATICHE INGANNEVOLI. AZIONI INGANNEVOLI

Il codice distingue tra ipotesi di inganno per positiva induzione all'errore (art. 21, *azioni ingannevoli*), e inganno per omissione di informazioni rilevanti (art. 22, *omissioni ingannevoli*).

L'azione ingannevole può tradursi nella comunicazione: a) di «informazioni non rispondenti al vero»; b) di informazioni che, «seppure di fatto, corrett[e] in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio»; cioè di informazioni vere, presentate in modo da trasmettere un messaggio non vero. In entrambi i casi, requisito per il giudizio di ingannevolezza è anche l'essenzialità dell'errore indotto (con riferimento alla pubblicità ingannevole, si veda Meli, V., *La repressione della pubblicità ingannevole*, Torino, 1994, 60 s.), richiedendosi che l'informazione induca o sia idonea ad indurre il consumatore medio «ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso» (segue un'esemplificazione di possibili oggetti di tale decisione). Non convince l'opinione (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, 79; Massa, F., *Commento all'art. 21 cod.cons.*, in *Codice del consumo*, a cura di V. Cuffaro, cit., 116 s.) secondo cui la norma riserverebbe la valutazione dell'idoneità ad indurre in errore il consumatore medio ai soli casi *sub b)*, anche se è vero che, di fronte ad ipotesi di falsità oggettiva, il giudizio di idoneità all'induzione in errore si presenta, di fatto, più agevole.

4.3 SEGUE: OMISSIONI INGANNEVOLI

Alquanto più complessa è la sub-fattispecie delle omissioni ingannevoli, di cui all'art. 23 c. cons. È ovvio, del resto, che il margine di apprezzamento della rilevanza di un difetto di informazione sia maggiore di quello relativo alla comunicazione di informazioni non veritiere. Di ciò viene dato ampio riscontro nella norma, la quale premette alla censura dell'omissione di «informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale», l'invito a considerare la «fattispecie concreta», «tutte le caratteristiche e circostanze del caso» e i «limiti del mezzo di comunicazione impiegato» (art. 23, co. 1). Concetto rafforzato dal co. 3 della medesima disposizione, ai sensi del quale «qualora il mezzo di comunicazione impiegato per la pratica commerciale imponga restrizioni in termini di spazio o di tempo, nel decidere se vi sia stata un'omissione di informazioni, si tiene conto di dette restrizioni e di qualunque misura adottata dal professionista per rendere disponibili le informazioni ai consumatori con altri mezzi». L'esigenza minima da rispettare dovrebbe essere quella che la carenza

informativa così determinata nel messaggio sia realmente controbilanciata dalle informazioni comunque agevolmente acquisibili dai destinatari (Meli, V., *Pubblicità ingannevole*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2006). La prassi dell'Agcm e la susseguente giurisprudenza amministrativa si sono mostrate però ben più rigorose, sostanzialmente escludendo che elementi essenziali della comunicazione possano essere ricavati per rinvio ad altre fonti, pur di facile reperimento (si vedano, ad es., Agcm, PSI, *Prezzi bloccati elettricità*; TAR Lazio, sez. I, 2.8.2011, n. 6916).

4.4 LE PRATICHE COMMERCIALI NON TRASPARENTI

La disciplina della pubblicità ingannevole vieta la pubblicità non «chiaramente riconoscibile come tale» (adesso, art. 5, d.lgs. n. 145/07). Il divieto delle pratiche commerciali non trasparenti appare invece inutilmente frammentato tra diverse disposizioni. L'ingannevolezza per difetto di trasparenza è, innanzitutto, considerata nel co. 2 dell'art. 22, c. cons., per il quale «è altresì considerata un'omissione ingannevole quando un professionista ... non indica l'intento commerciale della pratica stessa qualora quest(o) non risulti già evidente dal contesto». Una specifica forma di non trasparenza è però prevista nella *black list* delle pratiche ingannevoli, all'art. 23, lett. m), per cui «salvo quanto previsto dal d.lgs. 31.07.05, n. 177, e successive modificazioni, impiegare contenuti redazionali nei mezzi di comunicazione per promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati sostenuti dal professionista senza che ciò emerga dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore».

Il difetto di trasparenza può, però, riguardare anche aspetti riguardanti il professionista (si veda la lettera f) dell'art. 21, per cui, tra gli elementi per i quali l'errore indotto nel consumatore è rilevante ai fini della valutazione di ingannevolezza, vi sono «la natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente, quali l'identità ... lo status ...»).

4.5 LE PRATICHE AGGRESSIVE

Secondo l'art. 24 c. cons., «È considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso». Le pratiche commerciali aggressive si caratterizzano, dunque, per un elemento di carattere strutturale, rappresentato da quegli atti che consistono in molestie, coercizioni, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, e per uno di carattere funzionale, rappresentato dalla capacità della pratica di indurre attualmente o potenzialmente il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che egli non avrebbe altrimenti preso (Di Nella, L., *Le pratiche commerciali sleali "aggressive"*, in G. De Cristofaro, a cura di, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit., 230). L'alterazione del processo volitivo del consumatore medio è indotta da forme di coartazione, che vanno dal ricorso alla violenza, fino all'amplissima e, per molti versi, sfuggente categoria dell'indebito condizionamento. Secondo la dottrina, a differenza di quanto vale per le pratiche ingannevoli, elemento costitutivo delle pratiche aggressive appare essere l'esistenza di un rapporto diretto tra professionista e consumatore (così, Libertini, M., *Le prime pronunce dei giudici amministrativi*, cit.; La Rocca, L., *Commento all'art. 26 cod.cons.*, in *Codice del consumo*, a cura di V. Cuffaro, cit., 160 ss.).

La nozione centrale per la delimitazione della fattispecie è quella di «indebito condizionamento», definito, all'art. 18, lett. l), c. cons., come «lo sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o la minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione

consapevole» (si vedano, sul punto, Di Nella, L., *op. ult. cit.*, 245; La Rocca, L., *Commento all'art. 26 cod.cons.*, cit., 147).

L'art. 25 detta gli elementi che dovrebbero essere presi in considerazione per «determinare se una pratica commerciale comporta, ai fini del presente capo, molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento». La norma appare per molti versi ridondante, per altri, più che dettare criteri di valutazione, individua, in realtà, vere e proprie autonome ipotesi di pratiche commerciali aggressive (così La Rocca, L., *op. ult. cit.*, con riferimento alle lett. *b, c, d, e, c. cons.*).

4.6 LE BLACK LISTS

Come già anticipato, accanto alla clausola generale di ingannevolezza e ai divieti generali delle pratiche ingannevoli e aggressive, il codice del consumo reca due elenchi tassativi di pratiche da considerarsi «in ogni caso», rispettivamente, ingannevoli e aggressive (artt. 24 e 25 c. cons.).

L'intento del legislatore, sulla scorta del dettato comunitario, era quello di elevare il livello di tutela dei consumatori di fronte a determinate pratiche considerate particolarmente gravi. In tali casi, il riscontro della scorrettezza prescinderebbe, perciò (v. considerando 17 della direttiva), da ogni apprezzamento circa la sussistenza dei requisiti previsti per la valutazione generale di scorrettezza, di ingannevolezza, di aggressività, e, segnatamente, della contrarietà alla diligenza professionale, dell'idoneità ad ingannare o condizionare, di quella ad influenzare il comportamento economico del consumatore medio (in tal senso, De Cristofaro, G., *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione*, cit., 140; Massa, F., *Commento all'art. 24 cod.cons.*, in *Codice del consumo*, a cura di V. Cuffaro, cit., 138). Il disegno si rivela però in gran parte illusorio. Se, infatti, ben può il legislatore vietare o imporre determinati comportamenti in sé considerati (dettare, cioè, delle *rules* in luogo di *standards*), difficile è sottrarsi ad una valutazione di idoneità all'inganno o all'indebito condizionamento, laddove la stessa identificazione della pratica vietata la imponga, riproponendo il problema dei criteri, oggettivi e soggettivi, di valutazione della scorrettezza (con riferimento alle pratiche in ogni caso ingannevoli, si veda Meli, V., *Pubblicità ingannevole*, cit.; con riferimento a quelle aggressive, si veda La Rocca, L., *Commento all'art. 26 cod.cons.*, cit., 160 ss.).

Basti considerare, tra le pratiche in ogni caso ingannevoli, le ipotesi di cui alle lettere *l), m), o), aa), bb)*, dell'art. 23, per le quali vengono utilizzate espressioni come «generare l'impressione», «simile», «chiaramente individuabili dal consumatore», «fuorviare deliberatamente» (che evoca addirittura il dolo), «dare l'impressione» o «lasciare intendere», le quali non possono non evocare un giudizio tradizionale di ingannevolezza, con connessa valutazione della contrarietà alla diligenza professionale, della idoneità all'inganno e di quella ad influenzare le decisioni commerciali, inevitabilmente da parametrarsi su un consumatore-tipo, che non può che essere quello «medio».

Lo stesso dicasi, *mutatis mutandis*, per talune pratiche «in ogni caso» aggressive. Se si guarda all'art. 26, ancora, alla lettera *a)* si parla di «creare l'impressione», alla lettera *d)* «ragionevolmente considerati pertinenti», alla lettera *h)*, «lasciare intendere».

Le *black lists* contengono inoltre delle previsioni che, per la loro peculiarità, fanno dubitare della stessa nettezza della distinzione tra pratiche ingannevoli e aggressive e della consistenza di dette categorie (si veda, ad es., l'art. 23, lett. *p)*, c. cons., che ritiene di per sé ingannevole «avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti»).

Un'ipotesi di pratica ingannevole *per se* si riscontra, fuori dalla relativa *black list*,

all'art. 22 *bis*, c. cons. introdotto con l'art. 22 della l. 23.7.2009, n. 99, che vieta lo scorporo delle voci nella pubblicità delle tariffe delle compagnie marittime (ma si veda Cons. St., sez. VI, 24.11.2011, n. 6204, che, in un caso riguardante le tariffe SNAV-Prenotazione auto, ha osservato che «se anche in una pubblicità non venga riportato il prezzo onnicomprensivo del prodotto o del servizio offerto, ma vi sia un chiaro riferimento alle voci variabili che lo compongono, il messaggio non è ingannevole»).

5. L'APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA

5.1 LE QUESTIONI DI COMPETENZA

In diretta continuità con la scelta effettuata in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita, la competenza generale ad applicare la disciplina delle pratiche scorrette è stata incardinata presso l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ritenendosi il modello amministrativo quello più idoneo alla promozione della tutela del buon funzionamento del mercato, in rapporto di complementarità con la disciplina antitrust (critico, su tale scelta, Di Cataldo, V., *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 803). Il modello è così analogo a quello adottato nel Regno Unito e, ancor prima, negli Stati Uniti. Differente la scelta operata in Germania e in Spagna, paesi in cui la disciplina è stata fatta confluire all'interno di quella della concorrenza sleale (anche se in Germania, per talune pratiche più gravi, sono contemplate dallo stesso UWG sanzioni amministrative e penali) o in Francia, dove vige un sistema misto, in cui l'autorità amministrativa ha competenze quasi esclusivamente istruttorie, spettando quelle sanzionatorie all'autorità giudiziaria ordinaria (per una ampia illustrazione delle esperienze inglese, francese e tedesca, si veda Zorzi Galgano, N., *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Tratt. dir. comm.* Galgano, Padova, 2012, 134 ss.).

La trasversalità della disciplina, e la presenza, nella direttiva 2005/29/CE, di talune disposizioni miranti al coordinamento con discipline speciali, anch'esse di fonte comunitaria (v. considerando 10 e 15), hanno fatto sorgere dubbi sulla sua applicabilità in settori oggetto di specifica regolamentazione. Con parere n. 3999 del 2008, il Consiglio di Stato ha escluso l'applicazione della disciplina delle pratiche scorrette con riferimento al settore dei servizi finanziari, riscontrando una totale sovrapposizione di tipologie di interventi normativi tra codice del consumo e Testo unico in materia di intermediazione finanziaria (si vedano, in merito, Clarich, M., *La competenza delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 688; Libertini, M., *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, Relazione al Convegno *Il diritto commerciale europeo di fronte alla crisi*, Roma, Università di Roma Tre, 29-30.1.2010, in www.orizzontideldirittocommerciale.it). Respinto è stato, almeno fino ad ora, ogni tentativo di estendere la medesima soluzione al settore del credito (si veda, da ultimo, Cons. St. Ad. plen., 14.5.2012, n. 14), a quello dell'energia (Cons. St., sez. VI, 31.5.2011, n. 720). Con riferimento a quello delle comunicazioni elettroniche, invece, tale tentativo è stato coronato da successo, avendo il Consiglio di Stato, in Adunanza plenaria, ritenuto che una serie di norme del codice delle comunicazioni elettroniche siano da considerarsi speciali, rispetto alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, con affermazione della competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, a scapito di quella della Autorità garante della concorrenza e del mercato (si vedano Cons. Stato, Ad. plen., 14.5.2012, nn. 11, 12, 13, 15, 16).

5.2 PROCEDIMENTO, IMPEGNI, SANZIONI

Il procedimento al termine del quale l'Autorità accerta o meno la sussistenza di pratiche commerciali scorrette, dettato dall'art. 27 c. cons. e dalla delibera Agcm 15.11.2007, n. 17589, ribadisce lo schema procedimentale già allestito con la vecchia disciplina della pubblicità ingannevole, con due rilevanti differenze

(introdotte parallelamente nel regolamento sulle procedure per l'applicazione del d.lgs. n. 145/07): la possibilità per l'Autorità di attivarsi *ex officio* (per quanto la prassi evidenzia come ben poche siano le procedure avviate in assenza di tale impulso: si veda Di Cataldo, V., *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, cit.) e l'introduzione di una disciplina degli impegni, che consente la chiusura del procedimento senza giungere alla fase di accertamento della fondatezza dell'ipotesi istruttoria (art. 27, co. 7, c. cons.; art. 8, reg. procedure istruttorie).

Anche il sistema sanzionatorio ha visto confermato l'impianto della disciplina della pubblicità ingannevole, ivi compresa la possibilità di disporre la pubblicazione del provvedimento, anche per estratto, o una dichiarazione rettificativa (su tale strumento, si veda Meli, V., *I rimedi per la violazione del divieto di pubblicità ingannevole*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, I, 5).

FONTI NORMATIVE

Direttiva 2005/29/CE; d.lgs. 6.9.2005, n. 206 (*codice del consumo*), artt. 18-27 *quater*.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Clarich, M., *La competenza delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 688; *Codice del consumo*, a cura di V. Cuffaro, II ed., Milano, 2008; *Codice del consumo. Annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Capobianco, E.-Perlingieri, G., Napoli, 2009; De Cristofaro, G., a cura di, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008; De Cristofaro, G., *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori: il d. lgs. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/CE*, in *Studium Iuris*, 2007, 1188; Denozza, F., *Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 1057; Denozza, F., *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 29; Di Cataldo, V., *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 803; Genovese A., a cura di, *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Padova, 2008; Ghezzi, F., *Codici di condotta, autodisciplina, pratiche commerciali scorrette. Un rapporto difficile*, in *Riv. soc.*, 2011, I, 680; Libertini, M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. e impr.*, 2009, 73; Libertini, M., *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, Relazione al Convegno *Il diritto commerciale europeo di fronte alla crisi*, Roma, Università di Roma Tre, 29-30.1.2010, su www.orizzontideldirittocommerciale.it; Libertini, M., *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 886; Mayr, C.E., *Il parametro del consumatore*, in *AIDA*, 2008, 274; Meli, V., *"Diligenza professionale", "consumatore medio" e regola di de minimis nella prassi dell'Agcm e nella giurisprudenza amministrativa*, in Meli, V.-Marano, P., a cura di, *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Torino, 2011, 1; Meli, V., *I rimedi per la violazione del divieto di pubblicità ingannevole*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, I, 5; Meli, V., *La repressione della pubblicità ingannevole*, Torino, 1994; Meli, V., *Le clausole generali relative alla pubblicità*, in *AIDA*, 2008, 257; Meli, V., *Pubblicità ingannevole*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2006; Minervini, E.-Rossi Carleo, L. a cura di, *Pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007; Weatherill, S.-Bernitz, U. (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices Under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, Oxford, 2007; Zorzi Galgano, N., *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contr. e impr. Europa*, 2010, 549; Zorzi Galgano, N., *Il contratto di consumo e la libertà del*

consumatore, in *Tratt. dir. Comm. Galgano*, Padova, 2012.

[Invia articolo](#)

[Pubblica sul tuo blog o sito](#)

[Segnala alla redazione](#)

[Torna sopra](#)

OMEVWIVWX WR	OHQ FIFOR SHGID	DOWUH UID/R UVH	QHWZ RUN
Profilo	Scienze sociali e Storia	Scuola	Treccani Libreria
Attività culturali	Arte, Lingua e Letteratura	Webtv	Treccani Lab
Biblioteca	Sport e Tempo libero	Magazine	Archivi del novecento
Archivio storico	Scienze naturali e Matematiche	Community	Facebook
Contatti	Tecnologia e Scienze applicate	Catalogo	Twitter
	Elenco delle Opere	Rassegna stampa	Youtube

