

Indice

<i>Abstract</i> in lingua italiana.....	1
<i>Abstract</i> in lingua inglese.....	3

CAPITOLO PRIMO

LA DIRETTIVA 2005/29/CE: *RATIO*, GENESI, PROFILI SISTEMATICI

E IL SUO RECEPIMENTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. <i>La direttiva n. 2005/29/CE e la sua trasposizione nell'ordinamento italiano: ambito di applicazione e contenuto</i>	5
2. <i>La natura «completa» dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali contemplata dalla direttiva n. 2005/29/CE</i>	8
3. <i>I limiti della direttiva 2005/29/CE</i>	10
4. <i>Il confine soggettivo: i rapporti tra professionisti e consumatori</i>	11
5. <i>(segue) Le nozioni di «consumatore», «professionista» e «prodotto»</i>	15
6. <i>L'ampiezza della nozione di «pratica commerciale» accolta nella direttiva 2005/29/CE: premessa</i>	20
7. <i>La “relazione” con la promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori</i>	23

CAPITOLO SECONDO

IL SISTEMA DI VALUTAZIONE DEL CARATTERE SCORRETTO DI UNA PRATICA COMMERCIALE: IL

RAPPORTO TRA CLAUSOLE GENERALI E *BLACK LISTS*

1. <i>Il sistema di valutazione del carattere scorretto di una pratica commerciale</i>	31
--	----

2. Il rapporto tra le previsioni della “black List” e le altre disposizioni (di recepimento) della direttiva 2005/29/CE. Orientamenti dottrinali e interventi del legislatore.....	32
3. La contrarietà della pratica alla “diligenza professionale”.....	37
4. (segue) La nozione di “diligenza professionale” nell’art. 18, lett. h) c.cons.....	40
5. L’idoneità della pratica commerciale a “falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore” (art. 18, lett. e, c.cons.).....	44
6. Il “consumatore medio” come parametro di valutazione dell’attitudine della pratica a falsare il comportamento economico dei consumatori.....	51

CAPITOLO TERZO

LE PRATICHE COMMERCIALI INGANNEVOLI

1. Profili generali.....	65
2. La ratio del divieto di pratiche commerciali ingannevoli.....	66
3. Il concetto di azione ingannevole.....	68
4. L’oggetto delle condotte ingannevoli.....	69
5. L’applicazione giurisprudenziale del divieto azioni ingannevoli.....	71
6. Le dichiarazioni reclamistiche iperboliche.....	73
7. L’abuso di veridicità ed il sopradosaggio informativo.....	74
8. Le omissioni ingannevoli.....	75
9. I criteri tipici di valutazione della condotta omissiva.....	78
10. L’applicazione giurisprudenziale del divieto omissioni ingannevoli.....	80

CAPITOLO QUARTO

LA BLACK LIST DELLE PRATICHE COMMERCIALI INGANNEVOLI

1. Osservazioni generali.....	83
-------------------------------	----

2. L'inammissibilità di norme interne recanti divieti «assoluti» di pratiche commerciali diverse da quelle della «lista nera».....	87
3. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. a), c.cons.....	88
4. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. b), c.cons.....	90
5. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. c), c.cons.....	92
6. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. d), c.cons.....	93
7. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. e), c.cons.....	95
8. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. f), c.cons.....	99
9. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. g), c.cons.....	101
10. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. h), c.cons.. ..	104
11. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. i), c.cons.....	105
12. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. l), c.cons.....	107
13. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. m), c.cons.....	108
14. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. n), c.cons.....	112
15. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. o), c.cons.....	115
16. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. p), c.cons.....	116
17. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. q), c.cons.....	118
18. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. r), c.cons.....	121
19. La fattispecie di cui all'art. 23 lett. s), c.cons.....	124
20. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. t), c.cons.....	126
21. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. u), c.cons.....	128
22. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. v), c.cons.....	130
23. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. z), c.cons.....	133
24. La fattispecie di cui all'art. 23 lett. aa), c.cons.....	134
25. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. bb), c.cons.	135

PRATICHE COMMERCIALI INGANNEVOLI E CONTRATTI DEL CONSUMATORE

Abstract

Il presente lavoro prende le mosse dall'analisi della *ratio*, della genesi e dei profili sistematici della 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali tra professionisti e consumatori; tale direttiva è stata concepita come un provvedimento volto all'armonizzazione delle legislazioni nazionali dei Paesi membri attraverso il quale gli organi comunitari hanno inteso contribuire «al corretto funzionamento del mercato interno», nonché (ai sensi dell'art. 153 Tr.CE) «al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori» (art. 1 della dir.) e affronta il fenomeno delle “pratiche commerciali” come esclusivo problema dei rapporti tra impresa e consumatore, pur provvedendo a chiedere agli Stati membri di considerare i connessi interessi “indiretti” dei concorrenti. Le fattispecie interessate dalla disciplina della direttiva sono dunque tutte e soltanto quelle suscettibili di essere ricomprese nella nozione di «pratiche commerciali tra imprese e consumatori», definizione dai contorni molto ampi, e pertanto idonea a ricomprendere (*ex art. 2, lett. b e art. 3, par. 1*) qualsiasi condotta tenuta da professionisti – anteriormente, contestualmente o anche posteriormente alla instaurazione di rapporti contrattuali con consumatori – finalizzata a promuovere la conclusione di contratti con consumatori, o comunque «direttamente connessa» a contratti siffatti. Con riferimento a tali fattispecie, la direttiva in primo luogo sancisce a carico degli imprenditori di tutti gli Stati membri un divieto generalizzato di porre in essere pratiche commerciali «lesive degli interessi economici dei consumatori» che si prestino ad essere qualificate come «sleali» (art. 5, par. 1). In secondo luogo, contempla e disciplina in modo analitico un complesso sistema di valutazione del carattere «sleale» di una pratica commerciale, uniformando i parametri in applicazione dei quali può e deve stabilirsi se una pratica commerciale sia lecita (in quanto «leale») nell'ambito dell'intera UE (artt. 5-9): tale sistema di valutazione si articola in una nozione generale (e residuale) di pratica commerciale sleale (art. 5, par. 2), nelle due categorie delle pratiche commerciali «ingannevoli» (artt. 6 e 7) e «aggressive» (artt. 8 e 9) e in una lista c.d. «nera» di pratiche commerciali «considerate in ogni caso sleali» (art. 5, par. 5), inserita nell'Allegato alla direttiva n. 2005/29/CE. In terzo ed ultimo luogo, la direttiva affida agli Stati membri il compito di predisporre mezzi (anche processuali) adeguati per prevenire e reprimere le pratiche commerciali sleali, nonché di introdurre

un apparato di sanzioni incisive ed efficaci nei confronti dei professionisti che dovessero eventualmente farvi ricorso (artt. 11-13).

In considerazione degli scopi e della portata del menzionato provvedimento comunitario, si è dunque soppesato il significato della disciplina italiana di recepimento, analizzando il sistema di valutazione del carattere scorretto di una pratica commerciale e, in particolar modo, il rapporto intercorrente tra clausole generali e *black lists*.

La nostra indagine si è poi focalizzata sulla disciplina delle pratiche commerciali ingannevoli, per concludere con una dettagliata analisi delle singole fattispecie di pratiche commerciali considerate “in ogni caso ingannevoli”, elencate nella *black list* di cui all’art. 23 c.cons.

MISLEADING COMMERCIAL PRACTICES AND CONSUMER'S CONTRACTS

Abstract

The present study begins by the analysis of the Directive 2005/29/EC, its *ratio*, its genesis, and its systemic profile concerning unfair business-to-consumer commercial practices; this Directive establishes minimum criteria for harmonizing the legislation of the Member States through which the EC wanted to contribute “to the proper functioning of the internal market”, and also (according to article 153 EC Tr.) to “achieve a high level of consumer protection” (Directive’s article 1) and also approaches the phenomenon of commercial practices as a exclusive issue of business-to-consumer relationship, demanding the Member States to take into consideration the non direct connected interests of competitors.

The cases approached by the Directive discipline are all and only those which can be leaded inside the notion of “business-to-consumer commercial practices”, definition by itself of imprecise boundaries, which can mean (*ex art. 2, letter. b e art. 3, par. 1*) any professional practice – before, in a given context or also following the contractual relationship between a trader and a consumer – that promotes the conclusion of a contract with a consumer, or even so “directivly connected” to thereof contracts.

In reference of those cases, in the first place, the directive establishes to the traders of all Member States a general prohibition of business practice which could be “harming [to] consumers' economic interests” and qualified as “unfair” (art. 5, par.1). In second place, the Directive contemplates and disciplines in an analytical way the complex system of evaluation of the “unfair” characteristic of a business practice, informing the parameters by which one can consider a business practice to be permitted (while fair), inside the whole European Union (art. 5 to 9): such evaluation system is articulated around a general (and residual) notion concerning unfair business-to-consumer commercial practices (art. 5, par. 2), two categories of “misleading” commercial practices (artt. 6 e 7) and “aggressive” (artt. 8 e 9) and a so called “black” list of commercial practices which “are in all circumstances unfair” (art. 5, par. 5).

In third and last place, the Directive trusts to Member States the task of providing adequate solutions (also procedural) to prevent and repress unfair commercial practices, and also the task of introducing a assemble of strong and effective sanctions on trader's field of activity (art. 11 to 13).

Considering the objectives of the above mentioned Community Directive, it has been taken into consideration the meaning of the Italian discipline of reception, analyzing the evaluation system of wrong intentioned commercial practice and, in a particular way, the relationship between general clauses and *black lists*.

So, our main question focused on the discipline of misleading commercial practice, in order to reach a conclusion with detailed analysis of each and single cases of commercial practices which are considered “in all circumstances unfair”, listed on the *black list* according the article 23.

CAPITOLO PRIMO

LA DIRETTIVA 2005/29/CE: *RATIO*, GENESI, PROFILI SISTEMATICI

E IL SUO RECEPIMENTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

SOMMARIO: 1. La direttiva n. 2005/29/CE e la sua trasposizione nell'ordinamento italiano: ambito di applicazione e contenuto. - 2. La natura «completa» dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali contemplata dalla direttiva n. 2005/29/CE. - 3. I limiti della direttiva 2005/29/CE - 4. Il confine soggettivo: i rapporti tra professionisti e consumatori. - 5. (segue) Le nozioni di «consumatore», «professionista» e «prodotto». - 6. L'ampiezza della nozione di «pratica commerciale» accolta nella direttiva 2005/29/CE: premessa. - 7. La “relazione” con la promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori.

1. *La direttiva n. 2005/29/CE e la sua trasposizione nell'ordinamento italiano: ambito di applicazione e contenuto*

La direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali tra professionisti e consumatori è stato concepito come un provvedimento volto all'armonizzazione delle legislazioni nazionali dei Paesi membri, adottato a norma dell'art. 95 Tr.CE, attraverso il quale gli organi comunitari hanno inteso contribuire «al corretto funzionamento del mercato interno», nonché (ai sensi dell'art. 153 Tr.CE) «al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori» (art. 1 della dir.)¹. Caratterizzata

¹ L'8 maggio 1996, la Commissione europea presentò un *Libro verde sulle comunicazioni commerciali nel mercato interno* (sul punto v. per tutti HENNING-BODEWIG, *Das Grünbuch der EU-Kommission über die "Kommerziellen Kommunikationen*, in *Gewerblicher Rechtsschutz- und Urheberrecht*, 1997, p. 515; SCHRICKER - HENNING-BODEWIG, *Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union*, in *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2001, p. 1367, 1378ss.), che predicava essenzialmente la necessità di garantire la coerenza di tutte le iniziative da adottare a tutti i livelli di azione della Comunità europea, sottolineando in particolare la necessità di conferire un ruolo centrale alla corretta informazione del consumatore – e, più specificamente, alla correttezza delle comunicazioni commerciali ad esso rivolte – nonché ponendo in luce l'esigenza di adottare criteri precisi ai fini della valutazione dell'adeguatezza delle misure adottate dai singoli Paesi membri al fine della repressione dei comportamenti idonei a falsare il comportamento del consumatore e, *lato sensu*, del mercato. Ai fini di tale valutazione, detto libro verde predicava la necessità di osservare in particolare eventuali reazioni a catena provocate dalle pratiche commerciali adottate dai professionisti, la natura del fine perseguito dagli stessi mediante il proprio comportamento commerciale, gli

da una combinazione tra clausole generali e previsioni munite di un grado di specificità progressivamente maggiore, detta direttiva mira a promuovere gli scambi tra professionisti e consumatori nel mercato interno mediante la rimozione delle differenze tra le discipline presenti dei singoli Stati membri, diversità che mentre, in via diretta, sono suscettibili di pregiudicare gli

effetti di tali atteggiamenti nei confronti degli altri attori degli scambi, nonché le ripercussioni di tali pratiche commerciali su piani diversi da quello (o quelli) avuti direttamente di mira al momento della pianificazione ed esecuzione del comportamento commerciale. La stessa Commissione delle Comunità europee ha successivamente presentato, il 2 ottobre 2001, un *Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea* (COM (2001) 531 def., del 2.10.2001), in cui l'azione comunitaria si orienta verso una tutela generale contro ogni tipo di pratica sleale, ivi inclusa l'informazione sleale, messa in atto dalle imprese nei confronti dei consumatori. In tale libro verde, la tutela dei consumatori nel mercato interno veniva osservata come una disciplina degli interessi economici dei consumatori, fatta eccezione, fondamentalmente, per i settori della salute e sicurezza dei consumatori. Quale fine ultimo della politica di tutela dei consumatori venne individuata la creazione di un sistema normativo in grado di realizzare un elevato livello di tutela degli stessi e, contemporaneamente, di ridurre i costi per l'economia; il raggiungimento di tale obiettivo avrebbe dovuto presentarsi come non complicato, e purtuttavia munito di un grado di flessibilità tale da garantire una capacità di adeguamento alle dinamiche di mercato e al contempo idoneo a coinvolgere nella misura più ampia possibile gli interessati *Stake Holders*, di offrire sicurezza giuridica e una efficace attuazione di tale diritto, in particolare per quanto riguarda gli scambi che interessino soggetti appartenenti a diversi Paesi membri. Nello stesso Libro verde si sono profilati i primi tratti di una direttiva quadro per il diritto della concorrenza, destinata a disciplinare i rapporti tra professionisti e consumatori. Negli intenti degli organi comunitari, tale direttiva si sarebbe dovuta fondare su di una clausola generale, che sancisse un procepto di "correttezza del comportamento commerciale". Quali elementi di un corretto comportamento vennero individuati la comunicazione di informazioni, l'astensione dall'adozione di comportamenti ingannevoli ovvero indebitamente condizionanti e viene predicata la necessità di adottare disposizioni nel campo del *marketing*; si predicava inoltre la necessità di disciplinare i comportamenti commerciali tanto nella fase precedente, quanto in quella successiva alla stipulazione del contratto. Sulla base del significato degli obblighi di informazione ai fini della tutela del consumatore e del diritto all'informazione accordata al consumatore dall'art. 153 Tr. CE, si riteneva imprescindibile la previsione di un obbligo generale di comunicazione a quest'ultimo di tutte le informazioni rilevanti per il consumatore al fine di assumere una decisione commerciale consapevole, individuandosi a tal fine come di cruciale importanza la necessità di prevedere in capo al professionista un obbligo di fornire tempestivamente e univocamente al consumatore tutte le informazioni rilevanti. La reticenza nel fornire informazioni venne qualificata nel Libro Verde quale fattispecie di concorrenza sleale. Alla medesima valutazione di slealtà avrebbero dovuto essere sottoposte tanto l'eccesso di informazioni dirette al consumatore, quanto l'eccessivo utilizzo da parte del professionista di caratteri tipografici particolarmente ridotti. Su tale scia, il 15 gennaio 2002, la Commissione delle Comunità europee presentò poi una proposta di regolamento sulla promozione delle vendite nel mercato interno (KOM (2001) 546). Scopo di tale regolamento avrebbe dovuto essere la regolamentazione delle comunicazioni commerciali di coloro che promuovono un prodotto, al fine di garantire un corretto funzionamento del mercato interno (art. 1 reg.). In tale ottica, nel concetto di "comunicazione commerciale" si sono intese ricomprendere tutte le forme di comunicazione funzionali a procurare (direttamente o in via mediata) un aumento dello scambio di beni o servizi ovvero un miglioramento della reputazione commerciale di un professionista, di una organizzazione ovvero di una persona fisica, che svolga un'attività nell'ambito del commercio, dell'industria o dell'artigianato o di una professione regolamentata (art. 2, lett. a reg.). L'art. 4 dello stesso reg. contiene stringenti obblighi di informazione, destinati a trovare applicazione alle operazioni di promozione delle vendite. Tale proposta di regolamento, il cui scopo era quello di stimolare la creazione di una disciplina delle attività di promozione delle vendite (come ad es. ribassi dei prezzi, omaggi, giochi e concorsi a premi) avrebbe dovuto creare uniformità della disciplina nell'ambito della promozione alle vendite e inoltre rinforzare la tutela del consumatore (sul punto v. FEZER, *Gebührentabelle als Richtwert für Kostenfestsetzung*, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2002, p. 217), unendo dunque, ad una liberalizzazione del diritto della concorrenza, l'imposizione al professionista di stringenti obblighi di informazione. In luogo di divieti generali, si prevedevano ivi obblighi di informazioni muniti di sanzione per il caso della loro inosservanza. Tale impostazione trova corrispondenza nella figura del consumatore invalsa a livello comunitario, che è quella di un consumatore informato, attento e in grado di comprendere. In definitiva, nella proposta di regolamento sulla promozione delle vendite, era già rinvenibile un chiaro segnale da parte della Commissione nel senso della tutela del consumatore attraverso il diritto della concorrenza, seguendo con ciò una direttrice già tracciata dal Libro verde sulla tutela del consumatore.

interessi dei consumatori, in via mediata operano a detrimento dello stesso gioco della concorrenza². Essa affronta il fenomeno delle “pratiche commerciali” come esclusivo problema dei rapporti tra impresa e consumatore, pur provvedendo a chiedere agli Stati di considerare i connessi interessi “indiretti” dei concorrenti.

Le fattispecie interessate dalla disciplina della direttiva 2005/29/CE sono dunque tutte e soltanto quelle suscettibili di essere ricomprese nella nozione di «pratiche commerciali tra imprese e consumatori», definizione dai contorni volutamente molto ampi, e pertanto idonea a ricomprendere (*ex art. 2, lett. b e art. 3, par. 1*) qualsiasi condotta tenuta da professionisti – anteriormente, contestualmente o anche posteriormente alla instaurazione di rapporti contrattuali con consumatori – finalizzata a promuovere la conclusione di contratti con consumatori, o comunque «direttamente connessa» a contratti siffatti.

Con riferimento a dette fattispecie, la direttiva in primo luogo sancisce a carico degli imprenditori di tutti gli Stati membri un divieto generalizzato di porre in essere pratiche commerciali «lesive degli interessi economici dei consumatori» che si prestino ad essere qualificate come «sleali» (art. 5, par. 1). In secondo luogo, contempla e disciplina in modo analitico un complesso sistema di valutazione del carattere «sleale» di una pratica commerciale, uniformando i parametri in applicazione dei quali può e deve stabilirsi se una pratica commerciale sia lecita (in quanto «leale») nell’ambito dell’intera UE (artt. 5-9): tale sistema di valutazione si articola in una nozione generale (e residuale) di pratica commerciale sleale (art. 5, par. 2), nelle due categorie delle pratiche commerciali «ingannevoli» (artt. 6 e 7) e «aggressive» (artt. 8 e 9) e in una lista c.d. «nera» di pratiche commerciali «considerate in ogni caso sleali» (art. 5, par. 5), inserita nell’Allegato alla direttiva n. 2005/29/CE. In terzo ed ultimo luogo, la direttiva affida agli Stati membri il compito di predisporre mezzi (anche processuali) adeguati per prevenire e reprimere le pratiche commerciali sleali, nonché di introdurre un apparato di sanzioni incisive ed efficaci nei confronti dei professionisti che dovessero eventualmente farvi ricorso (artt. 11-13)³.

² Green Paper on European Consumer Policy, COM (2001)531. Also see the Extended Impact Assessment on the Unfair Commercial Practices Directive, SEC (2003)724.

³ In merito ai rimedi esperibili dal consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta, v. da ultimo 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 *Rass. dir. civ.*, 2010, in corso di pubblicazione.

2. *La natura «completa» dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali contemplata dalla direttiva n. 2005/29/CE*

Nell'adozione di un provvedimento di armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali fra imprese e consumatori, l'Unione europea ha ravvisato un passaggio indispensabile per rimuovere gli ostacoli che si frappongono all'intensificazione delle negoziazioni transfrontaliere, il cui incremento qualitativo e quantitativo costituisce una condizione imprescindibile per la realizzazione e lo sviluppo del mercato interno. Secondo gli organi comunitari, a distogliere le imprese dal promuovere e dall'offrire i propri beni e servizi in tutti gli Stati membri dell'Unione europea sarebbe soprattutto l'esistenza di significative differenze fra le legislazioni nazionali in tema di pratiche commerciali e di pubblicità commerciale, differenze che costringono le imprese a sostenere pesanti costi per adeguare le proprie condotte alle singole legislazioni nazionali e ad affrontare rilevanti rischi nel commercializzare e pubblicizzare i propri prodotti in mercati diversi da quello nazionale (4° *considerando*). Per altro verso, si è constatato che a frenare i consumatori, dissuadendoli dal porre in essere acquisti transfrontalieri, sono (oltre ai tradizionali ostacoli linguistici, fiscali e spazio-temporali) l'ignoranza delle leggi vigenti negli altri Paesi e la tendenza a considerare meno «sicuri» i contratti conclusi con professionisti che abbiano la propria sede in altri Paesi. L'eliminazione delle differenze esistenti fra le diverse legislazioni nazionali e la creazione di un quadro giuridico uniforme in tutti gli Stati membri sono apparse così (v. il 5° *considerando* della direttiva) le soluzioni ideali per spingere i consumatori ad acquistare beni o servizi offerti da imprenditori aventi la propria sede in altri Stati nonché per stimolare le imprese ad offrire i propri beni e servizi ai consumatori residenti in tutti gli Stati dell'Unione europea, ivi promuovendoli (in particolare mediante messaggi pubblicitari) e commercializzandoli.

Il 12 giugno 2007 è scaduto il termine fissato dal legislatore comunitario per la trasposizione della direttiva 2005/29/Ce sulle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori; la Commissione ha avviato contro sei Stati membri procedimenti di infrazione per omessa trasposizione della direttiva entro il termine stabilito. Quattro di questi procedimenti sono stati cancellati dal ruolo per avvenuta trasposizione (C-270/08, Commissione c. Ungheria; C-283/08, Commissione c. Paesi Bassi; C-284/08, Commissione c. Regno Unito; C-326/08, Commissione c. Repubblica federale tedesca), mentre nelle rimanenti due ipotesi, è stata dichiarata la responsabilità dei Paesi membri per mancata trasposizione della direttiva entro il termine indicato nello stesso provvedimento comunitario (5 febbraio 2009, in C-282/08, Commissione c. Lussemburgo; 23 aprile 2009, in C-321/08, Commissione c. Regno di Spagna).

Proprio le ragioni che hanno spinto gli organi comunitari ad adottarla e gli obiettivi che essi hanno dichiaratamente perseguito attraverso la sua approvazione contribuiscono a spiegare per quale motivo quella disposta dalla direttiva n. 2005/29/CE sia un'armonizzazione delle legislazioni nazionali non meramente «minimale», ma «completa». Lo si desume, in negativo, dalla mancanza di una statuizione che autorizzi esplicitamente gli Stati membri ad introdurre o mantenere in vigore, nel settore disciplinato dalla direttiva, «disposizioni più rigorose» volte a garantire ai consumatori un livello di tutela più elevato rispetto a quello assicurato dalla direttiva medesima (statuizione che si rinviene invece in tutte le direttive di tutela del consumatore CE in materia contrattuale risalenti agli anni '80 e '90, ma non compare nella direttiva n. 2002/65/CE relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari, nonché nelle recentissime direttive n. 2008/48/CE, in materia di contratti di credito ai consumatori, e n. 2008/122/CE, in materia di contratti di *timesharing* immobiliare); in positivo, dal disposto dell'art. 4 della direttiva n. 2005/29/CE, che vieta agli Stati membri di apporre, alla libertà di prestazione di servizi e alla libertà di circolazione delle merci, limitazioni motivate da ragioni afferenti al settore armonizzato dalla direttiva medesima.

Alla luce di quanto affermato, l'adozione della direttiva 2005/29/CE ha rappresentato un fondamentale passo in avanti nell'opera di sviluppo della disciplina comunitaria di protezione dei consumatori. Numerose riserve sono state formulate, in ogni caso, sulla idoneità di siffatto provvedimento ad operare quale efficace strumento di semplificazione normativa e di trasparenza del mercato⁴. La principale critica mossa nei suoi confronti si incentra sulla sua apparente inclinazione ad ignorare la connessione tra protezione dei consumatori e politica di lotta alla concorrenza sleale. In particolare, l'ambito applicativo della direttiva riguarda solamente pratiche commerciali che incidono negativamente sugli interessi economici dei consumatori, trascurando invece – quantomeno in via diretta – la disciplina delle relazioni *B2B*. In merito ad alcuni profili involgenti l'interpretazione, la trasposizione negli ordinamenti nazionali e l'applicazione delle

⁴ In tal senso, v. WEATHERILL - BERNITZ, *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*, Berlin, 2007; HOWELLS - MICKLITZ - WILHELMSSON, *European Fair Trading Law – The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate, 2006. V. anche STUYCK - TERRYN - VAN DYCK, *Confidence through Fairness? The new Directive on Business to Consumer Commercial Practices in the Internal Market*, in *Common Market Law Review*, 2006, 107; HANDIG, *The Unfair Commercial Practices Directive – A Milestone in the European Unfair Competition Law?*, *European Business Law Review*, 2005, p. 1117. Per un recente contributo in proposito, v. KEIRSBlick, *Towards a single regulatory Framework on Unfair Commercial Practices?*, *European Business Law Review*, 2009, p. 507.

norme della direttiva 2005/29/Ce è stata recentemente interrogata la Corte di giustizia dell'Unione europea, che ha avuto così già modo di precisare il significato delle disposizioni dello stesso provvedimento comunitario, giungendo a riaffermare con forza la portata inderogabile delle sue disposizioni⁵. In particolar modo, gli Stati membri debbono attenersi rigorosamente al livello di protezione assicurato ai consumatori dalla direttiva, rimanendo preclusa ai legislatori nazionali la possibilità non solo di ridurre tale livello, ma anche di mantenere o introdurre disposizioni suscettibili di incrementarlo (in proposito v. *infra*, cap. II).

3. I limiti della direttiva 2005/29/CE

Le disposizioni di recepimento della direttiva 2005/29/CE sono dunque applicabili solamente ai rapporti tra professionisti e consumatori (c.d. *B2C*) e si rivelano pertanto funzionali alla sola protezione “diretta” degli interessi dei consumatori⁶. Infatti, nonostante i *considerando* della direttiva 2005/29/CE abbiano cura di sottolineare che scopo (mediato) delle disposizioni della direttiva è quello di tutelare anche gli interessi dei concorrenti (v. 6° e 8° *considerando*), gli Stati membri sono stati lasciati liberi di regolamentare i rapporti tra professionisti. Siffatto dualismo nella tutela di consumatori e concorrenti è del tutto estraneo, ad esempio, al diritto tedesco ed austriaco: corrispondentemente, la descritta impostazione della direttiva è stata fatta oggetto di pesanti critiche in tali Paesi, dal momento che ciò contribuirebbe a rendere ancor più complicato l’assetto del diritto

⁵ Corte giust. CE, 23 aprile 2009, in causa C-261/07, *VTB-VAB NV c. Total Belgium NV* e in causa C-299/07, *Galatea BVBA c. Sanoma Magazines Belgium NV*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 1061 ss., con nota di DE CRISTOFARO; Corte giust. CE, 14 gennaio 2010, in causa C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV c. Plus Warenhandelsgesellschaft mbH*.

⁶ Merita di essere segnalato come l’originaria disciplina della pubblicità ingannevole, posta dalla direttiva 84/450/CEE, non contenesse una definizione di consumatore e inoltre che una tale definizione non era stata fornita neppure dal D.lg. 74/92, che tale direttiva aveva recepito. Nel codice del consumo è oggi possibile rinvenire, accanto alla nozione generale di consumatore, contenuta nell’art. 3 (“la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta”), che appariva tagliata su misura per una disciplina del momento contrattuale, nell’art. 5, che apre il Titolo II del Codice, dedicato all’”Informazione dei consumatori”, ne è stata adottata una specifica, per cui “Fatto salvo quanto disposto dall’art. 3, comma 1, lett. a), ai fini del presente titolo, si intende per consumatore o utente anche la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali”. Con il d.lgs. n. 146 del 2007 è stata poi eliminata la previsione originariamente inserita all’art. 18, comma 2, cod. cons., secondo cui “Fatto salvo quanto disposto dall’articolo 3, comma 1, lett. a), ai fini del presente titolo si intende per consumatore o utente anche la persona fisica o giuridica cui sono dirette le comunicazioni commerciali o che ne subisce le conseguenze”, previsione che era stata dalla dottrina fatta oggetto di pesanti critiche, non comprendendosi quale fosse il reale significato da attribuire a tale disposizione, posto che essa di fatto introduceva una piena deroga alla disposizione generale: sul punto v. L. DELOGU, *Leggendo il codice del consumo alla ricerca della nozione di consumatore*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2006, p. 87; V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Padova, 2008, p. 92s.

della concorrenza⁷. In particolare, nelle ipotesi di false affermazioni di un professionista relative al suo concorrente, ovvero di pubblicità comparativa, non si rivela semplice distinguere tra pregiudizio arrecato agli interessi dei concorrenti e pregiudizio arrecato ai consumatori.

4. *Il confine soggettivo: i rapporti tra professionisti e consumatori*

Sulla scia di quanto previsto dalla direttiva 2005/29/CE, la pratica commerciale rilevante ai fini degli artt. 18 ss. c.cons. – si è detto – è quella “fra professionisti e consumatori”. In materia di diritto dei consumi, il legislatore italiano si è dunque mantenuto – come era prevedibile nel nostro sistema – lungo il solco della separazione delle relazioni *B2C* (materia del diritto dei consumi) tanto dalla disciplina del codice civile, quanto dalla regolamentazione dei rapporti fra imprenditori⁸.

La scelta di restringere il divieto delle pratiche commerciali alle sole relazioni fra professionisti e consumatori non era necessitata per il legislatore interno. Come infatti chiarisce il sesto *considerando*, l’ambito di applicazione della direttiva è ristretto alle pratiche commerciali che ledano direttamente gli interessi economici dei consumatori: ma, come accennato, è rimessa agli Stati membri la libertà di disciplinare quelle che pregiudicano solo gli interessi economici dei concorrenti o che riguardano rapporti fra professionisti⁹. Un’armonizzazione estesa a queste pratiche non solo non è considerata inopportuna, ma è vista con favore, seppure in una prospettiva *de jure condendo* (“la Commissione – precisa il *considerando* n. 8 – dovrebbe valutare accuratamente la necessità di un’azione comunitaria in materia di concorrenza sleale al di là delle

⁷ Cfr. sul punto, per tutti, Stellungnahme der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, in *Gewerblicher Rechtsschutz- und Urheberrecht*, 2004, p. 215 ss.

⁸ Pur essendo incontestabile che anche i contratti conclusi con consumatori sono contratti dell’imprenditore – benché unilateralmente imprenditoriali: OPPO, *I contratti d’impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 841 s. – essi rimangono distinti dai tradizionali contratti commerciali: sull’insufficienza della tradizionale distinzione fra rapporti di diritto civile e rapporti di diritto commerciale cfr. per tutti CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d’impresa. Valore sistematico ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2004, p. 849 ss.; cfr. GENTILI, *I contratti d’impresa e il diritto comune europeo*, in *Il diritto europeo dei contratti d’impresa*, a cura di Sirena, Milano 2006, p. 95 ss. Sul punto v. inoltre ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra contratti commerciali e contratti dei consumatori)*, in *Giur. it.*, 1993, IV, c. 57 ss.

⁹ “Conformemente alla normativa comunitaria”, come precisa il sesto *considerando* della direttiva.

finalità della presente direttiva e, ove necessario, presentare una proposta legislativa che contempli questi altri aspetti della concorrenza sleale”)¹⁰.

Tuttavia, la scelta di limitare l'intervento del legislatore alle relazioni fra professionisti e consumatori, seppure non obbligata dalla fonte comunitaria, era tuttavia inevitabile vista l'evoluzione più recente del sistema italiano, che si è diretto verso una chiara separazione – anche sul piano della collocazione topografica – dei rapporti fra professionisti e consumatori dalle relazioni fra soli imprenditori¹¹.

Che questa collocazione non sia frutto del caso lo dimostra l'orientamento affermatosi in Francia, dove, in presenza di una distinzione fra codice civile e di consumo analoga alla nostra, l'attuazione della direttiva nel gennaio 2008 è stato limitato alle relazioni *B2C* e, anche in quel sistema, ha trovato spazio all'interno del *code de la consommation* e, più precisamente, nella parte dedicata alle informazioni ai consumatori ed alla formazione del contratto¹².

In senso diverso si è invece indirizzato nel novembre 2007 il legislatore austriaco, che ha incorporato ed integrato la legge di attuazione della direttiva nella disciplina preesistente sulla concorrenza sleale (*Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* 1984 – UWG)¹³: con la conseguenza che la nozione di *unlautere Geschäftspraktik* comprende non solo la pratica adatta ad influenzare, in modo sostanziale e in contrasto con i canoni della diligenza professionale, il comportamento economico del consumatore medio che essa raggiunge o al quale si rivolge; ma abbraccia altresì il comportamento sleale idoneo ad alterare in misura non irrilevante la concorrenza a svantaggio degli imprenditori (§ 1, *UWG-Novelle* 2007). Sul piano delle conseguenze della

¹⁰ Alcuni Stati membri avevano infatti suggerito l'estensione del divieto anche alle pratiche commerciali sleali fra professionisti, ma la Commissione non si è voluta spingere così lontano (HOWELLS, *Introduction*, in *European Fair Trading Law*, a cura di HOWELLS - MICKLITZ - WILHELMSSON, Hampshire, 2006, p. 19).

¹¹ Era pertanto prevedibile anche la scelta di inserire la nuova disciplina dentro il codice del consumo: sebbene fosse stato consigliabile una maggiore meditazione ed un migliore coordinamento con il tessuto normativo preesistente. Sul punto v. anche G. DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/Ce, concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2006, p. 28, il quale, nel motivare la proposta di recepimento ivi avanzata, pone soprattutto l'accento sul fatto che la disciplina italiana della concorrenza sleale è dettata con esclusivo riguardo agli interessi dei concorrenti.

¹² V. le modifiche al *code de la consommation* introdotte dall'art. 39, loi n. 2008-3 3 gennaio 2008 (artt. L. 120-1 ss.). Sul punto cfr. COX - GHEUR, *La directive sur les pratiques commerciales déloyales: Analyse critique de sa transposition en droit belge et en droit français*, in *Revue Européenne de droit de la consommation*, 2008, p. 205 ss.

¹³ Trattasi della *UWG-Novelle* del 13 novembre 2007. A favore di una disciplina unitaria, inserita in seno all'UWG, v., già prima della riforma, AUGENHOFER, *Ein "Flickenteppich" oder doch der "Große Wurf"*, in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 2005, p. 204 ss.

violazione del divieto la nuova legge ribadisce non solo le sanzioni penali ed amministrative, ma anche i rimedi civilistici dell'inibitoria e del risarcimento del danno, già previsti dalla disciplina precedente¹⁴, ma non ne aggiunge di nuovi.

Non è possibile, in questa sede, dedicare un'analisi approfondita ai due modelli di intervento appena ricordati: ci si manterrà, pertanto, nei limiti di qualche breve cenno. Fra questi modelli, il tipo che regola organicamente l'intera materia dello svolgimento corretto delle attività commerciali – anziché frazionarla a seconda delle categorie soggettive coinvolte – avrebbe il pregio, in astratto, di fornire una visione unitaria del problema¹⁵, di coordinare e dunque di semplificare le possibili situazioni di sovrapposizione degli interessi ad agire (eventualmente anche attraverso la loro differenziazione), di evitare troppo rigidi divari di tutela legati a status soggettivi: soprattutto là dove la distinzione fra le diverse categorie soggettive non è agevole da tracciare.

La collocazione dentro il codice del consumo di una parte della disciplina delle pratiche commerciali, d'altra parte, valorizza la vocazione di *consumer law* dell'intervento comunitario e la dimensione necessariamente trasversale della materia regolata (posta sul crinale fra diritto pubblico e diritto privato); spinge, inoltre, a ricercare anche nel diritto privato rimedi da affiancare, in un separato binario giurisdizionale, alle sanzioni irrogate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Restano innegabili, peraltro, le peculiarità di questo intervento a tutela del consumatore rispetto alla disciplina preesistente: segnate – nel nostro sistema come in quello francese – dall'assenza di riferimenti alle conseguenze di diritto privato della violazione del divieto.

Quanto al problema dell'accertamento del requisito incentrato sullo *status* soggettivo dell'attore e del destinatario della pratica, esso non pone particolari problemi – salvo quegli stessi riscontrabili in altri settori del diritto dei consumi – quando la pratica commerciale si sia concretata

¹⁴ Che nella parte prima (§ 1 ss.) conteneva infatti “*Zivilrechtliche und Strafrechtliche Bestimmungen*”.

¹⁵ A tale proposito si vedano le considerazioni critiche contenute nel parere del Comitato economico e sociale europeo del 29 gennaio 2004, n. 3.4.1.1., a proposito della biforcazione del regime della pubblicità ingannevole: “la coesistenza di due regimi giuridici differenziati per disciplinare la stessa materia – la pubblicità ingannevole – a seconda del soggetto economico interessato – impresa o consumatore – (...) [può] introdurre incongruenze e differenze nel trattamento e nella regolamentazione; tutto ciò è in contrasto con il principio di semplificazione normativa e può dar origine ad una mancanza di certezza giuridica”.

nell'instaurazione di una relazione precontrattuale o contrattuale fra un determinato professionista ed un consumatore.

La possibilità di verificare la sussistenza del requisito testé menzionato è invece meno sicura quando la pratica si sostanzia nella pubblicità o nel *marketing*, in quanto non è sempre facilmente identificabile lo *status* soggettivo del destinatario del messaggio. Come si è già sottolineato all'inizio, tale possibilità di identificazione sussiste là dove la promozione di un prodotto sia realizzata tramite comunicazioni specificamente indirizzate a consumatori. Essa sussiste altresì se il prodotto, per le sue caratteristiche intrinseche o per le circostanze in cui è pubblicizzato, è destinato ad essere utilizzato esclusivamente per fini non professionali. In tutti gli altri casi, sarà sufficiente che la pratica sia rivolta a commercializzare un prodotto che sarà presumibilmente acquistato anche (se non esclusivamente) da consumatori¹⁶: e quindi “suscettibile, in condizioni ragionevolmente prevedibili, di essere utilizzato da un consumatore”¹⁷.

In ogni caso, i destinatari professionali dei messaggi pubblicitari sono tutelati dalla disciplina della pubblicità ingannevole. Questa – prima regolata unitariamente negli artt. 18 ss. c.cons., sebbene come *corpus* spurio, rivolto anche a tutela dei professionisti – si trova ora ripartita in due diverse sedi disciplinari. Mentre lo scopo preminente degli attuali artt. 18 ss. c.cons. è la protezione dei consumatori, la finalità del coevo d.lgs. 145/2007 è quella di “tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali, nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa” (art. 1). La pubblicità ingannevole, come si è visto, è definita dall'art. 2, comma 1, lett. b) e dall'art. 3, d.lgs. n. 145/2007 come “qualsiasi pubblicità che in qualunque modo [...] è idonea a indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, sia idonea a ledere un concorrente”. Si noti che questa definizione costituisce una specificazione, sul piano oggettivo, di quella pratica commerciale di cui all'art. 18 c.cons.: la quale – come si è visto – è suscettibile di includere anche – ma non solo – casi di pubblicità ingannevole. Sul piano soggettivo, tuttavia, l'art. 2, comma 1, lett.

¹⁶ DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/Ce, concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti tra professionisti e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2006, p. 10.

¹⁷ Si è utilizzata l'espressione contenuta nella definizione di “prodotto” offerta dal codice del consumo italiano: art. 3, lett. e).

b), d. lgs. n. 145/2007 ha una latitudine maggiore dell'art. 18 c.cons., in quanto non fa distinzione a seconda della natura del destinatario del messaggio (una persona fisica o giuridica), né a seconda dello scopo (privato o professionale) che persegue¹⁸.

Le inevitabili sovrapposizioni della sfera di operatività delle due discipline sono tuttavia ridimensionate dalla sostanziale convergenza dei rispettivi procedimenti di tutela amministrativa e giurisdizionale (sotto il profilo dell'autorità competente, della legittimazione ad agire, delle regole procedurali e delle sanzioni): lo si può dedurre da una lettura sinottica dell'art. 8, d.lgs. n. 145/2007 (concernente la pubblicità ingannevole) e dell'art. 27 c.cons. (in materia di pratiche commerciali scorrette), nonché dei rispettivi regolamenti sulle procedure istruttorie emanati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

5. (segue) *Le nozioni di «consumatore», «professionista» e «prodotto»*

Le definizioni contenute nell'art. 18, lett. a), b) e c) c.cons. – nonché, per quanto riguarda il concetto di “pratica commerciale scorretta”, l'art. 18, lett. d), c.cons. – consentono di delimitare, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, l'ambito di applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette inserita nel Titolo III della Parte II del c.cons. Tali definizioni – valevoli soltanto per il Titolo III della Parte II e conseguentemente dotate di natura «speciale» – sono state formulate in piena e pedissequa aderenza al testo della direttiva, senza tenere in alcuna considerazione la circostanza che il codice del consumo già contiene definizioni «generali» delle nozioni di «consumatore», «professionista» e «prodotto» (art. 3) e senza operare alcun coordinamento con tali definizioni.

La definizione di «consumatore» di cui alla lett. a) corrisponde invero sotto ogni profilo, nella sostanza (ancorché non nella formulazione testuale), a quella di cui alla lett. a) dell'art. 3 c. cons., e appare pertanto del tutto superflua¹⁹. Come quest'ultima (e diversamente dalla discutibile definizione «speciale» inserita nel testo originario del 2° co. dell'art. 19 c. cons., definizione «speciale» che includeva nella relativa nozione anche le persone giuridiche e della quale non vi è

¹⁸ DE CRISTOFARO, in AA.VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di DE CRISTOFARO, p. 125 ss.

¹⁹ Così anche BARGELLI, in A.A.V.V., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di DE CRISTOFARO, 121.

oggi più alcuna traccia, né nel c. cons. né nel d.lgs. n. 145/07, recante la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa), essa include tutte e soltanto le persone fisiche, ad esclusione di quelle che «agiscono per fini che rientrano nel quadro» della attività «commerciale, industriale, artigianale o professionale».

Anche ai fini della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, dunque, non sono suscettibili di essere ricompresi nella nozione di consumatore gli enti collettivi, dotati o privi di personalità giuridica, siano essi *profit* o *non profit*.

Nessuna differenza di portata e significato sussiste fra la locuzione «agiscono per fini che non rientrano nel quadro della» e la locuzione «agisce per scopi estranei alla», che compare nella definizione generale di cui all'art. 3, lett. *a*), c. cons.

Altrettanto dicasi a proposito della nozione di «attività commerciale, industriale, artigianale o professionale», la cui portata è – e non può non essere – del tutto identica a quella propria della nozione di «attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale» di cui all'art. 3, lett. *a*), c. cons.. Per quale ragione il legislatore, nella lett. *a*) dell'art. 18 c. cons., abbia ommesso di utilizzare l'aggettivo “imprenditoriale” (presente invece nella lett. *a*) dell'art. 3) preferendo impiegare l'aggettivo “industriale” (che non compare per contro nella citata lett. *a*) dell'art. 3 c. cons.), non è dato sapere: certo è che nessuna rilevanza può essere attribuita a tale differenza di terminologia, essendo certo ed indiscutibile che gli artt. 18 ss. non trovano applicazione alle pratiche commerciali che vengano poste in essere (in via esclusiva) nei confronti delle persone fisiche che svolgono un'attività imprenditoriale agricola (e abbiano ad oggetto “prodotti” suscettibili di essere utilizzati nel contesto di tale attività) e più in generale a tutte le pratiche commerciali rivolte a promuovere la conclusione di contratti per l'acquisto di beni o servizi destinati ad una attività d'impresa (nel senso di cui all'art. 2082 c.c.) di qualsivoglia natura.

L'applicazione della definizione di consumatore di cui alla lett. *a*) nel settore delle pratiche commerciali potrebbe risultare non sempre agevole perché in molte ipotesi i soggetti cui si rivolgono i professionisti, lungi dall'«agire», sono in realtà destinatari meramente «passivi» delle pratiche commerciali.

Laddove si tratti di valutare se la condotta tenuta da un professionista nei confronti di una singola, determinata fisica, sia suscettibile di essere qualificata come “pratica commerciale”, occorre distinguere. Se il destinatario della condotta è un imprenditore individuale o professionista intellettuale (lavoratore autonomo), per stabilire se esse siano o meno soggette agli artt. 18ss. c. cons. occorre procedere ad una sorta di valutazione ipotetica: quando infatti il contratto del quale un professionista promuova la stipulazione con condotte siffatte sia un contratto che – laddove la persona fisica alla quale esso viene offerto accettasse di stipularlo – sarebbe senz’altro da qualificarsi come “contratto del consumatore” (in quanto avente ad oggetto beni o servizi destinati ad usi in nessun modo riconducibili, nemmeno indirettamente, all’attività imprenditoriale o alla professione intellettuale esercitata dal destinatario), la condotta tenuta allo scopo di promuovere la conclusione del relativo affare è senz’altro una pratica commerciale alla quale trovano applicazione gli artt. 18ss. c. cons.²⁰ Se il destinatario della condotta tenuta dal professionista è invece una persona fisica investita del potere di agire in nome e/o per conto di un ente collettivo (*profit* o *non profit*), deve escludersi la sussistenza di una “pratica commerciale” (nel senso di cui alla lett. *d*) dell’art. 18) tutte le volte in cui il “prodotto” cui la condotta “promozionale” si riferisce sia sicuramente ed esclusivamente destinato all’ente e non invece alla persona fisica che ne abbia la rappresentanza organica. In tutti gli altri casi, infine, gli artt. 18ss. trovano sempre e necessariamente applicazione.

Quando invece le campagne promozionali e di *marketing* relative ad un determinato «prodotto» si rivolgano (non a uno o più soggetti determinati, bensì) a tutti indistintamente i soggetti potenzialmente interessati ai beni o servizi reclamizzati, a prescindere dagli scopi in vista dei quali tali beni o servizi potrebbero essere acquistati nonché dalla natura privata o professionale degli usi cui si prestano ad essere adibiti, affinché una comunicazione commerciale o una pubblicità possa considerarsi soggetta agli artt. 18 ss. c. cons. necessario e sufficiente è che il bene o il servizio cui essa si riferisce – per le sue intrinseche caratteristiche e/o per le modalità con le quali viene offerto sul mercato – sia suscettibile di essere destinato ad usi di natura privata (o comunque non professionale/imprenditoriale) e conseguentemente di essere acquistato da parte di una persona

²⁰ Nel medesimo senso, v. anche BARGELLI, *op. cit.*, p. 122.

fisica per essere adibito ad usi siffatti. Del tutto irrilevante è la circostanza che il bene o il servizio in questione si presti in linea di principio ad essere utilizzato *anche* nell'ambito di un'attività imprenditoriale o professionale, sicché pure una imprenditore individuale (o un libero professionista) o un ente collettivo potrebbero avere interesse ad acquistarlo per adibirlo ad usi inerenti all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata. Gli artt. 18 ss. c. cons. si applicano pertanto anche alle comunicazioni commerciali che, essendo «correlate» alla promozione di beni o servizi offerti sul mercato sia a consumatori che a professionisti, vengano rivolte ed indirizzate contemporaneamente ed indistintamente sia agli uni che agli altri²¹.

Diversa dalla nozione di “consumatore” (che ha la funzione di delimitare l'ambito di applicazione della disciplina, circoscrivendolo appunto alle sole pratiche commerciali poste in essere dai professionisti «nei confronti dei consumatori») è la nozione di «consumatore medio», che individua il parametro in applicazione del quale dev'essere valutata – ai fini di una sua eventuale qualificazione in termini di «scorrettezza» - l'attitudine di una pratica commerciale a falsare il comportamento economico dei consumatori, inducendoli ad assumere decisioni di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso. L'art. 18 non contiene un'apposita definizione del significato della nozione di «consumatore medio», che può tuttavia essere desunto dal *considerando* n. 18 della dir. 2005/29/CE (in proposito v. *infra*, cap. II).

Quanto alla definizione di «professionista» di cui alla lett. *b*), può senz'altro affermarsi che pure di questa definizione «speciale» si sarebbe potuto tranquillamente fare a meno: sarebbe stato invero più che sufficiente adeguare la formulazione testuale della definizione «generale» contenuta nella lett. *c*) dell'art. 3 c. cons., sostituendo l'ambiguo riferimento al «suo intermediario» con il più corretto riferimento a «chiunque agisca in nome o per conto di un professionista».

All'inclusione nella nozione di «professionista» di «chiunque agisca in nome o per conto di un professionista» non sembra possano essere riconosciute conseguenze diverse rispetto a quelle derivanti dalla previsione – accanto alla persona fisica che agisce nel quadro della propria attività imprenditoriale o professionale – del «suo intermediario», che si rinviene nella definizione della

²¹ Così anche BARGELLI, *op. cit.*, p. 121 e MAYR, *Il parametro del consumatore*, in *AIDA*, 2008, p. 293.

lett. c) dell'art. c. cons.²²: ne deriva che le considerazioni svolte in merito alla portata e al significato di quest'ultima possono in linea di principio considerarsi valide anche ai fini dell'interpretazione della lett. b) dell'art. 18 c. cons.

L'inclusione di «chiunque agisca in nome o per conto di un professionista» riveste una importanza notevole perché (pure ai fini dei procedimenti di cui all'art. 27 c. cons.) sembra consentire di considerare «professionista» - accanto al fabbricante, all'importatore o al distributore «professionale» dei «prodotti» immessi nel mercato, che ne promuova l'acquisto da parte di «consumatori» commissionando le relative campagne promozionali e finanziando la diffusione di messaggi pubblicitari e comunicazioni commerciali - anche l'imprenditore che, su suo incarico, predisponga i contenuti dei messaggi pubblicitari e delle comunicazioni commerciali, nonché l'imprenditore che, sempre su suo incarico, provveda a diffondere tali messaggi (ad es. attraverso servizi di media audiovisivi) indirizzandoli e facendoli pervenire al pubblico dei consumatori.

Anche in relazione alla definizione di «professionista» deve ribadirsi che la nozione di «attività commerciale, industriale, artigianale o professionale» ha una portata necessariamente identica a quella propria della nozione di «attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale» di cui all'art. 3, lett. c), c. cons. Nessuna rilevanza può essere attribuita alla circostanza che - nella lett. b) dell'art. 18 c. cons. - all'aggettivo «imprenditoriale» sia stato preferito l'aggettivo «industriale»: gli artt. 18 ss. trovano infatti sicuramente applicazione alle pratiche commerciali che vengano poste in essere da imprenditori agricoli o comunque per promuovere la conclusione di contratti fra consumatori e imprenditori agricoli, e più in generale a tutte le pratiche commerciali rivolte a promuovere la conclusione di contratti fra consumatori e persone fisiche o enti collettivi che svolgano un'attività d'impresa (nel senso di cui all'art. 2082 c.c.) di qualsivoglia natura.

Amplissima è, infine, la portata della definizione «speciale» di «prodotto», contenuta nella lett. c): essa infatti include non soltanto cose mobili corporali, ma anche beni immobili, diritti, obbligazioni e, più in generale, beni immateriali, nonché i servizi: in buona sostanza, non vi sono limitazioni di sorta quanto alla natura e all'oggetto della prestazione dedotta nel contratto con il

²² In tal senso BARGELLI, *op. cit.*, p. 123.

quale la pratica commerciale sia in “relazione”: quali che siano le prestazioni poste a carico dell’una o dell’altra parte del contratto (trasferimento o costituzione di diritti di proprietà ovvero di diritti personali o reali di godimento su cose mobili o immobili, trasferimento di diritti di credito, trasmissione del possesso di cose, attribuzione di somme di denaro, prestazioni di *facere* o *non facere*) e quale che sia la causa del contratto medesimo, quel che conta affinché il comportamento per promuovere la stipulazione di tale contratto o per darvi esecuzione è soltanto che esso sia destinato a d essere (o sia già stato) concluso da un consumatore con un professionista.

6. *L’ampiezza della nozione di «pratica commerciale» accolta nella direttiva 2005/29/CE: premessa*

La nozione di “pratica commerciale” ha trovato ingresso nell’ordinamento italiano con il nuovo art. 18, lett. *d*) c.cons. ed è da intendersi come qualsiasi azione od omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale, ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere dal professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori. Dal combinato disposto dell’art. 2, lett. *d*) e dell’art. 3, par. 1, della direttiva si evince che tale nozione comprende tutti i comportamenti tenuti da imprenditori o liberi professionisti che siano «direttamente connessi» con la «promozione, la vendita o la fornitura» di qualsivoglia bene o servizio a consumatori e che vengano posti in essere anteriormente, contestualmente o posteriormente all’instaurazione di rapporti contrattuali fra professionisti e consumatori. Necessario e sufficiente, affinché un comportamento imprenditoriale (quale che ne sia la natura) possa e debba essere considerato una «pratica commerciale» nel senso e ai fini della direttiva, è l’oggettiva esistenza di una connessione, di un legame «diretto» fra tale comportamento ed uno o più rapporti contrattuali già instaurati o da instaurarsi fra consumatori e professionisti. Né la circostanza che tali condotte si riferiscano a beni o servizi che vengono offerti genericamente ad un pubblico indifferenziato, anziché in via esclusiva a «consumatori» in senso stretto, vale ad impedire che ricorrano gli estremi di una pratica commerciale nel senso di cui all’art. 2, lett. *d*) della direttiva n. 2005/29/CE: a tal fine è infatti sufficiente che i beni o i servizi promossi e offerti sul mercato dal professionista siano suscettibili di essere acquistati da persone fisiche per scopi di

natura privata/familiare, a nulla rilevando che essi siano suscettibili di essere acquistati anche da persone fisiche o enti collettivi per scopi di natura professionale.

La menzionata definizione di cui all'art. 18, lett. d) deve essere combinata con quella della "scorrettezza" – contenuta nell'art. 20, 2° comma, cod. cons. –, intesa come contrarietà alla diligenza professionale e idoneità 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". Tale formulazione testuale riprende sostanzialmente (ancorché non letteralmente) quella del par. 2 dell'art. 5 della direttiva 2005/29/CE.

Incurante delle pesanti critiche mosse dalla dottrina europea nei confronti di questa disposizione²³, il legislatore italiano non ha ritenuto opportuno discostarsi, in sede di redazione della "clausola generale", dalle scelte operate dagli organi comunitari, sia quanto alla struttura e alla costruzione della norma sia, soprattutto, quanto alla terminologia impiegata. Merita peraltro sin d'ora d'essere segnalato che, delle due definizioni "normative" rilevanti ai fini della ricostruzione del significato e della portata della nozione generale (e cioè la definizione di "falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori" e la definizione di "diligenza professionale", rispettivamente contenute nelle lett. e e h dell'art. 18 c.cons.), quella di "diligenza professionale" presenta una fondamentale differenza di formulazione rispetto alla corrispondente definizione inserita nella direttiva.

A dire il vero una diversità, e non di poco conto, sarebbe riscontrabile anche nella formulazione testuale della nozione generale di pratica commerciale scorretta, dal momento che, mentre per la direttiva dev'essere considerata sleale ogni pratica che (oltre ad essere contraria alla diligenza professionale) "falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio", l'art. 20, comma 2, c.cons. statuisce che una pratica commerciale è scorretta se..."è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio".

²³ La definizione dell'art. 5 è stata criticata, in particolare, per la sua ambiguità e ridondanza, nonché per l'eccessiva quantità di nozioni giuridiche generiche ed indeterminate in essa ricorrenti: cfr. per tutti BRÖMMELMEYER, *Der Binnenmarkt als Leistung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, in *Gewerblicher Rechtsschutz- und Urheberrecht*, 2007, p. 298.

Una interpretazione letterale della disposizione italiana di recepimento dovrebbe a rigore condurre al seguente esito: a rendere scorretta una pratica dovrebbe essere (oltre alla sua contrarietà a diligenza professionale) la sua “falsità” (intrinseca) ovvero, in alternativa, la sua attitudine a falsare il comportamento economico del consumatore. Un esito siffatto sarebbe tuttavia del tutto inaccettabile, non solo perché irragionevole (false possono essere soltanto le informazioni e le notizie divulgate nell’ambito delle pratiche commerciali, non certamente le pratiche commerciali in sé e per sé considerate) e incoerente con l’impianto della disciplina (posto che alle pratiche commerciali ingannevoli sono specificamente dedicati gli artt. 21 e 22 c.cons.), ma anche e soprattutto perché tale da porre la norma interna in palese contrasto con quella comunitaria, in una misura (e in relazione al profilo fondamentale degli elementi costitutivi della clausola generale) incompatibile con la natura di norma di armonizzazione completa di quest’ultima.

Appare pertanto imprescindibile l’adozione di una interpretazione “correttiva” della lettera della disposizione, idonea a renderla pienamente conforme al modello sul quale è ricalcata. D’altro canto, appare tutt’altro che inverosimile che il legislatore italiano si sia discostato in questo punto dalla formulazione della direttiva non tanto in virtù di una scelta consapevole e ponderata, quanto piuttosto per una mera svista dovuta a superficialità e disattenzione.

Ciò precisato, può e deve senz’altro affermarsi che una pratica commerciale è “scorretta”, a norma della “nozione generale”, di cui al comma a dell’art. 20 c.cons., se risulta “contraria alla diligenza professionale” e “falsa o è idonea a falsare in misura apprezzabile” il comportamento economico dei consumatori in relazione al bene o al servizio a cui si riferisce.

Le caratteristiche sopra enunciate debbono ricorrere cumulativamente e non alternativamente²⁴: una pratica commerciale della quale venga accertata la contrarietà alla diligenza professionale non

²⁴ In questo senso si era unitariamente espressa la dottrina con riferimento all’art. 5, § 2, della direttiva: cfr. fra i molti KÖHLER - LETTL, *Das geltende europäische Lauterkeitsrecht, der Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die UWG-Reform*, in *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2003, p. 1038; AUGENHOFER, *Ein “Flickenteppich” oder doch der “große Wurf”?*, in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 2005, p. 209; KEBLER – MICKLITZ, *Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern*, in *Betriebs-Berater Spezial*, 2005, 13, p. 8; MASSAGUER, *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La directiva 2005/29/Ce sobre las prácticas Comerciales Desleales*, Cizur Menor, 2006, p. 58; WIEBE, *Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie und Perspektiven für eine UWG-Reform*, in *Juristische Blätter*, 2007, p. 73; VIGORITI, *Verso l’attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 533, il quale peraltro afferma che una pratica, per poter essere considerata sleale a norma della clausola generale, oltre ad essere contraria alle norme di diligenza professionale e ad essere idonea a falsare in misura rilevante il

può essere pertanto per questa sola ragione definita come “scorretta”, laddove non consti altresì la sua attitudine a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico dei consumatori, e viceversa²⁵.

La nozione “generale” di pratica commerciale scorretta costituisce, per il nostro ordinamento giuridico, una assoluta novità, e, trattandosi di una nozione originale e specificamente propria del diritto comunitario, dovrà essere fatta oggetto di una interpretazione c.d. autonoma, facendo precipuo riferimento alla *ratio* e agli obiettivi della direttiva 2005/29/CE²⁶.

7. La “relazione” con la promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori

Si è fin qui sottolineata la consonanza fra l’art. 18, lett. *d*) c.cons. e l’art. 2, lett. *d*), dir. 2005/29/CE. Dalla comparazione fra i due testi citati emerge tuttavia, fin da un primo sguardo, un elemento di disarmonia: laddove il secondo richiede la “diretta connessione” della pratica “alla promozione, alla vendita o alla fornitura di un prodotto ai consumatori”, l’art. 18, lett. *d*) c.cons. – nel prevedere che la condotta del professionista sia posta in essere semplicemente “in relazione” alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori – utilizza un’espressione più generica ed apparentemente comprensiva.

Poiché nel commentare l’art. 2, lett. *d*), dir. 2005/29/CE si è ritenuto di attribuire rilievo al requisito della “diretta connessione” allo scopo di selezionare le condotte suscettibili di ricadere nella nozione di pratica commerciale²⁷, appare necessario chiarire se la variante terminologica introdotta dal decreto di conversione implichi anche un mutamento sostanziale nella sfera di operatività della disciplina.

comportamento economico del consumatore medio dovrebbe altresì essere dotata di una non meglio precisata “rilevanza economica”: la pretesa di ancorare la qualificazione in termini di slealtà a questo ulteriore elemento costitutivo appare tuttavia del tutto arbitraria e priva di qualsivoglia fondamento, non essendovi nella direttiva alcun dato testuale suscettibile di avvalorarla.

²⁵ Cfr. la Relazione illustrativa della proposta di direttiva presentata dalla Commissione nel 2003, n. 53, p. 14.

²⁶ La necessità che la nozione generale di pratica commerciale sleale venga fatta oggetto in tutti i Paesi membri di una interpretazione c.d. autonoma e la centralità del ruolo che la Corte di Giustizia Ce è destinata ad assumere ai fini della interpretazione del § 2 dell’art. 5 della direttiva e della individuazione del suo significato e della sua portata precettiva viene comunemente riconosciuta dalla dottrina europea: cfr. fra i molti OHLY, *Bausteine eines europäischen Lauterkeitsrechts*, in *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2008, p. 177 ss.; WIEBE, *op. cit.*, p. 73 s.

²⁷ Cfr. BARGELLI, *op. cit.*, p. 75 ss.

A tal fine è opportuno ricordare che la “diretta connessione” menzionata dall’art. 2, lett. d), dir. è stata ritenuta sussistente ogniqualvolta l’azione o l’omissione sia oggettivamente indirizzata a commercializzare un prodotto destinato (anche esclusivamente) ai consumatori²⁸. Ciò può verificarsi in un duplice ordine di ipotesi.

Per un verso, nel caso in cui il prodotto sia specificamente o prevalentemente rivolto a certe categorie di consumatori: a chi, quindi, lo userà presumibilmente per scopi non professionali (si pensi alla pubblicità di vestiario per il tempo libero pubblicizzato; alla promozione, da parte di un’agenzia di viaggio, di una vacanza organizzata con sconti ai pensionati; alla trasmissione, attraverso il mezzo televisivo, di messaggi pubblicitari riguardanti giochi per bambini nelle fasce orarie da questi fruite o in collegamento a programmi destinati ad essi; alla diffusione di spot pubblicitari volti ad invogliare giovani famiglie ad acquistare un certo tipo di autovettura, o a invitare casalinghe ad utilizzare un determinato prodotto per la pulizia della casa; alla pubblicità di un centro dimagrante).

Per altro verso, quando il prodotto sia indirizzato ad un pubblico indistinto e sia suscettibile, quindi, di essere utilizzato non solo per scopi privati, ma anche professionali o misti (si pensi alla promozione di personal computer, di prodotti o arredi per ufficio).

Si è tuttavia sottolineato come la “pratica” debba essere in via immediata rivolta alla commercializzazione di tale prodotto.

Sulla scorta di tale definizione si è optato per escludere dal concetto di “pratica commerciale” due gruppi di condotte od omissioni.

Per un verso, sono stati collocati fuori da questa sfera i rapporti precontrattuali o contrattuali instaurati con altri professionisti che agiscano o abbiano agito in tale veste; le attività finalizzate a promuovere prodotti destinati esclusivamente ai professionisti: si pensi alle attrezzature per uno studio medico e, in generale, ai beni strettamente destinati all’esercizio di un’attività professionale; infine, le condotte rivolte ad altri imprenditori concorrenti e prive di una diretta efficacia sui contratti in seguito stipulati con i consumatori.

²⁸ BARGELLI, *op loc ultt. citt.*

Per un altro verso, sono stati esclusi dalla nozione sopra riferita i casi in cui il collegamento finalistico fra la “pratica” e la promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori sia realizzato in via mediata.

Quanto al primo gruppo di attività, è evidente che può essere qui ribadita la loro estraneità dall’ambito di operatività del d.lgs. n. 146/2005: vista, infatti, la delimitazione della disciplina ai rapporti fra professionisti e consumatori, la modifica terminologica introdotta non può legittimare un’interpretazione capace di estenderla a pratiche destinate ad altri professionisti.

Merita una più attenta riflessione il secondo gruppo di pratiche, caratterizzate dalla sussistenza di un oggettivo collegamento con la commercializzazione di un prodotto nei confronti dei consumatori, il quale, però, è privo dell’immediatezza insita nel requisito della “diretta connessione”. Dal mutamento di formulazione dell’art. 18, lett. d), c.cons. rispetto al testo della direttiva 2005/29/CE (ovvero dalla sostituzione della locuzione “in relazione” in luogo della “diretta connessione”) si potrebbe arguire che sia ora possibile includere nell’ambito di operatività della disciplina anche le pratiche dei professionisti volte solo in via mediata a promuovere, a vendere o a fornire prodotti ai consumatori. A contrastare questa conclusione basta tuttavia invocare una considerazione decisiva, attinente al rapporto fra la fonte comunitaria e quella interna: la direttiva 2005/29/CE è volta a garantire un’armonizzazione massima o completa e, pertanto, non consente agli Stati membri di ridurre, di aumentare o di migliorare il livello di tutela dei consumatori. Di conseguenza, non sono legittime letture della normativa di attuazione che finiscano per perseguire tale risultato attraverso l’ampliamento del raggio di applicazione della nozione di “pratica commerciale” deducibile dalla direttiva comunitaria. Se, in conclusione, la direttiva resta il punto di riferimento fondamentale per definire i confini oggettivi della pratica commerciale – e dunque non possono in definitiva darsi sostanziali disarmonie fra la lettura l’art. 2, lett. d), direttiva 2005/29/CE e quella dell’art. 18, lett. d) c.cons. – è ad essa e alle sue finalità che occorre guardare allo scopo di definire anche il raggio di applicazione della disposizione nazionale.

Si possono riportare, a titolo esemplificativo, due tipi di condotte dirette solo in via mediata alla promozione, alla vendita o alla fornitura di un prodotto ai consumatori: il primo suscettibile di

ricadere nella nozione di pratica commerciale considerata rilevante sia dalla direttiva sia dall'art. 18, lett. d), c.cons.; il secondo certamente escluso da entrambi.

Il primo tipo di condotta è data dal marketing finalizzato a diffondere o a pubblicizzare una positiva e seducente rappresentazione del professionista presso i consumatori²⁹. La connessione con la promozione di un prodotto nei confronti dei consumatori è, qui, solo indiretta. Eppure non sembra possibile dubitare che si tratti di una pratica potenzialmente inclusa non solo nella sfera di applicazione dell'art. 18, lett. d), c.cons., ma (se sleale) vietata anche dall'art. 2, lett. d), direttiva: e ciò alla luce dello scopo da questa perseguito (il buon funzionamento del mercato attraverso la salvaguardia della capacità di scelta dei consumatori). Al di là della differenza terminologica, il risultato applicativo è quindi il medesimo.

Il secondo tipo di condotta si ha quando il collegamento finalistico fra la “pratica” e la promozione, la vendita o la fornitura di un prodotto ai consumatori sia realizzato tramite un'intesa con altri professionisti: come accade nel caso di un cartello sul prezzo di un prodotto, immediatamente rivolto agli altri concorrenti, ma suscettibile di produrre effetti finalinei contratti stipulati fra consumatori. In questo caso l'interpretazione più ampia della novella potrebbe astrattamente avvalersi anche di un dato sostanziale. I decreti di attuazione hanno scelto di devolvere all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato la competenza a decidere – d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzatore che ha interesse – in ordine alla scorrettezza di una pratica commerciale, ad adottare i rimedi più opportuni e, eventualmente, a comminare sanzioni al professionista che la pone in essere (v. art. 27, c.cons.)³⁰. È prevalsa quindi una lettura pubblicistica della nuova normativa, concepita come sistema di tutela della concorrenza, del corretto andamento del mercato e degli interessi collettivi dei consumatori. Se lo scopo della novella è quello di eliminare gli ostacoli al funzionamento del mercato attraverso il divieto di pratiche capaci di ridurre la capacità di scelta del consumatore medio(o del membro medio di un eventuale gruppo determinato cui è diretta), anche un'intesa anticoncorrenziale – si potrebbe argomentare – ricadrebbe nella relativa sfera di applicazione.

²⁹ L'esempio è fornito da WILHELMSSON, *Scope of the Directive*, in *European Fair Trading Law*, cit., 55.

³⁰ Scelta auspicata da CIATTI, *I mezzi di prevenzione e di repressione delle pratiche commerciali sleali nella direttiva comunitaria del 2005*, in *Contr. e impr./Europa*, 2007, p. 79 ss.

A osteggiare questo risultato – oltre al già citato argomento fondato sul rapporto tra le fonti – è sufficiente ricordare, tuttavia, che la nozione di pratica commerciale guarda alle condotte (attive o omissive) suscettibili di condizionare la capacità di decisione e di scelta dei consumatori, indipendentemente da un qualsiasi effetto pregiudizievole sul contenuto dell'eventuale contratto. Si può dunque concludere che questo secondo esempio di pratica non solo è esclusa dalla sfera di operatività della direttiva, ma anche dell'art. 18, lett. *d*), c.cons.

8. La latitudine temporale: prima, durante o dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto

L'art. 19 c.cons., conformemente all'art. 3 direttiva 2005/29/CE, sancisce l'applicabilità della disciplina in esame alle pratiche commerciali poste in essere prima, durante o dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto.

È alquanto intuitivo il concetto di pratica commerciale scorretta posta in essere in vista della conclusione di un contratto con un consumatore. Vi rientrano infatti i comportamenti che si concretino in una presa di contatto fra le due parti, abbiano o meno essi avuto ad esito il perfezionamento di un accordo fra queste. Si noti infatti che l'art. 20 c.cons. – nel definire la scorrettezza della pratica – si limita a richiedere la mera idoneità della stessa a falsare (in misura apprezzabile) il comportamento economico del consumatore: di conseguenza, fra i presupposti della pratica commerciale vietata non rientra l'effettiva conclusione di un contratto fra il professionista scorretto ed il consumatore.

La pratica commerciale anteriore ad un'operazione relativa ad un prodotto comprende, pertanto, situazioni precedenti all'instaurarsi di un contatto fra le parti: purché suscettibili di indurre il consumatore ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso (e – si noti – indipendentemente dal fatto che in concreto la prenderà).

Quanto, infine, agli atti e alle omissioni concernenti la fase della conclusione dell'accordo, vengono in gioco l'esecuzione del contratto e le tutele postcontrattuali (si pensi ai diritti di reclamo e di assistenza post-vendita).

Si inseriscono in questo contesto anzitutto le pratiche volte ad influenzare slealmente la scelta del consumatore di esercitare o meno un diritto (come il recesso) o di far valere una tutela (per esempio la sostituzione o la riparazione del bene acquistato). L'ipotesi è contemplata, in generale, nell'art. 21, lett. g), c.cons. (dove, nel definire il carattere ingannevole della pratica, si fa riferimento alla sua idoneità ad indurre in errore il consumatore in ordine ai suoi diritti, "incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi dell'art. 130 del presente codice"). Il successivo art. 23, lett. h), c.cons., inoltre, tipizza un caso di questo tipo là dove cita fra le pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli l'impegno del professionista "a fornire l'assistenza post-vendita a cui egli ha comunicato, prima dell'operazione commerciale, in una lingua ufficiale diversa da quella dello Stato membro in cui il professionista stesso è stabilito, per poi offrire concretamente il servizio soltanto in un'altra lingua". L'art. 25, comma 1, lett. d), infine, nel prevedere gli elementi da considerare ai fini della valutazione di aggressività di una pratica, fa riferimento all'imposizione di un qualsiasi ostacolo non contrattuale – oneroso o sproporzionato – all'esercizio di diritti contrattuali, compreso quello di risoluzione del contratto, di cambiare il prodotto o di rivolgersi ad un altro professionista.

Si può considerare una pratica scorretta posteriore all'operazione commerciale, inoltre, anche quella suscettibile di incidere su altre decisioni di natura economica del consumatore. Un esempio di questo tipo si ha nell'ipotesi in cui un istituto bancario congegni gli estratti conto ottenibili dalle macchine bancarie in modo tale da indurre il cliente in errore riguardo alla sua reale situazione economica: così da portarlo a spendere oltre la sua disponibilità finanziaria e a dover pagare costosi interessi sullo scoperto³¹.

In conclusione, le pratiche antecedenti o contestuali ad un'operazione commerciale relativa ad un prodotto – nel prescindere (le prime) o nel presupporre (le seconde) un contatto fra professionista e consumatore – sono finalizzate a far acquisire il bene o il servizio, indipendentemente dal fatto che ciò avvenga concretamente.

³¹ BGH 27 giugno 2002, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2002, 1093, definisce questa condotta dell'istituto bancario non solo come inadempimento contrattuale, ma anche come comportamento concorrenziale sleale tanto a danno dei clienti quanto degli altri concorrenti.

Le pratiche posteriori, invece, hanno di mira le scelte del consumatore successive alla conclusione del contratto, purché direttamente collegate o conseguenti all'operazione commerciale già effettuata.

CAPITOLO SECONDO

IL SISTEMA DI VALUTAZIONE DEL CARATTERE SCORRETTO DI UNA PRATICA

COMMERCIALE: IL RAPPORTO TRA CLAUSOLE GENERALI E *BLACK LISTS*

SOMMARIO: 1. Il sistema di valutazione del carattere scorretto di una pratica commerciale. - 2. Il rapporto tra le previsioni della “*black List*” e le altre disposizioni (di recepimento) della direttiva 2005/29/CE. Orientamenti dottrinali e interventi del legislatore. - 3. La contrarietà della pratica alla “diligenza professionale”. - 4. (*segue*) La nozione di “diligenza professionale” nell’art. 18, lett. *h*) c.cons. - 5. L’idoneità della pratica commerciale a “falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore” (art. 18, lett. *e*, c.cons.). - 6. Il “consumatore medio” come parametro di valutazione dell’attitudine della pratica a falsare il comportamento economico dei consumatori.

1. *Il sistema di valutazione del carattere scorretto di una pratica commerciale*

Lungi dall’affidarsi alla mera discrezionalità valutativa delle autorità amministrative e giudiziarie nazionali chiamate ad applicare le norme di recepimento della direttiva n. 2005/29/CE, gli organi comunitari hanno posto a tale discrezionalità pesanti limitazioni, dettando una vasta e complessa serie di parametri in applicazione dei quali dev’essere condotto il giudizio di «lealtà» delle pratiche commerciali. A tal fine, essi hanno innanzitutto creato una definizione di carattere generale: ai sensi del par. 2 dell’art. 5, una pratica commerciale, per poter essere considerata sleale, deve essere «contraria alle norme di diligenza professionale», nonché idonea a «falsare in misura rilevante il comportamento economico» del «consumatore medio» al quale è diretta ovvero, quando sia diretta ad un gruppo determinato di consumatori, del membro medio di tale gruppo.

La definizione «generale» di pratica commerciale sleale è stata (art. 5, parr. 4 e 5) poi «concretizzata» attraverso la enucleazione di due categorie «speciali» di pratiche sleali (le pratiche «ingannevoli» di cui agli artt. 6 e 7 e le pratiche «aggressive» di cui agli artt. 8 e 9), nonché attraverso l’analitica e puntuale individuazione di singole fattispecie concrete di 31 pratiche commerciali sicuramente sleali, elencate nella lista «nera» di pratiche commerciali «considerate in

ogni caso sleali» inserita nell'all. I alla direttiva, lista che deve intendersi in ogni caso come tassativa³².

2. Il rapporto tra le previsioni della “black List” e le altre disposizioni (di recepimento) della direttiva 2005/29/CE. Orientamenti dottrinali e interventi del legislatore

³² In questo senso, Corte giust. CE 23-4-2009, in C-261/07, *VTB-VAB* e in C-299/07, *Galatea*, in *Nuova g. civ. comm.* 09, 1061ss., nt. DE CRISTOFARO (in senso conforme, Corte giust. UE 14-1-2010, in C-304/08, *Plus Warenhandelsgesellschaft*, pt. 41ss.), punto 61. Va rilevato peraltro che la Corte, con la sentenza del 16.12.2008 (grande sez.), pronunciata nella causa C-205/07, *Gysbrechts*, aveva già affrontato il delicato problema della delimitazione degli spazi di discrezionalità di cui godono i legislatori nazionali in sede di recepimento delle direttive CE di armonizzazione delle legislazioni nazionali concernenti i rapporti contrattuali fra consumatori e professionisti: non però con riguardo ad una direttiva di armonizzazione «completa», quale la direttiva n. 2005/29/CE, bensì in relazione ad una direttiva di armonizzazione c.d. minimale, e segnatamente la direttiva n. 97/7/CE, concernente i contratti stipulati a distanza da consumatori con professionisti. La discrezionalità di cui godono i legislatori nazionali nell'esercizio della facoltà – ad essi riconosciuta dalle direttive di armonizzazione «minimale» – di mantenere o introdurre norme più «rigorose» rispetto a quelle da esse dettate, e come tali idonee ad assicurare ai consumatori un livello di protezione più elevato rispetto a quello «minimo» imposto a livello comunitario, non è del tutto illimitata: le regole più «severe» che essi eventualmente dovessero scegliere di mantenere o introdurre debbono infatti comunque essere compatibili con il Trattato CE, ed in particolare con gli artt. 28-30 Trattato CE. Chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con l'art. 29 del Trattato CE di una normativa con la quale un legislatore nazionale (ancora una volta, quello belga), nel dare attuazione alla direttiva n. 97/7/CE, aveva introdotto misure di tutela del consumatore non imposte né contemplate da tale direttiva, la Corte ha per un verso escluso che la norma belga che impone al professionista il divieto di richiedere account o pagamenti prima della scadenza del termine entro il quale può essere esercitato lo *ius poenitendi* spettante al consumatore possa considerarsi illegittima (ammettendo che tale divieto si traduce di fatto in una «misura di effetto equivalente» alla restrizione quantitativa delle esportazioni, ma nel contempo riconoscendo che l'obiettivo perseguito dal divieto – quello cioè di tutelare i consumatori – è idoneo a giustificare l'adozione di detta misura e che quest'ultima è proporzionata rispetto a tale obiettivo), ma ha per altro verso affermato che contrasta con l'art. 29 Trattato CE (perché sproporzionato ed eccessivo rispetto allo scopo perseguito) il divieto, pure imposto ai professionisti dalla normativa belga in materia di contratti a distanza, di richiedere ai consumatori il numero della carta di credito in occasione della stipulazione del contratto. Merita infine di essere evidenziato che sono state già proposte davanti alla Corte di giustizia due ulteriori questioni pregiudiziali relative alla direttiva n. 2005/29/CE, entrambe vertenti sugli spazi concessi ai legislatori nazionali dalla natura completa dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali fra professionisti e consumatori. Con la prima, presentata il 9.7.2008 (causa 304/08, *Zentrale zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs e.V.*), il *Bundesgerichtshof* tedesco ha chiesto alla Corte se contrasti con la direttiva n. 2005/29/CE una normativa nazionale in forza della quale una pratica commerciale che faccia dipendere la partecipazione di consumatori a un concorso o gioco a premi dall'acquisto di un prodotto o di un servizio sia illecita in sé e per sé, a prescindere dalla sua concreta attitudine a ledere effettivamente gli interessi dei consumatori. Con la seconda, presentata il 4.12.2008 (causa 540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG*), l'*Oberster Gerichtshof* austriaco ha chiesto alla Corte se sia compatibile con la direttiva n. 2005/29/CE una normativa nazionale in forza della quale l'annuncio, l'offerta o l'assegnazione di premi gratuiti collegati a periodici nonché l'annuncio di premi gratuiti collegati ad altre merci o servizi sono vietate sempre e comunque, senza che debba esserne verificato, caso per caso, il carattere ingannevole, aggressivo o altrimenti sleale, e anche se tale normativa non si propone soltanto di tutelare i consumatori, ma persegue altri obiettivi che esulano dalla sfera di applicazione *ratione materiae* della direttiva, quali ad es. la salvaguardia del pluralismo della stampa o la tutela di concorrenti più deboli.

Fra i commentatori della direttiva n. 2005/29/CE e delle disposizioni che ad essa hanno dato attuazione nell'ordinamento italiano (artt. 18 ss. cod. cons.) è sorto e si è sviluppato un vivace dibattito in merito alla ricostruzione del giudizio di slealtà/scorrettezza delle pratiche commerciali e, particolarmente, in merito al ruolo che nell'ambito di tale giudizio dovrebbe ricoprire la definizione generale contenuta nell'art. 20, 2° comma, cod. cons. (corrispondente all'art. 5, par. 2, della direttiva) e ai margini di discrezionalità di cui gode l'interprete in sede di valutazione del carattere sleale/scorretto di una pratica suscettibile di essere ricondotta ad una delle previsioni analitiche contenute negli artt. 23 e 26 cod. cons. (rispettivamente recanti gli elenchi delle pratiche commerciali «considerate in ogni caso scorrette» in quanto ingannevoli o aggressive).

Una parte della dottrina, infatti, prendendo le mosse dalla considerazione che la definizione di pratica commerciale sleale contenuta nel par. 2 dell'art. 5 della direttiva (riversata, con alcune rilevanti modificazioni, nel 2° comma dell'art. 20 cod. cons.) e da considerarsi come vera e propria «clausola generale» costituisce il fulcro centrale dell'intera disciplina, sul quale deve sempre e necessariamente impernarsi il giudizio di «slealtà»/«scorrettezza» delle pratiche commerciali, è giunta infatti ad affermare che una pratica commerciale suscettibile di essere ricondotta ad una delle previsioni dell'Allegato alla direttiva (ora artt. 23 e 26 cod. cons.) sarebbe colpita da una mera presunzione «relativa» di slealtà, suscettibile di essere superata dimostrando che la singola pratica non è *in concreto* contraria alla diligenza professionale e/o non è suscettibile di falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio cui è rivolta: la nozione (*rectius*: «clausola») generale rilevarebbe pertanto – in sede e ai fini dell'applicazione delle liste «nere» – non solo per risolvere i dubbi interpretativi suscitati dalla formulazione testuale delle relative previsioni o per concretizzare le nozioni astratte e generiche ivi utilizzate, ma anche come criterio integrativo (e eventualmente correttivo) di tali previsioni, idoneo a consentire all'interprete di sovvertire la valutazione di slealtà *prima facie* in esse compiuta dal legislatore (comunitario e interno) attraverso una ponderata valutazione delle peculiari circostanze del caso concreto³³.

³³ Così LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. GENOVESE, Padova 2008, p. 37 ss., il cui orientamento viene condiviso da A. GENOVESE, *op. cit.*, p. 768 e, sostanzialmente, anche da V. MELI, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, *cit.*, p. 100.

Altri studiosi, invece, ritengono che l'interprete chiamato a valutare se una pratica commerciale abbia natura scorretta debba in primo luogo verificare se la pratica stessa si presti o meno ad essere inquadrata in una delle previsioni delle liste «nere» contenute negli artt. 23 e 26 cod. cons. e, in caso di esito positivo di tale verifica, sia senz'altro *tenuto* – senza alcuna possibilità di valutazione diversa – a considerarla scorretta, a prescindere dalle ripercussioni che essa in concreto abbia avuto sui consumatori nei confronti dei quali sia stata posta in essere nonché dalla sua potenziale attitudine a falsarne in misura rilevante/apprezzabile il comportamento economico. Se ne desume che una pratica suscettibile di essere ricondotta ad una delle previsioni degli artt. 23 e 26 cod. cons. deve ritenersi scorretta anche se, in sé e per sé considerata, essa non si presterebbe ad essere qualificata come «ingannevole» a norma degli artt. 21, commi 1° e 2°, e 22 cod. cons., né come «aggressiva» a norma dell'art. 24 cod. cons., né tanto meno come «scorretta» ai sensi della «definizione generale» di cui al comma 2° dell'art. 20 cod. cons.: in particolare, una pratica commerciale che oggettivamente presenti gli elementi e le caratteristiche individuate in una delle previsioni contenute nelle «liste nere» dovrebbe reputarsi per ciò solo scorretta, a prescindere dalla (e conseguentemente senza che si renda necessario accertare la) sua conformità alla «diligenza professionale» nonché dalla sua attitudine «a falsare il comportamento economico del consumatore».

Proprio questo secondo orientamento pare trovare pieno conforto nella giurisprudenza della Corte di giustizia³⁴. La sentenza non mancherà poi di ripercuotersi in modo significativo anche sulla nostra legislazione vigente. In vista dell'attuazione della direttiva n. 2005/29/CE, infatti, non è stata condotta in Italia (diversamente da quanto invece è accaduto in altri Stati UE, come ad es. la Gran Bretagna) un'attenta disamina della legislazione previgente, volta a verificarne la piena compatibilità con il divieto, imposto ai Paesi membri dall'art. 4 della direttiva, di mantenere disposizioni suscettibili di arrecare limitazioni alla libertà di prestazione di servizi e alla libertà di circolazione delle merci «per ragioni afferenti al settore armonizzato dalla direttiva» (*id est* per tutelare gli interessi economici dei consumatori), e più in generale con il divieto di introdurre

³⁴ Corte giust. CE 23-4-2009, in C-261/07, *VTB-VAB* e in C-299/07, *Galatea*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2009, 1061ss., nt. DE CRISTOFARO; in senso conforme, Corte giust. UE 14-1-2010, in C-304/08, *Plus Warenhandelsgesellschaft*, pt. 41ss.

disposizioni idonee ad assicurare ai consumatori un livello di tutela diverso (inferiore o anche superiore) rispetto a quello garantito dalla direttiva medesima. Il Governo si è limitato infatti ad introdurre nel titolo III della parte II del codice del consumo le disposizioni strettamente indispensabili per dare ingresso nel nostro ordinamento ai precetti corrispondenti agli artt. 1-3 e 5-13 della direttiva n. 2005/29/CE, ma non ha apportato alcuna modificazione alle discipline già vigenti (inserite in altri titoli o parti del codice del consumo o in provvedimenti normativi diversi da quest'ultimo, quali ad es. il d.lgs. 31.3.1998, n. 114, *Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'art. 4, comma 4°, della legge 15 marzo 1997, n. 59*, recante riforma della disciplina relativa al settore del commercio) potenzialmente suscettibili di interferire con la nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette. Sono così rimaste in vigore disposizioni che inibiscono la tenuta di determinate condotte imprenditoriali – senz'altro qualificabili come «pratiche commerciali» ma non riconducibili ad alcuna delle previsioni inserite nell'allegato alla direttiva n. 2005/29/CE (e negli artt. 23 e 26 cod. cons.) – imponendo divieti (assistiti da sanzioni amministrative pecuniarie), la cui compatibilità con la direttiva n. 2005/29/CE appare – anche alla luce dei pronunciamenti sul punto della Corte di giustizia – a dir poco dubbia: si pensi ad es. al divieto assoluto (contemplato dall'art. 11 cod. cons.) di commercializzare sul territorio nazionale di prodotti (o confezioni di prodotti) privi delle indicazioni di cui agli artt. 6, 7 e 9 cod. cons. (indicazioni la cui obbligatorietà va ricondotta ad una scelta autonoma del nostro legislatore, non essendo contemplata da alcuna direttiva comunitaria); si pensi altresì al divieto assoluto (ora posto dal 2° comma dell'art. 5 del d.lgs. 2-8-2007, n. 145, *Attuazione dell'art. 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole*) di diffondere messaggi pubblicitari nei quali i termini «garanzia», «garantito» e simili vengano impiegati senza essere accompagnati dalla precisazione del contenuto e delle modalità della garanzia offerta.

Il sospetto che il legislatore italiano non abbia ancora minimamente colto la portata della direttiva n. 2005/29/CE e dei limiti che da essa derivano per la libertà e la discrezionalità di cui godono i legislatori degli Stati membri nel regolamentare le pratiche commerciali poste in essere da professionisti nei confronti di consumatori ha trovato d'altra parte recentemente conferma nell'introduzione, ad opera dell'art. 22 della l. 23.7.2009, n. 99 (*Disposizioni per lo sviluppo e*

l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia), di una disposizione sicuramente incompatibile con la direttiva: il nuovo art. 22 *bis* cod. cons., qualificando come (senz'altro e necessariamente) «ingannevole» (e conseguentemente «scorretta») la pubblicità, diffusa dalle compagnie marittime operanti sul territorio italiano direttamente o in *code-sharing*, che «reclamizzi il prezzo del biglietto dovuto alla compagnia marittima separatamente dagli oneri accessori, dalle tasse portuali e da tutti gli oneri comunque destinati a gravare sul consumatore» (una pratica commerciale non rientrante nell'elenco riportato nell'allegato alla direttiva), di fatto impone un divieto formulato in termini la cui assolutezza contrasta insanabilmente con l'impianto e i contenuti della direttiva n. 2005/29/CE: stando a quest'ultima infatti, la scorrettezza dei messaggi pubblicitari come quelli che l'art. 22 *bis* qualifica come (sempre e comunque) ingannevoli (trattandosi di pratiche commerciali non riconducibili ad alcuna delle previsioni della lista nera dell'allegato alla direttiva) dovrebbe poter essere affermata soltanto se ed in quanto *in concreto*, tenendo conto di tutte le circostanze del caso singolo, ne venga verificata l'ingannevolezza a norma degli artt. 21-22 cod. cons., ed in particolare l'attitudine ad indurre i consumatori ad assumere decisioni di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso.

Alla luce di tali considerazioni, riteniamo dunque doveroso affermare che il procedimento che l'interprete deve seguire, al fine di valutare se una determinata pratica commerciale abbia o meno natura sleale, deve pertanto articolarsi nel modo seguente. In primo luogo, occorre stabilire se la pratica si presti o meno ad essere inquadrata in una delle previsioni analitiche delle liste «nere» contenute negli allegati. Qualora questa verifica dovesse avere esito positivo, la pratica deve senz'altro e per ciò solo essere considerata sleale, non essendovi alcuna possibilità di valutazione diversa o contraria: la corrispondenza ad una delle tipologie di pratiche contemplate nell'elenco impone infatti necessariamente la sua qualificazione in termini di «slealtà», senza che alcun rilievo possa assumere la circostanza che, tenuto conto delle sue peculiari caratteristiche concrete, la pratica sia o meno suscettibile di essere considerata «ingannevole» a norma degli artt. 6 e 7, ovvero «aggressiva» ai sensi degli artt. 8 e 9, o infine «sleale» (in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea a falsare il comportamento economico del consumatore medio) ai sensi della nozione generale di cui all'art. 5, par. 2, della direttiva. Se (ed esclusivamente se) la singola pratica

non risulta riconducibile ad alcuna delle previsioni puntuali contenute negli elenchi inseriti negli allegati, l'interprete può – e deve – giudicarla scorretta soltanto qualora, tenuto conto di tutte le circostanze del caso, ravvisa nello specifico, concreto comportamento imprenditoriale sottoposto al suo esame gli estremi di una pratica commerciale «ingannevole» (a norma degli artt. 7-8) ovvero di una pratica commerciale «aggressiva» (a norma degli artt. 8-9), o infine di una pratica «contraria alla diligenza professionale» e «idonea a falsare il comportamento economico del consumatore medio» (a norma dell'art. 5, par. 2).

3. La contrarietà della pratica alla “diligenza professionale”

Occorre in primo luogo chiedersi quando, e a quali condizioni, una pratica commerciale possa considerarsi “contraria alla diligenza professionale”³⁵.

Soccorre in proposito l'apposita definizione contenuta nella lett. *h*) dell'art. 18, c.cons., in base alla quale per “diligenza professionale” deve intendersi il “normale grado della specifica competenza e attenzione” che “ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti” (*rectius*: che i consumatori possono “ragionevolmente attendersi” venga adottato da parte del professionista che pone in essere la pratica commerciale nei loro confronti), “rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista”.

Tale definizione, come sopra accennato, presenta significative differenze rispetto a quella contenuta nella lett. *h*) dell'art. 2 della direttiva, ove si afferma che per “diligenza professionale” s'intende il “normale”³⁶ grado della “speciale competenza ed attenzione” che si può “ragionevolmente presumere” vengano “esercitate” da un professionista nei confronti nei confronti

³⁵ Nell'art. 5 della direttiva si parlava invero di contrarietà alle “norme di diligenza professionale” (*requirement of professional diligence, exigences de la diligence professionnelle, requisitos de la diligencia profesional, exigências relativa à diligência profissional, Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht*). Non sembra però che la scomparsa del termine “norme” (la cui scelta peraltro non era stata felice, alla luce del confronto con le altre versioni linguistiche della direttiva) possano ricollegarsi conseguenze di una qualche rilevanza.

³⁶ Un aggettivo corrispondente manca in tutte le altre versioni linguistiche della direttiva: appare pertanto inspiegabile la scelta, compiuta dagli uffici incaricati di predisporre la versione italiana del provvedimento, di aggiungere l'aggettivo “normale”, e a maggior ragione criticabile la scelta del legislatore italiano di mantenere questo aggettivo nel provvedimento di recepimento della direttiva.

di un consumatore, in conformità alle “pratiche di mercato oneste” in uso nel suo settore di attività nonché al “principio generale della buona fede”³⁷.

Non poche sono, dunque, le differenze rispetto al testo comunitario.

In primo luogo, il grado di competenza e attenzione che deve essere rispettato è quello che si possono ragionevolmente attendere i consumatori nei confronti dei quali il professionista pone in essere la pratica commerciale, non invece quello che si può ragionevolmente presumere venga adottato da parte del professionista nei confronti dei consumatori: l’ottica nella quale occorre porsi, ai fini della concretizzazione delle “ragionevoli aspettative” (necessaria ai fini dell’individuazione del livello di competenza e attenzione che il professionista è tenuto ad adottare), non è dunque quella di un “osservatore” terzo, neutro ed esterno (come invece parrebbe suggerire il testo della direttiva), bensì quella dei consumatori destinatari della pratica commerciale.

In secondo luogo, e soprattutto, i parametri “rispetto” ai quali (*rectius*: facendo riferimento ai quali) debbono essere concretizzati i contenuti delle “ragionevoli aspettative” sono mutati: il “principio generale di buona fede” è stato sostituito dai “principi di correttezza e buona fede”, mentre è puramente e semplicemente scomparso l’ulteriore, discusso ed ambiguo parametro delle “pratiche di mercato oneste”³⁸.

³⁷ Nel senso che l’applicazione di tale definizione porterebbe ad esiti differenti in ambito europeo in relazione alle diverse tradizioni nazionali, dal momento che malgrado lo sforzo definitorio compiuto dagli organi comunitari la norma “lasci un ampio margine all’area di intervento dell’interprete, cfr. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di MINERVINI - ROSSI CARLEO, Milano, 2006, p. 18.

³⁸ La relativa locuzione ha richiamato inevitabilmente alla mente gli usages honnêtes in matière industrielle ou commerciale di cui all’art. 10-bis della convenzione di Unione di Parigi (in tal senso v. ad es. HENNING-BODEWIG, *Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, in *Gewerblicher Rechtsschutz- und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2005, p. 631 e MELI, voce *Pubblicità ingannevole*, in *Enc. giur. Treccani*. Aggiornamento, Roma 2006, p. 7, il quale ultimo proprio alla luce di tale assonanza si esprime in termini critici nei confronti della scelta del legislatore comunitario di fare riferimento ad un parametro di valutazione tipicamente corporativo). Ciò non consente tuttavia di affermare che gli organi comunitari abbiano senz’altro e direttamente inteso riferirsi a questi ultimi (come parrebbero invece ritenere GLÖCKNER - HENNING-BODEWIG, *EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem “neuen” UWG?*, in *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005, p. 1327 s.: sia perché nella direttiva non si parla di “usi”, ma semplicemente di “pratiche” (e i due termini non si prestano ad essere considerati come sinonimi), sia perché il citato art. 10-bis non viene mai citato in nessun passo dei lavori preparatori della direttiva, ed il suo mancato esplicito richiamo non può essere il frutto di una mera casualità o di una semplice dimenticanza. In ogni caso deve escludersi che le “pratiche di mercato oneste” potessero essere puramente e semplicemente identificate con le condotte di fatto usualmente tenute dai professionisti di un determinato settore, dovendo in esse piuttosto ravvisarsi l’insieme dei comportamenti che debbono) o comunque dovrebbero essere tenuti da parte dei professionisti. In particolare, dal momento che i parametri di valutazione della slealtà della condotte imprenditoriali debbono essere meramente normativi e non empirici (così anche KOCH, *Die Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken. Aggressive geschäftsgebaren in Deutschland und England und die Auswirkungen der Richtlinie*, Hamburg 2006, p. 34) e

Difficile dire se, e fino a che punto, queste discrepanze siano il frutto di una scelta meditata e consapevole del nostro legislatore. Indubbiamente esse sono da ricondurre alle difficoltà e all'imbarazzo suscitati, nella dottrina europea³⁹ e nei legislatori nazionali, dal ricorso alla infelice locuzione "diligenza professionale" e dalla formulazione testuale della definizione della relativa nozione contenuta nella direttiva.

Non a caso, proprio il riferimento alla definizione di "diligenza professionale" e al ruolo rivestito dalla relativa nozione nell'ambito della definizione "generale" di pratica commerciale sleale sono riscontrabili sensibili divergenze, tutt'altro che meramente formali, fra i contenuti dei provvedimenti nazionali che hanno dato attuazione alla direttiva nei diversi Paesi dell'UE⁴⁰. Il che non può non suscitare perplessità e preoccupazioni nella prospettiva della futura applicazione di queste normative, dal momento che proprio sulla definizione generale di pratica commerciale

sostanziarsi quindi in criteri ricavati esclusivamente dall'ordinamento giuridico (e non *aliunde*), l'"onestà" della pratica di mercato andrebbe intesa non nel senso (etico) della morale imprenditoriale, bensì esclusivamente nel senso della piena conformità a regole e precetti dettati (o comunque ricavabili) dall'ordinamento giuridico (così anche BRÖMMELMEYER, *Der Binnenmarkt als Leistern der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, cit., p. 298).

³⁹ Nel senso che la terminologia e le espressioni impiegate dagli organi comunitari hanno una portata molto ampia, significati non rigidamente predefiniti e comunque mutevoli in relazione alle diverse tradizioni giuridiche nazionali dei Paesi UE e rinviano a categorie e concetti la cui utilizzazione all'interno di una definizione unitaria appare quantomeno forzata, se non addirittura fuorviante, cfr. HENNING-BODEWIG, *Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, cit., p. 631 (secondo cui, nonostante l'ampiezza della formulazione testuale della definizione, rimane del tutto oscuro quale sia il tratto caratterizzante della "slealtà"); KÖHLER, *Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, in *GRUR*, 2005, p. 796; RADEIDEH, *Fair Trading in EC Law. Information and Consumer Choice in the Internal Market*, Groningen, 2005, p. 266 ss.

⁴⁰ Cfr. ad es. la definizione di "diligenza professionale" contenuta nell'art. 93, n. 8 della *Loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur* del 1991, come modificata dalla legge che ha dato attuazione in Belgio alla direttiva 2005/29/CE, definizione nella quale non si fa alcun riferimento al principio di buona fede e vengono richiamati soltanto gli "usi onesti in materia commerciale" (analoghe caratteristiche presenta pure la definizione di "diligenza professionale" inserita nel § 1, comma 4, n. 8 della legge austriaca sulla concorrenza sleale, come modificato dalla legge di recepimento della direttiva). V. altresì la *section 41 (2)* del *Consumer Protection Act* irlandese del 2007, che per un verso non fa parola delle "pratiche di mercato oneste" e per altro verso riconnette la contrarietà di una pratica alla diligenza professionale alla violazione del principio di buona fede ovvero alla mancata adozione del livello di competenza e attenzione dovuto dal professionista. Sono invece sostanzialmente conformi alla direttiva le definizioni di "diligenza professionale" contenute nell'art. 3, lett. *h*) del *decreto-lei* portoghese n. 57 del 26 marzo 2008, nella *section 2* della *Consumer Protection from Unfair Trading Regulations* dell'8 maggio 2008 (che hanno dato attuazione alla direttiva in Gran Bretagna) e nell'art. 2, n. 9, della legge 21 dicembre 2007 che ha recepito la direttiva in Lituania. Il legislatore francese ha per contro preferito astenersi dall'inserire nel *Code de la consommation* una definizione ad hoc della nozione di "diligenza professionale", nozione che pure viene utilizzata nella definizione generale di "pratica commerciale sleale" di cui all'art. L 120-1 del *code de la consommation* una definizione ad hoc della nozione di "diligenza professionale", nozione che pure viene utilizzata nella definizione generale di "pratica commerciale sleale" di cui all'art. L 120-1 del *Code de la consommation* (disposizione introdotta dall'art. 39, della l. n. 2008-3 del 3 gennaio 2008, che ha recepito in Francia la direttiva 2005/29/Ce).

avrebbe dovuto fondarsi l'armonizzazione completa dei sistemi normativi nazionali perseguita dagli organi comunitari⁴¹.

Ci si potrebbe chiedere se una così significativa deviazione rispetto al testo dell'art. 2, lett. *h*) della direttiva 2005/29/Ce, anche in considerazione del fatto che quest'ultima è una direttiva di armonizzazione completa, renda la disposizione italiana dell'art. 18, lett. *h*), c.cons. radicalmente incompatibile ed insanabilmente contrastante con la norma comunitaria, con la conseguenza che potrebbe essere instaurata una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano.

Difficile dare una risposta a tale interrogativo: è vero infatti che quella contenuta nell'art. 2, lett. *h*) della direttiva 2005/29/Ce è pur sempre la definizione di una nozione generale rispetto alla quale può apparire opportuno concedere ragionevoli margini di discrezionalità ai legislatori nazionali, ma non è meno vero che la "diligenza professionale" è un elemento costitutivo fondamentale della "nozione generale" di pratica commerciale sleale, la quale costituisce una nozione genuinamente propria del diritto comunitario e si configura come il perno dell'intera disciplina delle pratiche commerciali sleali. Né può dimenticarsi che la Corte di giustizia si è spesso dimostrata molto rigorosa – se non addirittura pignola – nel valutare la conformità alle direttive delle normative interne di recepimento.

Quel che rimane dubbio è se l'interprete italiano dovrà considerarsi costretto – dalla necessità di interpretare il diritto interno in modo conforme a quello comunitario – ad integrare in via interpretativa la formulazione testuale della definizione normativa della nozione di diligenza professionale, facendo riferimento – ai fini della concretizzazione del livello di speciale competenza ed attenzione dovuto dal professionista che ponga in essere pratiche commerciali – non soltanto ai principi generali della buona fede e della correttezza, ma anche al parametro della "pratiche di mercato oneste" in uso nel settore di attività del professionista, nonostante tale parametro non venga espressamente contemplato nella definizione normativa inserita nella lett. *h*) dell'art. 18 c.cons.

⁴¹ Si afferma infatti nel *considerando* n. 13 della direttiva che, a fronte dell'introduzione del divieto unico generale comune (di pratiche commerciali sleali) istituito dalla direttiva si sarebbe reso "necessario sostituire le clausole generali e i principi giuridici divergenti attualmente in vigore negli Stati membri".

4. (segue) *La nozione di “diligenza professionale” nell’art. 18, lett. h) c.cons.*

Venendo ora alla disamina dell’art. 18, lett. *h*), c.cons. non può negarsi che, ad un primo impatto, le locuzioni “diligenza professionale” e “grado della specifica competenza ed attenzione” evocano al giurista italiano la “diligenza” di cui il debitore è tenuto nell’adempimento dell’obbligazione *ex art.* 1176 c.c. ovvero la “negligenza, imprudenza o imperizia” quali elementi costitutivi della colpa nell’illecito civile⁴².

Senonché, deve senz’altro escludersi l’esistenza di qualsivoglia legame fra la “diligenza professionale” di cui all’art. 18, lett. *h*) c.cons. e la diligenza intesa come parametro di valutazione dell’esattezza dell’adempimento delle obbligazioni “inerenti all’esercizio di un’attività professionale” assunte da professionisti nei confronti di consumatori e come metro di commisurazione dello sforzo cui può e deve considerarsi tenuto un professionista “debitore” di un consumatore. Con altrettanta sicurezza deve poi negarsi⁴³ che l’art. 18, lett. *h*) c.cons. intenda fare riferimento al livello di diligenza, prudenza e perizia la cui mancata adozione consente di considerare come colposa, a norma e ai fini dell’art. 2043 c.c., la condotta del soggetto che con un proprio comportamento cagioni ad altri un danno ingiusto⁴⁴. Quale livello possa e debba

⁴² Anche nel linguaggio dei giuristi tedeschi e austriaci la locuzione “diligenza professionale” viene comunemente utilizzata con riferimento ad una nozione (quella di colpa) propria della responsabilità civile (extracontrattuale e per inadempimento); cfr. *ex multis* GAMERITH, *Der Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken, - Möglichkeiten einer harmonischen Umsetzung*, in *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005, p. 417. Secondo ABBAMONTE, *The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition*, in AA.VV., *The Regulation of Unfair Commercial Practices under The Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, a cura di WEATHERILL - BERNITZ, Oxford 2007, p. 22, la diligenza professionale sarebbe in larga misura equivalente al concetto di *duty of care* proprio del common law, identificandosi nella misura della diligenza che da un buon professionista si può ragionevolmente attendere, in relazione alla tipologia dei doveri da assolvere e alle specifiche circostanze del caso concreto.

⁴³ Nel senso che la contrarietà alla diligenza professionale di cui alla direttiva non andrebbe ricollegata alla colpa come elemento soggettivo dell’illecito civile, v. anche KÖHLER-LETTL, *Das geltende europäische Lauterkeitsrecht*, cit., p. 1036; SEICHTER, *Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, in *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005, p. 1090.

⁴⁴ Contra v. però MELI, voce *Pubblicità ingannevole*, cit., p. 7, secondo il quale la norma introdurrebbe un giudizio sulla colpa, ponendosi in dissonanza con la disciplina tradizionale della concorrenza sleale. Quella di “diligenza professionale” è infatti una nozione specificamente propria della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, una nozione dotata di piena autonomia rispetto alla nozione civilistica di diligenza (nell’adempimento delle obbligazioni) e di colpa (nell’illecito civile). Le regole della diligenza professionale sono, essenzialmente, regole oggettive di comportamento corrispondenti ad un determinato grado /livello di conoscenze specialistiche, di cura e d’attenzione (alla sfera degli interessi patrimoniali dei consumatori e primariamente all’interesse dei consumatori ad assumere “decisioni di natura commerciale” consapevoli ed informate) che il professionista è tenuto ad osservare nelle pratiche commerciali che pone in essere nei confronti dei consumatori.

considerarsi dovuto (sicché una pratica che non lo rispettasse sarebbe suscettibile di essere considerata “scorretta”) è questione che va risolta volta per volta, tenuto conto delle specifiche peculiarità del caso concreto (ed in particolare della natura dell’attività esercitata dal professionista), dal momento che la norma fa riferimento al grado di specifica competenza e attenzione che i consumatori possono “ragionevolmente” attendersi dal professionista che nei loro confronti pone in essere pratiche commerciali.

La concretizzazione dei contenuti di tali “ragionevoli aspettative”, ai fini della puntuale determinazione del livello di competenza e attenzione dovuto dal professionista, deve a rigore avvenire attraverso l’utilizzazione di un unico parametro⁴⁵, individuato dalla stessa norma definitoria dell’art. 18, lett. h) c.cons. nei “principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista”. Per evitare che le proprie pratiche commerciali possano essere giudicate contrarie a diligenza professionale il professionista deve dunque adottare tutte e soltanto le cautele, le misure di salvaguardia, la cura e la competenza che nel suo settore di attività i consumatori possono ragionevolmente attendersi alla luce dei “principi generali di correttezza e di buona fede”.

La “diligenza professionale” non va dunque sovrapposta né confusa con i “principi generali di correttezza e di buona fede”, che costituiscono per contro soltanto i parametri da applicare per individuare il livello di competenza, cura e attenzione che può considerarsi (mediamente) dovuto nel settore di attività del professionista e che ci si può conseguentemente attendere venga rispettato dal professionista nelle pratiche commerciali che pone in essere nei confronti dei consumatori: proprio (e soltanto) il mancato rispetto di tale livello consente ed impone di qualificare una pratica come contraria alla “diligenza professionale”.

I “principi generali di correttezza e buona fede”, di cui all’art. 18, lett. h) c.cons., sono i medesimi principi di buona fede, correttezza e lealtà cui debbono essere “improntate” le “attività” (*rectius*, “pratiche”) commerciali a norma dell’art. 39 c.cons. e che i consumatori hanno il diritto

⁴⁵ Come si è sopra ricordato, la norma italiana di recepimento non fa infatti alcun riferimento alle “pratiche oneste di mercato”, che nella definizione di diligenza professionale offerta dalla direttiva venivano invece espressamente contemplate – accanto al principio generale di buona fede – come parametro da utilizzare per definire il grado di competenza e attenzione che ci si può ragionevolmente attendere dal professionista.

(fondamentale) di veder rispettati nell'esercizio delle pratiche commerciali a norma dell'art. 2, comma 2, lett. *c-bis*, c.cons.

Si tratta con tutta evidenza – come inequivocabilmente dimostra l'utilizzazione dell'aggettivo “generali” – di principi che affondano le proprie radici nella “correttezza” e nella “buona fede” (in senso oggettivo) di cui agli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c.

L'applicazione di tali principi “generali” nel contesto della nuova normativa (ai fini della concreta individuazione del livello di competenza e attenzione, delle cautele e della tipologia di comportamenti che possono considerarsi dovuti nel caso singolo) postula tuttavia l'imprescindibile necessità di tenere in adeguata considerazione, da un lato, le “esigenze di protezione delle categorie di consumatori” (come testualmente prescrive l'art. 29 c.cons.), e dall'altro le specifiche peculiarità che caratterizzano il “settore di attività” del professionista.

Sotto questo profilo ben può affermarsi pertanto che tali principi “generali” necessitano - in sede e ai fini dell'applicazione della nozione generale di pratica commerciale scorretta di cui al comma 2 dell'art. 20 c.cons. - di essere adeguati ed adattati alla natura “speciale” della fattispecie delle “pratiche commerciali” di cui all'art. 18, lett. *d*) c.cons.: cautele, comportamenti e livello di cura e competenza suscettibili di essere considerati dovuti varieranno dunque in relazione alla tipologia dei destinatari della pratica, nonché in relazione alle caratteristiche che connotano il settore di attività del professionista.

La “buona fede” di cui all'art. 18, lett. *h*) c.cons. è poi la medesima “buona fede” di cui all'art. 33, comma 1, c.cons. (da intendersi, quest'ultima, ovviamente in senso oggettivo, nonostante l'infelice formulazione testuale della disposizione irragionevolmente mantenuta anche in occasione della sua trasposizione dal codice civile al codice del consumo), che governa ed ispira il controllo contenutistico di vessatorietà delle clausole dei contratti conclusi da consumatori con professionisti⁴⁶.

⁴⁶ Tale conclusione, a tacer d'altro, è imposta dalla considerazione dei lavori preparatori della direttiva 2005/29/CE. Nella formulazione che, per la definizione normativa di “diligenza professionale”, il Parlamento europeo aveva suggerito di adottare (emendamento n. 108) nel Parere reso in prima lettura sulla proposta di direttiva presentata dalla Commissione nel 2003, si parlava infatti espressamente di “buona fede così come richiamata nella direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993”. Nella posizione comune del Consiglio tale esplicito riferimento fu invero abbandonato, ma non perché il Consiglio non condividesse l'idea del Parlamento secondo cui la buona fede richiamata nella nozione di “diligenza professionale” fosse la medesima buona fede contemplata dalla definizione generale di clausola abusiva

Proprio la buona fede (in senso oggettivo) costituisce il fondamentale nesso di congiunzione fra la disciplina delle clausole vessatorie e la disciplina delle pratiche commerciali scorrette (le uniche, val la pena di ricordare, a trovare applicazione a qualsiasi rapporto contrattuale fra consumatore e professionista), che costituiscono i due grandi pilastri del sistema delle regole cui debbono attenersi i professionisti nei rapporti contrattuali che promuovono, instaurano ed attuano con consumatori, un sistema che d'ora in poi sarà essenzialmente imperniato su due fondamentali divieti imposti ai professionisti: il divieto di inserire (unilateralmente e senza "trattativa individuale") clausole vessatorie nei regolamenti negoziali destinati a disciplinare i rapporti contrattuali intercorrenti con consumatori ed il divieto di ricorrere a "pratiche commerciali sleali" in funzione della promozione dell'instaurazione di tali rapporti ovvero in sede di svolgimento ed esecuzione degli stessi.

5. L'idoneità della pratica commerciale a "falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore" (art. 18, lett. e, c.cons.)

Una pratica commerciale, diversa da quelle analiticamente elencate negli artt. 23 e 26 c.cons. e non suscettibile di essere qualificata come "ingannevole" o "aggressiva" a norma degli artt. 21-22 e 24-25 c.cons., può essere considerata "scorretta" soltanto se, oltre ad essere "contraria alla diligenza professionale", "falsa" o "è idonea a falsare"⁴⁷ in misura apprezzabile il comportamento economico "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" (art. 20, comma 2, c.cons.).

contenuta nella direttiva 93/13/CEE. È infatti il Consiglio stesso, nella motivazione della posizione comune, a riconoscere che i "concetti contenuti" negli emendamenti n. 21 e 108 suggeriti dal Parlamento europeo "sono già stati integrati nella nuova formulazione della lett. h)".

⁴⁷ Si è in precedenza (§ 1) spiegato per quale ragione si rende imprescindibile una lettura "correttiva" di questa parte della disposizione, la cui formulazione testuale non può che essere il frutto di una svista redazionale degli estensori del provvedimento che ha dato attuazione in Italia alla direttiva 2005/29/CE.

Il tratto caratterizzante fondamentale di questo ulteriore elemento costitutivo della nozione “generale” e “residuale” di pratica commerciale scorretta è dunque rappresentato dall’attitudine a “falsare” in misura “apprezzabile”⁴⁸ il “comportamento economico del consumatore”.

Nell’apposita definizione contenuta nella lett. e) dell’art. 18 c. cons.⁴⁹ si statuisce che, per “falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore” deve intendersi (l’impiego di una pratica commerciale idonea a) “alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”.

Molti sono gli aspetti di questo secondo elemento costitutivo che appaiono oscuri, o quantomeno abbisognevole di precisazioni e approfondimenti, e non mancheranno pertanto di creare difficoltà agli interpreti.

In primo luogo, è opportuno puntualizzare il significato e la portata della nozione di “decisione di natura commerciale”, espressione a dir poco infelice presente nella versione italiana della direttiva⁵⁰ che nel provvedimento di recepimento è stata malauguratamente mantenuta anziché essere sostituita, come sarebbe stato auspicabile, con la locuzione “determinazione negoziale”, assai più rispondente ai contenuti della nozione *de qua*⁵¹.

Come risulta inequivocabilmente dalla definizione che ne viene offerta dalla lett. m) dell’art. 18 c.cons., si tratta di una nozione estremamente ampia, comprensiva non soltanto della scelta se accettare o meno di instaurare con un professionista un determinato rapporto contrattuale relativo ad

⁴⁸ Nell’art. 20, comma 2, c.cons. il legislatore italiano ha preferito utilizzare l’aggettivo “apprezzabile” invece dell’aggettivo “rilevante”, che compariva nella versione italiana della direttiva, ma ha inspiegabilmente ommesso di adeguare a tale opzione la formulazione dell’art. 18, lett. e), c.cons., recante la definizione del significato dell’espressione “falsare in misura *rilevante* il comportamento economico dei consumatori”. Anche in ragione di tale contraddizione, deve escludersi che a tale deviazione rispetto al testo della direttiva possa riconnettersi qualsivoglia rilievo. A dire il vero, non vi era stata, sul punto, piena concordanza fra le diverse versioni linguistiche del testo del § 2 dell’art. 5 della direttiva: nelle versioni francese, spagnola e portoghese ricorrono infatti le parole *de manière substantielle*, *de manera sustancial*, nella versione inglese ed in quella tedesca compaiono invece, rispettivamente, gli avverbi *materially* e *wesentlich*. In proposito, cfr. SCHERER, *op. cit.*, p. 708 ss.

⁴⁹ Definizione il cui ambito di operatività è circoscritto alla sola “nozione generale” di cui all’art. 20, comma 2 (nel senso che la definizione di cui alla lett. e) dell’art. 2 della direttiva vale soltanto per la nozione generale di pratica sleale di cui all’art. 5, § 2, della direttiva medesima, v. anche RADEIDEH, *op. cit.*, p. 261), dal momento che negli artt. 21, 22, 24 c.cons. non si discorre più di attitudine della pratica commerciale a falsare il comportamento economico del consumatore, ma viene contemplata soltanto (e direttamente) l’idoneità del comportamento tenuto dal professionista ad indurre il consumatore ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

⁵⁰ Ove era stata mutuata dalla versione francese della direttiva.

⁵¹ Nonché più coerente con la terminologia impiegata in altre versioni linguistiche della direttiva, ove si parla di *geschäftliche Entscheidung*, *transactional decision*, *decisión sobre una transacción*.

un certo bene o servizio, ma anche delle scelte relative al tenore delle singole clausole del regolamento negoziale destinato a governare il rapporto da instaurare – a cominciare da quelle relative all’ammontare, ai tempi e alle modalità di pagamento del corrispettivo del bene o del servizio che il professionista si obbliga contrattualmente a fornire al consumatore –, nonché della stessa scelta dei modi con cui (e dei luoghi in cui) manifestare la volontà si stipulare il contratto.

Nella categoria delle “decisioni di natura commerciale” viene addirittura fatta rientrare (coerentemente con la scelta di includere nel novero delle pratiche suscettibili di essere considerate scorrette anche i comportamenti successivi alla stipulazione di un contratto, tenuti nel corso dell’esecuzione dello stesso) la decisione se, come e quando esercitare un diritto del quale, in seguito alla conclusione di un negozio, il consumatore, nella sua qualità di parte del rapporto contrattuale, divenga titolare nei confronti del professionista in forza di una apposita clausola inserita nel regolamento negoziale ovvero *ex lege*: non soltanto – in tale ultimo caso – diritti contemplati da normative (nazionali attuative di direttive) comunitarie, ma anche diritti previsti da disposizioni spontaneamente e autonomamente introdotte dai legislatori nazionali; non soltanto diritti sanciti da provvedimenti normativi concernenti i soli contratti conclusi da consumatori con professionisti⁵², ma anche diritti riconosciuti da disposizioni di carattere generale, applicabili cioè a prescindere dalla qualificazione soggettiva dei contraenti e dall’inerenza o estraneità ad un’attività imprenditoriale o professionale degli scopi da essi perseguiti⁵³.

Ora, affinché una pratica (contraria alla diligenza professionale) tenuta da un imprenditore possa considerarsi “scorretta”, è necessario che essa risulti idonea ad alterare “sensibilmente” la capacità del consumatore di prendere una “decisione di natura commerciale” (nel senso sopra precisato) “consapevole” e ad indurlo ad assumere una decisione che non avrebbe altrimenti preso.

⁵² Si pensi ad esempio al diritto di recesso attribuito al consumatore dalle disposizioni (artt. 64 ss., 67-*duodecies* e 73 c.cons.) di recepimento delle direttive CE in materia di contratti stipulati fuori dei locali commerciali (85/577), di contratti stipulati a distanza (97/7 e 2002/65) e di contratti di *timesharing* immobiliare (94/47); ai diritti spettanti (*ex art.* 130 c.cons.) al consumatore che abbia scoperto un difetto di conformità della cosa consegnatagli dal professionista in esecuzione di un contratto di vendita di beni di consumo; ai diritti riconosciuti dagli artt. 82 ss. c.cons. al consumatore/acquirente di pacchetti turistici nei confronti del venditore e dell’organizzatore.

⁵³ Si pensi ad esempio ai diritti contemplati dalle disposizioni del Titolo II e del Titolo III del libro IV del nostro codice civile.

Non è chiaro se⁵⁴ l'attitudine della pratica ad indurre il consumatore a prendere una decisione che non avrebbe altrimenti assunto debba considerarsi un requisito diverso, ulteriore ed aggiuntivo, rispetto alla idoneità ad alterare sensibilmente la sua capacità di prendere una decisione consapevole (e come tale abbinabile di apposita dimostrazione e separato accertamento)⁵⁵, ovvero se essa costituisca piuttosto – e più semplicemente – il parametro da adottare per la concretizzazione dell'avverbio “sensibilmente”, nel senso che in tanto la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole potrebbe considerarsi alterata “sensibilmente” in quanto la pratica commerciale risulti idonea ad assumere il ruolo (dal punto di vista causale) decisivo nell'indurre il consumatore ad assumere una certa “determinazione negoziale”⁵⁶.

A favore della seconda opzione interpretativa sembra deporre la circostanza che nella definizione si afferma “inducendolo pertanto ad adottare (...)”. In senso contrario parrebbe tuttavia militare la considerazione che tale opzione finirebbe di fatto per svilire il ruolo e la portata dell'avverbio “sensibilmente”, che gli organi comunitari hanno intenzionalmente utilizzato allo scopo di escludere dal novero delle pratiche “sleali” le condotte imprenditoriali prive di potenzialità pregiudizievoli autenticamente rilevanti⁵⁷, onde evitare che nell'ambito di operatività del divieto ricadessero fattispecie bagatellari.

In ogni caso, alla luce della sopra illustrata ampiezza della nozione di “decisione di natura commerciale”, è certo che di una pratica commerciale può affermarsi che è “idonea ad indurre un consumatore ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso” non soltanto quando si riveli fondamentale nello spingere un consumatore ad accettare di concludere un contratto (che senza di essa mai sarebbe stato stipulato), a sciogliere un rapporto contrattuale precedentemente instaurato o ad esercitare un diritto del quale lo stesso consumatore

⁵⁴ Come ad es. ritengono DE GROOTE E DE VULDER, *The Unfair Commercial Practices Directive*, in *Yearbook of consumer law 2007*, a cura di HOWELLS - NORDHAUSEN - PARRY - TWIGG-FLESNER, Aldershot, 2007, p. 366.

⁵⁵ Tale parrebbe essere stata l'intenzione originaria della Commissione, stando al contenuto della Relazione illustrativa della proposta di direttiva presentata nel 2003, ove si afferma (n. 54, p. 14) che la pratica commerciale deve “avere un effetto sufficientemente significativo da modificare o essere idonea a modificare il comportamento del consumatore (...)” e “produrre tale effetto riducendo la capacità del consumatore di assumere una decisione con cognizione di causa”.

⁵⁶ In questo senso v. RADEIDEH, *op. cit.*, p. 263s.

⁵⁷ Cfr. anche la seconda proposizione del considerando n. 6 della direttiva, ove si afferma che “secondo il principio di proporzionalità”, la presente direttiva tutela i consumatori dalle conseguenze di tali pratiche commerciali sleali allorché queste sono rilevanti, ma riconosce che in alcuni casi l'impatto sui consumatori può essere trascurabile”.

sia titolare nei confronti della propria controparte, ma anche quando si dimostri decisiva nell'indurre il consumatore a rifiutare una proposta contrattuale o ad astenersi dal far valere un diritto o dal porre fine ad un rapporto contrattuale di durata⁵⁸, ovvero nel condurlo ad accettare l'inserimento di determinate clausole nel regolamento negoziale destinato a disciplinare il rapporto contrattuale, a stipulare il contratto con determinate modalità (ad es. nei locali commerciali anziché mediante tecniche di comunicazione a distanza), a scegliere uno dei più possibili rimedi alternativi messi a sua disposizione dalla legge (ad es. la sostituzione anziché la riparazione del bene rivelatosi non conforme al contratto), ecc.

Due ulteriori ordini di rilievi rimangono da svolgere in merito alla definizione contenuta nella lett. e) dell'art. 18 c.cons.

In primo luogo, merita di essere evidenziato che in tale definizione viene presa in considerazione soltanto l'idoneità della pratica ad alterare la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, non invece l'attitudine a "limitare la libertà di scelta o di comportamento del consumatore"⁵⁹.

Ne deriva, a rigore, che un problema di sussumibilità nella definizione "generale" di pratica commerciale "scorretta" di cui all'art. 20, comma 2, c.cons. può certamente porsi per le pratiche commerciali che incidono sulle informazioni di cui i consumatori dispongono quando assumono decisioni di natura commerciale, travisando tali informazioni, alterandole o omettendole ed in tal modo sottraendo al consumatore la possibilità di scegliere "con cognizione di causa" prendendo decisioni "informate"⁶⁰.

⁵⁸ Si precisa infatti nell'art. 18, lett. m), c.cons. che "tale decisione può portare il consumatore a compiere un'azione o all'astenersi dal compierla".

⁵⁹ Identica, sotto questo profilo, è la definizione contenuta nella lett. h) dell'art. 2 della direttiva, il cui considerando n. 6 (ultima proposizione) statuisce che la direttiva lascia "(...) impregiudicate le pratiche pubblicitarie e di marketing generalmente ammesse, quali il *product placement* consentito, la differenziazione del marchio o l'offerta di incentivi in grado di incidere legittimamente sulla percezione dei prodotti da parte dei consumatori e di influenzarne il comportamento senza però limitarne la capacità di prendere una decisione consapevole".

⁶⁰ Questo, alla luce del confronto con le altre versioni linguistiche del testo della direttiva, è senz'altro il significato da attribuire all'aggettivo "consapevole", che ricorre nella versione italiana della lett. e) dell'art. 2: v. le versioni francese e spagnola (nelle quali si parla, rispettivamente, di "*aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause*" e di "*capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa*"), nonché le versioni inglese, tedesca e portoghese della direttiva (nelle quali si discorre di capacità del consumatore di prendere una *informed decision*, *informierte Entscheidung*, *decisão esclarecida*). Nel senso che per decisione "informata" deve intendersi una decisione razionale in quanto assunta sulla base di informazioni sufficienti in merito alla sua portata, cfr. KÖHLER, *Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, cit., p. 796.

Un problema siffatto non potrebbe porsi per contro per le pratiche commerciali che – senza alterare, falsare, omettere o ridurre le informazioni di cui il consumatore necessita per prendere una decisione consapevole – incidano indebitamente soltanto sulla libertà del consumatore, impedendogli di fondare le proprie scelte esclusivamente sulle informazioni in suo possesso: di per sé sole, pratiche dotate di queste caratteristiche non influiscono infatti sul grado di “consapevolezza” delle decisioni assunte dai consumatori, bensì soltanto sul grado di libertà, autonomia e spontaneità di tali decisioni.

Di qui una conseguenza fondamentale: le pratiche commerciali che non si prestano ad essere ricondotte ad alcuna delle previsioni specifiche degli elenchi contenuti negli artt. 23 e 26 c.cons. né ad essere qualificate come “ingannevoli” ai sensi degli artt. 21 e 22 o come “aggressive” ai sensi dell’art. 24 c.cons. possono essere considerate “scorrette”, in applicazione dell’art. 20, comma 1, c.cons. soltanto se influiscono sulle informazioni di cui i consumatori abbisognano⁶¹ per decidere “con cognizione di causa”⁶².

Per contro, le pratiche commerciali che incidono soltanto sulla libertà di scelta del consumatore senza compromettere la completezza e l’esattezza delle informazioni di cui egli dispone, se non rientrano in una delle disposizioni della lista “nera” (art. 26 c.cons.) né si prestano ad essere qualificate come “aggressive” a norma dell’art. 24 c.cons. non possono mai essere considerate “scorrette”, dovendosi ritenere preclusa a priori l’applicabilità della “nozione generale” di cui al comma 2 dell’art. 2° c.cons.⁶³.

Ciò conduce tuttavia ad una drastica riduzione degli spazi di operatività della “nozione generale” di cui all’art. 20, comma 2, c.cons., tanto più se si considera che, stante l’ampiezza delle

⁶¹ Rimane peraltro dubbio (e sarà verosimilmente materia di controversie) quali e quante informazioni debbano reputarsi indispensabili per consentire ad un “consumatore medio” di assumere “una decisione di natura commerciale” suscettibile di essere qualificata come “consapevole”: sul punto, v. HENNING-BODEWIG, *Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, cit., p. 631.

⁶² Nel medesimo senso, con riferimento alla direttiva, cfr. STUICK – TERRY – VAN DYCK, *Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 125 ss.

⁶³ Contra v. però KOCH, *op. cit.*, p. 39, il quale – sulle orme di VEELKEN, *Kundenfang gegenüber dem Verbraucher. Bemerkungen zum EG- Richtlinienentwurf über unlautere Geschäftspraktiken*, in *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2004, p. 24 – rigetta, per ragioni di ordine sistematico una interpretazione letterale delle parole “decisione consapevole” inserite nella lett. e) dell’art. 2 della direttiva e ne suggerisce una interpretazione estensiva, che consenta di includere nella nozione generale di pratica sleale ogni pratica che presenti una attitudine ad incidere sulla capacità del consumatore di assumere una decisione di natura commerciale in modo spontaneo, libero da influenze esterne di portata e natura tali da far apparire la sua decisione non autonoma né autodeterminata.

diverse sottocategorie di “pratiche ingannevoli” individuate dagli artt. 21 e 22 c.cons., appare difficile immaginare pratiche commerciali idonee ad alterare sensibilmente la capacità dei consumatori di assumere decisioni “consapevoli” ed informate che non siano suscettibili di essere ricomprese in una delle suddette categorie di “pratiche ingannevoli”.

A ciò si aggiunga il grave dubbio interpretativo suscitato dal confronto fra le definizioni di “falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori” inserite nelle diverse versioni linguistiche della definizione inserita nella lett. e) dell’art. 2 della direttiva: affinché di una pratica commerciale possa affermarsi che “falsa o è idonea a falsare il comportamento economico dei consumatori”, è sufficiente che le condotte tenute dai professionisti, in sé e per sé considerate, siano oggettivamente suscettibili di alterare sensibilmente la capacità dei consumatori di prendere decisioni consapevoli o è altresì necessario che tali condotte, sul piano soggettivo, siano state intenzionalmente poste in essere dai loro autori al precipuo scopo di cagionare siffatta alterazione?

Nella prima direzione parrebbero orientare la versione italiana, francese e portoghese del testo, nelle quali si discorre di “*impiego di una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente (...)*”, “*utilisation d’une pratique commerciale compromettano sensiblement*”, “*utilização de uma prática comercial que prejudique sensivelmente (...)*”.

Nella seconda direzione sembrano invece spingersi le versioni inglese, tedesca e spagnola, laddove si parla di “*using a commercial practice to appreciably impair the consumer’s ability (...)*”, “*Anwendung einer Geschäftspraxis, um die Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, spürbar zu beeinträchtigen*”, “*utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor (...)*”.

Inutile dire che l’accoglimento della seconda delle interpretazioni prospettate⁶⁴ comporterebbe una ulteriore, consistente diminuzione delle concrete possibilità di vedere applicata la definizione generale di pratica sleale contenuta nell’art. 5⁶⁵.

⁶⁴ Propugnato ad esempio da KÖHLER-LETTL, *Das geltende europäische Lauterkeitsrecht, der Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die UWG-Reform*, cit., p. 1037 e da HANDIG, *Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der EU*, Wien 2006, p. 84.

⁶⁵ GLÖCKNER - HENNING-BODEWIG, *EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: was wird aus dem “neuen” UWG?*, cit. p. 1328.

È evidente infatti che la necessaria presenza, accanto all'elemento oggettivo, del requisito soggettivo del dolo porterebbe a sottrarre all'art. 5 della direttiva (e all'art. 20, comma 2, c. cons.) tutte le condotte che dovessero risultare meramente "colpose". Come si distribuirebbero, poi, gli oneri probatori? Spetterebbe ai consumatori (alle loro associazioni o agli altri enti che abbiano eventualmente convenuto il professionista) dimostrare in positivo che la pratica è stata posta in essere con questo intento doloso, o sarebbe il professionista interessato ad evitare che la pratica venga qualificata come "scorretta" a dover dimostrare di non aver soggettivamente perseguito, con il proprio comportamento, l'alterazione (effettiva o potenziale) della capacità dei consumatori di assumere decisioni consapevoli che pure oggettivamente ne consegue?

Per queste ragioni, ma soprattutto per una esigenza di coerenza ed uniformità con il regime normativo dettato per le azioni e le omissioni ingannevoli dagli artt. 21 e 22 c.cons. (che ricollegano la qualificazione in termini di "scorrettezza" all'oggettiva attitudine della pratica ad ingannare i consumatori, senza richiedere che il professionista che vi faccia ricorso l'abbia concepita, preparata ed attuata allo scopo precipuo di ingannare i consumatori), riteniamo debba escludersi che allo stato soggettivo del professionista possa essere attribuita rilevanza ai fini della qualificazione di una pratica commerciale in termini di "scorrettezza" ai sensi dell'art. 20, comma 2, c.cons.⁶⁶. Questa conclusione ci sembra trovare conforto proprio nella scelta del legislatore italiano di mantenere inalterata (nella lett. e) dell'art. 18 c.cons.) la formulazione utilizzata nella versione italiana della lett. e) dell'art. 2 della direttiva.

6. Il "consumatore medio" come parametro di valutazione dell'attitudine della pratica a falsare il comportamento economico dei consumatori

⁶⁶ Nel medesimo senso, con riguardo alla direttiva, v. altresì HENNING-BODEWIG, *Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, cit., p. 631 (che rileva che l'attribuzione di rilevanza all'intenzionalità della condotta del professionista si porrebbe in contrasto con l'impostazione puramente oggettiva che caratterizza tutte le normative nazionali in materia di concorrenza sleale nonché la stessa direttiva concernente la pubblicità ingannevole e comparativa), nonché KEBLER - MICKLITZ, *Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr*, cit., p. 15; SEICHTER, *Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, cit., p. 1090. Anche GAMERITH, *Der Richtlinienvorschlag unlautere Geschäftspraktiken*, cit., p. 415, ritiene che la rilevanza dell'elemento intenzionale soggettivo debba essere negata, quantomeno nell'ambito delle pratiche commerciali ingannevoli.

Mentre nella definizione normativa del significato dell'espressione "falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori" (art. 18, lett. *e*, cons.) viene menzionato il consumatore sic et simpliciter, nel comma 2 dell'art. 20 c.cons. si fa riferimento al "consumatore medio"⁶⁷.

La proposta di direttiva presentata dalla Commissione nel 2003 conteneva un'apposita definizione di "consumatore medio", distinta ed autonoma rispetto a quella di "consumatore": nell'art. 2, lett. *b*) della proposta, si stabiliva infatti che per "consumatore medio" si sarebbe dovuto intendere "il consumatore normalmente informato e ragionevolmente avveduto".

La Commissione assumeva in tal modo come parametro di riferimento non il modello di consumatore "debole e vulnerabile" (sprovvisto cioè delle conoscenze e delle informazioni indispensabili per agire con piena consapevolezza della portata e della convenienza delle proprie decisioni, nonché privo della razionalità e del senso critico necessari per operare scelte ponderate), bensì il modello del consumatore "critico e consapevole" in quanto "normalmente" informato ed avveduto⁶⁸, modello elaborato e costantemente adottato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia⁶⁹ relativa alle normative comunitarie concernenti i marchi d'impresa⁷⁰, la pubblicità ingannevole e comparativa⁷¹, la commercializzazione di peculiari e specifiche categorie di prodotti⁷².

⁶⁷ Si "consumatore medio", e non semplicemente di "consumatore", si parla altresì nei commi 1 e 2 dell'art. 21 (azioni ingannevoli), nei commi 1 e 2 dell'art. 22 (omissioni ingannevoli) nonché nell'art. 24 (pratiche commerciali aggressive) c.cons.

⁶⁸ Cfr. la relazione illustrativa della proposta presentata nel 2003, p. 9: "La direttiva prevede, come consumatore di riferimento, il consumatore medio nella nozione elaborata dalla Corte di Giustizia e non il consumatore vulnerabile o atipico. Questo criterio, che è un'espressione del principio di proporzionalità, si applica quando una pratica commerciale si rivolge a o raggiunge la maggior parte di consumatori (...). La previsione di tale criterio chiarirà il parametro che i tribunali nazionali devono applicare e ridurrà considerevolmente la possibilità di valutazioni divergenti all'interno dell'UE di pratiche tra loro simili (...)"

⁶⁹ V. in proposito, da ultimo, PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, in *Contr. impr. Europa*, 2007, p. 734 ss.

⁷⁰ Cfr. *ex multis* la sentenza 12 febbraio 2004, in causa C-218/01, *Henkel KGaA*, in *Foro it.*, 2004, IV, c. 130; la sentenza 6 maggio 2003, in causa C-104/01, *Libertel Groep BV c. Benelux-Merkenbureau*, in *Dir. ind.*, 2004, p. 33 ss., con nota di TAVOLARO; la sentenza 22 giugno 1999, in causa C-342/97, *Lloyd Schuhfabrik Meyer GmbH c. Klijsen Handel B V*, in *Dir. ind.*, 1999, p. 317 ss., con nota di FOGLIA; la sentenza 2 febbraio 1994, in causa C-315/92, *Verband Sozialer Wettbewerb c. Soc. Clinique Laboratoires*, in *Racc.*, p. I-317.

⁷¹ V. la sentenza 19 aprile 2007, in causa C-381/05, *De Landtsheer Emmanuel SA c. Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne, Veuve Cliquot Ponsardin SA*, in *Dir. ind.*, 2007, p. 386, con nota di FUSI, punto 22; la sentenza 19 settembre 2006, in causa C-356/04, *Lidl Belgium GmbH & Co KG c. Etablissement Franz Colruyt NV*, in *Foro it.*,

Nonostante le perplessità manifestate dal Comitato economico e sociale⁷³, il Parlamento europeo, nel parere in prima lettura reso sulla proposta presentata dalla Commissione, non avanzò la richiesta di adottare come parametro di riferimento un diverso modello di “consumatore medio”, limitandosi a suggerire l’inserimento, nella definizione di “consumatore medio” formulata dalla Commissione, dell’espressione “tenuto conto delle circostanze sociali, culturali e linguistiche”, che avrebbe dovuto rendere la definizione più elastica e adattabile alle peculiarità specifiche delle concrete fattispecie.

Con questa integrazione, il parametro di riferimento proposto dalla Commissione fu conservato anche dal Consiglio, che nella posizione comune preferì tuttavia “confinarlo” in un apposito “considerando”, evitando di consacrarlo in una definizione *ad hoc* inserita nel testo normativo. Questa opzione è stata rispettata anche nel testo definitivo della direttiva, il cui art. 2 non reca più alcuna definizione della nozione di “consumatore medio”, nozione della quale tuttavia si occupa il *considerando* n. 18 che, dopo aver ricordato che “la Corte di giustizia ha ritenuto necessario, nel deliberare in cause relative alla pubblicità dopo l’entrata in vigore della direttiva 84/450/CEE, esaminare l’effetto su un virtuale consumatore tipico”, statuisce che “conformemente al principio di proporzionalità, e per consentire l’efficace applicazione delle misure di protezione in essa previste, la presente direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l’interpretazione della Corte di giustizia (...)”, aggiungendo peraltro che “(...) la nozione di consumatore medio non è statistica”⁷⁴.

2006, IV, c. 458, con nota di ROSSI, punto 55; la sentenza 16 gennaio 1992, in causa C-373/90, X, in *Racc.* p. I-131, punti 15 e 16.

⁷² Cfr. Le sentenze del 24 ottobre 2002, in causa C-99/01, *Linhart c. Biffli*, in *Racc.* p. I-9375, punto 31 e del 13 gennaio 2000, in causa C-220/98, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG c. Lancaster Group GmbH*, in *Foro it.*, 2000, IV, c. 170, punti 27 ss., in materia di etichettatura, presentazione e pubblicità di prodotti cosmetici, nonché la sentenza del 16 luglio 1998, in causa C-210/96, *Gut Springenheide e Tusky c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt Amt für Lebensmittelüberwachung*, in *Foro it.*, 1999, IV, c. 71, punti 31 ss., relativa al regolamento Ce in materia di commercializzazione di uova.

⁷³ Che nel parere emesso sulla proposta di direttiva presentata dalla Commissione (n. 3.6) manifestò il timore che l’utilizzazione del parametro del consumatore medio, così come definito dalla Commissione, avrebbe potuto privare la politica di tutela dei consumatori del proprio carattere protettivo e lasciare sforniti di tutela proprio i consumatori meno informati ed istruiti.

⁷⁴ È interessante rilevare che anche nel considerando n. 15 del Regolamento CE n. 1924/2006 del 20 dicembre 2006 relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari (in G.U.U.E. n. L 404 del 30 dicembre 2006), si afferma che “... il presente regolamento prende come parametro il consumatore medio, normalmente

Il legislatore italiano, non diversamente dalla maggioranza dei legislatori nazionali dei Paesi UE che hanno dato attuazione alla direttiva⁷⁵, si è astenuto dall'inserire nel provvedimento interno di recepimento una disposizione recante una definizione della nozione di “consumatore medio” dal tenore corrispondente a quello del *considerando* n. 18 della direttiva. Non si rinviene pertanto, né nell'elenco di “definizioni” dotate di validità (tendenzialmente) generale di cui all'art. 3 c.cons., né nella lista di definizioni vevoli per la sola disciplina delle pratiche commerciali scorrette inserita nell'art. 18 c.cons. una definizione normativa del significato della locuzione “consumatore medio”.

Se, ed in che misura, le affermazioni contenute del *considerando* n. 18 della direttiva possano considerarsi vincolanti per l'interpretazione degli artt. 20, 21, 22 e 24 c.cons., e soprattutto per le autorità giudiziarie o amministrative che si troveranno in futuro ad applicare tali disposizioni per valutare se una pratica debba considerarsi “scorretta”, è questione assai delicata, la cui soluzione inevitabilmente si riconnette alla complessa problematica della natura giuridica e della rilevanza dei *considerando* delle direttive CE.

Con ogni probabilità, si riveleranno in proposito decisivi gli orientamenti interpretativi della Corte di giustizia Ce, ai quali le autorità giudiziarie ed amministrative nazionali dovranno necessariamente attenersi (come risulta dallo stesso *considerando* n. 18).

informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenuti presenti i fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia, ma prevede misure volte ad evitare lo sfruttamento dei consumatori che per le loro caratteristiche risultano particolarmente vulnerabili alle indicazioni fuorvianti. Ove un'indicazione sia specificamente diretta d un gruppo di consumatori, come ad esempio i bambini, è auspicabile che il suo impatto venga valutato nell'ottica del membro medio di quel gruppo. La nozione di consumatore medio non è statistica”.

⁷⁵ Soltanto i legislatori francese, estone, lettone e rumeno – a quanto ci consta – hanno ritenuto opportuno inserire nei rispettivi ordinamenti interni una norma che esplicitamente contemplasse gli elementi costitutivi della nozione di “consumatore” medio individuati nel “*considerando*” n. 18 della direttiva 2005/29/Ce. L'art. L 120/1 del *code de la consommation française*, come modificato dall'art. 39 della loi n. 2008-3 del 3 gennaio 2008 (sul quale v. RAYMOND, *Les Modifications au droit de la consommation apportées par la loi n. 2008-3- du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*, in *Contrats Concurrence Consommation*, 2008, fasc. n. 3, p. 8 ss.), statuisce infatti che “*Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle ... est susceptible d'alterer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé*”. Il § 12² della legge estone sulla tutela dei consumatori, come modificata dal provvedimento attuativo della direttiva 2005/29/Ce, dopo aver delineato (comma 1) la nozione “generale” di pratica commerciale sleale prevede espressamente che “*The average consumer specified in subsection (1) of this section is deemed to a consumer who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect, taking into account social, cultural and linguistic factors*”. Una vera e propria definizione normativa del significato dell'espressione “consumatore medio” si rinviene infine nei provvedimenti che hanno dato attuazione alla direttiva 2005/29/Ce in Lituania (comma 13° dell'art. 2 della legge 21 dicembre 2007: “*Average consumer shall mean a consumer who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect, taking into account social, cultural and linguistic factors*”) e in Romania (art. 2, lett. m), della legge n. 363 del 21 dicembre 2007: “*consumador mediu – consumatorul considerat ca fiind rezonabil informat, atent și precaut, ținând seama de factorii sociali, culturali și lingvistici*”).

In attesa che la Corte di giustizia si pronunci (nell'ambito di giudizi promossi attraverso rinvii pregiudiziali) in merito alle modalità con le quali deve essere intesa la nozione di "consumatore medio" di cui alla direttiva 2005/29/Ce e fino a quando non si sia formato in proposito un orientamento sufficientemente consolidato, è dubbio di quali margini di discrezionalità le autorità giudiziarie ed amministrative nazionali (chiamate a dare applicazione ai provvedimenti di recepimento della direttiva 2005/29/Ce) possano godere in sede di "concretizzazione" della nozione di "consumatore medio" in relazione alle specifiche pratiche commerciali che vengano sottoposte al loro vaglio, e quali conseguenze potrebbero prodursi nell'ipotesi in cui le indicazioni fornite in proposito dal *considerando* n. 18 venissero disattese⁷⁶.

Occorre peraltro rilevare che, quand'anche si volesse riconoscere alle affermazioni contenute nel *considerando* n. 18 un grado di vincolatività simile (se non addirittura identico) a quello che avrebbe avuto una apposita definizione di "consumatore medio" di tenore corrispondente⁷⁷, la questione dell'esatta determinazione del contenuto di tale nozione non potrebbe affatto, per ciò solo, considerarsi risolta⁷⁸.

In primo luogo, lo stesso *considerando* fa ricorso ad avverbi dalla portata assai ampia e generica, la cui concretizzazione comporta necessariamente valutazioni di natura discrezionale: si discorre infatti di un consumatore "normalmente" informato⁷⁹ e "ragionevolmente" attento ed avveduto⁸⁰. Ora, il livello qualitativo e quantitativo di informazioni che può considerarsi "normalmente" posseduto da un consumatore medio ed il grado di attenzione ed avvedutezza che si può "ragionevolmente" attendere da un consumatore medio sono parametri che per la loro stessa natura non possono essere rigidi o prefissati, ma si prestano necessariamente a variare e mutare in

⁷⁶ Potrebbe, ad esempio, una sentenza dell'autorità giudiziaria (o un provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato) pronunciata sulla base di un concetto di "consumatore medio" inteso in una accezione non corrispondente alle affermazioni contenute nel *considerando* n. 18 essere, per ciò solo, suscettibile d'impugnazione?

⁷⁷ In tal senso, v. ad esempio AUGENHOFER, *op. cit.*, p. 208.

⁷⁸ Su tale questione, v. inter alios WILHELMSSON, *The informed consumer vs. the vulnerable consumer in European unfair commercial practices law – A comment*, in *Yearbook of consumer law 2007*, cit., p. 211 ss.

⁷⁹ Secondo MELI, voce *Pubblicità ingannevole*, cit., p. 8, l'"informazione" attiene al bagaglio culturale ed esperienziale del soggetto.

⁸⁰ L'"attenzione" e l'"avvedutezza" esprimono la vigile consapevolezza dei propri interessi, comprensiva dello spirito critico e della capacità di vagliare, selezionare e valutare le informazioni in modo non superficiale né distratto: cfr. ancora Meli, *op. loc. cit.*

relazione ad una molteplicità di fattori, a cominciare da quei “fattori sociali, culturali e linguistici”⁸¹ cui lo stesso *considerando* n. 18 attribuisce espressamente rilievo ai fini della concretizzazione della nozione di “consumatore medio”⁸².

In secondo luogo, la stessa nozione di “consumatore medio” si atteggia diversamente a seconda che la pratica commerciale (della quale occorra verificare la “correttezza”) sia “diretta” alla generalità dei consociati (e cioè a tutti i consumatori) ovvero soltanto ad un “determinato gruppo di consumatori”.

In questo secondo caso, infatti, decisiva, ai fini della possibile qualificazione della pratica commerciale in termini di “scorrettezza” (a norma della “nozione generale” di cui al comma 2 dell’art. 20, c.cons.), è la sua attitudine a falsare il comportamento economico del “membro medio” del “determinato gruppo di consumatori” al quale essa è diretta. In tali ipotesi è necessario dunque un adattamento del parametro alle peculiari caratteristiche (“medie”) dello specifico gruppo di consumatori cui il professionista indirizza i messaggi pubblicitari, le dichiarazioni e le comunicazioni finalizzate alla promozione di un bene o di un servizio: è in considerazione di siffatte caratteristiche che potrà e dovrà stabilirsi quale livello qualitativo e quantitativo di informazioni possa reputarsi “normalmente” posseduto dai destinatari della pratica commerciale e quale grado di attenzione e avvedutezza ci si possa da essi “ragionevolmente” attendere.

Da rilevare che tale adattamento può certamente condurre a qualificare come “scorretta” una pratica che, se indirizzata alla generalità dei consumatori, non avrebbe potuto considerarsi tale, quando il “gruppo determinato” cui il professionista si rivolge sia composto da consumatori più “deboli” e “vulnerabili” della media, perché dotati di un minor bagaglio di conoscenze e di una capacità inferiore di valutazione e reazione, a causa di fattori quali l’età, le condizioni fisiche e mentali, il livello culturale, ecc. Potrebbe tuttavia anche accadere il contrario: una pratica che, ove fosse tenuta nei confronti della generalità dei consociati, contrasterebbe con il divieto sancito dal comma 1 dell’art. 20, c.cons., potrebbe infatti rivelarsi non “scorretta” – perché inidonea a “falsare” il comportamento economico dei soggetti cui è diretta – qualora il professionista la ponga in essere

⁸¹ Sul significato e sulle possibili implicazioni della necessità di tener conto dei “fattori sociali, culturali e linguistici” in sede di concretizzazione della nozione di “consumatore medio”, v. WILHELMSSON, *Harmonizing Unfair Commercial Practices Law: the Cultural and Social Dimensions*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 2006, p. 461 ss., spec. p. 478 ss.

⁸² Cfr. HELM, *Der Abschied vom “verständigen” Verbraucher*, in *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005, p. 936.

soltanto nei confronti di un “gruppo determinato” di consumatori del quale facciano parte persone (mediamente) dotate di un bagaglio di conoscenze e di capacità critica superiore alla media⁸³.

Quanto alle pratiche dirette non a gruppi determinati, ma a tutti indistintamente i consumatori, a rigore la loro attitudine a falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori deve essere verificata con riferimento al modello del “consumatore medio” ricavato da una valutazione complessiva delle caratteristiche della generalità dei consociati.

Il comma 3 dell’art. 20 c.cons. prevede tuttavia che “le pratiche commerciali che, pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, sono idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere sono valutate nell’ottica del membro medio di tale gruppo”.

Ora, tale previsione (puntualmente corrispondente al par. 3, dell’art. 5 della direttiva⁸⁴ non può che riferirsi alla sola ipotesi in cui una pratica commerciale sia diretta alla generalità dei consumatori⁸⁵: per le pratiche indirizzate in via esclusiva a gruppi determinati di consumatori, già il comma 2 dell’art. 20 c.cons. impone infatti espressamente di fare riferimento al “membro medio”

⁸³ Il Parlamento europeo, nel parere reso in prima lettura sulla proposta presentata dalla Commissione nel 2003, aveva suggerito (emendamento n. 13) di inserire nella lett. c) dell’art. 2 della direttiva un’apposita definizione della nozione di “gruppo determinato di consumatori” così formulata: “per un gruppo determinato di consumatori s’intende un gruppo di consumatori con particolari caratteristiche di natura non economica, quali: i) i consumatori vulnerabili per fattori diversi, quali l’età, l’handicap, le condizioni fisiche o mentali anche temporanee, il livello di alfabetizzazione, che ne influenzano la capacità di valutazione e/o reazione; ii) i consumatori con specifiche conoscenze nel settore cui si rivolge il professionista, che li rendono idonei a comprendere una comunicazione commerciale specialistica”. Questo emendamento non fu accolto dal Consiglio nella posizione comune, sicché nella versione finale della direttiva manca una definizione ad hoc della nozione di “gruppo determinato di consumatori”. Ciò nonostante, non parrebbero esservi ragioni plausibili per escludere che il gruppo determinato di consumatori cui una pratica si rivolga in via esclusiva possa essere formato da persone dotate di conoscenze e capacità critiche superiori (anziché inferiori) a quelle mediamente possedute dalla generalità dei consumatori.

⁸⁴ Nel quale MINERVINI, CODICE DEL CONSUMO E DIRETTIVA SULLE PRATICHE COMMERCIALI SLEALI, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di MINERVINI - ROSSI CARLEO, cit., p. 80, ravvisa l’elemento autenticamente della direttiva, idoneo a consentire di assicurare forme adeguate di tutela ai gruppi di consumatori più deboli. Anche WEATHERILL, *Who is the “Average Consumer”?*, in AA.VV., *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, cit., p. 136 esalta il ruolo che tale previsione è destinata ad assumere ai fini della protezione delle fasce più deboli di consumatori.

⁸⁵ Così anche, con riferimento al par. 3 dell’art. 5 della direttiva, RADEIDEH, *op. cit.*, p. 264, nonché SEICHTER, *op. cit.*, p. 1091. Diversamente parrebbero orientati invece GLÖCKNER - HENNING-BODEWIG, *EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem “neuen” UWG?*, cit., p. 1330, secondo cui la disposizione sarebbe applicabile soltanto nelle ipotesi in cui la pratica commerciale abbia come destinatari proprio un gruppo di consumatori particolarmente vulnerabili.

del gruppo cui la pratica viene indirizzata, sicché quando il “gruppo determinato” cui la pratica sia diretta risulti composto da consumatori “particolarmente vulnerabili” alla pratica o al bene o servizio cui essa si riferisce l’esigenza di valutarne l’attitudine a falsare il comportamento economico dei consumatori facendo riferimento alle caratteristiche del membro medio del gruppo scaturisce immediatamente dal disposto del citato comma 2 dell’art. 20 c.cons. (senza quindi che si renda a tal fine necessario il ricorso al comma 3 del medesimo articolo)⁸⁶.

Ciò precisato, ne consegue che, quando occorra valutare l’idoneità di una pratica commerciale diretta alla generalità dei consumatori a falsarne “in misura apprezzabile” il comportamento economico, al parametro del “consumatore medio” inteso come consumatore “normalmente” informato e “ragionevolmente” attento ed avveduto potrà farsi riferimento soltanto nelle ipotesi in cui debba escludersi l’esistenza, all’interno della cerchia dei potenziali destinatari della pratica, di un gruppo di consumatori composto di persone “particolarmente vulnerabili” alla pratica o al bene o servizio cui essa si riferisce.

Là dove per contro un gruppo di consumatori siffatto esista e sia “chiaramente individuabile” (nella sua identità e nei fattori che ne determinano la debolezza), e sempre che il professionista possa ragionevolmente prevedere che la pratica commerciale cui fa ricorso, per le sue caratteristiche o per la natura del bene o servizio che ne costituisce oggetto, sia idonea ad influenzarne “in misura apprezzabile” le decisioni delle persone suscettibili di essere ricomprese nel gruppo in questione, l’attitudine della pratica a “falsare il comportamento economico dei consumatori”, ai fini di una sua possibile qualificazione in termini di “scorrettezza”, deve essere appurata ponendosi nell’ottica del membro medio del gruppo di consumatori particolarmente vulnerabili, nonostante la pratica si rivolga alla generalità dei consumatori e non soltanto alle persone appartenenti a tale gruppo⁸⁷.

Alla luce di tali considerazioni, possiamo senz’altro affermare che la frequenza e l’intensità del ricorso al criterio del “consumatore medio”, inteso come consumatore “normalmente” informato

⁸⁶ Così, in relazione all’art. 5 della direttiva, anche MASSAGUER, *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, cit., p. 92.

⁸⁷ Nel medesimo senso, sempre con riferimento alla direttiva, v. altresì HELM, *Der Abschied vom “verständigen” Verbraucher*, cit., p. 937, nonché RADEIDEH, *Fair Trading in EC Law*, cit., p. 264 s., il quale ultimo dubita peraltro che gli organi comunitari si siano resi pienamente conto che l’inserimento nell’art. 5 della statuizione contenuta nel § 3 avrebbe avuto un esito di tal fatta.

e “ragionevolmente” attento ed avveduto (secondo la statuizione del *considerando* n. 18 della direttiva), dipenderà in misura decisiva dall’ampiezza dell’ambito di applicazione che verrà riconosciuto al parametro “derogatorio” contemplato dal comma 3 dell’art. 20, c.cons., la quale a sua volta dipenderà dalle modalità (più o meno restrittive) con cui verranno intesi i presupposti cui ne è subordinata l’operatività: e ciò, sia in sede di applicazione della “nozione generale” di cui all’art. 20, sia in sede di applicazione delle disposizioni (artt. 21-22 e 24 c.cons.) concernenti le pratiche ingannevoli e aggressive⁸⁸.

Quando il gruppo di consumatori particolarmente vulnerabili può considerarsi “chiaramente individuabile”?⁸⁹ A quali condizioni potrà ragionevolmente pretendersi che il professionista sia in condizione di prevedere se, con quali modalità ed in che misura la pratica commerciale cui fa ricorso possa influire sulle decisioni dei consumatori appartenenti a siffatto gruppo?⁹⁰ Quale estensione potrà essere attribuita al termine “ingenuità” (*credulity*, *crédulité*, *credulidad*, *Leichtgläubigkeit*, nelle altre versioni linguistiche della direttiva)⁹¹ e quale portata potrà essere riconosciuta alla locuzione “infermità mentale o fisica”? In che misura e con quali modalità potrà tenersi conto del fattore dell’età?⁹² Ma soprattutto, l’elenco dei fattori suscettibili di rendere “particolarmente vulnerabili” i consumatori appartenenti ad un determinato gruppo (infermità

⁸⁸ Ancorché non esplicitamente richiamato, deve infatti senz’altro ritenersi che il parametro “derogatorio” di cui al comma 3 dell’art. 20 (come del resto il precetto – sancito dal comma 2 del medesimo articolo – in forza del quale occorre avere riguardo alle caratteristiche del membro medio del gruppo tutte le volte in cui la pratica commerciale sia rivolta ad un gruppo determinato di consumatori) operi anche in relazione al “consumatore medio” di cui si parla nei commi 1 e 2, degli artt. 21 e 22 c.cons., nonché nell’art. 24 c.cons. (in tal senso, con riguardo alla direttiva, v. anche HOWELLS, *The Scope of European Consumer Law*, in *European Review of Contract Law*, 2005, p. 367).

⁸⁹ Secondo SCHERER, *op. cit.*, p. 569, la “chiara individuabilità” a norma dell’art. 5, § 3, della direttiva presuppone, da un lato, che le qualità e le caratteristiche soggettive che consentono ed impongono di considerare particolarmente vulnerabili consumatori appartenenti al gruppo (che presenti tali qualità e caratteristiche) siano chiaramente distinguibili rispetto alle qualità soggettive che caratterizzano il “consumatore medio”, e dall’altro che tali qualità si prestino oggettivamente ad essere rilevate con certezza da un esperto.

⁹⁰ WEATHERILL, *Who is the “Average Consumer”?*, cit., p. 137 sottolinea con forza l’esigenza di non interpretare in modo rigido questo presupposto, onde evitare che esso si presti ad essere utilizzato per paralizzare l’applicazione della statuizione del § 3 dell’art. 5 della direttiva. In senso diverso, cfr. però WIEBE, *Umsetzung*, cit., p. 75 s.; SCHERER, *op. cit.*, p. 565 ss. e WILTSCHKEK - MAJCHRZAK, *Die UWG-Novelle 2007*, cit., p. 8, i quali propugnano una interpretazione restrittiva e rigorosa di tale presupposto.

⁹¹ WEATHERILL, *Who is the “Average Consumer”?*, cit., p. 136 s., propone di interpretare in senso molto più ampio la nozione di credulità, onde includervi anche aspetti di natura emozionale.

⁹² In proposito, cfr. GARDE-HARAVON, *Unfair Commercial Practices: Towards a Comprehensive European Consumer Policy?*, cit., p. 135.

metale o fisica, età, ingenuità)⁹³ deve ritenersi tassativo ovvero (come parrebbe preferibile) meramente esemplificativo?⁹⁴

Dalla risposta che tali quesiti riceveranno nella prassi applicativa dipenderà in larga misura, a nostro avviso, la maggiore o minore attitudine della nuova disciplina comunitaria a tutelare in modo incisivo anche le fasce dei consumatori più deboli e maggiormente esposti al rischio di vedere influenzate le proprie “decisioni di natura commerciale” dalle pratiche poste in essere dai professionisti⁹⁵.

Merita in conclusione di essere evidenziato che la scelta di fare riferimento esclusivamente ad un parametro di valutazione “astratto” e “tipico” come quello del “consumatore medio” (pur dotato d’indubbie capacità di adattamento alle concrete fattispecie, anche grazie ai “correttivi” contemplati dai commi 2 e 3 dell’art. 20 c.cons.) appare, nella sua absolutezza, inadeguata sia rispetto alla multiforme realtà delle pratiche commerciali, sia rispetto alla possibile varietà dei contesti nell’ambito dei quali potrebbe rendersi necessario valutare la correttezza di una pratica commerciale.

È così, ad esempio, evidente che altro è giudicare una pratica commerciale *ex ante*, prima cioè che il professionista l’abbia concretamente posta in essere (si pensi ad un messaggio pubblicitario o ad una comunicazione commerciale di cui venga vagliata la possibile “scorrettezza” in un momento antecedente rispetto alla concreta diffusione presso il pubblico), altro è giudicare una pratica commerciale dopo che essa sia stata concretamente utilizzata, eventualmente (ed inevitabilmente) tenendo conto degli effetti e delle ripercussioni che essa ha in concreto avuto sui consumatori che ne siano stati interessati: è chiaro che in questo secondo caso il parametro del “consumatore” medio si rivela assai meno idoneo rispetto al primo caso.

⁹³ In dottrina è stata giustamente evidenziata la lamentata lacunosità di questo elenco: v. ad es. WEATHERILL, *Who is the “Average Consumer”?*, cit., p. 136, nonché STUYCK, *The Notion of the Empowered Informed Consumer in Consumer Policy and How to Protect the Vulnerable Under Such a Regime*, in *Yearbook of Consumer Law 2007*, Aldershot 2007, p. 179, che definisce “arbitraria” la selezione delle categorie di fattori di vulnerabilità del consumatore.

⁹⁴ In questo senso, cfr. SCHERER, *op. cit.*, p. 567 ss.

⁹⁵ Manifestano in proposito un pessimismo forse eccessivo STUYCK – TERRY – VAN DYCK, *Confidence through Fairness?*, cit., p. 151, secondo i quali la prova dei presupposti cui è subordinata l’operatività del § 3 dell’art. 5 (chiara individuabilità del gruppo di consumatori particolarmente vulnerabili e prevedibilità da parte del professionista degli effetti distorsivi che la pratica è suscettibile di avere sui membri di tali gruppo) sarà molto difficile.

Ancora, altro è valutare la possibile “scorrettezza” di pratiche commerciali, per così dire, “standardizzate”, poste in essere cioè, in una o più occasioni, nei confronti di una pluralità indefinita di consumatori sempre con le medesime caratteristiche, altro è giudicare una pratica commerciale utilizzata *una tantum* nei confronti di un singolo, determinato consumatore: in quest’ultimo caso non si vede per quale ragione dovrebbe farsi riferimento alle caratteristiche “tipiche” del “consumatore medio” anziché alle specifiche e peculiari caratteristiche della persona fisica che concretamente ed effettivamente venga raggiunta dalla pratica commerciale⁹⁶.

Infine, altro è condurre una valutazione siffatta nell’ambito di un procedimento instaurata in funzione della tutela degli interessi collettivi dei consumatori, destinato a svolgersi davanti all’autorità giurisdizionale ordinaria (si pensi ad es. al giudizio inibitorio di cui all’art. 140 c.cons.) ovvero davanti ad un’autorità amministrativa (si pensi ad es. al procedimento presso l’Autorità garante della concorrenza e del mercato attualmente contemplato e disciplinato dall’art. 27 c.cons.), altro è formulare un giudizio nel contesto di un procedimento promosso davanti all’autorità giurisdizionale ordinaria da un singolo, concreto consumatore che, invocandone la “scorrettezza”, pretenda il risarcimento dei danni cagionatigli da una pratica commerciale (già) posta in essere nei suoi confronti, ovvero richieda l’annullamento o l’accertamento della nullità del contratto alla cui stipulazione sia stato indotto da una pratica commerciale asseritamente “scorretta”, esigendo la restituzione delle somme versate in esecuzione di tale contratto. È difficile immaginare come, nell’ambito di un “giudizio individuale”, l’autorità giudiziaria possa limitarsi ad adottare un parametro “astratto” senza tener conto delle specifiche peculiarità del concreto caso sottoposto al suo esame.

La verità è che la nozione di “consumatore medio” è stata concepita fondamentalmente riguardo ai messaggi pubblicitari e alle comunicazioni commerciali, e più in generale alle condotte promozionali precontrattuali di natura standardizzata tenute nei confronti della generalità dei consumatori o comunque di una pluralità indistinta di soggetti, ed essenzialmente nella prospettiva di una sua utilizzazione nell’ambito di procedimenti inibitori e sanzionatori funzionali alla tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli interessi generali del mercato.

⁹⁶ Contra, cfr. però GAMERITH, *Der Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken*, cit., p. 418, secondo cui anche in queste ipotesi dovrebbe farsi riferimento soltanto al parametro normativo ed astratto di consumatore medio.

La categoria delle pratiche commerciali, come più volte si è rilevato, è tuttavia assai più ampia e variegata ed include una vasta ed eterogenea molteplicità di condotte imprenditoriali dotate di caratteristiche diverse dalla pubblicità, rispetto alle quali il parametro del “consumatore medio” appare non del tutto adeguato, o comunque bisognoso di adattamenti e correttivi⁹⁷. Per altro verso, se è indiscutibile che proprio ai procedimenti inibitori di cui all’art. 140 c.cons. e ai procedimenti amministrativi di competenza dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato finirà per essere affidata in misura preponderante l’operatività e l’effettività della nuova disciplina, non è meno vero che essa potrà trovare applicazione anche nel quadro di giudizi “individuali” (per non dire dei giudizi instaurati attraverso la proposizione delle azioni di gruppo di cui all’art. 140-bis c.cons.), nei quali pure si renderà indispensabile un adeguamento alla nozione di “consumatore medio”.

Alla luce di questo insieme di considerazioni, appaiono forse eccessivi e sproporzionati i timori manifestati dalla dottrina che ha paventato il rischio che l’adozione del parametro del “consumatore medio” conduca ad una drastica riduzione del livello di protezione dei consumatori, privando di tutela proprio le fasce di popolazione più deboli, vulnerabili e condizionabili. Non soltanto, infatti, la varietà e la molteplicità dei procedimenti e dei contesti nell’ambito dei quali si svolgerà il controllo di “correttezza” delle pratiche commerciali dovrebbero permettere ed imporre una utilizzazione ponderata di siffatto parametro, ma la stessa formulazione testuale dell’art. 20 c.cons. e del *considerando* n. 18 della direttiva recano un insieme di statuizioni ed indicazioni che, se opportunamente valorizzate, potranno consentire agevolmente di scongiurare tale rischio.

In questa prospettiva, appare peraltro criticabile la scelta del legislatore italiano di riprodurre inalterata, nell’ultima proposizione del comma 3 dell’art. 20 c.cons., la statuizione con cui si chiude il § 3 dell’art. 5 della direttiva, laddove si afferma che rimane comunque impregiudicata (nella norma italiana si afferma: “È fatta salva”) “la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera”.

Questa statuizione suscita invero non poche perplessità.

⁹⁷ Cfr. in tal senso anche HANDIG, *Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der EU*, cit., p. 79 s., il quale rileva che il parametro del “consumatore medio” è stato adottato ed utilizzato dalla Corte di giustizia Ce con riferimento a fattispecie di messaggi pubblicitari e comunicazioni commerciali di natura potenzialmente ingannevole, e non appare adeguato – quantomeno allo stato attuale della sua elaborazione – per le pratiche commerciali di natura aggressiva, le quali incidono non tanto sulle conoscenze e sulle informazioni di cui il consumatore dispone, quanto piuttosto sui profili psicologici dei procedimenti decisionali.

Da un lato, perché improvvida e del tutto inopportuna all'interno di una disposizione finalizzata ad assicurare forme speciali di protezione ai consumatori più "deboli"⁹⁸, dal momento che proprio le affermazioni esagerate ed iperboliche sono quelle maggiormente idonee a distogliere i consumatori più vulnerabili dall'acquisire le informazioni e dal prendersi i tempi necessari per assumere decisioni ponderate e razionali⁹⁹.

Dall'altro lato, perché fortemente ambigua ed oscura (e come tale foriera di gravi incertezze), essendo incerto quando, ed in presenza di quali presupposti, di una dichiarazione possa affermarsi che non è destinata ad essere presa alla lettera, e soprattutto essendo dubbio se in questi casi la riconoscibilità della natura esagerata o comunque non seria della dichiarazione debba essere valutata nell'ottica del "consumatore medio" ovvero nell'ottica del "consumatore vulnerabile"¹⁰⁰.

⁹⁸ Cfr. RADEIDEH, *Fair Trading in EC Law*, cit., p. 265.

⁹⁹ GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, cit., p. 173 s.

¹⁰⁰ GARDE-HARAVON, *Unfair Commercial Practices: Towards a Comprehensive European Consumer Policy?*, cit., p. 136.

TERZO CAPITOLO

LE PRATICHE COMMERCIALI INGANNEVOLI

SOMMARIO: 1. Profili generali. - 2. La *ratio* del divieto di pratiche commerciali ingannevoli. - 3. Il concetto di azione ingannevole. - 4. L'oggetto delle condotte ingannevoli. - 5. L'applicazione giurisprudenziale del divieto azioni ingannevoli. - 6. Le dichiarazioni reclamistiche iperboliche. - 7. L'abuso di veridicità ed il sopradosaggio informativo. - 8. Le omissioni ingannevoli. - 9. I criteri tipici di valutazione della condotta omissiva. - 10. L'applicazione giurisprudenziale del divieto omissioni ingannevoli.

1. *Profili generali*

La disciplina delle azioni ed omissioni ingannevoli, contenuta negli artt. 6 e 7 della direttiva 2005/29/Ce e trasfusa negli artt. 21 e 22 c.cons., affronta la questione del diritto del consumatore a disporre di un patrimonio di informazioni adeguato a raggiungere una determinazione negoziale consapevole e, dunque, sufficientemente ponderata. Il consumatore deve infatti poter fare affidamento sul patrimonio di conoscenze maturato dal (o maturando da parte del) professionista¹⁰¹. L'esatta informazione costituisce infatti un elemento irrinunciabile a tutela della parte economicamente più debole o meno organizzata, affinché essa maturi una decisione consapevole sulla base di una esatta rappresentazione della realtà.

La disciplina delle pratiche commerciali ingannevoli si inserisce nell'alveo di quelle discipline che mirano a garantire al consumatore la disponibilità di un patrimonio di informazioni idoneo a porlo nelle condizioni di assumere un comportamento commerciale sufficientemente ponderato e consapevole. Il consumatore dovrebbe dunque poter fare affidamento sul patrimonio di conoscenze

¹⁰¹ In relazione al testo della Convenzione di Vienna, v. ad es. MAGNUS, *sub art. 35*, in VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Berlin, 2005, p. 348 ss.; NIGGEMANN, *Die Pflichten des Verkäufers und die Rechtsbehelfe des Käufers*, in HOYER - POSCH (a cura di), *Das einheitliche Wiener Kaufrecht*, Wien, 1992, p. 84 s.; SIMITIS, *Verbraucherschutz. Schlagwort oder Rechtsprinzip?*, Baden-Baden, 1976, p. 90.

maturato dal professionista. Peraltro, nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette non rileva semplicemente la mera reticenza da parte del professionista relativamente ad informazioni rientranti nel suo patrimonio di conoscenze, bensì l'effettiva induzione o l'idoneità ad indurre il consumatore ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. Ciò significa che, anche qualora l'induzione in errore da parte del professionista scaturisca da un'effettiva mancanza di informazioni in capo ad esso, ciò non fa sì che esso possa sottrarsi alla responsabilità a suo carico sancita dalla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette. Chiari argomenti in tal senso si ricavano anzitutto dalla circostanza che tanto le previsioni di cui agli artt. 21 e 22 c.cons. quanto, soprattutto, quella dell'art. 23 c.cons. contengono ipotesi in cui la pratica commerciale viene considerata scorretta a prescindere dal patrimonio di conoscenze di cui disponga il professionista e del tutto indipendentemente dalla effettiva induzione in errore da parte del comportamento posto in essere dal professionista e dalla effettiva intenzione di quest'ultimo di influenzare il comportamento del consumatore. In ogni caso, non si mostra superfluo sottolineare che gli illeciti contemplati nella disciplina delle pratiche commerciali ingannevoli sono costruiti come illeciti di pericolo, non essendo infatti necessario, ai fini della concretizzazione di tali fattispecie, che la pratica abbia in concreto prodotto il proprio effetto lesivo (ovvero l'induzione del consumatore "ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso, bensì solamente che essa sia idonea a produrlo).

2. La ratio del divieto di pratiche commerciali ingannevoli

L'art. 20, quarto comma, lett. a), cod. cons., stabilisce che sono scorrette le pratiche commerciali ingannevoli di cui agli artt. 21, 22 e 23. Il profilo di particolare novità in tale disciplina consiste nella circostanza che il legislatore comunitario ha inteso con ciò dettare una disciplina unitaria, che prescinde dalla tipologia dei beni, dalla specificità delle pratiche e dalla natura dei mezzi di comunicazione impiegati¹⁰². Si è con ciò dunque inteso tutelare il consumatore nella sua

¹⁰² Sul punto v. in particolare HENNING-BODEWIG, *Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, in *Gewerblicher Rechtsschutz- und Urheberrecht - Internationaler Teil*, 2005, p. 630.

libertà di assumere decisioni consapevoli e libere¹⁰³. Ciò sulla base di una doppia istanza di tutela: se il fine immediato di tale disciplina è rappresentato dalla tutela della libertà di autodeterminazione del consumatore, scopo indiretto è quello di colpire i comportamenti scorretti dei professionisti che, traendo vantaggio dal loro illecito operare, falsano il gioco della concorrenza. Da una parte pure autorevole della dottrina italiana, si è affermato che le pratiche commerciali ingannevoli “altro non sono che la pubblicità ingannevole, almeno come essa è stata interpretata dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato”¹⁰⁴.

Pare tuttavia *in limine* doveroso sottolineare che la nozione di pratica commerciale è idonea a ricomprendere non solamente le condotte del professionista che siano identificabili come messaggi pubblicitari, bensì, più latamente, tutti quegli atteggiamenti volti o comunque idonei ad incidere sulla facoltà di autodeterminazione del consumatore e che lo inducano o siano idonei ad indurlo “ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso” (art. 21, comma 1, c.cons.). Alla luce dell’attuale assetto normativo è dunque possibile e doveroso affermare che oggetto del divieto di pratiche commerciali scorrette (e dunque anche – per quanto specificamente concerne il presente lavoro – ingannevoli) sono tutte le pratiche commerciali poste in essere dal professionista e non solamente quelle che si concretizzano in un messaggio pubblicitario. L’elemento di novità dello statuto in tema di protezione della concorrenza consiste in ciò, che il legislatore comunitario ha dettato una disciplina unitaria la quale prescinde dalla tipologia di beni, dalla specificità delle pratiche e dalla natura dei mezzi di comunicaz. impiegati. Si è così voluto rafforzare il principio di trasparenza nella contrattazione di massa per agevolare il consumatore – in reazione alle politiche permeate dal *caveat emptor*¹⁰⁵ – a prendere decisioni consapevoli e quindi adatte a garantire la sua piena autodeterminazione. La tutela del consumatore assume dunque il rinnovato ruolo di mezzo capace di tutelare la competizione tra professionisti, che viene compromessa da pratiche commerciali disoneste, concepite per giovare della condizione di *deficit*

¹⁰³ APOSTOLOPULOS, *Das Europäische Irreführungsverbot: Liberalisierung des Marktgeschehens oder Einschränkung für die Anbieterseite?*, in *Gewerblicher Rechtsschutz- und Urheberrecht - Internationaler Teil*, 2005, p. 292.

¹⁰⁴ Così MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. Genovese, Padova 2008, 87.

¹⁰⁵ MICKLITZ, *A General Framework Directive on Fair Trading*, in *The Forthcoming Directive on Unfair Commercial Practices*, a cura di COLLINS, 2004, 70s.

informativo in cui si trovano i consumatori anche a scapito di altri imprenditori i quali, all'opposto, operano in modo trasparente¹⁰⁶.

Il concetto di pubblicità non viene espressamente menzionato né all'art. 21, né tantomeno all'art. 22 c.cons. Nel divieto di condotte commerciali ingannevoli, infatti, il legislatore ha inteso ricomprendere senz'altro anche tutte le condotte qualificabili come emissione di messaggi pubblicitari da parte del professionista. Nel contempo, il messaggio pubblicitario ingannevole non assume *ex se* rilevanza ai fini della disciplina in esame: lo stesso sarà infatti colpito dal divieto solamente allorché si riveli attualmente o potenzialmente idoneo ad incidere sulla libertà del consumatore di assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

3. *Il concetto di azione ingannevole*

Conformandosi *in toto* alla previsione dell'art. 6, comma 1, dir. 2005/29/CE, l'art. 21, comma 1, c.cons. considera ingannevole “una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea a indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso”. Al fine di superare i rallentamenti al traffico giuridico cagionati dalla disarmonia di regole esistenti all'interno dei singoli Stati membri, attraverso la tipizzazione delle pratiche commerciali il legislatore comunitario è riuscito a plasmare una fattispecie unitaria di condotte decettive, al dichiarato scopo di scansare i particolarismi affioranti dalla stessa disciplina comunitaria, che attraverso molteplici direttive ha creato precetti specifici per combattere le c.d. asimmetrie informative, il cui tessuto connettivo aggregante è oggi rappresentato dalla normativa oggetto di quest'indagine.

Ad avviso dei più autorevoli commentatori della disciplina di attuazione della direttiva 2005/29/Ce, la mera trasmissione di notizie mendaci costituisce attività illecita a prescindere dal suo

¹⁰⁶ CHIAPPETTA, *Le pratiche commerciali “sleali” nei rapporti tra imprese e consumatori*, in *Il diritto dei consumi*, a cura di P. PERLINGIERI E CATERINI, I, Napoli, 2005, p. 102.

da suo inquadramento nell'area del dolo *causam dans* o del dolo incidente, e dall'estremo dell'*animus nocendi*¹⁰⁷.

L'obiettivo perseguito dal legislatore comunitario della direttiva 2005/29/CE è infatti quello di contrastare la pratica commerciale scorretta del professionista, a prescindere dalla concreta sussumibilità della stessa sotto l'una o l'altra categoria di dolo elaborata dalla dottrina in relazione alla disciplina del codice civile o di diverse normative.

4. *L'oggetto delle condotte ingannevoli*

L'art. 21 elenca una serie di circostanze in presenza delle quali è dato riscontrare l'illecito configurato dalla direttiva. La tecnica normativa che il legislatore utilizza è di stampo eminentemente casistico. Ciò è confermato dalla circostanza che la minuziosa descrizione delle condotte che distorcono la corretta formazione del consenso maturato dal consumatore sostituisce le fattispecie ancorate a formule ampie; tale fenomeno dell'enumerazione rappresenta il frutto dell'intenzione del legislatore comunitario di ridurre la discrezionalità dei giudici nazionali nell'applicazione della disciplina *de qua*.

In forza dell'art. 21, lett. *a*), è ingannevole l'informazione falsa o fallace qualora concerna l'esistenza o la natura del bene o servizio negoziato. Si tratta dell'ipotesi tradizionalmente più importante di condotta sleale, in quanto preordinata ad alterare la volontà del consumatore di normale avvedutezza.

Nello stesso senso si muove l'art. 21, lett. *b*), che dà rilevanza alle informazioni concernenti le caratteristiche principali dell'oggetto, quali la sua disponibilità materiale e giuridica, i vantaggi, i rischi, la composizione, gli accessori, l'assistenza post vendita e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, gli usi, la

¹⁰⁷ Sul punto, v. CALVO, *Le pratiche commerciali "ingannevoli"*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino 2008, 210 ss.

quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo impiego o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati¹⁰⁸.

L'art. 21, lett. c) dà rilievo ad elementi assai eterogenei: nello spazio applicativo di tale disposizione deve ricomprendersi anzitutto la pratica commerciale che concerne fattori tra i quali spiccano il contenuto e l'estensione degli obblighi assunti dal professionista, incidenti sull'equilibrio dello scambio. Merita di essere segnalata la circostanza che la disposizione estende i propri confini ai motivi della pratica commerciale e alla natura del sistema distributivo. Ad esempio, propagandare un servizio affermando falsamente che i proventi, in tutto o in parte andranno in beneficenza diventa condotta capace di influenzare la sensibilità del consumatore comune al punto da catturarne l'attenzione e, quindi, il consenso all'acquisto. Allo stesso modo, la diffusione di ragguagli mentitori sull'autonomia giuridica del distributore rispetto al produttore o importatore, così come la mendace affermazione in merito all'inserimento del venditore finale nella filiera del c.d. commercio etico-solidale, assumono il significato di azioni che non solo distorcono la corretta competizione tra imprese, ma impediscono altresì che il consumatore disponga di elementi cognitivi idonei a maturare un consenso informato e consapevole. In termini ancor più generici, la medesima insidia può scaturire da ogni altro tipo di dichiarazione o simboli volti a suscitare l'infondata impressione che il professionista oppure i beni o servizi oggetto del contratto beneficino di sostegni reclamistici diretti o mediati¹⁰⁹.

L'art. 21, lett. d) contempla poi le informazioni circa il prezzo, il metodo del suo computo e l'esistenza di uno specifico vantaggio relativo al corrispettivo. Tale previsione trova il proprio fondamento nell'intenzione del legislatore comunitario di proteggere il consumatore dalla condotta del professionista posta da in essere da quest'ultimo mediante l'utilizzo di sistemi di calcolo della somma dovuta o per mezzo della concessione di sconti, premi fedeltà e simili, volti a persuadere la parte vulnerabile del rapporto a determinarsi all'acquisto sulla base della falsa aspettativa di beneficiare di vantaggi che, invero, costituiscono il frutto di una mera illusione. L'obiettivo di tale

¹⁰⁸ Per un esame dei nessi che intercorrono tra l'art. 21, comma 1, lett. b) c.cons. e la nozione di difetto di conformità di cui all'art. 129 c.cons., v. *amplius* CALVO, *op. ult. cit.*, p. 188 ss.

¹⁰⁹ Il testo italiano della direttiva – oggetto di mero *copy out* da parte del legislatore italiano – parla di “approvazione” del professionista o del prodotto. La versione francese, che usa il termine “*appui*”, aiuta a comprendere come con la predetta parola il legislatore europeo abbia inteso riferirsi ad ogni forma di sostegno pubblicitario.

norma è dunque quello di sconfiggere l'effetto sorpresa da parte di chi alletta il consumatore con l'avvincente speranza di fruire di condizioni particolarmente favorevoli, ma che in realtà sono semplicemente funzionali a mimetizzare il raggiro.

La disciplina in tema di pratiche commerciali ingannevoli non è circoscritta alla fase costitutiva del contratto, ma viene estesa alla sua esecuzione o alle successive prestazioni riguardanti la manutenzione della cosa scambiata (lett. e). La prassi di sedurre l'acquirente a stipulare contratti di garanzia con i quali il professionista fornisce prestazioni sostanzialmente simili a quelle già dovute *ex lege* è invece combattuta *uti singuli* dall'art. 133, cpv. c.cons.¹¹⁰.

L'interesse del consumatore alla corretta informazione, e cioè a fruire dell'esatta rappresentazione di tutte le circostanze di diritto o di fatto capaci di influenzare la volontà, innerva la lett. f). Tale disposizione prende in considerazione le notizie intorno alla natura, qualifiche e diritti del professionista o del suo ausiliario¹¹¹, quali l'identità, il patrimonio, i titoli d'abilitazione professionale¹¹², il suo stato giuridico¹¹³, gli indici di gradimento¹¹⁴, i vincoli d'affiliazione e simili, i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale, nonché i premi e le onorificenze.

Ugualmente ingannevole è la pratica commerciale che, nel singolo caso e tenuto conto di tutte le circostanze, induca o sia idonea a indurre il consumatore medio a prendere una determinazione negoziale che non avrebbe diversamente posto in essere. La pratica adesso esaminata si sostanzia in una qualsivoglia attività di *marketing* della cosa negoziata, compresa la pubblicità comparativa, ingenerante confusione con i beni, i marchi, la ditta, ragione o denominazione sociale o con altri segni distintivi di un concorrente. In via alternativa, la frode può essere causata dal mancato rispetto per opera del professionista dei codici di condotta che si è impegnato ad osservare, sempre che la

¹¹⁰ A questo riguardo, v. anche la lett. g), alla luce dei suoi legami con l'art. 134, comma 1° c.cons.

¹¹¹ Il termine "agente" che compare nel testo italiano della direttiva è stato utilizzato in modo atecnico. Come purtroppo spesso accade, il legislatore italiano non si è avveduto dell'accennata improprietà.

¹¹² Il testo italiano della direttiva utilizza il vocabolo "capacità". Anche in questo caso ci troviamo di fronte ad un termine atecnico, il cui vero significato giuridico è utilmente ricavabile dal testo tedesco che impiega il vocabolo "*Befähigungen*"; con esso si intende far riferimento alle abilitazioni concernenti l'esercizio delle attività professionali. V. in proposito WILHELMSSON, *Misleading practices*, in *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*, cit., p. 161, nota 144.

¹¹³ Vengono qui in considerazione le informazioni sull'iscrizione nel registro delle imprese o l'iscrizione in albi professionali.

¹¹⁴ La direttiva e la legge d'attuazione usano l'assai oscuro vocabolo "riconoscimento".

regola violata concerne una promessa inequivocabile¹¹⁵ anziché mere dichiarazioni d'intenti (*Absichtserklärung*).

5. L'applicazione giurisprudenziale del divieto azioni ingannevoli

Sulla disposizione in commento si fondano già numerose pronunce, tanto dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato quanto dei giudici amministrativi, che hanno contribuito a chiarirne l'effettiva portata. Tali organi hanno anzitutto inteso sottolineare che un messaggio pubblicitario non veritiero è scorretto – in quanto, nei suoi contenuti o modalità di presentazione, sia immediatamente idoneo a pregiudicare il comportamento economico del consumatore medio – indipendentemente dai chiarimenti e dalle precisazioni che possano successivamente essere acquisiti una volta che si instauri il rapporto diretto con chi offre il prodotto al pubblico, dal momento che il legislatore ha inteso salvaguardare la libertà di autodeterminazione dell'acquirente da ogni interferenza ingiusta fin dal primo contatto pubblicitario. A tale proposito, si è rilevato che la consultazione di fonti alternative da parte di un potenziale acquirente è solamente eventuale e si concretizzerebbe comunque in una fase successiva rispetto a quella in cui il soggetto viene attirato dal *claim*¹¹⁶. Per quanto ad es. riguarda il settore della telefonia, caratterizzato dal proliferare di offerte promozionali anche molto articolate, nonché da complessi profili tecnici, l'Autorità ha sottolineato che la completezza della comunicazione deve coniugarsi con la chiarezza e l'immediata percepibilità delle condizioni di fruizione dell'offerta promozionale pubblicizzata¹¹⁷. A tal proposito, si è rilevato in particolare che un'indicazione non univoca del parametro di riferimento della velocità di navigazione in *internet* è stata in diverse occasioni riconosciuta come ingannevole *ex art. 21 c.cons.*¹¹⁸. Il messaggio mediante cui il professionista enfatizza la possibilità per il consumatore di abbonarsi per un solo mese, mentre l'unica tipologia di abbonamento offerto è in

¹¹⁵ L'art. 21, comma 2, c.cons. usa la seguente proposizione assai atecnica: "impegno fermo e verificabile".

¹¹⁶ T.A.R. Lazio - Roma, 21-7-2008, n. 7093; AGCM 16-12-2009, provv. n. 20586, PS1178, *Boll.* 52/2009.

¹¹⁷ Così ad es. AGCM 15-10-2009, provv. n. 20384, PS1890, *Boll.* 42/2009; AGCM 5-11-2008, provv. n. 19091, PS557, *Boll.* 42/2008; AGCM 31-7-2008, provv. n. 18698, PS88, *Boll.* 30/08; AGCM 17-7-2008, provv. n. 18627, PS571, *Boll.* 28/08; AGCM 3-7-2008, provv. n. 18575, PS572, *Boll.* 26/2008.

¹¹⁸ V. ad es. AGCM 12-11-2009, provv. n. 20462, PS1401, *Boll.* 45/2009; AGCM 15-10-2009, provv. n. 20384, PS1890, *Boll.* 42/2009; AGCM 15-10-2009, provv. n. 20382, PS545, *ivi*.

realtà quello annuale, è ingannevole *ex* in violazione dell'articolo 21 1° co., lett. *b*) e *d*), c.cons., in quanto idoneo ad indurre in errore il consumatore con riferimento alle caratteristiche e al prezzo del servizio promosso¹¹⁹.

In relazione alla pubblicità di prodotti cosmetici, l'AGCM ha posto in rilievo che il messaggio pubblicitario deve offrire ai consumatori elementi informativi sufficienti a comprendere l'effettiva natura delle componenti utilizzate e definire il concreto ambito di efficacia del trattamento¹²⁰. La pratica consistente nell'apporre adesivi sulle confezioni di un prodotto, inducendo i consumatori a ritenere, contrariamente al vero, di poter partecipare ad una data promozione sino ad una certa data, deve ritenersi scorretta, ai sensi dell'articolo 21, 1° co., lett. *b*) e *c*), in quanto appare suscettibile, nella sua presentazione complessiva, di indurre in errore il consumatore medio con riguardo sia alle caratteristiche principali del prodotto, quali la durata della promozione e le sue differenti modalità di svolgimento, sia con riferimento alla portata degli impegni assunti dal professionista¹²¹.

Una violazione dell'art. 21, c.cons. è stata riscontrata anche in relazione a messaggi complessivamente strutturati e formulati in modo da indurre ragionevolmente i consumatori in cerca di occupazione ad intendere quanto pubblicizzato dal professionista come un'offerta di lavoro, previo *training*, piuttosto che un'iscrizione ad un corso professionale a pagamento¹²². Si è a tale riguardo sottolineato che la valenza decettiva dei messaggi in esame risulta particolarmente accentuata ove si consideri che i destinatari degli stessi sono presumibilmente soggetti alla ricerca di un'occupazione professionale e quindi maggiormente vulnerabili ed esposti al rischio di cadere in errore a fronte di un'iscrizione ad un corso che viene presentata in termini di possibilità di inserimento nel mondo del lavoro¹²³.

¹¹⁹ In tal senso AGCM 28-10-2009, provv. n. 20416, PS1459, *Boll.* 43/2009.

¹²⁰ Così AGCM 25-11-2009, provv. n. 20513, PS2720, *Boll.* 47/2009; AGCM 16-12-2009, provv. n. 20583, PS182, *Boll.* 52/2009; AGCM 18-11-2009, provv. n. 20493, PS1730, *Boll.* 47/2009; AGCM 1-10-2009, provv. n. 20348, PS1314, *Boll.* 40/2009; AGCM 10-9-2009, provv. n. 20284, PS891, *Boll.* 36/2009.

¹²¹ AGCM 25-11-2009, provv. n. 20513, PS2720, *Boll.* 47/2009. Per quanto concerne l'ingannevolezza di pratiche relative alla promozione di pacchetti turistici, v. ad es. AGCM 22-10-2009, provv. n. 20395, PS183, *Boll.* 42/2009.

¹²² A tale proposito, v., da ultimo, AGCM 7-10-2009, provv. n. 20365, PS1228, *Boll.* 40/2009; sul punto, v. altresì T.A.R. Lazio - Roma 1-7-2009 n. 6347.

¹²³ Così T.A.R. Lazio - Roma, 9-4-2009 n. 3723.

Una violazione dell'art. 21 c.cons. (nella specie, lett. *b* e *d*) è stata riscontrata anche nella pratica – assai diffusa nel settore dell'autonoleggio – consistente nella prospettazione delle categorie di veicoli offerte a noleggio, fornendo ai consumatori indicazioni non chiare circa le autovetture ad esse afferenti, dal momento che tale condotta può indurre il consumatore medio in errore con riguardo alle caratteristiche principali e all'idoneità allo scopo del veicolo offerto a noleggio, e quindi anche al prezzo del servizio, portandolo dunque ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso¹²⁴.

6. Le dichiarazioni reclamistiche iperboliche

Alla luce di quanto sin qui descritto, è possibile affermare la liceità delle dichiarazioni del professionista, a patto che esse non si concretizzino in insidiosi messaggi idonei ad indurre in errore il consumatore medio: ciò posto, dalle pratiche commerciali qualificate come scorrette e dunque sanzionate dagli artt. 18 ss. c.cons. parrebbero pertanto doversi escludere tutte quelle pratiche che appaiano platealmente inveritiere. In tale direzione depone l'art. 20, comma 3, c.cons., il quale, dopo aver stabilito che “le pratiche commerciali che, pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, sono idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo”, dispone che è “fatta salva la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera”. Su tale base è possibile affermare che la dichiarazione iperbolica non integra gli estremi della pratica sleale sanzionata dagli artt. 18 ss. cons. (e nemmeno quelli del difetto materiale), in quanto inidonea ad infrangere la fiducia del consumatore mediamente accorto. Da ciò consegue che, qualora nel messaggio pubblicitario si affermi che una bevanda ha la proprietà di consentire di volare a chi la assume, quest'ultimo non potrà invocare la sussistenza difetto materiale nel caso in cui egli stesso dovesse accorgersi, con un po' di scoramento, che in seguito

¹²⁴ AGCM 23-9-2009, provv. n. 20322, PS2374, *Boll.* 39/2009.

all'ingestione della bevanda, il suo corpo non si solleva autonomamente da terra. In siffatte eventualità, il professionista cattura l'attenzione dei consumatori stimolando l'immaginazione dei più senza correre il rischio di suscitare alcun prudente affidamento in merito alle immaginifiche caratteristiche attribuite al prodotto. Le dichiarazioni manifestamente inverosimili siccome insuscettibili di essere prese alla lettera¹²⁵, sembrano non suscettibili di generare una situazione d'affidamento contrattuale giuridicamente significativa (art. 20, 3° co., ult. proposizione); all'opposto, quelle obiettivamente insidiose anche perché dotate di un maggior grado di specificità e persuasione devono, di massima, essere noverate nella categoria degli elementi concorrenti a dar corpo alla fiducia dell'acquirente intorno ai caratteri (dinamico-strutturali e qualitativi) del bene di consumo e, di conseguenza, soggiacciono allo statuto sulle pratiche scorrette.

7. L'abuso di veridicità ed il sopradosaggio informativo

Ciò posto, è da chiedersi quale disciplina debba applicarsi alle ipotesi in cui nel comportamento del professionista sia ravvisabile un sopradosaggio informativo ovvero un abuso della veridicità. Ciò si verifica ogniqualvolta il professionista, nel rappresentare il vero, ecceda nel flusso di informazioni diretto al consumatore, finendo per disorientare quest'ultimo. A fronte di una siffatta ridda informativa, facilmente il neofita potrà cadere in inganno, ma ciò potrà accadere anche all'esperto quando, a causa dei meccanismi estremamente semplificati del negozio di massa, ometta di prestare la dovuta attenzione alle fonti cognitive. In definitiva, l'eccesso di informazioni che si riveli attualmente o potenzialmente idoneo ad ingannare il consumatore al punto da indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso equivale, *quoad effectum*, all'assenza di chiarimenti. Tale deduzione trova forza nella constatazione secondo cui l'art. 21, comma 1, c.cons. pone l'accento sull'idoneità dell'informazione ad ingannare, sebbene la causa scatenante il vizio del consenso sia imputabile ad informazioni di fatto prive di inesattezze.

8. Le omissioni ingannevoli

¹²⁵ Sul punto v. per tutti WILHELMSSON, *op. ult. cit.*, p. 128.

Quale specificazione della norma che la precede, l'art. 22 c.cons. qualifica come scorretta la pratica commerciale che trascuri di rendere note le informazioni la cui esaustiva diffusione sia indispensabile allo scopo di permettere al consumatore di maturare una ponderata decisione di natura commerciale. Al pari dell'art. 21, anche l'art. 22 c.cons. deve intendersi quale norma speciale rispetto alla clausola generale di cui all'art. 20 c.cons. Il consumatore deve ottenere ciò che desidera; o, per meglio dire, deve essere posto nelle condizioni di percepire esattamente le caratteristiche della cosa offerta allo scopo d'assodare sin da subito se collimino o no con la totalità dei bisogni che diedero impulso all'acquisto. Se oggetto del desiderio è una cosa di minor pregio rispetto al suo abituale dover essere, il consumatore non potrà lamentare la discrasia ove non sia stato colto alla sprovvista; ed è sicuro che il fattore sorpresa non è ravvisabile quando il venditore abbia rigorosamente osservato i procedimenti informativi ispirati al *clare loqui*¹²⁶.

In proposito, l'art. 22, comma 1, c.cons., recita che “È considerata ingannevole una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o è idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”.

Tale disposizione dà espressa rilevanza giuridica al dolo omissivo. Essa statuisce difatti che è sleale la pratica commerciale la quale trascuri di rendere note le informazioni la cui esaustiva diffusione sia indispensabile allo scopo di permettere al consumatore di maturare un consenso ponderato¹²⁷. Ad esempio, l'ingannevolezza è ravvisabile quando la pubblicità di automezzi a prezzi inferiori rispetto a quelli praticati dai concessionari sia realizzata tacendo che le vetture vendute dagli importatori paralleli sono dotate di un minor numero di accessori¹²⁸.

¹²⁶ Cfr. M. COSTANTINO, *Regole di gioco e tutela del più debole nell'approvazione del programma contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 86, 95; GRUNDMANN, *Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht – Warum sind sich UN-Kaufrecht und EU-Kaufrechts Richtlinie so ähnlich?*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 2002, p. 52; VOGEL, *Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht*, Berlin, 2006, p. 111, 137 e 144.

¹²⁷ In proposito v. TILLER, *Gewährleistung und Irreführung*, München, 2005, p. 18ss.

¹²⁸ Corte giust. Ce, 16 gennaio 1992, in causa C-373/90, in *www.eurlex.eu*.

Ai sensi della predetta disposizione, l'omissione deve essere *causam dans* della determinazione consapevole di natura commerciale. Ciò significa che forse il dolo omissivo incidentale non rientra nella categoria delle pratiche sleali? Per rispondere alla domanda occorre seguire questo percorso: è sleale la chiusura del canale informativo, fomentatrice dell'ignoranza investente la vittima della condotta illecita, quando la induca a concludere un contratto che non avrebbe altrimenti stipulato oppure a perfezionarlo sulla base di condizioni diverse da quelle che avrebbe accettato se fosse stata resa edotta delle circostanze chiarificatrici siccome fondamentali ai fini della corretta rappresentazione della realtà (materiale o giuridica) di riferimento. È dunque rilevante l'omissione alterante il consenso che si sarebbe in ogni caso manifestato seppure a condizioni diverse.

Le incertezze riscontrabili negli ordinamenti nazionali riguardo all'illiceità del silenzio, in uno con i dubbi circa i rapporti – che in realtà dovrebbero viaggiare su parabole ben distinte – tra il dolo inteso come illecito aquiliano e dolo viziante il consenso¹²⁹, non hanno impedito al legislatore italo-comunitario di estendere l'ambito d'applicazione del divieto alle omissioni ingannevoli. Il nesso tra omissione e determinazione negoziale è allora ravvisabile anche nell'ipotesi d'approfittamento dell'antecedente situazione di errore non provocato dal professionista. Ciò vuol dire che la mancata illuminazione nei confronti dei consumatori i quali già versino nella condizione d'ignoranza costituisce condotta combattuta dall'art. 22 c.cons.

Serve inoltre rimarcare che l'elemento soggettivo (rappresentato dalla consapevolezza che dalla propria condotta omissiva possano scaturire gli effetti tipici dell'illecito oppure che dall'accettazione del correlato rischio i medesimi eventi si possano verificare) smarrisce il ruolo di tassello destinato a sorreggere la fattispecie. Di lì il corollario secondo cui l'omissione colposa non sfugge alla forza gravitazionale sprigionata dalla norma in esame perché si è inteso difendere il consumatore medio dalle conseguenze delle omissioni, ad astrarre dalla variabile che esse siano state provocate da chi sa e tace di proposito, o da chi non sa ma dovrebbe sapere.

Una pratica commerciale è parimenti considerata omissione ingannevole quando, tenuto conto dei fattori appena illustrati, il professionista occulti o fornisca in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o tardivo, informazioni da reputarsi essenziali, oppure quando il professionista trascuri di

¹²⁹ Il punto è messo opportunamente in risalto da GENTILI, voce *Dolo (diritto civile)*, in *Enc. Giur.*, 1988, p. 3.

dichiarare lo scopo¹³⁰ commerciale di una pratica ove esso già non emerga dal contesto di quest'ultima, e sempre che – in ambedue le ipotesi – ciò induca o possa indurre il consumatore medio a prendere una determinazione negoziale che non avrebbe altrimenti assunto o che avrebbe assunto a condizioni diverse (art. 22, comma 2, c.cons.).

La regola contempla due diverse condotte: la prima, dell'occultamento o oscuramento dell'informazione; la seconda, dell'omessa enunciazione della finalità commerciale permeante la pratica. Bisogna sin d'ora avvertire che la condotta sostanziantesi nella copertura dei dati rilevanti non ha nulla da spartire con il dolo omissivo, perché si fonda su un *facere*, qual è il mascheramento e la presentazione in modo oscuro, ambiguo o intempestivo delle informazioni imprescindibili allo scopo d'assicurare il consenso ragionato della parte vulnerabile¹³¹. Occultare l'informazione significa attuare l'insieme degli accorgimenti utili a celarla; detto in altre parole, l'informazione esiste, ma sfugge all'attenzione del consumatore a causa dei sotterfugi impiegati nella sua manifestazione oppure della sua diretta sottrazione alla vista dell'ingannato attraverso l'uso di particolari astuzie. Ciò è quanto capita là dove la circostanza in grado di determinare o influenzare il consenso del consumatore, quantunque inserita nel contratto predisposto dal professionista, venga rappresentata attraverso caratteri grafici in corpo minore rispetto alle restanti clausole con l'effetto che l'aderente sia fatalmente indotto a sottoscrivere il documento senza prestare ad esso la dovuta attenzione.

Il professionista può altresì indurre in errore l'aderente utilizzando un frasario tecnico decifrabile da soli iniziati (ma sul punto v. supra § 18), oppure può enumerare le clausole in maniera sconnessa o disorganica, allo scopo di creare confusione a noncumento della controparte. La confusione appena evocata genera il c.d. effetto a sorpresa, che è percepibile quando l'aderente, resosi tardivamente conto dell'esatto contenuto del regolamento negoziale, si trova vincolato da obbligazioni sensibilmente diverse a paragone di quelle inizialmente immaginate.

¹³⁰ Il testo italiano della direttiva – trasfuso nella legge di attuazione – utilizza il termine “intento”. Si tratta di un'imprecisione, verosimilmente imputabile al testo francese (che usa la parola “*intention*”). L'ordine fraseologico è riportato dal testo tedesco, che usa l'inequivocabile sostantivo “*Zweck*”.

¹³¹ Sicché, ragioni di coerenza sistematica avrebbero dovuto consigliare il legislatore dell'attuazione di ricondurre la predetta regola nell'alveo delle azioni ingannevoli.

Rientra invece nella categoria del raggio per omissione la mancata illustrazione del proposito commerciale innervante la pratica, sempre che la finalità mercatistica non sia altrimenti lampante. Le forme di pubblicità indiretta e occulta rappresentano casi emblematici di condotte ora contrastate. Emerge pertanto l'interesse del consumatore a percepire senza difficoltà alcuna l'obiettivo pubblicitario del messaggio o della campagna informativa, perché l'inganno si cela anche quando l'attività promozionale sia ad esempio simulata da servizi giornalistici il cui vero fine è diretto a rafforzare in maniera subdola la penetrazione commerciale del bene o del servizio trattato¹³².

9. I criteri tipici di valutazione della condotta omissiva

Ai sensi dell'art. 22, terzo comma, c.cons., il giudizio in merito alla forza decettiva esercitata dall'omissione deve essere maturato prendendo in considerazione le limitazioni di spazio o di tempo del mezzo di comunicazione usato a fini propagandistici, nonché ogni ulteriore accorgimento adottato dal professionista per mettere altrimenti a disposizione dei consumatori le informazioni utili a raggiungere la piena conoscenza dei dati di fatto influenzanti le determinazioni negoziali.

Il legislatore italo-comunitario si è reso perfettamente conto che la condotta sleale è nella specie qualificata da una nota distintiva consistente in ciò: essa è portata a compimento non già tramite sporadiche trattative individuali, ma attraverso tecniche di comunicazione impersonali involgenti una quantità indeterminata di soggetti destinatari della promozione. È quindi evidente che l'autorità chiamata a soppesare la disonestà delle condotte falsanti le scelte dei consumatori dovrà ponderare in qual misura il professionista sia riuscito a contemperare le esigenze informative e di trasparenza con le peculiarità del mezzo di informazione utilizzato. Ad esempio, fermo restando l'essenzialità della rigorosa corrispondenza tra rappresentazione pubblicitaria e caratteristiche reali del bene o servizio promosso, la pubblicità radiofonica sembra di norma meno adatta a soddisfare con la medesima intensità l'onere di completezza dell'informazione rispetto alla *réclame* effettuata su giornali o per via telematica; a sostegno di tale rilievo sommario ben si attaglia l'antico proverbio

¹³² Il pericolo è già combattuto dagli artt. 23, 25 e 30 cpv., c.cons.

verba volant, scripta manent. Il preannunciato bilanciamento d'opposti interessi implica che l'autorità decidente dovrà altresì tenere conto delle informazioni messe *aliunde* a disposizione dei consumatori nell'intento di compensare le fisiologiche ristrettezze del *medium* adottato nella propaganda.

L'art. 22, comma 4, c.cons. comprime la discrezionalità del giudice enumerando, in coerenza alla tecnica legislativa preannunziata nel 13° *considerando* della fonte esterna, una serie d'informazioni che devono necessariamente corredare l'invito all'acquisto (*invitatio ad offerendum*)¹³³ contenente gli elementi essenziali della proposta contrattuale autosufficiente. Siffatte informazioni, utili a contrastare il già menzionato effetto a sorpresa che scaturisce quando il consumatore si trovi a fare i conti con un regolamento composto di clausole diverse da quelle presupposte, concernono i seguenti elementi: le caratteristiche principali del bene o servizio, che debbono essere descritte in maniera adeguata al mezzo di comunicazione utilizzato e alla natura dell'oggetto; l'indirizzo geografico e l'identità del professionista, così come la sua ditta, ragione o denominazione sociale e, se del caso, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale egli agisce; il prezzo, comprensivo degli oneri fiscali oppure, qualora non possano ragionevolmente essere prefissate, la circostanza che potranno essere addebitate al consumatore; le modalità di pagamento del prezzo, di consegna del bene, di esecuzione del contratto, nonché il sistema di gestione dei reclami, qualora si allontanino dalle regole di diligenza professionale; l'esistenza del diritto legale di recesso.

Tutto sommato la direttiva 2005/29/CE ha assicurato la stabilità dei pilastri su cui si eleva l'autonomia privata, che in materia di dolo omissivo non ci consentono di giudicare sleale la mancata divulgazione dei fattori economici coessenziali alla determinazione del prezzo. Vale a dire, il prezzo deve essere chiaramente decifrabile dal consumatore, ma il professionista continua a non essere tenuto ad informare la controparte in merito all'attuale situazione del mercato o alle sue previste o prevedibili fluttuazioni. Né deve specificare il margine d'utile ricavabile dall'affare; fermo restando che nel caso in cui si determini a dichiarare siffatti elementi è tenuto ad astenersi

¹³³ Cfr. Gius. ROSSI, *La pubblicità dannosa. Concorrenza sleale, «Diritto a non essere ingannati», diritti della personalità*, Milano, 2000, p. 48.

dall'affermare il falso. Da qui discende la decettività della pratica commerciale che si sostanzia nell'offrire a prezzi "speciali" beni in realtà commerciati secondo il normale valore di mercato.

10. *L'applicazione giurisprudenziale del divieto omissioni ingannevoli*

Nel fare applicazione dell'art. 22 c.cons., l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha inteso sottolineare che, ai fini del giudizio di ingannevolezza, assume rilievo anche la sola omissione di specificazioni necessarie (a rendere oggettivamente intelleggibile nella sua effettività il messaggio, ovvero) a garantire la piena conoscenza delle caratteristiche e dei limiti di applicazione dei servizi accessori di assistenza offerti. Detta omissione incide infatti direttamente sul requisito della correttezza delle informazioni fornite e sulla idoneità della comunicazione pubblicitaria a indurre in errore il consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta¹³⁴.

Per quanto concerne poi le condotte del professionista volte a promuovere servizi di finanziamento, la valutazione della completezza e chiarezza delle informazioni fornite alla clientela è stata condotta in modo particolarmente rigoroso, in considerazione dell'asimmetria informativa esistente tra operatori economici e consumatori: il messaggio pubblicitario che non indichi chiaramente gli elementi essenziali da cui ricavare gli esatti costi del finanziamento è infatti considerato ingannevole ai sensi dell'art. 22 c.cons.¹³⁵

Per quanto concerne la pubblicità di prodotti cosmetici, l'*Antitrust* ha poi posto in evidenza che la pratica commerciale consistente, da un lato, nell'accreditare il trattamento come idoneo a risolvere le patologie indicate nel messaggio segnalato e, dall'altro, nell'omettere informazioni rilevanti circa la natura dei prodotti utilizzati e i limiti della loro azione, è da ritenersi scorretta ai sensi degli articoli 20, 21, 1° co., lett. b), e 22 c.cons., risultando idonea a indurre in errore il

¹³⁴ In tal senso v. AGCM 16-12-2009, provv. n. 20586, PS1178, *Boll.* 52/2009; AGCM 16-9-2009, provv. n. 20306, PS3611, *Boll.* 38/2009.

¹³⁵ In proposito v. AGCM 10-9-2009, provv. n. 20288, PS2518, *Boll.* 36/2009, relativo ad un messaggio in cui era assente la menzione del TAEG, indicatore che consente al consumatore di valutare e calcolare l'esatto importo dell'intera operazione finanziaria; conformemente, AGCM 1-10-2009, provv. n. 20352, PS3576, *Boll.* 39/2009.

consumatore e a fargli assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso¹³⁶.

Una violazione dell'art. 22 c.cons. è stata riscontrata anche nella pratica – assai diffusa nel settore dell'autonoleggio – consistente nella prospettazione delle categorie di veicolo offerte in noleggio, fornendo ai consumatori indicazioni non chiare circa le autovetture afferenti alle stesse, dal momento che tale condotta può indurre il consumatore medio in errore con riguardo alle caratteristiche principali e all'idoneità allo scopo del veicolo offerto a noleggio, e quindi anche al prezzo del servizio, portandolo dunque ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso¹³⁷.

¹³⁶ AGCM 18-11-2009, provv. n. 20493, PS1730, *Boll.* 47/2009. Per quanto riguarda, invece, l'omissione di informazioni nell'ambito della pubblicità di prodotti relativi al settore della telefonia, v. ad es. AGCM 16-12-2009, provv. n. 20583, PS182, *Boll.* 52/2009; AGCM 5-11-2008, provv. n. 19091, PS557, *Boll.* 42/2008; AGCM 31-7-2008, provv. n. 18698, PS88, *Boll.* 30/08; AGCM 17-7-2008, provv. n. 18627, PS571, *Boll.* 28/08; AGCM 3-7-2008, provv. n. 18575, PS572, *Boll.* 26/2008. Sull'omissione di informazioni riguardo alle caratteristiche di un autoveicolo offerto in vendita, v. AGCM 16-12-2009, provv. n. 20586, PS1178, *Boll.* 52/2009.

¹³⁷ Così AGCM 23-9-2009, provv. n. 20322, PS2374, *Boll.* 39/2009. In relazione all'acquisto di prodotti a cui risultino abbinare manifestazioni a premi, v. AGCM 25-11-2009, provv. n. 20513, PS2720, *Boll.* 47/2009. Per quanto concerne le omissioni informative in relazione alla stipulazione di un contratto di conto corrente bancario, v. AGCM 16-9-2009, provv. n. 20301, PS1904, *Boll.* 37/2009. Riguardo, poi all'omissione di informazioni rilevanti circa l'esistenza del diritto di recesso, cfr. AGCM 18-11-2009, provv. n. 20492, PS1051, *Boll.* 46/2009.

CAPITOLO QUARTO

LA *BLACK LIST* DELLE PRATICHE COMMERCIALI INGANNEVOLI

SOMMARIO: 1. Osservazioni generali. - 2. L'inammissibilità di norme interne recanti divieti «assoluti» di pratiche commerciali diverse da quelle della «lista nera». - 3. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. *a*), c.cons. - 4. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. *b*), c.cons. - 5. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. *c*), c.cons. - 6. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. *d*), c.cons. - 7. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. *e*), c.cons. - 8. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. *f*), c.cons. - 9. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. *g*), c.cons. - 10. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. *h*), c.cons. - 11. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. *i*), c.cons. - 12. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. *l*), c.cons. - 13. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. *m*), c.cons. - 14. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. *n*), c.cons. - 15. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. *o*), c.cons. - 16. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. *p*), c.cons. - 17. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. *q*), c.cons. - 18. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. *r*), c.cons. - 19. La fattispecie di cui all'art. 23 lett. *s*), c.cons. - 20. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. *t*), c.cons. - 21. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. *u*), c.cons. - 22. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. *v*), c.cons. - 23. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. *z*), c.cons. - 24. La fattispecie di cui all'art. 23 lett. *aa*), c.cons. - 25. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. *bb*), c.cons.

1. *Osservazioni generali*

L'all. I, dir. 2005/29/CE contiene un elenco di «pratiche commerciali considerate in ogni caso sleali», suddivise tra pratiche commerciali «in ogni caso ingannevoli» (nn. 1-23) e pratiche commerciali «in ogni caso aggressive» (nn. 24-31). Nell'ordinamento italiano tali previsioni hanno trovato trasposizione, rispettivamente, negli artt. 23 e 26 c.cons., che ricalcano pedissequamente il dettato della dir. In considerazione del carattere di armonizzazione «completa» proprio della dir. 2005/29/CE, tale elenco è da considerarsi tassativo e dunque i suoi contenuti non sono suscettibili di essere modificati (ovvero ridotti o ampliati) da parte dei legislatori dei Paesi membri, v. 17° *considerando* e art. 5, par. 5, dir. 2005/29/CE¹³⁸.

¹³⁸ Tale principio è stato recentemente ribadito dalla Corte di giustizia CE: Corte giust. CE 23-4-2009, in C-261/07, *VTB-VAB* e in C-299/07, *Galatea*, in *Nuova g. civ. comm.* 09, 1061ss., nt. DE CRISTOFARO; in senso conforme, Corte giust. UE 14-1-2010, in C-304/08, *Plus Warenhandelsgesellschaft*, pt. 41ss.

Le condotte *ivi* enumerate non hanno dunque una semplice finalità esemplificativa o di specificazione della clausola generale, ma rappresentano ipotesi tassative di pratiche in ogni caso vietate a prescindere dalla loro concreta forza decettiva¹³⁹.

Il criterio casistico ha avuto pertanto la meglio rispetto alla tecnica legislativa descrittiva una fattispecie legale per principi generali, che aumenta inevitabilmente la discrezionalità – e quindi il potere – dell’ autorità giudiziale, alleggerendo quella degli organi sovrani.

La finalità di questo particolarismo risponde alla logica di garantire un’ uniformazione completa, riducendo ai minimi termini la discrezionalità dei parlamenti e dei giudici nazionali in guisa da realizzare la più ortodossa armonizzazione dello statuto sulle pratiche sleali contro il rischio di frammentare la disciplina, rischio che si sarebbe corso ove si fosse applicato il sistema dell’ armonizzazione elastica o “minimale”¹⁴⁰. Secondo il disegno immaginato dal legislatore comunitario, la clausola generale di cui all’ art. 5 della direttiva – che individua la fattispecie unitaria di pratiche commerciali sleali – finisce con l’ esercitare un ruolo residuale, perché ad essa occorrerà attingere solo quando nel caso concreto la condotta del professionista sospettata di decettività non sia inquadrabile nella “lista nera”¹⁴¹.

Serve aggiungere per un verso che la meticolosità e completezza della evocata enumerazione rende marginale siffatta eventualità, per l’ altro che anche ipotizzando l’ atipicità della condotta resta da considerare che le singole fattispecie tipiche ben si adattano a svolgere il compito di criteri interpretativi della clausola generale¹⁴².

Si assiste ad un’ inversione di metodo rispetto alla tecnica legislativa che, ad esempio, ha caratterizzato la direttiva sulle clausole abusive: in essa la clausola generale – in aderenza alla magistrale esperienza tramandata dalla giurisprudenza tedesca, poi codificata dalla *AGB-Gesetz* del

¹³⁹ HANDIG, *Harmonisierung des Lauterkeitsrecht in der EU*, Wien, 2006, p. 85.

¹⁴⁰ HANDIG, *op. ult. cit.*, p. 76; HENNING-BODEWIG, *Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, in *Gewerblicher Rechtsschutz- und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2005, p. 629; KÖHLER, *Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, *ivi*, 2005, p. 796, 802; MICKLITZ – KEBLER, *Europäisches Lauterkeitsrecht. Dogmatische und ökonomische Aspekte einer Harmonisierung des Wettbewerbsverhaltensrecht im europäischen Binnenmarkt*, *ivi*, 2002, p. 886.

¹⁴¹ HENNING-BODEWIG, *op. ult. cit.*, 631; ID., *Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken und UWG-Reform*, in *Gewerblicher Rechtsschutz- und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2004, p. 189s.

¹⁴² HENNING-BODEWIG - SCHRICKER, *Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrechts zum Grünbuch zum Verbraucherschutz in der EU KOM (2002), 531 endg.*, in *Gewerblicher Rechtsschutz- und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2002, p. 322.

1976 – costituisce il perno dell'intera disciplina mentre la c.d. “lista grigia” svolge una mera funzione di specificazione che non esclude la dimostrazione dell'assenza di significativo squilibrio venante appunto la fattispecie generale; all'opposto, nella direttiva sulle pratiche ingannevoli le singole fattispecie di condotte ritenute sempre sleali rappresentano l'asse attorno al quale è stata edificata l'impalcatura dello statuto pro consumatore, dato che alla clausola generale – come si è visto – è stata riconosciuta una funzione meramente sussidiaria o integrativa¹⁴³. Importa bene considerare che l'art. 33, comma 2, c.cons., non prevede un meccanismo funzionale all'accertamento del fatto costitutivo della vessatorietà messo in moto dalla logica deduttiva, ma detta più esattamente una regola di riparto dell'onere probatorio¹⁴⁴. La presunzione semplice¹⁴⁵, introdotta dalla disposizione precitata, è reversibile in quanto il professionista dimostri l'elemento impeditivo della vessatorietà¹⁴⁶. È opportuno osservare che il descritto criterio di riparto appare giustificato dal carattere meramente esemplificativo del catalogo di clausole ritenute vessatorie sino

¹⁴³ HENNING-BODEWIG - SCHRICKER, *op. ult. cit.*, p. 323.

¹⁴⁴ In definitiva, la c.d. presunzione di vessatorietà non serve a far considerare vessatorie le clausole che senza di essa non lo sarebbero, bensì determina una ripartizione dell'onere della prova diversa da quella che risulterebbe in base alla regola generale dell'art. 2697 c.c.”: S. PATTI, *La presunzione di vessatorietà e gli altri aspetti di diritto delle prove (a proposito di Trib. Roma, 21 gennaio 2000)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 515; v. anche MORELLO, *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Notariato*, 1996, p. 294; PLAIA, *Clausole abusive e contratti a forma ibrida, nota a Corte cost.*, 22 novembre 2002, n. 469, in *Foro it.*, 2003, I, c. 690 s.

¹⁴⁵ Ma si rammenti sul punto l'ammonimento di CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998, p. 10, secondo cui non si tratta di vera e propria presunzione, posto che essa costituisce il meccanismo che permette di dedurre dal fatto certo un fatto incerto, mentre nella specie l'oggetto dell'argomentazione logica non è un fatto ma una qualifica giuridica. Sarebbe dunque stato più corretto che il legislatore avesse utilizzato l'inciso “Si reputano vessatorie (...)”; in senso conforme MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei “contratti del consumatore” nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, III, 2, Milano, 1998, p. 545, il quale osserva che la formula in esame “è chiaramente scorretta” perché oggetto di presunzione possono essere “soltanto fatti e non giudizi”.

¹⁴⁶ Sul punto, v., per tutti, ROPPO, *La recezione della disciplina europea delle clausole abusive (“vessatorie”) nei contratti fra professionisti e consumatori: artt. 1469-bis e segg. C.c.*, in *Diritto privato*, 1996, II, *Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova, 1997, p. 105. All'esito di questo giudizio è stata superata la presunzione di vessatorietà ex art. 33 cpv., lett. u), c.cons., della clausola volta a derogare la competenza territoriale per le controversie relative alla partecipazione ad un concorso a pronostici (si trattava del “Totogol”), in quanto lo svantaggio giuridico lamentato dall'aderente era nella specie compensato dalla particolarità del contratto aleatorio *inter partes*, caratterizzato dallo sbilanciamento economico (beneficiario dallo stesso aderente) che discende dal raffronto tra l'esiguità della posta e la consistenza della possibile vincita: Cass. 1° giugno 2001, n. 7436, in *Foro it.*, 2002, I, c. 146ss., con nota redazionale di PALMIERI, *ivi*, c. 147s. La decisione, se da un lato può riscuotere qualche consenso sotto il profilo dei rapporti tra costi e benefici, pare tuttavia difficilmente armonizzabile con il principio dell'irrelevanza del rapporto tra capitale investito ed utilità sperate. In senso non difforme, v. già ANDRIOLI, *Nota redazionale a Trib. Roma, 9 febbraio 1947 (decr.)*, in *Foro it.*, 1947, I, c. 326; nonché GIORDANO, *I contratti per adesione*, Milano, 1951, p. 128. Diverso è il percorso argomentativo anni or sono seguito, con riguardo alla clausola di esonero della responsabilità della SISAL, da Cass., 14 aprile 1950, n. 956, in *Foro it.*, 1959, I, c. 677 ss., con nota critica di SIMONCELLI SCIALOJA. Sulla *ratio* degli artt. 1341 e 1342 cod. civ., *ivi*, c. 678 ss., secondo cui la natura del contratto d'adesione al totalizzatore porterebbe ad escludere l'applicazione dell'art. 1341 cpv. c.c., giacché difetta la “pressione dell'offerta e quel bisogno di contrarre che dal legislatore furono tenuti presenti nel predisporre la norma in esame” (*ivi*, c. 688).

a prova contraria. Sicché, quando la clausola sottoposta al sindacato giudiziale non sia compresa nel paradigma normativo, spetta all'aderente allegare l'assenza di trattativa e dimostrare il rilevante squilibrio¹⁴⁷. L'altra parte potrà a sua volta controbattere – nel gioco del contraddittorio processuale – che la clausola stessa riproduce la lettera della legge oppure è stata il risultato di un “mercanteggiamento” effettivo¹⁴⁸.

Qui affiora il rischio che la fuga del legislatore nelle clausole generali attraverso norme in bianco (come si trattasse di un pezzo di legislazione lasciato aperto), riempite caso per caso di contenuto dalle corti, fomenti una giurisprudenza senza indirizzo¹⁴⁹, indebolente l'ordinamento europeo a causa della condizione di diffusa insicurezza soffocante la naturale forza espansiva del traffico giuridico¹⁵⁰.

L'intuizione merita di essere attentamente considerata: non s'intende negare l'utilità delle clausole generali; ma nello stesso tempo si rafforza l'idea secondo cui la competenza integrativa dell'autorità normativa dell'autorità normativa nazionale e della giurisdizione “locale” debba essere mantenuta nel solco dei principi informanti il sistema¹⁵¹. In altre parole, l'elasticità delle clausole generali è adesso avvertita, anche alla luce dell'esperienza maturata grazie alla direttiva 93/13/CEE, come un elemento di forza e di debolezza: di forza perché consente di contemperare le esigenze di uniformazione con quelle di salvaguardia delle tradizioni giuridiche nazionali; di debolezza perché questa doppia anima si scontra con le politiche livellatrici del diritto privato europeo. La direttiva 2005/29/CE ha dunque fatto prevalere le esigenze di uniformazione a pregiudizio del bisogno di bilanciamento d'opposti interessi sotteso alla tecnica di uniformazione per principi¹⁵². Torna utile

¹⁴⁷ ROPPO, *op. loc. ult. cit.* Merita segnalare che, a parere di Trib. Roma, 31 agosto 1998 (ord.), in *Foro it.*, 1998, I, c. 3331 s., spec. c. 3343 (con note di PALMIERI, *Clausole abusive e tutela urgente: gli effetti destabilizzanti di una formula legislativa infelice*, *ivi*, c. 3333 ss.; e di ARMONE, *Tendenze giurisprudenziali involutive in materia di inibitoria cautelare e clausole vessatorie*, *ivi*, c. 3335 ss.); e in *Contratti*, 1998, spec. p. 575 (con nota di MAFFEIS, *Natura della somministrazione di energia elettrica ed inibitoria preventiva di clausole vessatorie*, *ivi*, p. 582 ss.), lo squilibrio “normativo” del contratto standard non è ingiustificato quando le clausole oggetto di sindacato risultino essenziali ai fini del funzionamento dell'attività produttiva svolta dall'impreditore. Sul tema, v. anche le riflessioni di RODOTÀ, *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania, 17-18 maggio 1969, Milano, 1970, p. 91.

¹⁴⁸ ROPPO, *op. ult. cit.*, p. 106.

¹⁴⁹ HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln*, Tübingen, 1933, p. 57.

¹⁵⁰ HEDEMANN, *op. ult. cit.*, p. 66.

¹⁵¹ KRAFT, *Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht*, München-Berlin, 1963, p. 59.

¹⁵² MICKLITZ – KEBLER, *op. ult. cit.*, p. 894.

ripetere che in questo modo la direttiva si avvicina, di fatto, sempre più ad un provvedimento di dettaglio, con il consequenziale rafforzamento della sovranità della fonte extrastatuale a danno dei parlamenti nazionali, ai quali spetta il compito di “delibare” la fonte esterna, mentre alla giurisdizione nazionale è demandata la funzione di mettere a fuoco l’estensione e il significato delle condotte enumerate nella c.d. “lista nera”¹⁵³.

Gli artt. 23 e 26 c.cons. contengono dunque l’elencazione delle uniche pratiche commerciali che si possono considerare scorrette senza una valutazione caso per caso e pertanto a prescindere dalla circostanza che la pratica si presti ad essere considerata scorretta ai sensi degli artt. 20-25 c.cons.: una pratica commerciale che integri una (o più) tra le fattispecie indicate agli artt. 23 e 26 deve pertanto considerarsi scorretta *ex se*.

Per quanto specificamente concerne l’art. 23 c.cons., taluni hanno ipotizzato una suddivisione in due macrocategorie dei comportamenti del professionista ivi descritti, distinguendo tra le pratiche commerciali fondate sull’«inganno dell’apparenza» (art. 23, lett. *a, b, c, d, h, i, l, n, o, r, s, aa, bb*), e quelle che basate sull’«inganno della propaganda» (art. 23, lett. *e, f, g, m, p, q, t, u, v, z*)¹⁵⁴.

2. *L’inammissibilità di norme interne recanti divieti «assoluti» di pratiche commerciali diverse da quelle della «lista nera»*

Stante la natura «completa» dell’armonizzazione delle legislazioni nazionali perseguita dalla direttiva n. 2005/29/CE, è preclusa ai legislatori degli Stati membri la possibilità di regolamentare le pratiche commerciali imponendo, in funzione della protezione degli interessi economici dei consumatori, divieti e limiti diversi ed ulteriori rispetto al divieto di pratiche commerciali «sleali» dettato dall’art. 5, par. 1, della direttiva. Negli ordinamenti nazionali, una pratica commerciale può pertanto essere qualificata come illecita in quanto lesiva degli interessi economici dei consumatori

¹⁵³ MICKLITZ – KEBLER, *op. ult. cit.*, p. 895.

¹⁵⁴ Per tale classificazione, v., già in relazione al testo della dir., DONA, in MINERVINI - ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, 196s.; successivamente al recepimento in Italia della dir., v. ad es. LUCCHESI, *Comm. Vettori Agg.*, 53s.

sempre e soltanto se (ed in quanto) risulti «sleale» in applicazione dei (sopra descritti) parametri di giudizio fissati dalla direttiva.

Per un verso, dunque, non è consentito agli Stati membri «temperare» il rigore della valutazione di «slealtà» espressa dagli organi comunitari attraverso l’inserimento di una determinata categoria di pratiche commerciali nella «lista nera» riportata nell’allegato, onde sarebbero incompatibili con la direttiva le disposizioni del diritto interno che prevedessero casi nei quali eccezionalmente tali pratiche potessero considerarsi lecite o anche solo norme (o interpretazioni) che ammettessero la possibilità di dimostrare che una pratica, pur essendo in astratto riconducibile all’elenco, ciononostante non potesse considerarsi «sleale» in considerazione del fatto che, alla luce delle peculiari caratteristiche del caso singolo, se ne dovrebbe escludere l’attitudine a falsare il comportamento economico del consumatore ovvero la contrarietà alla diligenza professionale. Per altro verso, tuttavia, agli Stati membri non è nemmeno consentito dettare divieti assoluti per pratiche commerciali non suscettibili di essere ricondotte a nessuna delle previsioni della lista nera allegata alle direttiva¹⁵⁵.

Pertanto, nell’intera Unione europea le pratiche commerciali non inserite in tale lista non potranno infatti mai considerarsi illecite *in quanto tali*, ma soltanto se e nella misura in cui, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto, rivelino caratteristiche tali da consentire di qualificarle come azioni o omissioni «ingannevoli» (*ex artt. 6 e 7 della direttiva*) ovvero come pratiche «aggressive» (*ex art. 8 della direttiva*) o ancora come sleali in quanto contrarie alla «diligenza professionale» e idonee a falsare il comportamento economico del consumatore medio (ai sensi della nozione generale di cui al par. 2 dell’art. 5).

3. La fattispecie di cui all’art. 23, lett. a), c.cons.

Le fattispecie di cui alle lett. a) e c) dell’art. 23 c.cons. rappresentano una concretizzazione del precetto di cui all’art. 21, comma 2, lett. b) c.cons., che qualifica come azione ingannevole la

¹⁵⁵ Tale principio è stato recentemente ribadito dalla Corte di giustizia CE: Corte giust. CE 23-4-2009, in C-261/07, *VTB-VAB* e in C-299/07, *Galatea*, in *Nuova g. civ. comm.* 09, 1061ss., nt. DE CRISTOFARO; in senso conforme, Corte giust. UE 14-1-2010, in C-304/08, *Plus Warenhandelsgesellschaft*, pt. 41ss.

condotta del professionista che dichiara di essere vincolato ad un codice di condotta, senza rispettarne le regole. L'art. 23, lett. a) qualifica come «in ogni caso ingannevole» «l'affermazione non rispondente al vero, da parte di un professionista, di essere firmatario di un codice di condotta»¹⁵⁶, la cui definizione è dettata dall'art. 18, lett. f). Mediante la sottoscrizione di un codice di condotta, il professionista si impegna a rispettare determinati standard di comportamento¹⁵⁷. Qualora lo stesso affermi falsamente di essere firmatario di un codice di condotta, può suscitare nel consumatore l'erroneo convincimento che egli sia vincolato ai menzionati standard e che egli sia soggetto alle relative procedure di controllo e sanzionatorie¹⁵⁸.

Nei lavori che hanno condotto all'approvazione della direttiva, la Commissione ha accantonato l'idea di attribuire una vincolatività immediata ai codici di condotta¹⁵⁹. Il mancato rispetto di tali *codici di condotta* avrebbe dovuto essere considerato automaticamente come una violazione della clausola generale¹⁶⁰; era stato addirittura ipotizzata l'introduzione di codici di condotta validi a livello comunitario, al fine di creare un «porto sicuro» per i professionisti che si fossero adeguati alle prescrizioni in esso contenuti. Gli standard definiti nei codici di condotta avrebbero dovuto essere d'aiuto per la concretizzazione del concetto di «diligenza professionale» ai fini della clausola generale¹⁶¹. Tali obiettivi sono stati tuttavia oggetto di pesanti critiche¹⁶² e sono stati di conseguenza molto ridimensionati.

Per quanto riguarda più da vicino la fattispecie di cui all'art. 23, lett. a), pare opportuno attribuire un senso molto lato al termine «affermazione», includendovi ogni comportamento del professionista rivolto verso l'esterno, che produca l'effetto di diffondere informazioni sull'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale da esso svolta. L'art. 23, lett. a) non richiede

¹⁵⁶ Ad avviso di CALVO, in DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, 233, nt. 165, la norma potrebbe estendersi ai c.d. codici etici e simili.

¹⁵⁷ sull'ampiezza della nozione di «codice di condotta» v. SCHÖTTLE, *Die Schwarze Liste - Übersicht über die neuen Spezialatbestände des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG*, in *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2009, 674

¹⁵⁸ FABBIO, in GENOVESE, *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 191.

¹⁵⁹ Cfr. Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'UE (COM (2001) 531 def., 15ss.; sul punto v. *amplius* FABBIO, *op. cit.*, 182)

¹⁶⁰ Sul punto v. KEBLER - MICKLITZ, *Der Richtlinienentwurf über unlautere Praktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr*, in *Betriebs Berater*, 2003, p. 2078; Apostolopoulos, *Neuere Entwicklungen im europäischen Lauterkeitsrecht. Problematische Aspekte und Vorschläge*, in *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2004, p. 852.

¹⁶¹ VEELKEN, *Kundenfang gegenüber dem Verbraucher. Bemerkungen zum EG-Richtlinienentwurf über unlautere Geschäftspraktiken*, in *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2004, p. 27.

¹⁶² BEATER, *Europäisches Recht gegen unlauteren Wettbewerb – Ansatzpunkte, Grundlagen, Entwicklung, Erforderlichkeit*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2003, p. 50.

una specifica forma per l'affermazione: essa può dunque avvenire sia per iscritto sia oralmente, ovvero per fatti concludenti o immagini. Così, la fattispecie di cui alla lett. *a*) trova applicazione anche qualora un professionista diffonda un filmato nel quale egli si faccia riprendere all'atto della sottoscrizione di un codice di condotta, sebbene mai si sia vincolato a siffatto codice. Anche l'utilizzo di un logo, al cui uso siano autorizzati solamente coloro che abbiano aderito ad un determinato codice di condotta, ingenerando la falsa convinzione che il professionista sia vincolato a siffatto codice, rappresenta un'affermazione per fatti concludenti (in ogni caso, il comportamento testé descritto potrebbe ricadere anche sotto la previsione di cui alla lett. *b*).

La nozione di «firmatario» del codice di condotta esprime un concetto meno ampio di quelle di «aderente» o «adottante» o della perifrasi «che si è impegnato a rispettare», e deve fondamentalmente riferirsi all'impegno, che il professionista assume, non tanto verso il pubblico, quanto nei confronti del responsabile del codice e degli altri professionisti aderenti, secondo le modalità di adesione di volta in volta previste¹⁶³. L'impegno può essere anche conseguenza dell'adesione ad organizzazioni, tipicamente associazioni di categoria, dotate del potere di adottare codici di condotta vincolanti gli associati come anche del potere di aderire a codici altrui ugualmente vincolando gli associati¹⁶⁴.

L'affermazione deve essere oggettivamente falsa. Tale può dirsi senz'altro in tutte le ipotesi in cui il codice in questione sia inesistente, ovvero il professionista, contrariamente a quanto da lui affermato, non abbia di fatto sottoscritto il codice stesso. Ci si potrebbe chiedere se la fattispecie di cui alla lett. *a*) sia suscettibile di ricomprendere anche la falsa affermazione del professionista, da lui emessa per errore¹⁶⁵: da un esame dei lavori preparatori della dir., riteniamo si debba propendere per la risposta affermativa. Qualora non ricorrano i presupposti per l'applicazione dell'art. 23, lett. *a*), la violazione da parte del professionista di impegni contenuti in un codice di condotta cui esso si sia vincolato può rilevare come pratica commerciale ingannevole ai sensi dell'art. 21, comma 2, lett. *b*).

¹⁶³ Così FABBIO, *op. cit.*, p. 191, il quale ritiene non necessaria la forma scritta.

¹⁶⁴ FABBIO, *op. cit.*, p. 192; DREYER, in *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2007, p. 1294ss.

¹⁶⁵ BÜLLEBACH, *Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken der Richtlinie 2005/29/CE über unlautere Geschäftspraktiken*, München, 2008, p. 41.

4. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. b), c.cons.

La previsione di cui all'art. 23, lett. b) qualifica come in ogni caso ingannevole «l'esibizione da parte del professionista di un marchio di fiducia, un marchio di qualità o un marchio equivalente senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione». Nella prospettata ipotesi, il consumatore è indotto a pensare che il prodotto in tal modo contrassegnato corrisponda a determinati standard di qualità, il cui rispetto viene accertato prima del rilascio dell'autorizzazione all'utilizzazione del marchio e, successivamente, costantemente monitorato da un ente specializzato. L'art. 23, lett. b) è destinato a trovare applicazione anche all'ipotesi in cui il prodotto oggetto di siffatta promozione posseda le qualità presupposte per il rilascio di detto marchio, e purtuttavia detta autorizzazione non sia stata rilasciata: ciò che rileva è infatti la circostanza che il professionista abbia ottenuto, dall'ente a ciò preposto, l'autorizzazione all'utilizzo di siffatto marchio.

Nelle espressioni «marchio di fiducia» e «marchio di qualità» si ritiene debbano essere ricompresi anche i certificati di rispetto di determinati standard di sicurezza, incluse le attestazioni di rispetto dell'ambiente¹⁶⁶. Nella fattispecie di cui alla lett. b) si ritiene peraltro non possa ricomprendersi la pubblicità contenente generiche affermazioni circa la qualità del prodotto ovvero risultati di test cui la merce è stata sottoposta¹⁶⁷. L'utilizzo dell'espressione «marchio equivalente» legittima a ricomprendere nella definizione di cui alla lett. b) anche l'esibizione di marchi che non si riferiscano specificamente alle prestazioni del prodotto, bensì ne attestino, ad es., il rispetto di standard di sicurezza¹⁶⁸.

Un utilizzo del marchio ai sensi della lett. b) si ha ogniqualvolta il marchio di fiducia, di qualità o un marchio equivalente venga impiegato in modo da ricollegare al marchio stesso

¹⁶⁶ V. in proposito CALVO, *op. ult. cit.*, p. 232 e nt. 161, il quale porta a tal proposito alcuni esempi: l'esibizione in modo abusivo di marchi al fine di valorizzare prodotti agricoli e alimentari dotati di caratteristiche particolari legate ad uno specifico territorio; l'utilizzo illegale di un marchio di qualità ecologica, del marchio di qualità termale e della certificazione di qualità da parte dei vettori per il trasporto su strada di merci pericolose, deperibili e di prodotti farmaceutici.

¹⁶⁷ BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 49; riteniamo, tuttavia, che la norma debba trovare applicazione nell'ipotesi di affermazioni circostanziate e false circa risultati di test effettuati da organismi indipendenti.

¹⁶⁸ Così BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 48; *contra* MICKLITZ, in *Münchener Kommentar zum UWG, EG F*, Rn. 239; GAMERITH, *Der Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken - Möglichkeiten einer harmonischen Umsetzung. Studie für den Arbeitskreis "UWG" des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit*, in *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005, p. 425, i quali ritengono l'ipotesi da ultimo prospettata debba andare soggetta alla previsione di cui all'art. 23, lett. d).

l'attenzione del consumatore acquirente di tale prodotto. In proposito ha avuto modo di esprimersi l'AGCM, che ha riscontrato la violazione della norma in commento rispetto ad un messaggio pubblicitario che, promuovendo un servizio di assistenza tecnica, riportava i marchi di alcune ditte produttrici degli stessi, senza aver a tale scopo ottenuto la relativa autorizzazione¹⁶⁹.

Ai fini dell'integrazione della fattispecie in esame non è peraltro necessario che ricorra un intento del professionista di ingannare il consumatore. Per quanto concerne il requisito dell'assenza della necessaria autorizzazione, è irrilevante il motivo su cui essa si fonda. È a tal proposito indifferente che il procedimento di rilascio dell'autorizzazione non sia stato mai avviato, ovvero che esso abbia avuto esito negativo, o ancora che l'autorizzazione stessa fosse stata all'inizio rilasciata e successivamente sia stata revocata o sia scaduta.

Ci si chiede poi come debba inquadrarsi il caso in cui il marchio esibito dal professionista sia stato erroneamente rilasciato in relazione al prodotto dall'autorità a tal fine competente, in conseguenza di un errore di quest'ultima; riteniamo che in tal caso non possa considerarsi integrata la fattispecie di cui all'art. 23, lett. b), dal momento che per la sua operatività si presuppone la mera assenza di un'autorizzazione.

Conseguentemente, è pure irrilevante, ai fini della previsione di cui alla lett. b), la circostanza che il prodotto posseda effettivamente le qualità pubblicizzate nel marchio rilasciato¹⁷⁰.

5. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. c), c.cons.

La previsione di cui all'art. 23, lett. c) individua come ingannevole la pratica mediante cui un professionista asserisce, contrariamente al vero, che un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura. Tale norma costituisce il *pendant* dell'art. 23, lett. a). Il consumatore raggiunto da una siffatta pratica può essere indotto a credere che il professionista che

¹⁶⁹ Così AGCM 2-4-2009, provv. n. 19716, PS2443, *Boll.* 13/2009.

¹⁷⁰ L'autorizzazione può essere rilasciata tanto da enti privati quanto da enti pubblici: così BORNKAMM, in HEFERMEHL - KÖHLER - BORNKAMM, *UGP-RL Anh I*, Nr. 2, Rn. 2.1; LETTL, *Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor Irreführung in Europa*, München, 2004, p. 111). In proposito v. AGCM 16-10-2008, provv. n. 18998, PS804, *Boll.* 39/2008; AGCM 2-4-2009, provv. n. 19716, PS2443, *Boll.* 13/2009.

aderisce ad un codice «garantito» meriti maggiore fiducia o vada comunque premiato rispetto ai concorrenti¹⁷¹.

Si è affermato che l'art. 23, lett. c) si dovrebbe applicare solamente alle ipotesi di dichiarazioni espresse del professionista¹⁷². Tale lettura ci sembra tuttavia ingiustificatamente restrittiva e si scontra con la cennata *ratio* della norma: riteniamo pertanto essa debba applicarsi a tutte le ipotesi in cui il professionista, pur senza affermarlo espressamente, lasci intendere ai consumatori «che un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura». Non rilevano invece: l'oggettiva esistenza o meno di tale riconoscimento e la effettiva conoscenza che il consumatore abbia del codice, dell'organismo che la approva o, ancora, dell'esatta portata dell'approvazione¹⁷³.

L'affermazione è falsa, ai fini di cui all'art. 23, lett. c), anzitutto quando il codice in questione è inesistente, ipotesi a cui deve assimilarsi quella in cui il professionista affermi genericamente di essere firmatario di un codice, senza però specificare di quale codice si tratti¹⁷⁴.

In considerazione della *ratio* della disposizione in esame, il termine «approvazione» deve intendersi in senso lato, come sinonimo di «giudizio positivo». La valutazione può essere del tutto generica, o anche riferirsi a profili specifici del codice. L'esatta portata dell'approvazione può anche risultare implicitamente, in particolare dalla qualità e dal prestigio dell'organismo che l'approva¹⁷⁵.

Per quanto concerne l'organismo che approva, esso può essere «pubblico o di altra natura». Nell'ordinamento italiano possono qualificarsi come «organismo pubblico» ad es. le camere di commercio. Oltre agli organismi pubblici, la norma menziona organismi «di altra natura» e, dunque, anche di natura privata: si ritiene che ai fini della disposizione in commento, tali possano essere considerati quegli organismi dotati di un grado di credibilità comparabile con quello di un organismo pubblico¹⁷⁶. Tale dovrebbe essere il caso, ad es., di associazioni di imprenditori,

¹⁷¹ V. FABBIO, *op. cit.*, p. 193.

¹⁷² LETTL, *Wettbewerbsrecht*, München, 2009, p. 111.

¹⁷³ FABBIO, *op. cit.*, p. 194.

¹⁷⁴ In proposito v., *amplius*, FABBIO, *op. cit.*, p. 192; DREYER, *op. cit.*, p. 1298, 1300s.

¹⁷⁵ FABBIO, *op. cit.*, p. 195ss., il quale ritiene altresì che sia indifferente la liceità o meno degli impegni.

¹⁷⁶ BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 52.

associazioni di consumatori riconosciute a livello nazionale e istituti indipendenti di certificazione. Riteniamo, invece, che debbano escludersi società di consulenza, studi professionali e individui¹⁷⁷.

6. *La fattispecie di cui all'art. 23, lett. d), c.cons.*

La fattispecie di cui all'art. 23, lett. *d)* individua come in ogni caso ingannevoli le pratiche consistenti nell'asserire, contrariamente al vero, che un professionista, le sue pratiche commerciali o un suo prodotto sono stati autorizzati, accettati o approvati, da un organismo pubblico o privato o che sono state rispettate le condizioni dell'autorizzazione, dell'accettazione o dell'approvazione ricevuta¹⁷⁸.

L'autorizzazione, accettazione o approvazione può essere riferita al professionista, a pratiche commerciali da esso poste in essere, ovvero ad un suo prodotto (*rectius*: ad un prodotto dallo stesso commercializzato); la fattispecie è dunque idonea a ricomprendere, ad es., ipotesi in cui un soggetto non abilitato all'esercizio della professione forense si dichiara «avvocato», ovvero un professionista millanti riconoscimenti che non ha invero mai ottenuto. Per quanto concerne l'affermazione relativa a pratiche commerciali, la lett. *d)* è destinata a trovare applicazione a tutte le ipotesi in cui il professionista non faccia riferimento direttamente a sé o ai suoi prodotti, bensì a riconoscimenti ottenuti dalle pratiche commerciali da egli stesso poste in essere. Riguardo poi alle affermazioni relative ad un prodotto, la norma *de qua* potrà senz'altro applicarsi nell'ipotesi di millantato ottenimento di un premio in relazione alla qualità di un prodotto.

Nella sua ampia formulazione, la fattispecie di cui alla lett. *d)* abbraccia ogni forma di riconoscimento da parte di un organismo pubblico o privato, menzionando espressamente l'autorizzazione, l'accettazione e l'approvazione. L'ampiezza contenutistica delle espressioni utilizzate, induce a ricomprendere nel termine «approvazione» anche l'attribuzione di un riconoscimento o di un premio. Si ritiene, inoltre, che la previsione in commento debba applicarsi

¹⁷⁷ Cfr. *contra* sul punto FABBIO, *op. cit.*, p. 196.

¹⁷⁸ In proposito si è espressa l'AGCM, la quale ha riconosciuto che una violazione della descritta fattispecie può essere posta in essere non solo con dichiarazioni espresse, ma anche mediante l'utilizzo di rappresentazioni grafiche che evocano l'approvazione da parte di un organismo pubblico o privato (AGCM 31-7-2008, provv. n. 18700, PS411, *Boll.* 30/2008, in relazione all'utilizzo di un logo che richiamava l'approvazione da parte di una federazione di pediatri).

anche alle pratiche commerciali consistenti nella sponsorizzazione di attività didattiche svolte da enti non dotati del necessario riconoscimento ministeriale¹⁷⁹.

La cerchia dei soggetti legittimati ad emettere i suddetti riconoscimenti è molto ampia. Nella nozione di «organismi privati» possono ricomprendersi, ad es., riviste specializzate o associazioni di imprenditori; l'utilizzo del termine «organismi» induce ad escludere dal novero delle persone legittimate le singole persone fisiche.

Nella prima ipotesi descritta nell'art. 23, lett. *d*), il consumatore viene tratto in inganno in merito all'esistenza dell'asserita autorizzazione, mentre nella seconda esso viene ingannato sul rispetto da parte del professionista degli standard presupposti per il corrispondente riconoscimento. Tale fattispecie si applica anche alle ipotesi in cui, pur sussistendo un determinato riconoscimento, i suoi contenuti non corrispondano a quanto affermato dal professionista. Ciò può verificarsi qualora, ad es., quest'ultimo affermi di essere abilitato ad operare anche in aree per cui in realtà non ha ottenuto abilitazione o riconoscimento, ovvero affermi che certi prodotti da esso commercializzati hanno ricevuto determinati riconoscimenti, quando in verità siffatti riconoscimenti sono stati attribuiti solamente ad altri prodotti dallo stesso commercializzati¹⁸⁰.

Nella seconda ipotesi contemplata nella lett. *b*) a rilevare è dunque il mancato rispetto delle condizioni dell'autorizzazione, dell'accettazione o dell'approvazione ricevuta. Indifferente è invece la circostanza che autorizzazione, accettazione o approvazione siano state accordate pur in assenza dei requisiti a tal fine prefissati¹⁸¹.

7. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. e), c.cons.

L'art. 23, primo comma, lett. *e*) considera pratica commerciale in ogni caso ingannevole l'«invitare i consumatori all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo senza rivelare l'esistenza

¹⁷⁹ PERUGINI, sub art. 23, in *Le modifiche al Codice del consumo*, a cura di MINERVINI - ROSSI CARLEO, Milano, 2009, p. 213.

¹⁸⁰ Così BORNKAMM, *op. cit.*, Nr. 4, Rn. 4.1.

¹⁸¹ LETTL, *op. cit.*, p. 112; BORNKAMM, *op. cit.*, Nr. 4, Rn. 4.5. Per un'applicazione dell'art. 23, lett. *d*), v. ad es. AGCM 18-12-2008, provv. n. 19302, PS1085, *Boll.* 48/2008; AGCM 9-4-2009, provv. n. 19733, PS1792, *Boll.* 14/2009; AGCM 23-4-2009, provv. n. 19781, PS916, *Boll.* 16/2009.

di ragionevoli motivi che il professionista può avere per ritenere che non sarà in grado di fornire o di far fornire da un altro professionista quei prodotti o prodotti equivalenti a quel prezzo entro un periodo e in quantità ragionevoli in rapporto al prodotto, all'entità della pubblicità fatta del prodotto e al prezzo offerti».

La *ratio* di tale norma riposa nel *deficit* informativo causato in capo al consumatore dalle lacunose affermazioni del professionista. E ciò a prescindere dalla circostanza che il professionista ometta dolosamente o colposamente di fornire dette informazioni. Ogniqualvolta il professionista preveda di non essere in grado di soddisfare la domanda, esso è dunque tenuto a fornire informazioni in misura tale da consentire al consumatore medio di comprendere come valutare realmente l'offerta.

L'art. 23, lett. *e*) fa riferimento all'invito all'acquisto, la cui definizione si rinviene nell'art. 18, lett. *i*), c.cons., che la individua come «una comunicazione commerciale indicante le caratteristiche e il prezzo del prodotto in forme appropriate rispetto al mezzo impiegato per la comunicazione commerciale e pertanto tale da consentire al consumatore di effettuare un acquisto». Si ha invito all'acquisto a fronte di ogni informazione pubblicitaria su di un prodotto che faccia menzione degli «*essentialia negotii*»¹⁸². Non è a tal fine necessario che si tratti di un'offerta speciale¹⁸³.

Ai fini dell'applicazione dell'art. 23, lett. *d*) non basta una insufficienza delle scorte in quanto tale, ma si rende altresì necessario che il professionista violi l'obbligo di informare il consumatore che esso non dispone di un adeguato quantitativo di merce, obbligo che sorge ogniqualvolta il professionista mediamente avveduto, informato e competente sia nelle condizioni di prevedere che egli, considerato il prodotto offerto e il periodo di tempo, non ha a disposizione una quantità ragionevole di quel prodotto. Si richiede dunque al professionista di effettuare una valutazione prognostica, che tenga conto dei futuri sviluppi dell'assetto delle proprie scorte e dell'idoneità delle stesse a soddisfare la domanda sorta in relazione al prodotto di cui egli ha invitato all'acquisto. I parametri che il professionista deve considerare al fine di orientare il suo comportamento ed evitare di incorrere nel comportamento di cui all'art. 23, lett. *e*) sono pertanto il

¹⁸² Così anche SCHULTE-NÖLKE - BUSCH, *op. cit.*, p. 99; APOSTOLOPULOS, *op. cit.*, p. 298.

¹⁸³ LETTL, *op. ult. cit.*, p. 113.

prodotto, l'entità della pubblicità fatta dello stesso e il prezzo a cui il prodotto è offerto. Sul punto si è espressa l'AGCM, la quale sottolineando come l'art. 23, lett. e) richieda un'attenta analisi di natura e contenuto della campagna pubblicitaria, al fine di verificare se il prodotto oggetto di promozione sia stato reso disponibile in quantità ragionevoli in rapporto all'entità della promozione effettuata e della domanda sollecitata attraverso di essa, nonché se il consumatore fosse in grado di percepire con sufficiente chiarezza l'esistenza di limitazioni della disponibilità del prodotto¹⁸⁴.

A tale proposito, il professionista non sarà tenuto ad informare il consumatore della scarsità delle scorte disponibili allorché egli abbia a disposizione un prodotto equivalente al medesimo prezzo (ed, inoltre, in una quantità adeguata) di quello in relazione a cui ha effettuato un invito all'acquisto. Tale previsione è stata fatta oggetto di pesanti critiche, dal momento che il consumatore potrebbe essersi determinato all'acquisto proprio del prodotto concretamente pubblicizzato e non già di un suo sucedaneo¹⁸⁵. L'equivalenza ai sensi dell'art. 23, lett. e) deve valutarsi sulla base dello scopo e degli standard di qualità del bene.

Il prodotto che il professionista deve avere a disposizione in caso di esaurimento delle scorte di quello originariamente pubblicizzato deve dunque essere venduto al medesimo prezzo ed essere fungibile rispetto a quest'ultimo: deve trattarsi di due prodotti che il consumatore considera intercambiabili¹⁸⁶. In sede di tale verifica può comunque rilevare anche la specifica volontà del consumatore di acquistare solo ed esclusivamente un determinato prodotto.

Un ulteriore elemento che deve essere fatto oggetto di considerazione ai fini della valutazione dell'adeguatezza delle scorte a disposizione del professionista è la circostanza che quest'ultimo, qualora il quantitativo del prodotto pubblicizzato richiesto dal mercato venga a superare le scorte a sua disposizione, sia in condizione di soddisfare la domanda stessa mediante l'intervento di un altro professionista disposto a fornire, al medesimo prezzo, il bene offerto dal

¹⁸⁴ V. AGCM 22-1-2009, provv. n. 19447, PS1434, in *Boll.* 4/2009, in relazione a comunicazioni pubblicitarie volte a promuovere l'acquisto di un *notebook*: l'Autorità ha in proposito precisato che non è sufficiente ad escludere l'applicazione dell'art. 23, lett. e) la circostanza che nei messaggi promozionali *de quibus* sia contenuta mera indicazione «salvo esaurimento scorte».

¹⁸⁵ KÖHLER - LETTL, *op. cit.*, p. 1019.

¹⁸⁶ Sulla nozione di «intercambiabilità» v., in particolare, Corte giust. CE, 19-4-2007, in C-381/05, *Landtsheer*, pt. 40, in cui la Corte comunitaria ha affermato che ai fini della valutazione del grado di sostituibilità reciproca dei beni rilevano, tra l'altro, «le caratteristiche concrete dei prodotti che la pubblicità intende promuovere, aggiunte a una valutazione *in abstracto* dei tipi di prodotto».

primo (ovvero un bene con questo intercambiabile). In proposito si ritiene che, ai fini di cui all'art. 23, lett. e), tra il professionista che ha emesso il detto «invito all'acquisto» e quello che si rende eventualmente disponibile a soddisfare la domanda in eccesso (rispetto alle scorte del primo) debba intercorrere un rapporto di collaborazione apprestato in modo che appaia giustificato computare le scorte del terzo ai fini della valutazione della correttezza o meno della condotta del primo.

Da quanto detto consegue che la fattispecie *de qua* non può reputarsi integrata ogniqualvolta la insufficiente disponibilità di scorte non sia prevedibile dal professionista, come nel caso di impossibilità di approvvigionamento sopravvenuta a causa di circostanze riconducibili all'area della forza maggiore, come ad es. particolari condizioni meteo, il verificarsi di scioperi, un incendio nel magazzino o una sua inondazione ovvero nell'ipotesi in cui il professionista subisca un furto dei beni *de quibus*¹⁸⁷. Ai fini di cui alla lett. e), qualora il prodotto venga fatto oggetto di plurimi messaggi pubblicitari, onde verificare l'adeguatezza del periodo entro il quale il professionista rende disponibile il bene offerto, è necessario fare riferimento all'ultimo, in ordine temporale, tra gli inviti all'acquisto; ciò sulla base della circostanza che non è agevole determinare quando il consumatore sia giunto a conoscenza del messaggio pubblicitario¹⁸⁸. Nell'ambito del periodo di tempo considerato (che deve essere «ragionevole»), il prodotto in questione deve essere disponibile in quantità «ragionevole». Ciò che può considerarsi «ragionevole» in senso quantitativo deve determinarsi «in rapporto al prodotto, all'entità della pubblicità fatta del prodotto e al prezzo offerti», sulla base dunque delle circostanze del caso concreto.

Qualora il professionista che invita all'acquisto sia consapevole di non avere a disposizione (egli stesso direttamente, o per mezzo di un altro professionista a lui «collegato») un ragionevole quantitativo di scorte per un ragionevole periodo di tempo, egli sarà tenuto a darne notizia nella pubblicità, al fine di mettere i potenziali acquirenti nelle condizioni di non essere tratti in inganno dalle sue dichiarazioni. Si reputa sufficiente a tal fine che il professionista indichi il numero di beni che ha a sua disposizione in relazione all'offerta pubblicizzata (es. «20 computer della marca X al

¹⁸⁷ SOSNITZA, *Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld zwischen Europa und Deutschland - Zum Regierungsentwurf zur Reform des UWG vom 9.5.2003*, in *Gewerblicher Rechtsschutz- und Urheberrecht*, 2003, p. 739.

¹⁸⁸ WEIDERT, in HARTE-BAVENDAM - HENNING-BODEWIG, *UWG Kommentar*, § 5, Rn. 844.

prezzo Y»¹⁸⁹): in tal modo in consumatore sarà posto nelle condizioni di considerare l'effettiva entità dell'offerta. A tale proposito, non è sufficiente ad escludere l'applicazione della lett. e) l'utilizzo delle espressioni «fino ad esaurimento scorte», oppure «a causa dell'elevata (o aumentata) domanda non tutti i prodotti pubblicizzati potrebbero essere disponibili». In particolare, dovrà considerarsi in ogni caso ingannevole anche la pratica commerciale consistente nella diffusione di un messaggio pubblicitario da cui non emerga chiaramente che la disponibilità quantitativa del prodotto offerto non è circoscritta al punto vendita indicato nel messaggio stesso, bensì è da intendersi su scala nazionale¹⁹⁰.

8. *La fattispecie di cui all'art. 23, lett. f), c.cons.*

L'art. 23, lett. f) considera in ogni caso ingannevole la condotta del professionista che inviti all'acquisto di un prodotto ad un determinato prezzo e successivamente rifiuti di mostrare l'articolo pubblicizzato ai consumatori, oppure rifiuti di accettare ordini per l'articolo o di consegnarlo entro un periodo di tempo ragionevole, oppure faccia la dimostrazione dell'articolo con un campione difettoso, con l'intenzione di promuovere un altro prodotto.

La descritta pratica commerciale è comunemente identificata con l'espressione *bait and switch*: mediante l'offerta di un prodotto, il professionista, pur non avendo alcuna intenzione di fornire il prodotto pubblicizzato, mira ad attirare a sé il consumatore al fine di sfruttare l'interesse in esso ingenerato, inducendolo all'acquisto di un differente (e sovente più costoso) prodotto. Mentre nella fattispecie di cui alla lett. e) il professionista inganna il consumatore circa la sua capacità di fornire il prodotto pubblicizzato, qui l'inganno si incentra sulla concreta volontà di mostrare, accettare ordini, consegnare e dunque, in definitiva, di fornire il prodotto pubblicizzato¹⁹¹.

Affinché tale fattispecie possa considerarsi integrata è anzitutto necessario che il professionista offra un certo prodotto ad un determinato prezzo, e che fornisca dunque al

¹⁸⁹ Così v. SOSNITZA, *op. ult. cit.*, p. 744.

¹⁹⁰ In proposito v. AGCM 16-12-2009, provv. n. 20587, PS2175, *Boll.* 52/2009; AGCM 29-7-2009, provv. n. 20157, PS1185, *Boll.* 32/2009; AGCM 29-7-2009, provv. n. 20165, PS3468, *ibidem* 32/2009.

¹⁹¹ GAMERITH, *op. cit.*, p. 391, 425.

consumatore tutti gli elementi necessari a valutare l'offerta e determinarsi all'acquisto. Non si richiede peraltro che il prodotto *de quo* venga offerto a condizioni economiche particolarmente vantaggiose e neppure che lo stesso sia disponibile in «quantità ragionevole» (cfr. art. 23, lett. *e*), bensì solamente che il professionista si mostri disponibile a vendere il descritto prodotto alle condizioni enunciate¹⁹². Le previsioni di cui alle lett. *e*) ed *f*) possono dunque trovare applicazione ad una medesima pratica. I comportamenti descritti ai nn. 1-3 della lett. *f*) sono poi considerati oggettivamente idonei a dissuadere il consumatore dall'acquisto del prodotto originariamente pubblicizzato ed è sufficiente, affinché la pratica sia considerata scorretta, che il professionista tenga anche uno solo dei comportamenti di cui ai nn. 1-3. L'elencazione delle condotte descritte alla lett. *f*) ha carattere esaustivo: il professionista potrebbe certamente dissuadere il consumatore dall'acquisto del prodotto pubblicizzato mediante comportamenti differenti da quelli enunciati nella norma; tali condotte non potranno tuttavia essere considerate «in ogni caso ingannevoli», bensì la loro scorrettezza dovrà essere valutata alla luce dei precetti di cui agli artt. 21-22 e, eventualmente, della clausola generale di buona fede di cui all'art. 20 c.cons.

Per quanto concerne specificamente il rifiuto di mostrare l'articolo pubblicizzato, ciò si verificherà ogniqualvolta il consumatore non venga posto in condizione di prendere materialmente visione del prodotto. Nonostante nella disposizione in esame venga utilizzata l'espressione «articolo» in luogo di quella di «prodotto», si ritiene che dal suo campo d'applicazione non debba escludersi la prestazione di servizi¹⁹³.

Riguardo poi alla previsione di cui alla lett. *f*), n. 2, ci si chiede in particolare quale concreto significato debba attribuirsi all'espressione «periodo di tempo ragionevole». A tal proposito è necessario differenziare in relazione alle ipotesi suscettibili di ricorrere nel caso concreto: dal momento dell'emissione dell'ordine, è chiaro infatti che un libro necessita comunemente di un tempo per la consegna inferiore rispetto a quello di un'autovettura nuova. Determinante ai fini del giudizio *de quo* risulta allora il tempo normalmente necessario ai fini della consegna di un certo articolo. Affinché possa considerarsi integrata la fattispecie di cui alla lett. *f*), n. 3), è necessario che nel caso di specie sia ravvisabile l'intenzione del professionista di dissuadere il consumatore

¹⁹² WEIDERT, *op. cit.*, Rn. 844.

¹⁹³ BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 65.

dall'acquisto del prodotto pubblicizzato al fine di promuovere un altro prodotto, e che tale intenzione venga attuata effettuando la dimostrazione dell'articolo pubblicizzato mediante un campione difettoso. In relazione alla nozione di difetto qui utilizzata, si ritiene a tal proposito di poter ricorrere ai criteri di cui all'art. 2, par. 2, lett. a), c) e d), dir. 1999/44/CE¹⁹⁴, i cui contenuti sono confluiti in Italia nell'art. 129 c.cons.. A tale proposito, particolarmente difficile potrebbe rivelarsi fornire la prova di tale intento¹⁹⁵: dovranno a tal fine essere presi in considerazione indizi oggettivi da cui possa dedursi l'atteggiamento psicologico del professionista, come ad es. affermazioni mediante le quali costui tenti di orientare il consumatore, già determinato ad acquistare il prodotto pubblicizzato, verso un altro prodotto. Detto intento ingannatorio in capo al professionista potrà rilevarsi ogniqualvolta il prodotto menzionato dal professionista nell'invito all'acquisto non sia in commercio e nemmeno ne sia prevista l'immissione in commercio¹⁹⁶.

9. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. g), c.cons.

L'art. 23, lett. g) c.cons. individua come ingannevole in ogni caso la pratica del professionista il quale dichiara, «contrariamente al vero, che il prodotto sarà disponibile solo per un periodo di tempo molto limitato o che sarà disponibile solo a condizioni particolari per un periodo di tempo molto limitato, in modo da sollecitare i consumatori ad assumere una decisione immediata e privare gli stessi della possibilità o del tempo sufficiente per prendere una decisione consapevole».

In entrambe le ipotesi considerate dalla disposizione, il professionista sottopone il consumatore ad una pressione psicologica volta ad indurlo ad assumere una decisione in un lasso temporale più ridotto di quello che normalmente esso si sarebbe riservato al fine di meditare sull'opportunità di acquistare il bene *de quo*, precludendogli dunque la possibilità di riflettere più a fondo sulla decisione d'acquisto ed eventualmente di ponderare adeguatamente anche le offerte di altri professionisti.

¹⁹⁴ LETTL, *op. ult. cit.*, p. 118.

¹⁹⁵ Sull'onere della prova nell'ambito della dir. 2005/29/CE, v. KÖHLER - LETTL, *op. cit.*, p. 1019, 1046.

¹⁹⁶ In proposito v. AGCM 3-9-2009, provv. n. 20267, PS2934, *Boll.* 35/2009.

La fattispecie di cui alla lett. g) si compone dunque di un aspetto oggettivo e di un aspetto soggettivo.

Per quanto concerne il primo profilo, la dichiarazione secondo cui il prodotto sarà disponibile solo per un periodo di tempo molto limitato può estrinsecarsi in diversi modi. Il professionista potrebbe anzitutto prospettare ai consumatori che egli dispone di scorte del prodotto pubblicizzato inferiori a quelle reali, ingenerando così nei potenziali acquirenti un falso convincimento circa il quantitativo disponibile e inducendoli a prendere una decisione (più) affrettata¹⁹⁷.

Sotto la previsione di cui all'art. 23, lett. g) ricade anche l'ipotesi in cui il professionista, pur non facendo menzione dell'effettivo ammontare delle scorte del prodotto *de quo* a sua disposizione, affermi che lo stesso sarà acquistabile solamente per un periodo molto limitato, come ad es. potrebbe accadere qualora lo stesso affermi, contrariamente al vero, che detto prodotto sarà disponibile solamente in occasione dell'anniversario dell'apertura di un determinato esercizio commerciale¹⁹⁸.

Ci si chiede quale significato debba attribuirsi all'espressione «periodo molto limitato»¹⁹⁹. In considerazione dello scopo della disposizione *de qua*, riteniamo si debba far riferimento ad un periodo a tal punto breve tale da porre il consumatore nell'oggettiva impossibilità di ponderare adeguatamente l'offerta, anche comparandola con eventuali altre. Vi è in proposito accordo nel ritenere che tale presupposto sia integrato ogniqualvolta il professionista affermi che il prodotto sarà acquistabile solo in un singolo determinato giorno, molto vicino a quello in cui è stata resa pubblica l'offerta dello stesso²⁰⁰. La valutazione è comunque suscettibile di variare notevolmente in relazione al prodotto offerto.

La seconda alternativa prevista nella lett. g), ovvero l'ipotesi in cui il professionista dichiari che il bene sarà disponibile solo a condizioni particolari per un periodo di tempo molto limitato,

¹⁹⁷ BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 68, che porta l'es. di una affermazione del seguente tenore: «Solo pochi pezzi disponibili – Già domani le scorte saranno esaurite».

¹⁹⁸ In proposito, v. AGCM 4-9-2008, provv. n. 18829, PS91, *Boll.* 33/2008 nonché T.A.R. Lazio-Roma 8-4-2009, n. 3722, che hanno applicato l'art. 23, lett. g) ad un caso in cui il professionista era limitato a prospettare il prodotto come disponibile solo per alcuni clienti ed esclusivamente per coloro tra essi che avessero prestato «al più presto» il proprio consenso.

¹⁹⁹ In proposito v. MICKLITZ, *op. ult. cit.*, Rn. 243.

²⁰⁰ BÜLLESBACH, *op. loc. ultt. citt.*

ricorre qualora il professionista, ad es., dichiara che un prodotto sarà da lui venduto ad un prezzo particolarmente vantaggioso solamente in un dato giorno, quando invece le medesime condizioni verranno da lui praticate per un lasso temporale più ampio. La disposizione può trovare del pari applicazione alle ipotesi in cui il professionista affermi che solo per gli acquisti effettuati in una certa data la spedizione della merce all'acquirente sarà gratuita – e invece si verifichi che anche nel periodo successivo (o antecedente) il professionista continui ad offrire di provvedere gratuitamente alla spedizione del prodotto al consumatore –, ovvero ancora al caso in cui il professionista affermi che (solamente) coloro che acquisteranno un certo prodotto in un determinato giorno riceveranno un omaggio, quando invece questa promozione sia in realtà destinata a protrarsi per un periodo di tempo più ampio. In particolare, l'AGCM ha sancito l'applicazione della norma in esame anche ad offerte che promuovevano «vendite sottocosto» che in realtà non erano suscettibili di essere qualificate tali²⁰¹.

La fattispecie di cui alla lett. g) non abbraccia pertanto le fattispecie in cui le condizioni particolari pubblicizzate dal professionista vengano da esso praticate solamente nel periodo di tempo indicato²⁰². Si ritiene peraltro che ribassi dei prezzi limitati a periodi di tempo assai ridotti siano in quanto tali suscettibili di ricadere nella previsione di cui alla lett. g), e ciò sulla base della mera circostanza della breve durata dell'offerta²⁰³.

Per quanto concerne l'elemento soggettivo della fattispecie in esame, si richiede l'intento del professionista di ottenere una decisione «immediata» e privare così i consumatori della possibilità o del tempo sufficiente per prendere una decisione consapevole. L'onere della prova della sussistenza in concreto di tale intento grava sul consumatore, circostanza che rischia di mettere a dura prova l'effettività della previsione *de qua*: il professionista potrebbe infatti obiettare che egli, al momento della dichiarazione, era portato a pensare che la merce a sua disposizione sarebbe andata esaurendosi (assai) rapidamente in conseguenza della domanda del mercato, oppure che non sarebbe stata da lui prevista né prevedibile la circostanza che, esaurita la merce a sua disposizione, egli non avrebbe avuto la possibilità di rifornirsi di ulteriori esemplari del prodotto offerto. In ogni

²⁰¹ Così AGCM, 29-1-2009, provv. n. 19469, PS1460, *Boll.* 4/2009.

²⁰² Sul punto v. SEICHTER, *Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in das deutsche UWG*, in *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2006, p. 628, 631.

²⁰³ Così BORNKAMM, *op. cit.*, Nr. 7, Rn. 7.3; SEICHTER, *op. loc. ultt. citt.*

caso, qualora una pratica commerciale non sia qualificabile come ingannevole ai sensi della disposizione di cui alla lett. g), dovrà verificarsi la sua attitudine a ricadere sotto la previsione di cui alla lett. f)²⁰⁴.

10. *La fattispecie di cui all'art. 23, lett. h), c.cons.*

Ai sensi dell'art. 23, lett. h), pone in essere una pratica commerciale “in ogni caso ingannevole” il professionista che si impegni a fornire l'assistenza post-vendita a consumatori, con i quali egli ha comunicato prima dell'operazione commerciale in una lingua diversa da quella ufficiale dello Stato membro in cui lo stesso è stabilito, soltanto in una lingua diversa da quella impiegata nella fase precontrattuale, senza che questo sia chiaramente comunicato al consumatore prima del suo impegno a concludere l'operazione.

Sulla base della circostanza che il professionista ha utilizzato, per le proprie comunicazioni precontrattuali, una lingua diversa da quella ufficiale dello Stato in cui esso è stabilito, in capo al consumatore sorge l'aspettativa che il professionista offra il servizio post-vendita nella medesima lingua precedentemente impiegata. Nonostante tale disposizione sia stata fatta oggetto di pesanti critiche incentrate sulla circostanza che essa disciplina un'ipotesi assai specifica²⁰⁵, essa presenta una indubitabile utilità pratica, dal momento che le barriere linguistiche rappresentano un notevole freno agli scambi commerciali tra Paesi membri.

Al fine dell'applicazione della fattispecie *de qua*, è necessario individuare in quale(i) Stato(i) membro(i) il professionista sia, ai sensi della norma, “stabilito”. Non è a tal fine necessario individuare il luogo principale di stabilimento. Dovrà piuttosto stabilirsi se, nella fase precontrattuale, il professionista abbia utilizzato una lingua differente da quella ufficiale dello Stato membro in cui si trova la filiale con cui il consumatore è nel caso concreto entrato in contatto al fine di acquistare la merce.

²⁰⁴ BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 70. Per un'applicazione dell'art. 23, lett. g), v. AGCM 19-3-2009, provv. n. 19654, PS160, *Boll.* 12/2009.

²⁰⁵ In proposito v. ad es. OHLY, *Comments on the Proposal for a Directive on Unfair Commercial Practices*, 10; GAMERITH, *op. cit.*, p. 425; HENNING-BODEWIG, *op. ult. cit.*, p. 632.

Con l'espressione "assistenza post-vendita", debbono intendersi i c.d. "*after-sale services*", che vengono menzionati anche dall'art. 23, lett. *bb*) (su cui v. *infra*): comuni "servizi post-vendita" sono, ad es., le *Hotlines* dedicate alle domande degli acquirenti di un determinato bene o servizio ovvero i corsi di addestramento all'utilizzo di un determinato prodotto²⁰⁶.

Per quanto concerne il requisito della chiarezza della comunicazione che il professionista deve fornire al consumatore onde andare esente dall'applicazione di tale norma, esso può considerarsi integrato ogniqualvolta il consumatore venga inequivocabilmente informato in merito alla lingua in cui verrà prestato il servizio promesso²⁰⁷.

11. *La fattispecie di cui all'art. 23, lett. i), c.cons.*

L'art. 23, lett. *i*) qualifica come ingannevole "in ogni caso" la pratica consistente nell'affermare, contrariamente al vero, o generare comunque l'impressione che la vendita di un prodotto sia lecita. La condotta vietata consiste nell'indurre i consumatori in inganno circa la commerciabilità di un prodotto, comportamento che comunemente genera nell'acquirente una falsa rappresentazione anche in merito all'utilizzabilità del prodotto stesso.

La disposizione di cui all'art. 23, lett. *i*) trova anzitutto applicazione nell'ipotesi in cui il commercio del prodotto sia vietato da una disposizione di carattere generale. Si può trattare, ad es., di droghe, determinate armi, organi umani, esemplari appartenenti a determinate specie animali o vegetali, o ancora di software ricavati da attività di pirateria informatica. Il campo di applicazione della norma *de qua* non deve tuttavia ridursi alla ipotesi di beni la cui commercializzazione sia in assoluto vietata da una norma dell'ordinamento: riteniamo infatti che essa operi anche in relazione a prodotti la cui immissione in commercio sia vietata in assenza di determinati presupposti o riconoscimenti: si pensi, ad es., ai tabacchi lavorati o ancora ai prodotti farmaceutici, che nel nostro

²⁰⁶ Sul punto v. LETTL, *op. ult. cit.*, p. 121, il quale precisa che tale norma fa riferimento a prestazioni ulteriori rispetto a quelle già dovute in esecuzione del contratto "principale".

²⁰⁷ BORNKAMM, *op. cit.*, Nr. 8, Rn. 8.5.

Paese possono essere commercializzati solamente in seguito alla relativa approvazione emessa dal Ministero della salute²⁰⁸.

Si ritiene invece che la previsione di cui alla lett. *i*) non trovi applicazione ad ipotesi in cui oggetto del divieto non sia tanto la mera commercializzazione del prodotto in sé, quanto la vendita dello stesso oltre un determinato orario o a determinate categorie di clienti, come potrebbe ad es. accadere nell'ipotesi di divieti che colpiscano la commercializzazione di bevande alcoliche oltre una data ora, sebbene possano risultare idonee ad ingannare il consumatore le affermazioni di un professionista che affermi che presso il suo esercizio commerciale è consentito commercializzare tali prodotti (legali) sempre e a ciascun cliente. In ogni caso, tali condotte, pur non ricadendo nell'ambito di applicazione dell'art. 23, lett. *i*), dovranno essere sottoposte ad un esame alla luce dei criteri di cui agli artt. 21 e 22 c.cons., ovvero della clausola generale di cui all'art. 20 c.cons.

L'art. 23, lett. *i*) prende anzitutto in considerazione le affermazioni del professionista: nel concetto di "affermazione" deve ricomprendersi ogni sua esternazione, sia questa posta in essere per iscritto, oralmente, mediante immagini o per fatti concludenti; una siffatta ampia lettura di tale nozione induce ad attribuire mero valore chiarificatorio della prima parte della lett. *i*) al riferimento, contenuto nella stessa disposizione, al "generare comunque l'impressione" che la vendita del prodotto sia lecita²⁰⁹.

Ci si chiede se la mera offerta o pubblicizzazione da parte del professionista di un prodotto la cui commercializzazione sia vietata possa considerarsi una pratica in ogni caso ingannevole ai sensi della lett. *i*): tale ipotesi dovrà essere considerata dal punto di vista del consumatore medio. In ogni caso, considerando la normale dinamica degli scambi, appare abbastanza ovvio che la mera offerta di un prodotto ai consumatori sia idonea ad ingenerare in essi un affidamento circa la liceità della sua commercializzazione.

Particolari problemi possono verificarsi nella lettura di tale fattispecie in relazione alle vendite internazionali. Ciò in quanto ciascun Paese membro ha una propria lista di prodotti la cui vendita è considerata illecita: la vendita di un determinato prodotto può essere vietata in uno Stato e

²⁰⁸ Su tale ultimo es., v. anche PERUGINI, *op. cit.*, p. 217.

²⁰⁹ BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 75.

consentita in un altro²¹⁰. Può dunque verificarsi che la vendita di un prodotto sia lecita nel Paese di stabilimento del professionista ma non in quello del domicilio del consumatore. Per non gravare il professionista di troppo gravosi oneri di verifica e, contemporaneamente, al fine di salvaguardare gli interessi dei consumatori, si ritiene che nella prospettata ipotesi il professionista, per evitare l'operatività della fattispecie in esame, debba genericamente indicare che la vendita del prodotto da esso offerto può essere considerata illegale in alcuni Stati membri²¹¹. Tale interpretazione si rivela idonea a salvaguardare tanto gli interessi del professionista (che non risulterà gravato di troppo pesanti oneri di verifica delle diverse legislazioni degli Stati membri diversi da quello in cui egli ha il proprio stabilimento) quanto quelli dei consumatori, che saranno sollecitati a verificare la liceità dell'acquisto programmato.

12. *La fattispecie di cui all'art. 23, lett. 1), c.cons.*

L'art. 23, lett. 1) qualifica come ingannevole “in ogni caso” la pratica consistente nel presentare i diritti conferiti ai consumatori dalla legge come una caratteristica propria dell'offerta fatta dal professionista. Mediante tale pratica, il professionista prospetta diritti, già *ex lege* attribuiti al consumatore (ad es. il diritto di recesso da contratti a distanza oppure il diritto alla riparazione o sostituzione del bene non conforme al contratto di vendita), come una particolarità ed uno speciale vantaggio di cui il consumatore stesso può beneficiare (solamente) aderendo all'offerta formulata dal professionista. La fattispecie di cui alla lett. 1) non potrà invece considerarsi integrata per il mero fatto che quest'ultimo si limiti a descrivere dettagliatamente i diritti che la legge accorda al consumatore che acquisti il prodotto da lui offerto.

Vi è chi ha affermato che dall'ambito applicativo di tale disposizione sfuggirebbero le ipotesi in cui il professionista presenti come speciali e proprie (solamente) della sua offerta caratteristiche che il prodotto deve *ex lege* presentare e che la correttezza di tali pratiche dovrebbe essere valutata (al più) alla luce dell'art. 6 dir. (art. 22 c.cons.)²¹². Si pensi ad es. all'ipotesi di una pubblicità di una

²¹⁰ In merito a tale problema v. MICKLITZ, *op. ult. cit.*, Rn. 245.

²¹¹ Così BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 76.

²¹² Così BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 78.

tipologia di latte accompagnata dall'indicazione "senza conservanti", sebbene la legge preveda che tale prodotto debba essere commercializzato senza aggiunta di conservanti²¹³. Riteniamo tuttavia più coerente con la *ratio* complessiva della dir. 2005/29/CE aderire ad una interpretazione che faccia ricadere anche pratiche siffatte nell'ambito di operatività della disposizione in commento: anche in tali ipotesi, infatti, le affermazioni del professionista sono idonee a trarre in inganno il consumatore circa diritti che gli spetterebbero *ex lege* (per quanto specificamente attiene all'esempio prospettato, trattasi del diritto ad ottenere un bene che presenti caratteristiche conformi a quanto prescritto dalla legge).

13. *La fattispecie di cui all'art. 23, lett. m), c.cons.*

L'art. 23, lett. *m*), facendo salvo quanto previsto dal d.lgs. 31-7-2005, n. 177, ravvisa una pratica commerciale "in ogni caso ingannevole" nel comportamento del professionista che utilizzi contenuti redazionali nei mezzi di comunicazione al fine di promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati da esso sostenuti senza che ciò emerga dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore.

La fattispecie di cui alla lett. *m*) è dunque idonea a colpire i messaggi che, sotto le mentite spoglie di un messaggio redazionale – e dunque contenente una informazione "obiettiva", di provenienza di soggetti che non hanno alcun interesse alla promozione di un prodotto –, rappresentano in realtà un messaggio pubblicitario finalizzato al conseguimento di un utile da parte del professionista che lo ha finanziato²¹⁴. La *ratio* della norma in esame è dunque quella di assicurare una netta e riconoscibile separazione tra comunicazioni di carattere commerciale e comunicazioni di natura informativa²¹⁵.

²¹³ In proposito v. Corte giust. CE, 5-4-2001, in C-123/00, *Bellamy*, pt. 8 e 22.

²¹⁴ V. il fenomeno del c.d. *Product placement*, su cui v. ad es. AMMENDOLA, *AIDA* 08, 233xx.; PRATESI, in MINERVINI - ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, 54s., il quale ritiene che tale fenomeno sia suscettibile di presentarsi su tre diversi "livelli": la marca appare come insegna, o il prodotto è semplicemente presente sulla scena; il prodotto o la marca vengono esplicitamente citati dai protagonisti; il prodotto con il suo *brand* viene effettivamente utilizzato ed integrato nella storia.

²¹⁵ Sul fenomeno della pubblicità redazionale, v. ad es. T.A.R. Lazio, 8-2-2005, n. 1128 e AGCM 10-2-2008, provv. n. 17489, PI 6226, Boll. 1/2008; in dottrina v. ad es. UNNIA, *La pubblicità clandestina. Il camuffamento della pubblicità nei contesti normativi*, 193ss.; PERUGINI, *op. cit.*, p. 217ss.; GAMERITH, *op. ult. cit.*, p. 391.

È anzitutto necessario comprendere il significato del concetto “mezzi di comunicazione”. A tale proposito è stato affermato che dall’ambito di applicazione di detta norma andrebbero esclusi tutti i messaggi contenuti in contributi qualificati non già come “di informazione”, bensì come “di mero intrattenimento”, dal momento che il consumatore non potrebbe da essi attendersi una rappresentazione oggettiva e imparziale della realtà e che l’art. 23, lett. *m*) sarebbe applicabile solamente riguardo a contenuti redazionali di telegiornali, reportage, giornali e, comunque, contesti in cui i contenuti siano presentati da un punto di vista “oggettivo”²¹⁶. La prospettata ricostruzione è a nostro avviso priva di pregio. Una siffatta differenziazione non è infatti ricavabile dalla norma, che mira invece a colpire tutte le pratiche in cui, dietro la parvenza di un messaggio redazionale “indipendente” da interessi promozionali di prodotti descritti al suo interno, si celi l’impegno economico di un professionista a promuovere proprio tali beni o servizi.

Si rende poi necessario individuare a che fine il messaggio *de quo* sia stato inserito nei mezzi di comunicazione. Affinché possa riscontrarsi un “impiego di contenuti redazionali nei mezzi di comunicazione al fine della promozione di un prodotto” è necessario che detto contenuto redazionale sia idoneo a promuovere la vendita del prodotto di un professionista (anche in considerazione del fatto che sovente i contenuti redazionali godono di maggiore credibilità). L’art. 23, lett. *l*) dovrà dunque anzitutto applicarsi in relazione a *reportages* o valutazioni sull’azienda, il marchio o la produzione del professionista. Del pari, anche valutazioni negative su altri professionisti o sui loro metodi di operare sul mercato possono apportare benefici economici al professionista, orientando i consumatori verso i suoi prodotti.

L’elemento soggettivo della fattispecie *de qua* è riportato nell’inciso “per promuovere un prodotto”. A tale proposito, non si rivela semplice fornire la prova di un siffatto intento e inoltre, in relazione a tale elemento, l’onere probatorio grava in capo a colui che fa valere il carattere ingannevole di tale pratica. Pertanto, qualora non si voglia privare la disposizione di cui alla lett. *m*) di molta della sua forza applicativa, nel considerare la sussistenza o meno del descritto elemento soggettivo, riteniamo debba verificarsi la ricorrenza anche di alcuni indici oggettivi. È anzitutto significativo che la previsione in esame trovi applicazione solamente nelle ipotesi in cui il

²¹⁶ BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 82 e nt. 462.

professionista abbia versato un corrispettivo al fine dell'inserimento di contenuti che favoriscano la sua attività commerciale: presupposto per l'applicabilità della norma è dunque l'esecuzione di una prestazione da parte del professionista i cui prodotti siano menzionati nel contributo redazionale al fine di ottenere l'inserimento dei contenuti a lui favorevoli. Qualora dunque possa dimostrarsi che, tra il professionista e la redazione del media, sia stato pattuito un compenso al fine dell'inserimento nei contributi di determinati contenuti favorevoli al professionista, potrà dedursi la sussistenza del menzionato elemento soggettivo.

Nel caso concreto, tuttavia, non risulta affatto agevole delimitare il campo di operatività della disposizione di cui alla lett. *m*), dal momento che, in considerazione della normativa europea in materia di libertà di stampa²¹⁷, non è semplice determinare quando possa parlarsi di “pubblicità occulta sotto le specie di contenuti redazionali” e quando invece ci si trovi semplicemente di fronte al frutto di attività giornalistica svolta “a regola d’arte”. Può infatti ben accadere che anche dal “corretto” svolgimento di attività giornalistica emergano giudizi positivi su determinati imprenditori, prodotti o servizi. Ciò che rileva ai fini dell'integrazione della fattispecie in esame è che i vantaggi derivanti al professionista dalla pubblicazione del contributo siano stati da lui voluti in quanto in pratica da lui richiesti e “pagati”.

La fattispecie in commento trova applicazione solamente nel caso in cui il professionista abbia sostenuto i costi della menzionata promozione. Al fine di garantire a tale disposizione un congruo spazio applicativo, riteniamo peraltro che tale formulazione debba essere intesa in senso ampio, ricomprendendo in essa non soltanto il pagamento di una somma di denaro, ma altresì la (promessa o) corresponsione di qualsivoglia utile economico. A tale proposito, la norma non richiede che l'utile corrisposto (o promesso) dal professionista raggiunga un determinato ammontare minimo, essendo dunque sufficiente anche la corresponsione di un modesto vantaggio economico, avvenga essa sotto forma di pagamento di una somma di denaro, di omaggi di varia natura ovvero di prezzi particolarmente vantaggiosi per l'acquisto del prodotto stesso pubblicizzato. Tuttavia, la prova di tale corresponsione potrebbe risultare assai difficile (in proposito v. PERUGINI, *ivi*, 220, che propone di fare ricorso, al fine di provare un rapporto di committenza tra professionista

²¹⁷ In proposito v. ad es. Corte giust. CE, 14-5-1974, in C-4/73, *Nolde*.

e responsabile del media, all'impiego delle presunzioni). In ogni caso, anche allorché non si riuscisse a raggiungere detta prova, la correttezza di tale pratica dovrà essere verificata ai sensi dell'art. 22, 2° co., c.cons., dal momento che in essa potrebbe essere dato ravvisare un'omissione ingannevole dell'indicazione dell'"intento commerciale".

La fattispecie di cui alla lett. *m*) non fa assoluto divieto di impiegare contenuti redazionali nei mezzi di comunicazione al fine di promuovere un prodotto. Oggetto del divieto è invece la circostanza che tale pubblicità sia presentata come "oggettiva" informazione. Siffatta mimetizzazione dei contenuti non è suscettibile di ricorrere ogniqualvolta il consumatore venga debitamente informato circa gli scopi effettivi dei contenuti del contributo elaborato dalla redazione. Ci si chiede a tale proposito se sia sufficiente rendere edotti i consumatori della circostanza che nei contenuti c.d. redazionali sono presenti dei messaggi pubblicitari volti a promuovere i prodotti di un determinato imprenditore o se invece sia anche necessario chiarire che un professionista ha pagato al fine dell'inserimento di detta pubblicità nei contenuti redazionali. Alla luce della formulazione della norma, pare meritevole di accoglimento la seconda soluzione.

La norma in commento non trova applicazione qualora i contenuti pubblicitari del contributo redazionale emergano dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili dal consumatore (dovendosi prendere a tal fine in considerazione il c.d. "consumatore medio"). Per quanto riguarda i "contenuti", si ritiene che la norma si riferisca tanto all'impaginazione e alla collocazione, quanto ai veri e propri contenuti concreti del contributo. Riguardo poi al requisito della "chiara individuabilità" che emerga dai contenuti pubblicitari, si ritiene non sia sufficiente l'indicazione, in calce al contributo (o anche altrove) dell'indirizzo della sede commerciale o di un punto vendita del professionista i cui prodotti vengano nel contributo promossi. Per quanto invece concerne le "immagini o suoni", si ritiene anzitutto che, qualora si tratti di un contributo a stampa, debba essere presente l'indicazione "inserzione" ovvero "messaggio promozionale".

Di "chiara individuabilità" può parlarsi ogniqualvolta il carattere pubblicitario insito nel contributo redazionale sia suscettibile di essere immediatamente percepito dal consumatore medio,

il quale deve essere messo nelle condizioni di poter comprendere immediatamente che egli si trova al cospetto di un contributo avente (anche o esclusivamente) carattere pubblicitario²¹⁸.

Ci si chiede quanto ampia sia la cerchia dei soggetti le cui condotte siano suscettibili di essere colpite dalla previsione di cui alla lett. *m*). Si ritiene possano esservi ricompresi tanto il media che ha pubblicato il contributo contenente il messaggio pubblicitario, quanto il professionista che, al fine di trarne vantaggio, ha finanziato tale promozione²¹⁹.

14. *La fattispecie di cui all'art. 23, lett. n), c.cons.*

Secondo tale disposizione è pratica “in ogni caso ingannevole” quella consistente nel formulare affermazioni di fatto inesatte per quanto riguarda la natura e la portata dei rischi per la sicurezza personale del consumatore o della sua famiglia se egli non acquistasse il prodotto. Tale disposizione (al pari dell'intera dir. 2005/29/CE e delle norme interne di recepimento) non mira a tutelare in via generale la sicurezza del consumatore.

Oggetto della previsione sono invece quei comportamenti mediante i quali il professionista sfrutta la paura indotta nel consumatore al fine di impedirgli una razionale ponderazione delle circostanze del caso concreto. “In ogni caso ingannevole” è la pratica posta in essere dal professionista, che prospetti un pericolo per la sicurezza personale del consumatore o della sua famiglia per il caso in cui esso non acquisti il prodotto offerto. Con il riferimento alla sicurezza personale del consumatore, si intende ad es. il riferimento a malattie, incidenti, eventi naturali sfavorevoli per esso²²⁰. A tale proposito viene in considerazione tanto la vendita di prodotti atti a proteggere il consumatore (ad es. caschi per ciclisti) quanto la stipulazione di contratti d'opera (si pensi all'installazione di sistemi di allarme).

²¹⁸ Sul punto v. BÜLLESBACH, *op. cit.*, 87; KÖHLER, HEFERMEHL - BORKAMM - KÖHLER, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München, 2009, § 4, Rn. 3.21.

²¹⁹ Vi è peraltro chi include in tale cerchia anche il caporedattore: così BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 87.

²²⁰ Sul punto v. LETTL, *op. cit.*, p. 124; KÖHLER, *op. ult. cit.*, Nr. 12, Rn. 12.3.

Il comportamento descritto dalla norma in commento presenta altresì – sotto il profilo di un indebito condizionamento – i caratteri di una pratica commerciale aggressiva²²¹; in particolare, esso si avvicina a quello sanzionato dall'art. 26, lett. g) c.cons., che qualifica come aggressivo “in ogni caso” il comportamento del professionista che informi esplicitamente il consumatore che, se non acquista il prodotto o il servizio, saranno in pericolo il lavoro o la sussistenza del professionista.

Il carattere ingannatorio della pratica commerciale emerge nella inesattezza della natura e della portata dei rischi per la sicurezza personale del consumatore prospettati dal professionista. Corrispondentemente, la disposizione di cui alla lett. n) non è destinata a trovare applicazione allorché le affermazioni del professionista circa i pericoli cui il consumatore andrebbe incontro nel caso di mancata adesione all'offerta risultino adeguate e fondate; affermazioni in cui peraltro potrà essere ravvisabile una pratica scorretta, ad es., quando nel comportamento del professionista si rinvenga un indebito condizionamento ai danni del consumatore (art. 24, 1° co., c.cons.). @ Si ritiene che l'“affermazione” di cui alla lett. n) possa aver luogo in qualsiasi forma e anche per fatti concludenti.

Affinché una dichiarazione possa essere definita come “di fatto inesatta” ai sensi della norma *de qua*, è poi necessario che la rispondenza al vero dei suoi contenuti sia oggettivamente verificabile. Non è questo il caso della pubblicità che faccia riferimento a meri sentimenti o aspettative del consumatore (ipotesi in cui l'eventuale scorrettezza della pratica deve essere verificata sulla base delle clausole (più) generali di cui agli artt. 21-22, 24-25 e 20 c.cons.).

La norma in commento non trova dunque applicazione qualora ad es. un professionista, al fine di promuovere la vendita di un rilevatore di fumo, diffonda un messaggio pubblicitario in cui si afferma che acquistando detto prodotto i danni provocati da un eventuale incendio potranno essere ridotti grazie ad una tempestiva notifica dello svilupparsi delle fiamme. In tale messaggio pubblicitario non è invero dato ravvisare una “affermazione di fatto inesatta”. Tale valutazione non esclude comunque l'eventuale applicabilità delle fattispecie di cui agli artt. 21-22, 24-25 o 20 c.cons. Qualora peraltro nel messaggio pubblicitario si affermasse che in Italia un decesso su dieci avviene in conseguenza di un incendio domestico, la norma in commento troverebbe senz'altro

²²¹ In proposito BÜLESBACH, *op. cit.*, p. 88.

applicazione (pur se una siffatta affermazione non sarebbe idonea a trarre in inganno il consumatore medio): il pericolo in tal caso evocato è infatti basato su false indicazioni.

Per definire l'ambito di applicabilità della norma, decisiva risulta la portata che si voglia riconoscere all'espressione "sicurezza personale del consumatore". I contorni di tale definizione non sono del tutto chiari (e un utile ausilio interpretativo non è rinvenibile nemmeno esaminando le formulazioni di altre versioni linguistiche: quella inglese parla ad es. di "*personal security*", quella francese di "*sécurité personnelle*" e quella tedesca di "*persönliche Sicherheit*"). Alla luce della *ratio* e dello scopo della dir. 2005/29/CE di contribuire al "conseguimento di un elevato livello di protezione dei consumatori" (v. 1° *considerando*), è opportuno e necessario attribuire un significato ampio a tale espressione. Riteniamo, pertanto, che il concetto di "sicurezza personale del consumatore" non debba intendersi limitato ad un pericolo per la sicurezza fisica del consumatore – ovvero all'intangibilità dell'integrità fisica e della sua sfera di proiezione, come ad esempio il domicilio –, bensì che esso debba considerarsi esteso anche ai pericoli per la sicurezza economica del consumatore. Dovrà dunque essere qualificata come "in ogni caso ingannevole" ai sensi della lett. *n*), ad es. l'attività del professionista che, nell'ambito di una pubblicità di strumenti privati di previdenza per anziani prospetti rischi inesistenti (oppure, ne alteri le reali proporzioni) per il caso che il consumatore non acquisti il prodotto offerto²²². Inoltre, il punto di riferimento dell'asserito rischio per la sicurezza personale del consumatore può avere la più varia natura e dunque può riguardare non solamente la concreta situazione individuale del consumatore, bensì anche fenomeni destinati a ripercuotersi su vasta scala, come ad es. guerre, attacchi terroristici o catastrofi nucleari.

Ai fini di cui alla lett. *n*), l'affermazione del professionista deve riguardare "la natura e la portata dei rischi per la sicurezza del consumatore". Secondo la lettera della norma, parrebbe che ambedue i detti requisiti dovessero ricorrere cumulativamente; si mostra utile sul punto prendere in considerazione le altre versioni linguistiche della direttiva, come ad esempio quella francese ("*la nature e l'ampleur des risques*"), inglese ("*nature and extent of the risk*") e tedesca ("*die Art und das Ausmaß der Gefahr*"). Una rigida lettura di tale precetto potrebbe condurre ad affermarne l'applicabilità solamente alle ipotesi in cui il professionista avesse fatto riferimento tanto alla natura

²²² Così BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 91.

quanto alla portata dei rischi per la sicurezza del consumatore; ciò condurrebbe tuttavia a restringere eccessivamente l'ambito di applicazione di tale norma. Ci sembra pertanto più coerente con gli scopi della dir. aderire ad una lettura che consideri integrata la fattispecie de qua anche ove la falsa affermazione del professionista concerna (esclusivamente) la natura oppure (solamente) la portata dei rischi per la sicurezza personale del consumatore.

Facendo leva sulle considerazioni già svolte, è dato affermare che la fattispecie di cui alla lett. n) trova applicazione anche quando le false affermazioni *de quibus* riguardino la sicurezza di persone appartenenti alla famiglia del consumatore destinatario del messaggio. È infatti facilmente intelleggibile come anche la stessa sicurezza personale del consumatore sia lesa allorché venga incisa negativamente quella di un suo familiare. Si ritiene che al termine famiglia debba attribuirsi un significato piuttosto ampio, che non si limiti comunque a ricomprendere il solo partner o eventuali figli.

15. *La fattispecie di cui all'art. 23, lett. o), c.cons.*

Nella previsione di cui alla lett. o) sono disciplinate le pratiche con effetti confusori. Viene infatti considerato come “in ogni caso ingannevole” il comportamento del professionista che promuova “un prodotto simile a quello fabbricato da un altro produttore in modo tale da fuorviare deliberatamente il consumatore inducendolo a ritenere, contrariamente al vero, che il prodotto è fabbricato dallo stesso produttore”.

L'origine commerciale di un prodotto è spesso significativa per il consumatore, dal momento che esso vi ricollega determinate aspettative relative alla qualità dello stesso. Di fatto, la fattispecie *de qua* svolge anche una spiccata funzione di tutela della concorrenza.

La norma in esame individua un elemento oggettivo ed un elemento soggettivo. Per quanto concerne l'aspetto oggettivo, si presuppone che il professionista promuova un prodotto simile a quello di un altro produttore, e ciò in un modo tale che il consumatore venga fuorviato e indotto a ritenere, contrariamente al vero, che il prodotto è fabbricato dallo stesso produttore.

È necessario chiedersi quale grado di somiglianza tra prodotti tale norma presupponga. Dalla sua lettera si ricava che il prodotto oggetto di promozione deve già in sé presentare elementi di somiglianza con quello realizzato da un altro produttore tali da poter ingenerare nel consumatore il convincimento che in entrambi i casi si tratti di due prodotti fabbricati dal medesimo produttore. Dall'ambito di applicazione della norma dovranno pertanto anzitutto escludersi le ipotesi in cui tra i prodotti dei due professionisti non sussista alcuna somiglianza (come potrebbe accadere tra una crema e un televisore). Detta somiglianza tra prodotti deve intendersi in senso obiettivo. Sussiste una somiglianza allorché i beni o i servizi (che ricadono entrambe sotto la definizione di "prodotto" ai sensi dell'art. 18, lett. c)) corrispondano nella loro essenza, le loro funzioni e la loro destinazione di utilizzo.

Il prodotto deve essere promosso in modo tale da ingannare il consumatore sulla provenienza del prodotto. Un inganno sulla provenienza commerciale del prodotto si ha ogniqualvolta il consumatore medio possa essere indotto a ritenere che il prodotto sia stato immesso sul mercato da un produttore diverso da quello reale. Al fine di valutare se le affermazioni del professionista possano essere considerate ingannevoli ai sensi di cui alla lett. o) è necessario valutare essenzialmente due aspetti: il grado della somiglianza tra prodotti e l'idoneità dei mezzi utilizzati dal professionista al fine di ingannare il consumatore. Infatti, se il prodotto promosso non presenta solo un'astratta somiglianza con quello di un altro produttore, bensì è a tal punto simile da essere in sé suscettibile di far cadere in errore il consumatore circa la sua provenienza, non sarà necessario, al fine dell'integrazione dell'elemento oggettivo di cui alla lett. o), che il professionista compia alcunché. Specularmente, se la somiglianza tra prodotti non è a tal punto marcata, dovranno in concreto ricorrere ulteriori comportamenti del professionista volti a fuorviare il consumatore.

Per quanto concerne l'elemento soggettivo della fattispecie in esame, la norma richiede che il professionista ponga in essere "deliberatamente" la descritta condotta. La previsione di tale presupposto rischia di restringere assai il campo di applicazione di tale norma, dal momento che grava su chi intenda far valere il carattere scorretto di tale pratica l'onere di dimostrare l'intento del professionista di eludere il consumatore.

La condotta del professionista di cui alla lett. o) può essere poi sanzionata anche in forza del diritto dei marchi e del diritto della proprietà intellettuale²²³.

16. *La fattispecie di cui all'art. 23, lett. p), c.cons.*

L'art. 23, lett. p) considera in ogni caso ingannevole “avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti”.

Già anteriormente al d.lgs. n. 146 del 2007, che ha inserito nel c.cons. l'art. 23 nell'attuale formulazione, tale fattispecie era vietata nell'ordinamento italiano dalla l. 17-8-1995, n. 173 (tuttora vigente), recante la disciplina della vendita diretta a domicilio e di tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali, il cui art. 5, 1° co. dispone che “sono vietate la promozione e la realizzazione di attività e di strutture di vendita nelle quali l'incentivo economico primario dei componenti la struttura si fonda sul mero reclutamento di nuovi soggetti piuttosto che sulla loro capacità di vendere o promuovere la vendita di beni o servizi determinati direttamente o attraverso altri membri della struttura”²²⁴. In seguito all'entrata in vigore del d.lgs. n. 146 del 2007, la norma da ultimo enunciata continuerà ad operare – con le conseguenze sul piano sanzionatorio previste dall'art. 7 della stessa legge – per le forme di promozione piramidale che coinvolgano qualsiasi persona fisica o giuridica che agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario. Gli articoli 5, 1° co. e 7, l. n. 173 del 2005 sono abrogati nella parte in cui riguardano forme di vendita piramidali tra consumatori e professionisti come definite all'art. 23, 1° co., lett. p), c.cons., in cui è previsto o ipotizzabile un contributo da parte di un consumatore come definito dall'art. 18, 1° co., lett. a), c.cons. (in tal senso v. art. 5, d.lgs. n. 146 del 2007).

²²³ BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 92ss.

²²⁴ Sull'applicazione giurisprudenziale di tale disciplina, v. MANCINI, *sub art. 23*, in MINERVINI - ROSSI CARLEO, *op. cit.*, p. 224.

L'art. 23, lett. p) qualifica l'attività del professionista come ingannevole in ogni caso, a prescindere dalla circostanza che essa abbia concretamente indotto in errore uno o più consumatori. Non tutti i sistemi di promozione delle vendite ricadono sotto la previsione di cui alla lett. p). Nel campo di applicazione di tale norma ricadono infatti solamente quei sistemi in relazione ai quali al consumatore viene promessa un corrispettivo "derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti": proprio in tale carattere, infatti, si annida il pericolo di una espansione del fenomeno a scapito di ulteriori consumatori. Ne deriva che il precetto *de quo* non trova applicazione alle ipotesi in cui il corrispettivo per il consumatore sia collegato principalmente alla vendita di prodotti.

L'art. 23, lett. p) fa espresso divieto di "avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale". Tramite tale ampia formulazione, il legislatore comunitario ha inteso ricomprendere e vietare le c.d. vendite piramidali a qualsiasi livello esse si svolgano. In particolare, come promotore di un siffatto sistema può essere qualificato tanto colui che lo pubblicizza, quanto chi vi prenda attivamente parte²²⁵. Tale previsione è naturalmente destinata ad applicarsi solamente alle pratiche poste in essere da professionisti, ovvero di soggetti la cui partecipazione al descritto sistema – si concreti essa in un'attività di avviamento, promozione o gestione del sistema stesso – avvenga nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, oppure da chiunque agisca in nome o per conto di un professionista. Ci si chiede a tale proposito se a colui che prenda parte a siffatto sistema sia per ciò solo attribuibile la qualifica di "professionista" e debba dunque andare soggetto all'applicazione della norma *de qua*. Riteniamo che a tale quesito debba fornirsi risposta affermativa ogniqualvolta la partecipazione a detto sistema da parte di un soggetto sia inquadrabile come attività economica dotata di un certo carattere di durevolezza e finalizzata alla percezione di un utile.

17. *La fattispecie di cui all'art. 23, lett. q), c.cons.*

²²⁵ BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 106.

È qualificato come ingannevole “in ogni caso” il comportamento del professionista che affermi, contrariamente al vero, che esso è in procinto di cessare l’attività o traslocare. Tale pratica induce infatti il consumatore a ritenere che i prodotti in tale occasione siano offerti dal professionista a condizioni particolarmente convenienti e suscettibili di venir meno in breve tempo, e stimola così i destinatari del messaggio ad assumere una decisione commerciale in un ridotto lasso di tempo²²⁶: in tale carattere si rinvengono elementi di analogia con la fattispecie di cui all’art. 23, lett. g).

Nell’ordinamento italiano esiste una specifica regolamentazione settoriale sia in materia di vendite straordinarie di liquidazione, di fine stagione o promozionali sia riguardo alle c.d. “vendite sottocosto” (v. art. 1, 4° co., del d.p.r. 6-4-2001, n. 218).

Ci si chiede anzitutto cosa debba intendersi per “affermazione del professionista di essere in procinto di cessare l’attività”. In particolare, si ritiene che nella nozione di “cessazione dell’attività” debba essere ricompresa anche la chiusura di una filiale, dal momento che anche in tale ipotesi il consumatore potrebbe essere indotto a ritenere che l’offerta sia limitata nel tempo e dunque a ridurre sensibilmente i tempi della sua decisione in relazione al prodotto. Al fine di garantire l’effettività della disposizione *de qua*, si ritiene che il suo ambito di applicazione debba estendersi anche alle affermazioni del professionista circa la chiusura di uno o più reparti dei suoi locali commerciali, come ad es. potrebbe accadere se la società che gestisce un centro commerciale annunciasse la chiusura di un negozio di elettronica in esso ospitato²²⁷. Nell’ambito di applicazione di tale norma riteniamo, dunque, debbano ricadere tanto le affermazioni del (la società che gestisce il) centro commerciale “La Torre” circa la cessazione o il trasloco dell’attività dell’esercizio commerciale “Mediavideo” in esso ospitato, quanto le affermazioni di quest’ultimo circa la chiusura o il trasloco dell’attività di uno dei suoi reparti (ad es. il reparto dedicato alla telefonia).

Per quanto poi concerne la nozione di trasloco, deve con ciò intendersi la chiusura da parte del professionista di uno o più locali commerciali al fine del trasferimento dell’attività ivi svolta in locali siti altrove. Deve invece escludersi dall’applicazione della lett. q) l’ipotesi in cui il

²²⁶ Sul punto v. ad es. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel codice del consumo*, Torino, 2006, p. 48; PEIFER, in FEZER, *Kommentar zum UWG*, München, 2010, § 5, Rn. 318.

²²⁷ BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 108, 110.

professionista affermi, contrariamente al vero, che i locali in cui egli attualmente conduce la sua attività saranno a breve chiusi per lavori di ristrutturazione.

Ai fini di cui alla lett. *q)*, il professionista deve affermare che egli è “in procinto” di cessare l’attività o di traslocare. A tal fine, non è necessario che il professionista indichi esplicitamente una data, bensì è sufficiente che dalle sue affermazioni sia ricavabile che egli a breve cesserà o traslocherà altrove la propria attività.

La disposizione di cui alla lett. in commento non troverà invece applicazione qualora il professionista annunci che cesserà la propria attività o traslocherà, non già a breve, ma, ad es., a distanza di un anno, pur se la eventuale scorrettezza di tale pratica dovrà essere valutata alla luce dell’art. 22 c.cons. e, particolarmente, della disposizione di cui al 4° co., lett. *a)*: l’affermazione del professionista in ordine alla specialità delle condizioni praticate per la commercializzazione di determinati prodotti, condizioni giustificate dall’esigenza di liberare i locali nell’ottica della cessazione dell’attività o del trasferimento del suo esercizio in altro luogo, potrebbe infatti risultare idonea ad ingannare il consumatore circa la possibilità di ottenere detta merce in futuro alle predette condizioni e dunque indurlo ad acquistarla in tempi molto più ristretti di quelli che esso si sarebbe altrimenti eventualmente riservato per ponderare la medesima decisione d’acquisto. Al fine di comprendere se la disposizione *de qua* si applichi al caso concreto e, in particolare, al fine di definire il lasso di tempo rilevante ai fini della sua operatività, è necessario prendere in particolare considerazione criteri quali la domanda di tali prodotti da parte del mercato, il prezzo degli stessi e il luogo in cui l’esercizio commerciale si trova.

Oggetto di attenta considerazione deve essere fatta anche l’ipotesi in cui il professionista, che abbia annunciato di essere in procinto di cessare l’attività, dia effettivamente seguito alle proprie affermazioni e dunque cessi l’attività, ma solo per un breve periodo, riavviandola poi di lì a breve. Per valutare l’applicabilità o meno della norma in commento, è necessario in tali ipotesi fare oggetto di attenta considerazione le circostanze del caso concreto: qualora infatti da tale ponderazione si evinca l’intento del professionista di operare secondo il prospettato schema al fine di attrarre un maggior numero di clienti e aumentare le proprie vendite, riteniamo che l’art. 23, lett. *q)* debba senz’altro trovare applicazione (si pensi, ad es., all’ipotesi in cui il professionista, che

abbia annunciato la cessazione dell'attività, riavvii la stessa a breve distanza temporale dalla sua cessazione, nei medesimi locali commerciali precedentemente al medesimo fine utilizzati, con lo stesso assortimento di merce e i medesimi collaboratori: in tali ipotesi non può infatti a rigore parlarsi di reale cessazione dell'attività)²²⁸.

Alla luce di tali considerazioni, si ritiene che la norma in commento debba trovare applicazione anche alle ipotesi di affermato trasloco dell'attività ogniqualvolta esso venga posto in essere in una misura così ridotta da lasciar dedurre che tale operazione fosse meramente strumentale all'elusione della norma in commento.

L'onere della prova in relazione agli elementi della fattispecie *de qua* grava su colui che ne fa valere la scorrettezza. Si è affermata poi la necessità di escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 23, lett. q) le ipotesi in cui il professionista abbia manifestato un'autentica intenzione di cessare l'attività o di traslocare, ma successivamente sia stato costretto a cambiare i propri progetti a causa di eventi imprevedibili ed imprevedibili²²⁹. Riteniamo tuttavia non condivisibile siffatta lettura, anzitutto sulla base della considerazione che essa rischia di fornire una facile via di fuga al professionista, già agevolato dalla non semplice dimostrabilità della ricorrenza in concreto degli elementi di detta fattispecie. Osservando poi il tenore letterale dell'art. 23, lett. q) si nota come, al fine di poter qualificare una pratica come in ogni caso ingannevole ai sensi di tale disposizione, la veridicità o meno delle affermazioni del professionista debba valutarsi prendendo come riferimento il momento in cui tali affermazioni sono state (effettuate o, al più) rese pubbliche, non rilevando a tal fine gli accadimenti successivi a tale momento.

Potrebbe inoltre verificarsi che il professionista, pur dando fedelmente seguito, nei tempi asseriti, alla sua dichiarazione di cessare o traslocare la propria attività commerciale, ponga contemporaneamente in essere comportamenti, che pur fuoriuscendo dall'ambito di operatività della fattispecie di cui all'art. 23, lett. q), sono qualificabili come pratiche commerciali scorrette. In tal senso, il professionista potrebbe, ad esempio, nonostante la campagna pubblicitaria, non ridurre affatto i prezzi, ovvero rendere disponibile per l'acquisto solamente parte della merce presente nei locali prima dell'inizio della campagna di "svendita", accantonando ad es. quella più pregiata: la

²²⁸ BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 111.

²²⁹ MANCINI, *op. cit.*, p. 226.

eventuale scorrettezza delle esemplificate pratiche dovrà essere verificata sulla base degli artt. 21-22 c.cons.

18. *La fattispecie di cui all'art. 23, lett. r), c.cons.*

L'art. 23, lett. r) qualifica come in ogni caso ingannevole la pratica mediante cui il professionista affermi “che alcuni prodotti possono facilitare la vincita di giochi basati sulla sorte”. In tale fattispecie, il legislatore rinuncia a fare espresso riferimento alla “falsità” delle affermazioni del professionista, così come alla loro eventuale idoneità ad ingannare il consumatore: essa trova dunque applicazione anche nell'ipotesi in cui un prodotto effettivamente garantisce le utilità prospettate dal professionista²³⁰ e dunque l'affermazione non sarebbe in concreto idonea ad indurre in errore i destinatari di essa.

Ai fini della delimitazione della nozione di “giochi basati sulla sorte” – pur non essendone rinvenibile una chiara definizione a livello comunitario, né sul piano legislativo né su quello dell'elaborazione giurisprudenziale²³¹.

In ogni caso, ai sensi della norma in commento debbono ricorrere tre elementi: la *chance* di ricavare un utile dalla partecipazione (e vincita) al gioco; la dipendenza dal caso della realizzazione dell'utile prospettato; l'esecuzione di una prestazione pecuniaria al fine della partecipazione al gioco²³².

La partecipazione al “gioco basato sulla sorte” deve dunque anzitutto attribuire al giocatore una *chance* di ricavarne un utile: sebbene tale utile possa sovente coincidere con una somma di

²³⁰ BORNKAMM, *op. cit.*, § 5, Rn. 1.27.

²³¹ In proposito, un un utile riferimento costituiscono le pronunce della Corte di giustizia CE in relazione a lotterie (Corte di giust. CE, 24-3-1994, in C-275/92, *Schindler*), scommesse su avvenimenti sportivi (Corte di giust. CE, 21-10-1999, in C-67/98, *Zenatti*; in particolare, sulle scommesse via internet su eventi sportivi v. Corte di giust. CE, 6-11-2003, in C-243/01, *Gambelli*) e giochi d'azzardo mediante apparecchi automatici (Corte di giust. CE, 21-9-1999, in C-124/97, *Läärä*). Per quanto concerne l'ordinamento italiano, già prima del recepimento della direttiva 2005/29/CE, l'AGCM ha sottolineato che, nei c.d. “giochi basati sulla sorte”, non esiste una metodologia (lecita) idonea ad garantire sicuri guadagni al giocatore (v. in proposito AGCM 14-9-2000, provv. n. 8687, PI2952, *Boll.* 37/2000; AGCM 22-2-2001, provv. n. 9261, PI3116, *Boll.* 8/2001, sul noto caso “Vanna Marchi”; AGCM 3-5-2000, provv. n. 8260, PI2781, *Boll.* 17-18/2000).

²³² BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 115.

denaro, esso può concretizzarsi anche nell'acquisizione di beni mobili o immobili o del diritto a prestazioni di differente contenuto, come nel caso delle lotterie.

Dallo stesso tenore letterale della nozione di “gioco basato sulla sorte” emerge chiaramente che la realizzazione dell'utile prospettato dipende, anche se non esclusivamente, dal caso: in tal senso, la realizzazione di detto utile deve essere ricollegato ad accadimenti sconosciuti al giocatore e da esso non calcolabili, sottratti pertanto alla sua sfera di controllo²³³, come ad es. un evento sportivo. Proprio la circostanza che i “giochi basati sulla sorte” siano caratterizzati da questo grado di aleatorietà (e che dunque ai fini della vincita non possano incidere capacità, grado di conoscenze o capacità del giocatore) fornisce ragione alla norma in esame. Si ritiene ad es. che la componente casualistica predomini anche in tutti i giochi, di recente sempre più diffusi, in cui si richieda al partecipante di fornire risposta ad una domanda cui sarebbe in grado di rispondere correttamente anche un soggetto munito di scarsissime conoscenze ed il vincitore venga poi estratto a sorte nella cerchia di coloro che hanno fornito la risposta esatta a detta domanda.

Per quanto concerne il terzo descritto elemento, ovvero l'esecuzione di una prestazione pecuniaria al fine della partecipazione al gioco, utili indicazioni sono ricavabili tanto dalla legislazione comunitaria quanto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia CE²³⁴.

La nozione di “prodotto” di cui alla lett. r) deve essere intesa in senso ampio, facendo a tal fine riferimento alla nozione di cui all'art. 18, lett. c): può dunque esservi ricompreso qualsiasi bene o servizio. Nel messaggio diffuso dal professionista, potrebbe ad es. offrirsi una consulenza astrologica funzionale al calcolo dei numeri vincenti del lotto, oppure affermarsi che una collana d'ambra, allorché indossata, produrrebbe l'effetto di far apparire in sogno i numeri del lotto relativi all'estrazione della settimana seguente²³⁵.

La disposizione in commento è volta a tutelare anche (e, vorremmo dire, precipuamente) una fascia di consumatori – che si collocano anche ben al di sotto del concetto di “consumatore medio” – facilmente influenzabili da affermazioni siffatte e dunque maggiormente esposti ai rischi ad esse connessi. Ciò fornisce ragione anche alla scelta del legislatore comunitario, che non ha inserito la

²³³ Sul punto, v. Corte giust. CE, 24-3-1994, in C-275/92, *Schindler*, pt. 27, 33.

²³⁴ Corte giust. CE, 21-10-1999, in C-67/98, *Zenatti*, pt. 18; Corte giust. CE, 21-9-1999, in C-124/97, *Läärä*, pt. 17; Corte giust. CE, 24-3-1994, in C-275/92, *Schindler*, pt. 27s.

²³⁵ Per tale esempio, v. GLÖCKNER - HENNING-BODEWIG, *op. cit.*, p. 1311, 1334.

“falsità dell’affermazione” tra gli elementi della fattispecie, ampliando così notevolmente la portata applicativa della norma e contemporaneamente alleggerendo gli oneri probatori di colui che fa valere il carattere scorretto di una siffatta pratica commerciale.

In relazione, poi, all’ipotesi in cui il professionista lasci “intendere, contrariamente al vero, che il consumatore abbia già vinto, vincerà o potrà vincere compiendo una determinata azione un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti non esiste alcun premio né vincita equivalente, oppure che qualsiasi azione volta a reclamare il premio o altra vincita equivalente è subordinata al versamento di denaro o al sostenimento di costi da parte del consumatore”, soccorre la previsione di cui all’art. 26, lett. h), c.cons.

19. *La fattispecie di cui all’art. 23 lett. s), c.cons.*

L’art. 23, lett. s) c.cons. individua come ingannevole “in ogni caso”, la pratica mediante cui il professionista affermi, contrariamente al vero, che un prodotto ha la capacità di curare malattie, disfunzioni o malformazioni²³⁶. L’enunciata fattispecie trova dunque applicazione solamente alle “false affermazioni” relative alle capacità curative di un prodotto²³⁷ e dunque in tutti (e soli) i casi in cui sia dato verificare, sulla base dello stato attuale delle conoscenze scientifiche, che il prodotto *de quo* non possiede le “capacità” affermate dal professionista. La disposizione in esame non trova pertanto applicazione a tutte le ipotesi in cui la “capacità di curare” del prodotto pubblicizzato non sia, a livello scientifico, né sufficientemente provata ma neppure esclusa; qualora tuttavia il professionista affermi, contrariamente al vero, che di tale farmaco è stata accertata scientificamente “la capacità di curare malattie, disfunzioni o malformazioni”, l’ingannevolezza di siffatto messaggio dovrà essere sindacata in base all’art. 21 c.cons. (e, in particolare, dell’art. 21, 1° co.,

²³⁶ Per una rassegna della casistica dell’ACGM in relazione alla disciplina vigente in materia prima del recepimento della direttiva 2005/29/CE, v. MANCINI, *op. cit.*, p. 227.

²³⁷ In proposito v. DONA, in MINERVINI - ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, cit., p. 200s.

lett. b), c.cons.)²³⁸. La nozione di “prodotto” ai sensi cui alla lett. s) deve intendersi nel senso ampio di cui all’art. 18, lett. c), c.cons., ricomprendendosi dunque in essa qualsiasi bene o servizio offerto dal professionista.

In conformità alla nozione accolta a livello comunitario, nel concetto di “malattia” ai sensi dell’art. 23, lett. s) deve intendersi qualsivoglia (anche ridotta o transitoria) alterazione non fisiologica del corpo umano o delle sue normali funzioni. A tale proposito, taluni hanno affermato che nel concetto di “malattia” non potrebbero ricomprendersi anche le ipotesi di indebolimento delle funzioni vitali dell’essere umano derivanti da situazioni “fisiologiche” quali ad es. ciclo mestruale, gravidanza, senilità o affaticamento muscolare²³⁹; riteniamo peraltro che, al fine di non consentire una facile elusione della norma *de qua*, la lettura da ultimo prospettata non possa essere condivisa e che dunque debba adottarsi una lettura ampia del concetto di “malattia”, ricomprendendovi indifferentemente qualunque alterazione della fisiologia del corpo umano o delle sue funzioni. Ciò deve dirsi anche per le malattie dalla scienza considerate “incurabili”.

L’attribuzione di un così ampio significato alla nozione di “malattia” ha come conseguenza che i concetti di “disfunzioni” e “malformazioni” debbono intendersi in essa ricompresi. Per quanto concerne l’espressione “capacità di curare malattie”, ricondotta dal professionista al prodotto da lui offerto, si ritiene comunemente che essa debba intendersi come “asserita idoneità del prodotto” ad eliminare le malattie, secondo la nozione *supra* descritta²⁴⁰. Non è tuttavia spesso dato tracciare una chiara linea di demarcazione tra prodotti idonei ad eliminare malattie e prodotti di cui si affermi l’idoneità a prevenirne l’insorgenza ovvero più latamente, a rendere possibile un miglioramento del benessere psico-fisico del consumatore.

Al fine di rispettare e valorizzare la *ratio* della norma in esame, che è quella di scoraggiare e sanzionare affermazioni inveritiere del professionista riguardo alle proprietà di prodotti da esso commercializzati, riteniamo che la disposizione in commento debba applicarsi a tutte le affermazioni del professionista circa l’idoneità di un prodotto (inteso secondo, la definizione ampia accolta nell’art. 18, lett. b)) ad apportare benefici alla salute del consumatore, ossia ad incidere

²³⁸ Sul punto v. BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 122.

²³⁹ Così ad es. SOSNITZA, *op. cit.*, p. 669.

²⁴⁰ BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 123, ove ulteriori indicazioni bibliografiche.

positivamente sul suo benessere psico-fisico. L'art. 23, lett. s) troverà dunque ad es. applicazione ad un messaggio pubblicitario che affermi falsamente: che un determinato farmaco è idoneo a prevenire ed eliminare una patologia fisica; che l'assunzione di un certo integratore alimentare garantisce particolari benefici, come ad quello di ritardare l'invecchiamento cellulare o stimolare l'apprendimento di nozioni; o ancora che particolari trattamenti fisioterapeutici (presso, ad es., un determinato centro *wellness* di un albergo) sono idonei a produrre determinati effetti benefici sulla salute del consumatore. Qualora poi ad es. accada che al messaggio pubblicitario da ultimo descritto, l'imprenditore associ l'indicazione di un marchio di fiducia, un marchio di qualità o un marchio equivalente senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione, troverà senz'altro applicazione l'art. 23, lett. b).

Nell'ambito di applicazione dell'art. 23, lett. s) c.cons. operano, in relazione a determinate categorie di prodotti, anche altre norme comunitarie, che hanno come obiettivo fondamentale la protezione della salute dei consumatori e, dunque, di un bene che non viene preso direttamente in considerazione dalla dir. 2005/29/CE il cui art. 3, par. 3 dispone che la dir. “non pregiudica l'applicazione delle disposizioni comunitarie o nazionali relative agli aspetti sanitari e di sicurezza dei prodotti”; in attuazione di tale precetto, l'art. 19, comma 3, c.cons., prevede che: “In caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici”²⁴¹.

20. *La fattispecie di cui all'art. 23, lett. t), c.cons.*

²⁴¹ Sul punto v. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 4-5-2009, n. 4490, che rileva come la disciplina contenuta nel d. lgs. 21-5-2004, n. 169, di attuazione della dir. 2002/46/CE, relativa agli integratori alimentari, si ponga in rapporto di complementarietà e non di alternatività con la disciplina del c.cons. V. anche il parere n. 3999/2008 della Sez. I Cons. St., dal quale si ricava che il c.d. “principio di specialità”, di cui all'art. 19, 3° co., c.cons. opera solo laddove esista una “compiuta e organica disciplina della materia [...]. Il che induce ad una più attenta considerazione, da sviluppare di volta in volta, qualora, come avviene altrove, il settore che può apparire speciale si limiti a regolare soltanto alcuni aspetti dell'attività circa la quale vi è bisogno di intervento”. Il campo di operatività delle menzionate previsioni non viene dunque limitato dalle disposizioni (di recepimento) della direttiva 2005/29/CE: esse continueranno pertanto a trovare applicazione, se del caso anche congiuntamente al precetto di cui all'art. 23, lett. s) c.cons.

L'art. 23, lett. *t*), c.cons. qualifica come ingannevole “in ogni caso” la comunicazione da parte del professionista di informazioni inesatte sulle condizioni di mercato o sulla possibilità di ottenere il prodotto allo scopo d'indurre il consumatore all'acquisto a condizioni meno favorevoli di quelle normali di mercato. Siffatti comportamenti del professionista sono infatti ritenuti idonei a dissuadere il consumatore dalla ricerca di alternative più vantaggiose rispetto a quella prospettata nel messaggio ricevuto, di fatto limitando la sua libertà di scelta.

L'elemento oggettivo della fattispecie *de qua* è dunque rappresentato dalla comunicazione di informazioni inesatte sulle condizioni di mercato o sulla possibilità di ottenere un determinato prodotto. Una informazione inesatta (cioè oggettivamente falsa) sulle condizioni di mercato può aversi, ad es., qualora il professionista affermi che l'aumento di prezzo (da lui praticato) di un prodotto trova ragione in un innalzamento dell'imposta sul valore aggiunto, sebbene ciò non si sia affatto verificato: in conseguenza di una siffatta affermazione, il destinatario di essa è infatti indotto a ritenere che anche i concorrenti di detto professionista abbiano innalzato il prezzo dello stesso prodotto. Ci si chiede se la disposizione in esame possa applicarsi anche alle ipotesi in cui, nella sua dichiarazione, il professionista faccia riferimento a future condizioni di mercato, ad es. affermando che in conseguenza del già verificatosi aumento del prezzo del petrolio, il prezzo dei complementi d'arredo in polivinilcloruro (comunemente noto come PVC) andranno a brevissimo alzandosi, essendo notoriamente tale materiale un derivato del petrolio: anche in questo caso il consumatore potrebbe essere indotto ad affrettare la sua decisione d'acquisto, evitando di considerare (del tutto o, più semplicemente, in maniera adeguata) altre offerte presenti sul mercato.

Proprio per il carattere prognostico di siffatte affermazioni, riteniamo tuttavia che non sia possibile – anche qualora esse non dovessero trovare positivo riscontro nei futuri accadimenti – qualificarle come inesatte e dunque “oggettivamente false” ai sensi di cui all'art. 23, lett. *t*): riteniamo infatti che la valutazione della “inesattezza” ai fini della disposizione in esame debba compiersi mettendo a raffronto le oggettive condizioni mercato (o la oggettiva possibilità di ottenere un determinato prodotto) che ricorrano al momento della emissione dell'affermazione da

parte del professionista con i contenuti stessi di tale affermazione. In ogni caso, la eventuale scorrettezza di siffatte affermazioni andrà verificata alla luce degli artt. 21 e 22 c.cons.²⁴²

Con l'espressione "condizioni di mercato" si intendono tutte quelle circostanze che valgono per tutti gli offerenti nel relativo settore e che influenzano le loro offerte, particolarmente in relazione al prezzo e alle prestazioni offerte. Le condizioni di mercato vengono dunque influenzate da condizioni economiche e politiche dell'area di riferimento.

L'inesattezza delle informazioni può poi riguardare la "possibilità di ottenere il prodotto": ciò può verificarsi non solamente quando il professionista affermi che egli è l'unico offerente di detto prodotto, ma anche qualora egli, più in generale, dia informazioni inesatte circa la sua reperibilità presso altri offerenti, ovvero sostenga che il prodotto *de quo* va esaurendosi. In tutte le dette ipotesi il consumatore sarà indotto a ritenere che il prodotto è difficilmente reperibile (quando non, addirittura, irreperibile) sul mercato.

L'elemento soggettivo della fattispecie *de qua* coincide con l'intento del professionista "d'indurre il consumatore all'acquisto a condizioni meno favorevoli di quelle normali di mercato"²⁴³. L'onere della prova della ricorrenza di tale elemento nel caso concreto grava naturalmente su colui che faccia valere la scorrettezza della pratica²⁴⁴.

Sulla disposizione dell'art. 23, lett. *t*), l'AGCM ha fatto leva in alcuni provvedimenti al fine di sanzionare diversi Istituti ed Aziende di credito, che, a fronte dell'esigenza manifestata dalla clientela di rivolgersi ad un diverso istituto di credito rispetto quello erogante l'originario mutuo, avevano offerto la soluzione più onerosa (consistente nella sostituzione del mutuo, in luogo della sua portabilità), mentre in altre ipotesi la surrogazione attiva di un mutuo ipotecario – pur consentita dalla banca – è intervenuta ponendo tuttavia alcuni oneri a carico dei consumatori, sebbene essa fosse (e sia a tutt'oggi) prevista (dall'art. 8, d.l. 31-1-2007, n. 7) come operazione "senza spese" per gli utenti²⁴⁵. La fattispecie relativa alla c.d. "portabilità" del mutuo ipotecario è stata poi sottoposta

²⁴² BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 126.

²⁴³ Sul punto v. LETTL, *op. ult. cit.*, p. 128, il quale sostiene che nella maggior parte delle ipotesi in cui il professionista emetta le informazioni inesatte di cui alla norma in commento, l'"intenzione d'indurre il consumatore all'acquisto a condizioni meno favorevoli di quelle normali di mercato" debba considerarsi *in re ipsa*.

²⁴⁴ Critico sul punto BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 127; in relazione alla proposta di direttiva v. già KÖHLER - LETTL, *op. cit.*, p. 1019ss.

²⁴⁵ V. AGCM 7-8-2008, provv. da n. 18727 a n. 18741, PS1187-1207.

al vaglio del T.A.R. Lazio, che ha annullato uno dei menzionati provvedimenti dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato²⁴⁶, rilevando l’assenza di un dimostrato intento decettivo a monte della condotta tenuta dall’operatore bancario, ovvero della volontà di orientare le scelte della clientela (inducendo quest’ultima ad assumere decisioni che altrimenti si sarebbero diversamente rivolte) al solo fine del conseguimento di un profitto al quale la sostituzione del mutuo (in luogo della surrogazione) avrebbe consentito di pervenire²⁴⁷.

21. *La fattispecie di cui all’art. 23, lett. u), c.cons.*

La disposizione dell’art. 23, lett. u) qualifica come in ogni caso ingannevole l’«affermare in una pratica commerciale che si organizzano concorsi o promozioni a premi», senza che poi vengano effettivamente attribuiti «i premi descritti o un equivalente ragionevole». Affinché la norma *de qua* trovi applicazione è dunque anzitutto necessario che l’affermazione del professionista sia effettuata nell’ambito di una “pratica commerciale”, e che dunque essa sia indirizzata a influenzare la decisione commerciale di un consumatore in relazione ad un prodotto.

Ci si deve chiedere poi cosa debba intendersi per “concorsi” o “promozioni a premi”. Ai fini dell’applicazione della norma in commento è anzitutto decisivo e necessario che si tratti di situazioni in cui venga attribuito un premio, dal momento che proprio nella mancata attribuzione di esso tale norma trova la propria *ratio*. Ai fini dell’applicabilità di tale norma non è necessario che l’accesso al concorso o alla promozione a premi sia consentito solo a fronte del pagamento di una determinata quota di iscrizione (ovvero al raggiungimento di una determinata soglia di punti (si faccia l’es. dei c.d. “punti spesa” ottenibili presso molti mercati di generi alimentari): l’art. 23, lett. t) si applica dunque anche alle ipotesi in cui l’accesso a promozioni o concorsi a premi sia, *lato sensu*, gratuito. Con il termine “concorso” (nella versione francese della direttiva viene utilizzato il vocabolo *concours*, in quella tedesca *Wettbewerb* e in quella inglese *competition*) ci si intende riferire ad un procedimento in cui il vincitore viene scelto tra più concorrenti sulla base delle sue capacità o conoscenze. Molto più ampio e generico è invece il concetto di “promozione a premi” (la

²⁴⁶ Trattasi del provvedimento n. 18371.

²⁴⁷ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 6-4-2009, n. 3683.

versione francese – invero quella che adotta la formulazione più lata – parla di *prix* che *peut être gagné*, quella inglese di *prize promotion* e quella tedesca di *Preisausschreiben*): in particolare, non si fa in tal caso riferimento alla modalità di selezione del vincitore, che può dunque indifferentemente effettuarsi sulla base di estrazione a sorte, capacità, conoscenze o altro, essendo dunque in definitiva sufficiente che venga messo in palio un premio. Ciò considerato, ai fini dell'interpretazione dell'art. 23, lett. *t*) non si rende necessario tracciare i confini tra la nozione di “concorso” e quella di “promozione a premi”²⁴⁸.

Per l'operatività della disposizione in commento è sufficiente il semplice annuncio (in francese *affirmer*, in inglese *claiming...to offer* e in tedesco *anbieten*) “che si organizzano concorsi o promozioni a premi”. Non è invece necessario che il professionista ponga in essere particolari operazioni al fine di indurre i consumatori a prendere parte al concorso, né si richiede che il concorso o la promozione a premi abbia effettivamente luogo. Il divieto di cui alla lett. *u*) opera dunque già in conseguenza del mero annuncio di un concorso o di una promozione a premi, circostanza che chiarisce come tale norma miri a stroncare sul nascere siffatti fenomeni.

Deve in ogni caso ricorrere un ulteriore presupposto: in occasione dell'annuncio del concorso o della promozione a premi deve essere effettivamente prospettata la possibilità di ottenere il premio descritto o un equivalente ragionevole.

La norma *de qua* non prende affatto in considerazione l'elemento soggettivo, talché è del tutto indifferente se l'affermazione del professionista fosse o meno sostenuta da un serio intento di dare ad essa attuazione o se lo stesso fosse o meno persuaso che il concorso o la promozione a premi si sarebbero svolti, con l'attribuzione finale del premio descritto o di un equivalente ragionevole²⁴⁹.

²⁴⁸ BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 129.

²⁴⁹ BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 130. Per l'applicazione pratica dell'art. 23, lett. *u*), v. ad es. AGCM 24-7-2008, provv. n. 18674, PS555, *Boll.* 29/2008, che ha individuato come in ogni caso ingannevole il messaggio “potrai vincere una nuova Fiat 500, nuovi telefonini Motorola RAZR V3i, televisori lcd 32” e molto altro.... Ogni giorno, quante volte vuoi, 24 ore su 24!”, dal momento che esso lascia intendere, contrariamente al vero, che sia possibile aggiudicarsi “ogni giorno” i vari premi indicati, mentre, in realtà, dalle risultanze istruttorie e dalle allegazioni agli atti relative al sito www.stargames.us, è emerso che nel corso dell'intero periodo di durata del concorso a premi, sono stati posti in palio una sola automobile Fiat 500, 7 telefoni Motorola e 2 TV lcd 32”, mentre il premio che il consumatore aveva maggiori possibilità di vincere, consisteva in una ricarica telefonica dal modico valore di 5 euro.

22. *La fattispecie di cui all'art. 23, lett. v), c.cons.*

“In ogni caso ingannevole” ai sensi dell’art. 23, lett. v) c.cons. è la pratica mediante cui il professionista descriva “un prodotto come gratuito o senza alcun onere, se il consumatore deve pagare un supplemento di prezzo rispetto al normale costo necessario per rispondere alla pratica commerciale e ritirare o farsi recapitare il prodotto”. L’ampiezza della formulazione di tale norma si evince soprattutto dall’inciso “senza alcun onere”.

Tra le ipotesi che ricadono senz’altro nell’ambito di applicazione dell’art. 23, lett. v) vi sono ad es. offerte di prodotti “gratuiti”, a “costo zero”, come “regalo”, “omaggio” o “free”. In ogni caso, a prescindere dai termini concretamente utilizzati dal professionista nell’offerta, mediante la detta formulazione il legislatore ha inteso far ricadere nell’ambito di applicazione di tale norma tutte le ipotesi in cui il prodotto sia prospettato come ottenibile dal consumatore senza alcuna incisione negativa della sua sfera patrimoniale e, in generale, in assenza di alcun adempimento di qualsivoglia natura. Tale disposizione si focalizza dunque solamente sull’affermazione del professionista, non rilevando la circostanza che tale asserzione abbia o meno concretamente inciso sul processo di formazione della volontà del consumatore. L’AGCM ha considerato in ogni caso ingannevole l’attività di diffusione di alcuni messaggi volti a promuovere il servizio di connessione internet in modalità *dial-up* denominato “*Internet Gratis*”, poi rivelatosi per nulla gratuito²⁵⁰.

²⁵⁰V. AGCM 19-6-2008, provv. 18518, PS143, *Boll.* 24/2008, in cui l’Autorità ha posto in particolare evidenza i seguenti elementi: “Il messaggio, attraverso l’utilizzo del termine “*gratis*”, intende proprio far leva sulla particolare convenienza dell’offerta. La comunicazione pubblicitaria, pertanto, appariva finalizzata a creare un convincimento presso gli utenti circa la fruizione non onerosa di detta connessione. La suddetta denominazione “*Gratis*”, accompagnata dalle seguenti specifiche “*INTERNET GRATIS [...] collegamento ad Internet con il numero 7017017010 a 1€ cent al minuto [...] registrati gratis*” ovvero dalla semplice indicazione del pagamento del traffico telefonico effettuato durante il collegamento alla rete, non è considerata idonea ad offrire al consumatore un quadro chiaro e immediatamente percepibile in relazione alle condizioni economiche e, più in particolare, all’esborso economico al quale si deve far fronte per fruire di detto servizio. Tale difetto di chiarezza nella comunicazione commerciale assume una valenza ancora più importante nella scelta degli utenti, se si considera la circostanza che il sito internet e l’offerta nello specifico è destinata ad un pubblico vasto e pertanto anche a coloro che non sono specialisti del settore. Tale prospettazione, così come formulata, infatti, ingenera nell’utenza soprattutto non specialistica la ragionevole aspettativa che sia possibile navigare gratuitamente, sebbene a velocità di *upload* e *download* limitata”. In successivi provvedimenti la stessa Autorità ha equiparato al *claim* di gratuità l’espressione *internet free* (così AGCM 12-6-2008, provv. n. 18490, PS413, *Boll.* 23/2008) o quello *torni gratis*, quest’ultimo utilizzato da un vettore di trasporto marittimo e dietro cui si celavano in realtà diversi oneri economici posti a carico del consumatore (AGCM 5-11-2008, provv. 19092, PS 1452, *Boll.* 42/2008).

Particolarmente problematica si rivela la valutazione delle ipotesi in cui il professionista offra un “omaggio”, nel senso qui di un altro prodotto o di una misura ulteriore dello stesso prodotto rispetto a quello pagato dal consumatore in occasione dell’acquisto di merci o servizi (come accade, ad es., nel caso in cui, l’offerta preveda che in conseguenza dell’acquisto di due bottiglie di una determinata bevanda, l’acquirente abbia diritto ad ottenerne una “in omaggio”). L’ottenimento dell’“omaggio” nel senso detto è infatti di norma condizionato dell’acquisto di un prodotto ad esso congiuntamente offerto: in relazione a tale ipotesi ci si chiede dunque se la circostanza che l’“omaggio” venga pubblicizzato dal professionista come “gratuito” possa condurre all’applicazione dell’art. 23, lett. v). Vi è chi ha risposto affermativamente a tale quesito, facendo leva sulla circostanza che la dir. 2005/29/CE mira a garantire un elevato livello di tutela del consumatore; tale lettura sarebbe inoltre corroborata dalla considerazione che, nelle descritte ipotesi, il consumatore, al fine di ottenere il c.d. “omaggio” sarebbe comunque tenuto inevitabilmente a sostenere dei costi (nella specie, il prezzo per l’acquisto del prodotto “collegato” all’omaggio) che prescindono dal “normale costo necessario per rispondere alla pratica commerciale e ritirare o farsi recapitare il prodotto”²⁵¹.

La lettura testé prospettata pare peraltro essere eccessivamente restrittiva e non rendere piena ragione del significato della norma. Infatti, nella misura in cui risulti chiaramente dal tenore dell’offerta che il consumatore può ottenere l’“omaggio” solamente in seguito all’acquisto di un determinato quantitativo dei prodotti ad esso congiuntamente offerti, non ci troviamo di fronte ad una pratica commerciale di cui all’art. 23, lett. v), sempre che per l’ottenimento dell’“omaggio” al consumatore non sia richiesto un sacrificio economico ulteriore rispetto al costo necessario per rispondere alla pratica commerciale o ritirare o farsi recapitare il prodotto. La norma troverà invece applicazione ogniqualvolta il professionista si limiti ad affermare che lo stesso prodotto è da lui offerto “gratis”, senza chiarire che per ottenerlo il consumatore sarà tenuto acquistare altri prodotti dal primo congiuntamente offerti²⁵².

²⁵¹ Così ad es. WILHELMSSON, in HOWELLS - MICKLITZ - WILHELMSSON, *European Fair Trading Law*, cit., p. 164 e nt. 155.

²⁵² Diversamente BÜLLESBACH, *ivi*, 133, il quale ritiene la norma *de qua* non sia applicabile alla fattispecie da ultimo prospettata, la cui scorrettezza dovrebbe potersi sindacare solo alla luce dell’art. 7, par. 1 dir., ovvero, per l’ordinamento italiano, dell’art. 22 c.cons.

È poi necessario comprendere quale significato debba attribuirsi all'espressione "normale costo necessario per rispondere alla pratica commerciale e per ritirare o farsi recapitare il prodotto". In tale categoria debbono anzitutto ricomprendersi i costi che il consumatore deve sostenere per comunicare al professionista di accettare l'offerta del prodotto gratis: possono dunque annoverarvisi i costi di affrancatura, di telefono, *etc.*, nella misura in cui essi non superino la soglia della normalità (ad es. telefonate a "tariffa base"²⁵³). Tale ultimo requisito non ricorre, ad es., nell'ipotesi in cui il professionista che diffonda una siffatta offerta chieda a chi intenda accettarla di essere ricontattato ad un numero di telefono raggiungibile dal chiamante solo mediante il pagamento di una tariffa telefonica molto elevata²⁵⁴. Nei costi necessari per ritirare la merce debbono poi annoverarsi quelle spese che il consumatore deve sostenere al fine di prelevare, personalmente oppure valendosi dell'ausilio di terzi, il prodotto offerto gratis dal professionista. Ciò posto, riteniamo che l'art. 23, lett. v) trovi applicazione qualora, ad es., il professionista abbia già affermato che la merce è agevolmente ritirabile presso un suo magazzino presente vicino al domicilio di coloro che hanno aderito all'offerta e poi invece questi ultimi siano costretti, per poter ritirare il prodotto, ad effettuare onerosi spostamenti. Sono infine qualificabili come costi necessari per farsi recapitare il prodotto (solamente) quelli ordinariamente necessari al fine di effettuare la spedizione dello stesso. Qualora ad es. il professionista offra un prodotto "gratis" e poi, per recapitare la merce, si serva di mezzi ingiustificatamente costosi, dovrà applicarsi la fattispecie in esame.

23. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. z), c.cons.

L'art. 23, lett. z) qualifica come "in ogni caso ingannevole" la pratica consistente nell'«includere, nel materiale promozionale, una fattura o analoga richiesta di pagamento che lasci intendere, contrariamente al vero, al consumatore di aver già ordinato il prodotto». Lo scopo di tale norma è dunque quello di tutelare il consumatore dalle affermazioni del professionista che pretenda dal consumatore l'adempimento di una prestazione in realtà da quest'ultimo non dovuta.

²⁵³ Sul punto LETTL, *op. ult. cit.*, p. 129.

²⁵⁴ Conformemente BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 134.

L'espressione "fattura o richiesta di pagamento" ai sensi della norma in esame deve intendersi in senso molto ampio e dunque può essere qualificato tale ogni documento da cui, sia esso qualificato come "fattura", "ricevuta fiscale" o in altro modo, da cui risulti l'indicazione dell'obbligo del consumatore di eseguire una qualsivoglia prestazione, anche non pecuniaria. In tale amplissima categoria devono dunque ricomprendersi ad es. le ipotesi di indicazione da parte del professionista dell'obbligo di effettuare il pagamento entro una certa data ovvero l'allegazione di un bollettino postale che si chiede al consumatore di utilizzare per eseguire una determinata prestazione non dovuta, o ancora una semplice intimazione ad adempiere.

Ai fini dell'applicabilità della norma in commento è comunque necessario che detta "fattura o analoga richiesta di pagamento" sia idonea a suscitare, nel consumatore medio, l'errato convincimento di aver già ordinato il prodotto.

Secondo il dato letterale dell'art. 23, lett. z), tale norma trova applicazione ogniqualvolta detta "fattura o analoga richiesta di pagamento" venga "inclusa" nel materiale promozionale. In considerazione anche di altre versioni linguistiche della direttiva (v. quella francese parla di *inclure dans le matériel promotionnel*, quella inglese di *including in marketing material* e quella tedesca di *beifügen a Werbematerialien*), parrebbe possibile estendere l'applicazione di tale norma anche alle ipotesi in cui al consumatore venga inviata solamente detta richiesta di pagamento, senza che essa si trovi allegata a del materiale promozionale: tale soluzione si giustificherebbe proprio in ragione della circostanza che la norma in commento mira a proteggere il consumatore da pratiche che intendano far sorgere in esso il convincimento di essere obbligato ad eseguire una prestazione e che la pratica da ultimo descritta si rivela in tal senso particolarmente ingannevole²⁵⁵.

La previsione in commento dev'essere coordinata con quella dell'art. 26, lett. h), c. cons. (che qualifica come pratiche in ogni caso scorrette perché aggressive ulteriori condotte connesse alla prassi delle forniture non richieste), nonché con il 2° co. dell'art. 57 c. cons., in base al quale ogni "fornitura non richiesta" costituisce pratica commerciale scorretta.

24. *La fattispecie di cui all'art. 23 lett. aa), c.cons.*

²⁵⁵ BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 136.

L'art. 23, lett. *aa*), c.cons. qualifica come “in ogni caso ingannevole” la pratica consistente nel “dichiarare o lasciare intendere, contrariamente al vero, che il professionista non agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, o presentarsi, contrariamente al vero, come consumatore”.

A fronte dei comportamenti del professionista descritti in tale fattispecie, il consumatore, ritenendo, contrariamente al vero, di non aver a che fare con un professionista, potrebbe essere indotto ad usare un grado di attenzione inferiore a quello che avrebbe altrimenti impiegato.

L'art. 23, lett. *aa*) si applicherà ad es. alle ipotesi in cui il professionista si presenti ai consumatori nelle vesti di un soggetto che svolge indagini di mercato a semplici fini statistici oppure, *lato sensu*, di ricerca scientifica, mentre in realtà esso agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale. Lo stesso deve dirsi in relazione ai casi in cui il professionista, dissimulando il proprio interesse professionale, emetta commenti positivi apparentemente neutrali su prodotti da esso commercializzati²⁵⁶. Parimenti, nell'ambito di applicazione della norma in commento ricadono poi le ipotesi in cui il professionista inviti il consumatore a partecipare ad una manifestazione, senza chiarire il carattere commerciale di tale incontro²⁵⁷. Senz'altro soggetto all'art. 23, lett. *aa*) è inoltre il comportamento del professionista che organizzi un'attività di vendita di prodotti facendola apparire come uno scambio tra privati²⁵⁸. In relazione a tale tipologia di pratiche commerciali ha avuto modo di esprimersi l'AGCM, che ha in particolare considerato come “pubblicità non riconoscibile” i contenuti di *sms* destinati ai singoli consumatori, che, pur presentandosi come servizio di notifica della presenza di messaggi nella casella di segreteria telefonica, celavano l'intento di stimolare il consumatore a contattare costosi numeri telefonici ivi indicati²⁵⁹.

25. La fattispecie di cui all'art. 23, lett. *bb*), c.cons.

²⁵⁶ In proposito v. MANCINI, *op. cit.*, p. 231.

²⁵⁷ Sul punto v. PLUSKAT, *Die Tücken von “Kaffeefahrten”* Mark Eppe, in *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2003, p. 18, 24.

²⁵⁸ MANCINI, *op. loc. ultt. citt.*

²⁵⁹ Così AGCM 9-10-2008, provv. 19087, PS86, *Boll.* 41/2008.

L'art. 23, lett. *bb*), c.cons. qualifica come “in ogni caso ingannevole” la pratica consistente nel “lasciare intendere, contrariamente al vero, che i servizi post-vendita relativi a un prodotto siano disponibili in uno Stato membro diverso da quello in cui è venduto il prodotto”. La definizione di “servizio post-vendita” è volutamente molto ampia ed è dunque idonea a ricomprendere tutte le prestazioni offerte come *after-sale* dal professionista. Nonostante la norma faccia espresso riferimento (solo) al contratto di compravendita, è ragionevole ritenere che essa debba riferirsi anche alle ipotesi di prestazione di servizi: in tal senso depone anche l'ampia definizione di “prodotto” contenuta nell'art. 18, lett. *c*), che fa menzione di “qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni”.

Ai fini dell'applicazione di tale norma, si rende necessario individuare lo “Stato membro in cui è venduto il prodotto”. È necessario, in proposito, fare riferimento allo Stato in cui il prodotto viene posto in vendita e dunque alla sede o filiale del professionista, che concretamente offre il prodotto sul mercato e a cui il consumatore si è rivolto per l'acquisto, svolge la propria attività; Paese che potrà o meno coincidere con quello in cui il consumatore riceve il prodotto. Per le vendite *online*, riteniamo debba farsi riferimento alla sede principale dell'attività del professionista, onde evitare comportamenti elusivi da parte di quest'ultimo. Qualora infatti si volesse intendere in ogni caso lo “Stato membro in cui è venduto il prodotto” come quello in cui il consumatore riceve in consegna il (i.e. ottiene la materiale disponibilità) prodotto, ciò comporterebbe spesso la mancata applicazione della norma *de qua*. Così accadrebbe ad es. nelle ipotesi in cui un consumatore acquistasse *online* dall'Italia un prodotto da un venditore tedesco, chiedendone pure la consegna in Italia: qualora si accedesse alla interpretazione da ultimo prospettata, la fattispecie descritta all'art. 23, lett. *bb*) non potrebbe considerarsi integrata, risultato che si porrebbe in contrasto anzitutto con la *ratio* della norma stessa, che è quella di tutelare il consumatore proprio in relazione a contratti che presentino carattere internazionale²⁶⁰.

Determinante per l'applicazione dell'art. 23, lett. *bb*) è la circostanza che le affermazioni del professionista suscitino detta falsa prospettazione nel consumatore. La ricorrenza in concreto di tale

²⁶⁰ BÜLLESBACH, *op. cit.*, p. 144.

presupposto deve valutarsi ponendosi dal punto di vista del consumatore medio. Si ritiene in proposito che la disposizione in commento non implichi per il professionista l'onere di indicare gli Stati in cui il servizio è disponibile bensì comporti semplicemente che il professionista non deve, tenuto conto delle circostanze del caso, dare motivo di credere che il servizio sia disponibile anche ove non lo è²⁶¹. Al fine di garantire l'operatività di tale norma, riteniamo che essa debba applicarsi anche nell'ipotesi in cui, diversamente da quanto affermato dal professionista, i servizi post-vendita non siano affatto disponibili in alcuno Stato membro "diverso da quello in cui è venduto il prodotto"²⁶².

Diversamente deve essere valutata l'ipotesi in cui il professionista lasci intendere, contrariamente al vero, che i servizi post-vendita relativi ad un prodotto siano disponibili solamente nello Stato membro in cui è venduto il prodotto: in tal caso, pur non potendo applicarsi la disposizione di cui all'art. 23, lett. *bb*), la scorrettezza di tale pratica dovrà essere valutata alla luce dell'art. 22, 1° co., lett. *b*), che fa espresso riferimento anche ai servizi post-vendita.

²⁶¹ Così MANCINI, *op. cit.*, p. 232.

²⁶² Cfr. *contra*, BÜLLESBACH, *op. loc. ultt. citt.*