

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI “FEDERICO II”



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO IN
“DIRITTO DELLE PERSONE, DELLE IMPRESE E DEI MERCATI”
XXXIII CICLO

Pratiche commerciali scorrette e tutela del consumatore tra public e private enforcement

Coordinatore

Ch.mo Prof. Giuseppe Recinto

Tutor

Ch.mo Prof. Giuseppe Guizzi

Candidata

Dott.ssa Annalinda Verdesca

INDICE

Introduzione	I
---------------------------	----------

Capitolo I

L'evoluzione della tutela del consumatore nella disciplina europea: introduzione al tema

1. La nascita della <i>consumer protection</i>	1
2. La clausola generale di abusività	6
3. La funzione dell'informazione nella tutela del consumatore	13
4. Tutela della concorrenza e tutela del consumatore	20
5. La Direttiva 2005/29/CE e l'armonizzazione incompleta	25

Capitolo II

Le pratiche commerciali scorrette nell'ordinamento italiano

1. Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento nazionale	38
2. Art. 20 Codice del consumo: clausola generale o regola principale?	44
3. Il divieto di pratiche commerciali scorrette.....	50

4. Le pratiche commerciali ingannevoli	55
5. Le pratiche commerciali aggressive	59
6. Il professionista	63
7. Il consumatore medio	68
8. Le microimprese	74
9. I piani di tutela (cenni e rinvio)	82

Capitolo III

La tutela amministrativa

1. Notazioni preliminari: le Autorità Amministrative Indipendenti.....	85
2. La tutela amministrativa nelle pratiche commerciali scorrette.....	90
3. Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.....	97
4. L'Autorità Antitrust tra tutela della concorrenza e regolazione del mercato.....	103
5. L'eterointegrazione del contratto ad opera delle Autorità Amministrative Indipendenti.....	110
6. Le modalità di intervento regolatorio delle <i>Authorities</i>	116
6.1 (segue): La tariffazione a 28 giorni: il quadro normativo e giurisprudenziale.....	124
6.2 (segue): Prime osservazioni conclusive.....	130

Capitolo IV

La tutela privatistica

1. Il <i>private enforcement</i> in Europa	137
2. La tutela collettiva.....	142
2.1 (segue): <i>Opt-in</i> e <i>opt-out</i> : sistemi a confronto.....	147
3. La tutela individuale.....	154
4. Pratiche commerciali scorrette e nullità del contratto	155
5. Pratiche commerciali scorrette e annullabilità del contratto	160
6. Soluzioni alternative ai rimedi invalidanti: rettifica e recesso.....	167
7. Il risarcimento del danno	171
8. <i>Private</i> e <i>public enforcement</i> : verso un ripensamento	177
 Conclusioni	 191
 Bibliografia	 196

Introduzione

Il presente elaborato si propone di fornire una puntuale analisi della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, muovendo dal delinearsi della figura del consumatore nel diritto europeo e dalla nascita della *consumer protection*. In particolare, nella prima parte saranno esaminati gli interventi del Legislatore europeo in tema di clausole abusive e di obblighi informativi a carico del professionista, interventi legati alla particolare risonanza del fenomeno della contrattazione di massa ed alla avvertita esigenza di far fronte alla disparità di potere contrattuale tra le parti contraenti. L'indagine si concentrerà poi sulla Direttiva 2005/29/CE recante la disciplina per le pratiche commerciali sleali: adottata dal Legislatore europeo in risposta al frequente ricorso da parte dei professionisti a pratiche di mercato idonee ad influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori, la citata Direttiva ha rappresentato un importante provvedimento di armonizzazione delle legislazioni nazionali degli Stati membri, il cui principale elemento di novità è stato rinvenuto nella espressa previsione della connessione tra il corretto funzionamento del mercato interno ed il conseguimento di un elevato livello di tutela dei consumatori e, tuttavia, la cui principale criticità è stata riscontrata nella mancanza di indicazioni specifiche circa i rimedi individuali azionabili dai consumatori vittime di pratiche commerciali sleali.

Nella seconda parte sarà esaminata la trasposizione della Direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento nazionale. In particolare, ci si soffermerà sui

principali elementi di novità, tanto soggettivi quanto oggettivi, introdotti nel Codice del Consumo dai decreti di attuazione nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007, fino a giungere alla successiva estensione alle microimprese della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette.

Nella terza parte del lavoro ci si soffermerà sulla tutela amministrativa, esaminando in particolare i poteri attribuiti alle Autorità Amministrative Indipendenti in tema di pratiche commerciali scorrette, il tipo di sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità Antitrust (anche alla luce dei recenti interventi giurisprudenziali), nonché il tema del rapporto tra concorrenza e regolazione. Prendendo spunto dalla vicenda delle tariffazioni a 28 giorni che ha visto coinvolte le principali compagnie telefoniche e che ha impegnato tanto l'Autorità Antitrust quanto l'AGCom, il tema delle pratiche commerciali scorrette sarà inoltre esaminato in relazione al potere conformativo delle *Authorities* sui regolamenti contrattuali, indagando in particolare le condizioni di ammissibilità previste per l'esercizio di tale potere.

Nell'ultima parte dell'elaborato ci si concentrerà sulla tutela privatistica, soffermandosi in primo luogo sulla recente novella in tema di *class action* e sull'adeguatezza della scelta del Legislatore nazionale verso il sistema di *opt-in*. Di poi, ci si soffermerà sul dibattito sorto in dottrina in ragione del silenzio serbato dal Legislatore - comunitario e nazionale - circa la sorte dei contratti conclusi a causa di una pratica commerciale scorretta, esaminando le differenti soluzioni prospettate dagli interpreti, valutandone la compatibilità con l'ordinamento

interno ed offrendo una possibile rilettura dei rimedi già contemplati in materia contrattuale, nell'attesa di un auspicabile intervento normativo.

Capitolo I

L'evoluzione della tutela del consumatore nella disciplina europea: introduzione al tema

Sommario: 1. La nascita della *consumer protection*. 2. La clausola generale di abusività. 3. La funzione dell'informazione nella tutela del consumatore. 4. Tutela della concorrenza e tutela del consumatore. 5. La Direttiva 2005/29/CE e l'armonizzazione incompleta.

1. La nascita della *consumer protection*

La tutela del consumatore costituisce oggi una delle direttrici fondamentali delle politiche europee in materia di regolazione dei rapporti economici, il cui delinearsi rappresenta la risultante di un lungo percorso normativo ed interpretativo legato alla iniziale impreparazione da parte della cultura giuridica ad accogliere una deroga all'egualitarismo formale in favore del consumatore, impreparazione che ne ha determinato per lungo tempo la riconduzione nella categoria più generica di contraente debole.¹

¹ Nicolussi A., *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, Europa e Diritto Privato, 2007, 4, 931. Soffermando la propria attenzione sulle posizioni adottate dai legislatori nazionali, l'A. ha rilevato che un primo riferimento al consumatore si è avuto nel 1974 in Inghilterra con l'entrata in vigore del *Consumer Credit Act*, cui ha fatto seguito nel 1977 l'*Unfair Contract Terms Act* in cui, in relazione alle clausole di esonero della responsabilità, è stata prevista la tutela a favore del consumatore, dando rilievo al *dealing as consumer*. In relazione all'*AGB-Gesetz* del 1976, sul quale si tornerà successivamente, l'A. ha evidenziato come tale intervento del legislatore tedesco abbia sostanzialmente costituito la ratifica normativa della giurisprudenza sviluppatasi in tema di condizioni generali del contratto,

Un chiaro esempio di quanto appena asserito lo si rinviene nell'ordinamento italiano in cui, nonostante la commercializzazione del diritto privato patrimoniale avvenuta con la codificazione del 1942, la scelta è stata nel senso di continuare a considerare il consumatore come un soggetto senza *status*, privo di una categoria sociale di riferimento: sebbene il legislatore italiano avesse percepito l'importanza del fenomeno della contrattazione di massa (si pensi agli artt. 1341, 1342 e 1370 c.c.), permaneva infatti l'assenza di specifiche qualificazioni soggettive relative al consumatore, rinvenendosi un unico riferimento «a chi non ne fa commercio» nelle norme in materia di prescrizione presuntiva, nello specifico di presunzione di pagamento del diritto di credito dei commercianti per il prezzo delle merci vendute.²

Una spinta decisiva verso il riconoscimento della figura del consumatore e della meritevolezza di tutela dei suoi interessi si è avuta da parte della Comunità Europea, in ragione dell'esigenza di far fronte alla disparità di potere contrattuale e di garantire, conseguentemente, l'eguaglianza sostanziale. Con il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, sottoscritto a Roma nel 1957, è stato per la prima volta delineato il ruolo dei consumatori nella dialettica del mercato, rinvenendosi la base giuridica per la loro protezione nel combinato disposto tra l'art. 2, nel quale è stato indicato tra gli obiettivi fondamentali

rilevando tuttavia come il consumatore continuasse ancora ad essere presentato come «una cripto-specie del genere contraente debole [...] in cui la debolezza di una parte è inferita dal fatto stesso della predisposizione unilaterale operata dall'altro contraente e dalla oggettiva vessatorietà delle clausole da quest'ultimo imposte nel contratto».

² Nicolussi A., *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, cit., 906: l'A. ha evidenziato che, in fase di codificazione, gli unici ambiti in cui si è avuta una prima differenziazione soggettiva sono stati quelli relativi al settore del lavoro e delle professioni.

dell'azione europea quello del miglioramento delle condizioni di vita e di occupazione dei cittadini che ne fanno parte, e gli articoli 85 e 86, contenenti disposizioni volte a garantire la concorrenza tra imprese con conseguente effetto giovante per i consumatori.³

A tale iniziale intervento ha fatto seguito, nel 1973, la Carta Europea sulla protezione dei consumatori, con cui sono state evidenziate le esigenze di tutela in materia di consumi e la necessità di garantire ai consumatori un'azione coordinata di tutti i soggetti coinvolti. Successivamente, nel 1975, è stata emanata la risoluzione riguardante un programma preliminare della Comunità Economica Europea per una politica di protezione e di informazione del consumatore, in cui quest'ultimo è stato riconosciuto come soggetto «interessato ai vari aspetti della vita sociale che possono direttamente o indirettamente danneggiarlo»; nello stesso documento sono state individuate come azioni prioritarie da intraprendere quelle volte all'adozione di disposizioni comunitarie di armonizzazione delle legislazioni nazionali in tema di protezione del consumatore, al fine di assicurare una «efficace protezione contro i rischi che possono nuocere ai suoi interessi economici».⁴

Dall'approvazione del Programma preliminare hanno preso avvio i successivi programmi di intervento che hanno portato all'adozione di quattro importanti direttive, tutte aventi come comune denominatore il diritto dei consumi e la tutela dei consumatori: la Direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità ingannevole;

³ Per un dettagliato *excursus* sul tema, si veda Capo G., *Codice del consumo*, Enciclopedia del diritto, Annali, VII, 2014, 211.

⁴ G.U.C.E., 25 aprile 1975, C/92.

la Direttiva 85/374/CEE in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi; la Direttiva 85/577/CEE per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali; da ultimo, la Direttiva 87/102/CEE in materia di credito al consumo.⁵

Ma la definitiva consacrazione della categoria giuridica dei consumatori si è avuta nel 1987 quando, a seguito dell'adozione dell'Atto Unico Europeo, è stato inserito nel Trattato di Roma l'art. 100 A mediante il quale, al comma 1, è stato attribuito al Consiglio il potere di adottare misure volte al ravvicinamento degli ordinamenti degli Stati membri in materia di instaurazione e funzionamento del mercato interno e, al successivo comma 3, è stata riconosciuta la legittimazione della Commissione europea a svolgere attività propulsiva di atti normativi in tema di protezione dei consumatori.

All'Atto Unico Europeo hanno fatto poi seguito il Trattato sull'Unione Europea, siglato a Maastricht nel 1992 al cui Titolo XI, dedicato alla «Protezione dei consumatori», è stato esplicitamente affermato l'obiettivo comunitario di garantire un «elevato livello di protezione dei consumatori», ed il Trattato di

⁵ Rileva De Cristofaro G., *40 anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future*, Contratti, 2019, 181 - saggio in cui l'A. offre una interessante ricostruzione della storia del diritto europeo dei contratti articolata in fasi evolutive - che le indicate Direttive costituiscono il nucleo originario fondamentale del diritto comunitario dei consumi: in particolare, due di esse (la 85/577/CEE e la 87/102/CEE) riguardavano proprio la materia contrattuale, lasciando chiaramente trasparire sin dall'inizio che il diritto europeo dei consumi era e sarebbe stato essenzialmente e primariamente - ancorché non esclusivamente - diritto (privato) dei contratti dei consumatori.

Amsterdam del 1997, con cui è stato ulteriormente rimarcato l'impegno comunitario alla promozione degli interessi dei consumatori.⁶

Muovendo da tali interventi, si è poi giunti al riconoscimento di una dimensione costituzionale del consumatore: il riferimento è alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, approvata dal Parlamento a Nizza nel 2000, nel cui Preambolo si legge che «l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà» e al cui art. 38 è stato espressamente previsto che «nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori», non più dunque titolari di soli diritti economici quali parti di un rapporto di scambio, ma di posizioni giuridiche ad essi riconducibili in quanto persone.⁷

⁶ All'art. 129 A del Trattato di Amsterdam si legge: «1. Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, la Comunità contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi. 2. Nella definizione e nell'attuazione di altre politiche e attività comunitarie sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori».

⁷ Capo G., *Codice del consumo*, cit., 215: «La Carta europea dei diritti fondamentali individua nella dignità umana un valore di base nel quadro degli obiettivi dell'Unione (art. 1), il cui sviluppo sostenibile, come stabilito all'art. 3 § 3 Trattato Ue, postula una crescita economica equilibrata e la stabilità dei prezzi, nonché una economia di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale. In questa ottica, la Carta riconosce e garantisce i diritti della persona all'integrità fisica e psichica (art. 3), che si esplicano nella protezione della salute (art. 35), nel diritto al rispetto della vita familiare (art. 7) e dei dati a carattere personale (art. 8). E proprio sullo sfondo dell'affermazione e della tutela dei diritti della persona, la Carta prevede, per i consumatori, la garanzia di “un livello elevato di protezione” (art. 38). Ciò posto, si osserva in dottrina che i diritti della persona in sé intesa, riconosciuti ai consumatori quali individui, necessariamente prevalgono, in quanto non “negoziabili”, sugli interessi economici delle parti coinvolte nei rapporti di consumo e, dunque, tanto su quelli degli stessi consumatori, quanto su quelli dei professionisti». Peculiare è la posizione di Tomaselli A., *Profili critici della tutela del consumatore nel Diritto dell'Unione europea*, Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione, 2016, 4, 1, www.rtsa.eu, ad avviso del quale la promulgazione della Carta risponde a motivazioni non strettamente giuridiche, sia in relazione al suo contenuto -

Si apre così la strada verso la *consumer protection* connotata da una continua evoluzione dell'ordinamento comunitario, sempre proteso a promuovere la regolamentazione dei rapporti di consumo e a riconoscere in capo al consumatore diritti meritevoli di protezione, soprattutto a tutela della sua autodeterminazione.

2. La clausola generale di abusività

Tra le molteplici direttive adottate che hanno arricchito l'*acquis* comunitario in materia⁸, particolare rilievo ha avuto la direttiva 93/13/CE⁹ in cui il consumatore

sostanzialmente coincidente con la Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali - che alla categoria dei diritti umani medesimi: ad avviso dell'A., in particolare, la presenza nella Carta di una previsione del tenore dell'art. 38 non trova altra spiegazione plausibile se non nell'intento comunitario di ricondurre nel novero dei diritti umani un *quid* non solo alieno all'essere umano essenzialmente considerato, ma altresì già dotato di espressa disciplina normativa di rango primario e secondario all'interno dell'ordinamento europeo, entrambi aspetti che - sostiene l'A. - confermerebbero il fine puramente politico perseguito dalla Carta di dotare la tutela del consumatore e, dunque, indirettamente il mercato, del carattere della intangibilità.

⁸ Per un ampio *excursus* dell'evoluzione della normativa comunitaria in materia di tutela del consumatore, si veda Gambini M., *Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole*, Giurisprudenza di merito, 2004, 2605.

⁹ Direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (G.U.C.E., n. L. 95 del 21 aprile 1993). Cfr. Alpa G., *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, Corriere Giuridico, 1993, 635; Carbone V., *La tutela del consumatore: le clausole abusive*, Corriere giuridico, 1996, 3, 248; Castronovo C., *Profili della disciplina nuova delle clausole cd. vessatorie cioè abusive*, Europa e diritto privato, 1998, 1, 5. La citata direttiva trova il proprio antecedente nella normativa tedesca, in particolare nel già citato in nota *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemein Geschäftsbedingungen* del 1976, meglio noto come AGBG (cfr. nt. 1). Tale normativa, deputata alla disciplina delle clausole abusive nei contratti standardizzati, ha avuto il particolare pregio di costituire per la successiva legislazione consumeristica un importante precedente. Sul punto, si veda in particolare Calvo R., *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico e il sonno della ragione*, Contratto e Impresa/Europa, 2003, 726, il quale evidenzia che il governo federale tedesco già nell'ottobre del 1971 aveva elaborato linee guida

è stato espressamente riconosciuto come «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta», una nozione particolarmente elastica volta ad essere adeguata alle continue evoluzioni delle dinamiche del mercato.¹⁰

Più nel dettaglio, la citata direttiva è stata adottata con il preciso scopo di ravvicinare le legislazioni degli Stati membri in tema di utilizzo da parte dei professionisti di clausole abusive.¹¹ Muovendo dalle constatate disparità sussistenti tra le legislazioni nazionali in materia nonché dalla idoneità di tali divergenze a determinare distorsioni della concorrenza¹², mediante la direttiva in esame il legislatore europeo è intervenuto in primo luogo a fissare regole uniformi applicabili a qualsiasi tipologia di contratto stipulato nelle realtà di

relative alla politica di protezione dei consumatori in ragione della ormai diffusa prassi dei professionisti di redigere contratti standard.

¹⁰ Rinaldi F., *L'allargamento della nozione di consumatore: una questione di eguaglianza?*, Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2009, 39. Si segnala sul punto il contrasto interpretativo sorto in merito alla originaria mancata ricomprensione nella nozione di consumatore delle persone giuridiche, contrasto sul quale si tornerà nel prosieguo della trattazione e che, come noto, ha dato la stura all'apertura della tutela consumeristica anche alle microimprese.

¹¹ A differenza dell'intervento dell'ABGB, limitato ai contratti standardizzati, la Direttiva 93/13/CE ha come obiettivo quello di disciplinare l'utilizzo da parte dei professionisti di clausole abusive in tutti i contratti stipulati con i consumatori, dunque prescindendo dalla modalità di conclusione del contratto. Significativi sul punto sono il *considerando* 10 della direttiva n. 93/13/CEE, in cui si legge che «si può realizzare una più efficace protezione del consumatore adottando regole uniformi in merito alle clausole abusive» e che «tali regole devono applicarsi a qualsiasi contratto stipulato fra un professionista ed un consumatore», ed il successivo *considerando* 11, in base al quale «il consumatore deve godere della medesima protezione nell'ambito di un contratto orale o di un contratto scritto e, in quest'ultimo caso, indipendentemente dal fatto che i termini del contratto siano contenuti in uno o più documenti».

¹² Cfr. *considerando* 2 Direttiva 93/13/CE: «le legislazioni degli Stati membri relative alle clausole nei contratti stipulati tra il venditore di beni o il prestatario di servizi, da un lato, ed il consumatore, dall'altro, presentano notevoli disparità, con il risultato che i mercati nazionali relativi alla vendita di beni ed all'offerta di servizi ai consumatori differiscono l'uno dall'altro e possono manifestarsi distorsioni di concorrenza tra i venditori di beni e i prestatori di servizi soprattutto in caso di commercializzazione in altri Stati membri».

mercato, demandando agli Stati membri il potere di adottare disposizioni più severe per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore (art. 8 Dir. 93/13/CEE). In altri termini, l'approccio adottato dal Legislatore nella Direttiva è stato quello della cd. armonizzazione minimale, attuata mediante la predisposizione di un nucleo fondamentale di regole volte ad assicurare un livello minimo ed uniforme di protezione a tutti i consumatori, nonché mediante il riconoscimento agli Stati membri della possibilità di introdurre ulteriori regole finalizzate a garantire nei propri ordinamenti un livello di protezione dei consumatori più elevato rispetto a quello (minimale) garantito dalla Direttiva.¹³

In secondo luogo, è stata introdotta la clausola generale di abusività, definita all'art. 3 della Direttiva come clausola contrattuale non negoziata dalle parti ed idonea a determinare a danno del consumatore - «malgrado il requisito della buona fede»¹⁴ - un «significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti

¹³ L'adesione ad un approccio di c.d. armonizzazione «minimale» delle legislazioni nazionali veniva esplicitato attraverso l'inserimento, in chiusura delle direttive, di una disposizione di tenore corrispondente a quella dell'art. 8 della Direttiva 85/577/CEE, ai sensi del quale «la presente direttiva non osta a che gli Stati membri adottino o mantengano disposizioni ancora più favorevoli in materia di tutela dei consumatori nel settore da essa disciplinato». Così, ad esempio, nella Direttiva n. 87/102/CEE in materia di credito al consumo (modificata dalle direttive nn. 90/88/CEE e 98/7/CE), nella Direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso", nella Direttiva n. 94/47/CE sui contratti di timesharing immobiliare nonché, come notato, nella direttiva 93/13/CE. Cfr. *amplius* De Cristofaro G., *40 anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future*, cit., 183.

¹⁴ È ben noto il dibattito interpretativo sorto intorno alla locuzione «malgrado il requisito della buona fede», formula riproposta nella normativa interna nell'art. 1469 *bis* c.c., oggi art. 33 cod. cons. Non essendo risultato chiaro né il riferimento fatto dal legislatore alla buona fede né la modalità di conduzione del giudizio di abusività, la dottrina si è divisa sul punto: da un lato, parte di essa si è mostrata a favore del riferimento alla buona fede quale regola di condotta, muovendo dal *considerando* 16 della direttiva in cui è previsto che, nel valutare la buona fede, occorre rivolgere particolare attenzione alla forza delle rispettive posizioni delle parti; altra parte della dottrina ha invece sostenuto che l'espressione «malgrado la buona fede» non contribuisse

derivanti dal contratto». Ulteriormente, all'art. 6 della Direttiva è stata prevista la non vincolatività della clausola riconosciuta abusiva nei confronti del consumatore, nonché stabilito che «il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive».

La Direttiva 93/13/CE è stata recepita nell'ordinamento nazionale con la legge n. 52/1996, mediante la quale la disciplina dei contratti del consumatore è stata inserita all'interno del codice civile agli artt. 1469 *bis* - 1469 *sexies*, sebbene con l'utilizzo del termine «vessatorie» in luogo di «abusiva», in continuità con la normativa di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c. In particolare, la scelta del Legislatore nazionale è stata nel senso di sanzionare la vessatorietà della clausola contrattuale mediante l'inefficacia, prevedendo all'art. 1469 *quinquies* c.c. che «le clausole considerate vessatorie (...) sono inefficaci mentre il contratto rimane valido per il resto» ed aggiungendo al comma 3 del medesimo articolo che «l'inefficacia opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice».¹⁵

ad identificare gli elementi costitutivi della vessatorietà, esaustivamente descritti dal significativo squilibrio, bensì a assicurare il giudicante in ordine alla neutralità della buona fede del predisponente ai fini del controllo sostanziale sulle clausole contrattuali, così escludendo ogni rilevanza allo stato d'animo del professionista. Sul punto, è stato rilevato che il riferimento che il *considerando* 16 della direttiva in esame fa alla differente forza contrattuale delle parti e al dovere di lealtà ed equità a carico del professionista valga in realtà ad evidenziare una correlazione tra le due posizioni, dimostrando che l'art. 3 della direttiva 93/13 non solo riconosca alla buona fede la natura di regola di condotta nei rapporti contrattuali, ma altresì le attribuisca il ruolo di limite in relazione al quale valutare un eventuale abuso della posizione di forza negoziale del predisponente. Cfr. *amplius* Chinè G., *Consumatore (contratti del)*, Enciclopedia del diritto, agg. IV, 2000, 432; Castronovo C., *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, cit., 28; Alpa G., *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, cit., 635.

¹⁵ Si segnala che il potere-dovere del giudice di rilevare l'abusività di una clausola contrattuale è stato sostenuto a più riprese dalla Corte di Giustizia, sul convincimento che il potere dei

Una scelta, quella per l'inefficacia, che ha deluso le aspettative dei primi commentatori della novella, non solo in quanto concetto di per sé inidoneo ad individuare una specifica tipologia di vizio, ma altresì in ragione delle difficoltà applicative poste da una simile sanzione, destinata a non potersi giovare del diritto vivente formatosi in relazione alla tradizionale categoria della nullità.¹⁶

Delusione di cui il legislatore nazionale ha tenuto conto nella successiva attività di normazione. Traslata la disciplina in materia dal codice civile nel Codice del Consumo (d.lgs. n. 206/2005), il Legislatore ha infatti previsto all'art. 36 del citato codice uno strumento di tutela privatistico peculiare, la nullità di protezione, la quale, pur condividendo con la nullità disciplinata dal codice civile

giudici di rilevare d'ufficio la vessatorietà di una clausola costituisca il principale strumento mediante il quale fronteggiare la fisiologica disuguaglianza tra professionista e consumatore e, soprattutto, dissuadere il professionista dall'inserire nei contratti clausole pregiudizievoli per i consumatori. Cfr. Corte di Giustizia, 27 giugno 2000, cause riunite C-240/1998 a C-244/1998, *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, in cui si legge: «quanto alla questione se un giudice, cui è stata sottoposta una controversia relativa ad un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, possa rilevare d'ufficio l'illiceità di una clausola di tale contratto, si deve ricordare che il sistema di tutela istituito dalla direttiva è fondato sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative sia il grado di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista, senza poter incidere sul contenuto delle stesse. L'obiettivo perseguito dall'art. 6 della direttiva, che obbliga gli Stati membri a prevedere che le clausole abusive non vincolino i consumatori, non potrebbe essere conseguito se questi ultimi fossero tenuti a eccepire essi stessi l'illiceità di tali clausole. In controversie di valore spesso limitato, gli onorari dei legali possono essere superiori agli interessi in gioco, il che può dissuadere il consumatore dall'opporvi all'applicazione di una clausola abusiva. Sebbene in controversie del genere le norme processuali di molti Stati membri consentano ai singoli di difendersi da soli, esiste un rischio non trascurabile che, soprattutto per ignoranza, il consumatore non faccia valere l'illiceità della clausola oppostagli. Ne discende che una tutela effettiva del consumatore può essere ottenuta solo se il giudice nazionale ha facoltà di valutare d'ufficio tale clausola. Del resto [...] il sistema di tutela istituito dalla direttiva si basa sull'idea che la disuguaglianza tra il consumatore e il professionista possa essere riequilibrata solo grazie a un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale». Nello stesso senso Corte di Giustizia, 21 novembre 2002, causa C-473/2000, *Cofidis SA e Jean-Louis Fredout*.

¹⁶ Così Chinè G., *Consumatore*, cit., 433.

il carattere della testualità, ha manifestato la citata peculiarità sotto un duplice aspetto: da un lato, la sua idoneità a combinare la funzione tipicamente invalidatoria con quella protettiva nei confronti del consumatore; dall'altro, la sua necessaria parzialità, in quanto volta a colpire le sole clausole riconosciute vessatorie, e la sua relatività, essendo legittimato ad agire il solo consumatore.

A ben guardare, infatti, se nell'assetto codicistico il giudizio sulla validità del contratto si sostanzia nella verifica di conformità tra contratto e norma (con conseguente effetto demolitorio ove tale conformità manchi), diverso è stato l'approccio adottato dal legislatore nel Codice del Consumo, avendo scelto come parametro di valutazione la differente posizione contrattuale delle parti e l'eventuale abuso che una parte abbia posto in essere in danno all'altra. L'obiettivo perseguito dal legislatore consumeristico con il venir meno della singola clausola contrattuale non è, pertanto, solo quello di eliminare la violazione, ma altresì di riequilibrare il contratto e combinare effetti tanto demolitori quanto conservativi, sull'assunto che la tutela del consumatore possa essere efficacemente perseguita mediante la sopravvivenza del contratto e la soddisfazione dell'interesse ad esso sotteso.

Conclusivamente, la tutela del consumatore ha rappresentato un elemento importante della Direttiva 93/13/CE, ma non anche l'unico obiettivo perseguito dal legislatore europeo: a ben guardare, infatti, il citato riferimento alle distorsioni della concorrenza contenuto nel preambolo della Direttiva in esame mostra come la stessa sia stata adottata in un momento in cui la tutela della concorrenza costituiva ancora l'obiettivo di principale interesse del legislatore, integrando la

tutela del consumatore un mero riflesso di tale obiettivo. Come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, diverso sarà il successivo approccio adottato dal Legislatore non solo in merito al rapporto tra tutela della concorrenza e tutela del consumatore, ma anche in relazione allo specifico tema della protezione del consumatore, mutamento che porterà ad abbandonare la dimensione individuale di cui si fa espressione la Direttiva 93/13/CE, in base alla quale il contrasto alle clausole abusive deve in primo luogo muovere dall'iniziativa del singolo consumatore, per avvicinarsi a sistemi rimediali preventivi, generali e volti a tutelare gli interessi di consumatori - non più individualmente, ma - collettivamente intesi.¹⁷

¹⁷ Il riferimento è all'approccio adottato dal legislatore europeo nella direttiva 2005/29/CE in tema di pratiche commerciali sleali (di cui ci si occuperà a breve), in cui lo stesso ha previsto rimedi preventivi e generali volti ad incidere non sull'atto ma sull'attività del professionista globalmente intesa ove idonea ad influire sulle decisioni commerciali del consumatore. Si segnala che con la novella al Codice del Consumo di cui al D.L. n. 1/2012 (cd. Decreto Liberalizzazioni, convertito con modificazioni dalla L. n. 27/2012) è stata riconosciuta all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato una ulteriore competenza in materia di clausole abusive: in particolare, l'art. 5 del citato provvedimento ha aggiunto l'art. 37 *bis* al cod. cons. (Tutela amministrativa contro le clausole vessatorie), in base al quale è attribuita all'Autorità antitrust, previo accordo con le associazioni di categoria, d'ufficio o su denuncia dei consumatori interessati, la competenza a dichiarare l'abusività delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori conclusi mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari. Ulteriormente, è previsto che le imprese interessate possano preventivamente interpellare l'Autorità in merito all'abusività delle clausole che intendano utilizzare nei rapporti commerciali con i consumatori con la conseguenza che, ove tali clausole vengano riconosciute come non abusive a seguito di interpello, è preclusa all'Autorità la possibilità di dichiararle successivamente abusive.

3. La funzione dell'informazione nella tutela del consumatore

Gli interventi comunitari in materia consumeristica hanno altresì investito l'ambito dell'informazione, consentendone una sua evoluzione da un piano puramente individuale ad uno seriale.¹⁸

È di tutta evidenza che l'informazione non può che essere apprezzata in un'ottica relazionale, trattandosi di una attività di comunicazione di regola funzionale all'instaurazione di un rapporto di natura contrattuale¹⁹, ma è tuttavia utopistico immaginare che la fase della trattativa - dominata proprio dall'informazione - possa svolgersi tra soggetti dotati del medesimo bagaglio di conoscenze, tenuto conto della fisiologica asimmetria che connota le relazioni umane.²⁰

¹⁸ Grisi G., *Informazione (obblighi di)*, Enciclopedia del diritto, Annali, IV, 2011, 595. Si veda anche De Cristofaro G., *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, Nuove leggi civili commentate, 2014, 5, 918.

¹⁹ Grisi G., *Informazione (obblighi di)*, cit., 598: «ecco evidenziarsi la prospettiva “micro dimensionale”, che tale è in quanto vede implicata l'informazione nell'ambito di una relazione giuridica interindividuale o, che dir si voglia, “individualizzata”. In questo quadro, non desta certo sorpresa il fatto che l'obbligo di informazione trovi la sua collocazione - oseremmo dire naturale - nel momento *lato sensu* precontrattuale».

²⁰ Rileva Gentili A., *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, Rivista di diritto privato, 2004, 559 che, a differenza di quanto accade in un modello paritario di contrattazione, in cui ciascun contraente è spinto a collaborare mediante lo scambio reciproco di conoscenze allo scopo di ottimizzare la propria scelta, nei casi di rapporto che coinvolga un consumatore e un professionista, posta l'originaria condizione di asimmetrica distribuzione della conoscenza dei dati dell'operazione, quest'ultimo è portato ad opporre resistenza alla trasmissione delle informazioni e ciò in ragione della consapevolezza che la disinformazione della controparte possa moltiplicare le possibilità di profitto. L'asimmetria informativa finisce così per inficiare la correttezza e la convenienza delle contrattazioni, compromettendo al contempo sia la sfera giuridica del singolo consumatore, sia il generale interesse al virtuoso funzionamento del mercato.

Da tale asimmetria e, soprattutto, dall'esigenza di fronteggiare i casi in cui essa trascenda da dato fisiologico a dato patologico²¹, è derivato l'interesse di intervenire a disciplinare anche la fase di formazione del contratto, prevedendo obblighi di informazione volti a garantire lo svolgimento della operazione economica in un contesto «informato» ed elevando così l'informazione a presupposto necessario ed indefettibile del corretto esercizio dell'autonomia privata.²²

Guardando in prima battuta all'ordinamento nazionale, gli obblighi di informazione non sempre sono stati previsti in maniera esplicita. Per lungo tempo, infatti, il loro fondamento normativo è stato rinvenuto nel generale principio di correttezza e buona fede nelle trattative e nella esecuzione del

²¹ Ancora Grisi G., *Informazione (obblighi di)*, cit., 599: «è illusorio pensare di poter concretamente assicurare ai soggetti interessati a raggiungere un accordo contrattuale l'identità dei punti di partenza e delle opportunità, ma è utile, opportuno e ragionevole che l'ordinamento miri al conseguimento di questo obiettivo, si mostri cioè sensibile verso l'esigenza di protezione avanzata dai soggetti deboli nella negoziazione». Rileva Rende F., *Le regole d'informazione nel diritto europeo dei contratti*, Rivista di diritto civile, 2012, 2, 187, che «l'obbligo di cui si discute, che si colloca nelle fasi della trattativa e della formazione del contratto, emerge là dove sussista un sensibile squilibrio tra le posizioni di partenza dei soggetti coinvolti [...] apprezzato anche in relazione alla natura dell'operazione economica da porre in essere ed alle rispettive "qualità" delle parti interessate». Rileva altresì Grundmann S., *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, Europa e diritto privato, 2001, 278, che l'informazione rafforza la trattativa e questa, a sua volta, ove supportata dall'informazione, offre garanzie circa l'equità dell'affare concluso. Ritiene che la carente informazione «è una delle cause più frequenti di squilibri contrattuali», Vettori G., *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, Rivista di diritto privato, 2003, 241.

²² Rende F., *Le regole d'informazione nel diritto europeo dei contratti*, cit., 190. Gli obblighi informativi testimoniano la tendenza del legislatore europeo ad anticipare il proprio intervento mediante tecniche di tutela di carattere «diffuso e preventivo» preordinate ad evitare - piuttosto che a riparare - le disfunzioni che fisiologicamente accompagnano l'atto di consumo. Si è altresì evidenziato come, nelle realtà di mercato, la conoscenza del prezzo non sia di per sé sufficiente a garantire l'efficienza dello scambio: rileva Vettori G., *Le asimmetrie informative*, cit., 243, che il giudizio di convenienza «non si commisura più solo al bene o al servizio, ma alle specificità delle clausole contrattuali e al complessivo trattamento giuridico dell'operazione economica».

contratto, vale a dire negli artt. 1337, 1338 e 1375 c.c., nonchè nel senso etico con cui veniva inteso il dovere di buona fede, consistente nell'astensione da comportamenti idonei a pregiudicare la fase conclusiva o esecutiva del contratto.²³

Uno scenario, invero, destinato a mutare nel contesto degli scambi di mercato in ragione della spersonalizzazione del rapporto e della standardizzazione dei contratti, essendo in tale ambito che lo squilibrio tra le posizioni di partenza si presenta come una costante. Dalla peculiare morfologia dei contratti di massa e dallo squilibrio «fisiologico» che li connota è derivata, pertanto, l'esigenza di procedere ad una regolamentazione specifica di questa nuova dimensione, muovendo da una diversa consapevolezza: nel contesto dei rapporti di massa, infatti, la rimozione dell'asimmetria informativa non mira a soddisfare solo un'esigenza di equità e giustizia, ma finisce altresì per riverberare effetti benefici su scala macroeconomica, così acquisendo l'informazione una dimensione ultraindividuale.²⁴ Se, dunque, nella logica interna l'asimmetria è destinata ad acquisire rilevanza solo nel caso in cui il sopravvento preso dalla parte «forte» sulla parte «debole» si sostanzia in una vicenda patologica, in ambito comunitario si è andati ben oltre, costituendo l'asimmetria una circostanza rilevante non solo

²³ Cfr. Contartese M., *Evoluzione degli obblighi di informazione*, Diritto Mercato e Tecnologia, 5, 2011; Vettori G., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle sezioni unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, Obbligazioni e Contratti, 2008, 104.

²⁴ Si veda Roppo V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, Rivista di diritto privato, 2001, 769; per un'ampia disamina degli studi condotti dal citato Autore in merito ai contratti standard e asimmetrici, si veda Patti F. P., *Dai «contratti standard» al «contratto asimmetrico». Considerazioni su metodo e obiettivi delle ricerche di Vincenzo Roppo*, Jus Civile, 2018, 2, 226.

in relazione al singolo rapporto contrattuale, ma anche - come anticipato - in una dimensione macroeconomica di formazione di un mercato efficiente.²⁵ Si è giunti, pertanto, ad un cambiamento paradigmatico del modello di mercato, in cui ad avere rilevanza non sono più solo gli interessi degli imprenditori, ma altresì gli interessi di soggetti operanti nel mercato - i consumatori - che, a «causa del loro ruolo passivo, non equilibrato [...] necessitano di norme giuridiche che garantiscano loro accesso all'informazione, protezione e giustizia»,²⁶ così riconoscendo il consumatore come soggetto fisiologicamente titolare di una posizione che ha come referente il mercato e i rapporti che in esso si svolgono.²⁷

Importante intervento in materia si è avuto con la Direttiva 2011/83/UE (cd. *Consumer rights*), recepita nel nostro ordinamento agli artt. 45 e seguenti del Codice

²⁵ Grisi G., *Informazione (obblighi di)*, cit., 604: di tale mutata consapevolezza si rinviene traccia nei Trattati istitutivi della Comunità economica europea e della Comunità europea dell'energia atomica, con la consacrazione a livello comunitario del mercato quale bene oggetto di specifica disciplina, «il cui presupposto imprescindibile è dato da una legislazione che crei le condizioni di funzionamento degli scambi [...] e da una legislazione di salvaguardia intesa a rimuovere gli ostacoli che si frappongono alla conservazione e riproduzione di questo sistema». Cfr. Camardi C., *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, Europa e diritto privato, 2001, 3, 705, nonché Roppo V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, 9, il quale evidenzia la funzionalizzazione di tali normative alla regolazione del mercato.

²⁶ Reich N., *Il consumatore come cittadino - Il cittadino come consumatore: riflessioni sull'attuale stato della teoria del diritto dei consumatori nell'Unione Europea*, Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2004, 2, 346. L'autore identifica il consumatore come «cittadino passivo del mercato europeo», evidenziando come il diritto europeo, nel garantire le quattro libertà, non ha solo riguardo ai «soggetti attivi del mercato» che intendono muoversi, lavorare, investire, produrre e introdursi nel mercato, ma «riguarda anche i consumatori che intendono acquistare beni, usufruire dei servizi e condurre transazioni su basi transfrontaliere mediante l'utilizzo della gamma sempre più ampia di scelte offerte loro dal mercato interno».

²⁷ Così Grisi G., *Informazione (obblighi di)*, cit., 606.

del Consumo mediante il D.lgs n. 21/2014.²⁸ Tale direttiva rappresenta l'approdo conclusivo di un lungo processo di revisione dell'*acquis* consumeristico volto alla realizzazione di un «effettivo mercato interno che raggiunga il giusto equilibrio tra un elevato livello di tutela dei consumatori e la competitività delle imprese».²⁹ In particolare, mediante tale direttiva, il Legislatore europeo ha introdotto due tipologie di obblighi informativi che il professionista è tenuto a fornire al consumatore in fase precontrattuale a garanzia della corretta formazione della volontà: da un lato, quelli destinati ad essere applicati ai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali (art. 6 Direttiva, art. 49 Codice del

²⁸ Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio. Cfr. D'Amico G., *Direttiva sui diritti dei consumatori e regolamento sul diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, Contratti, 2012, 612; Cuffaro V., *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, Corriere Giuridico, 2014, 746.

²⁹ La direttiva ha in primo luogo abrogato e sostituito con una disciplina unitaria le direttive 97/7/CE e 85/577/CEE, in materia di contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali; in secondo luogo, ha previsto nuovi diritti a tutela del consumatore, prevalentemente di natura informativa; da ultimo, ha apportato marginali modifiche ed integrazioni alle direttive 93/13/CEE in materia di clausole abusive e 1999/44/CE in tema di garanzie nella vendita di beni di consumo. Secondo quelle che erano state le originarie intenzioni manifestate nel Libro verde del 2006 (*Revisione dell'Acquis relativo ai consumatori*, 8 febbraio 2007, COM (2006), 744 def.), il processo di revisione dell'*acquis* consumeristico portato a compimento con la Direttiva 2011/83/UE avrebbe dovuto avere un ambito di applicazione molto più vasto, coinvolgendo più direttive e dando luogo ad una sorta di «statuto europeo dei diritti del consumatore». Tuttavia, nel complesso iter di elaborazione della normativa, l'ambito di applicazione è andato progressivamente riducendosi a causa delle forti divergenze emerse tra Stati membri, Istituzioni europee e *stakeholders*, divergenze prevalentemente dovute alla scelta della armonizzazione massima associata ad un intervento di portata così ampia. Di conseguenza, quello che nelle intenzioni originarie avrebbe dovuto essere un primo *restyling* generale della disciplina protettiva del consumatore, si è alla fine tradotto in un intervento dal contenuto assai limitato. Cfr. *amplius* Febbrajo T., *L'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori ed il suo impatto sulle tutele contrattuali*, Contratto e impresa/Europa, 2015, 480.

consumo); dall'altro, quelli da applicare a tutti quei contratti non riconducibili a quelli appena indicati (art. 5 Direttiva, art. 48 Codice del consumo).³⁰

Dall'impianto della direttiva è dunque derivato il delinearsi di una ulteriore forma di tutela per il consumatore, quella informativa, volta alla protezione della corretta formazione del consenso negoziale, registrandosi inoltre un radicale cambiamento della collocazione degli obblighi informativi, essendo questi diventati parte integrante dell'accordo e ritenuti insuscettibili di modificazione in assenza di espresso consenso delle parti.³¹ L'informazione ha finito così per

³⁰ Ancora Febbrajo T., *L'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori ed il suo impatto sulle tutele contrattuali*, cit., 485. Rileva l'A. che le due regolamentazioni presentano talune differenze sostanziali. La più significativa riguarda il fatto che il grado di armonizzazione massima risulta limitato alla sola regolamentazione settoriale, dal momento che per quella avente portata generale viene lasciata la possibilità agli Stati membri di «emanare o mantenere obblighi aggiuntivi di informazione precontrattuale» (art. 5, comma 4, dir. e art. 48 cod. cons.); inoltre, il catalogo di informazioni previsto per i contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali risulta maggiormente dettagliato e, a differenza della disciplina generale, in esso compaiono anche alcune indicazioni rimediali. Da tanto «se ne deduce che gli obblighi di informazione aventi portata generale continuano ad essere ispirati dalla tradizionale logica di garantire al consumatore un livello minimo di tutela, suscettibile di integrazione ed incremento da parte dei singoli Stati membri attraverso il processo di attuazione, e che l'opera di armonizzazione massima risulta limitata esclusivamente agli obblighi di informazione previsti per i contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali».

³¹ Si legge nel *considerando* 35 che «le informazioni che il professionista deve fornire al consumatore dovrebbero essere obbligatorie e non dovrebbero essere modificate. Tuttavia, le parti contraenti dovrebbero poter concordare espressamente la modifica del contenuto del contratto conseguentemente concluso, ad esempio le disposizioni per la consegna». L'attribuzione del carattere vincolante alle informazioni precontrattuali, prima ancora dell'intervento attuato dalla Direttiva, risulta invero già prevista nel codice del consumo in materia di multiproprietà, al cui art. 72, comma 4 Cod. Cons. è previsto che «le informazioni di cui all'articolo 71, comma 1 (ossia le informazioni precontrattuali) costituiscono parte integrante e sostanziale del contratto e non possono essere modificate salvo qualora vi sia l'accordo esplicito delle parti oppure qualora le modifiche siano causate da circostanze eccezionali e imprevedibili, indipendenti dalla volontà dell'operatore, le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate neanche con la dovuta diligenza. Tali modifiche, indicate espressamente nel contratto, sono comunicate al consumatore su carta o altro supporto durevole a lui facilmente accessibile, prima della conclusione del contratto».

acquisire una duplice valenza: in primo luogo, in relazione al rapporto di consumo, fornisce risposta alla esigenza di apprestare una protezione rafforzata in favore del consumatore; in secondo luogo, ha acquistato una dimensione superindividuale volta alla creazione di un mercato efficiente e competitivo. Si svela così il nesso tra mercato ed informazione e il ruolo decisivo di quest'ultima nella formazione e nel buon funzionamento del primo, con la conseguenza che, se un mercato sano ed efficiente non può prescindere da una corretta allocazione delle informazioni, l'asimmetria informativa va ricondotta nella dimensione distorsiva del mercato.³²

Un mutamento di prospettiva significativo, dunque, in quanto la tutela del consumatore non è più ad esso apprestata in veste di contraente debole, ma in quanto soggetto protagonista del mercato.

³² Cfr. Grisi G., *Informazione (obblighi di)*, cit., 607. Si segnala sul punto Prosperi F., *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, Contratto e impresa, 2008, 936, il quale rileva che «più il mercato è efficiente, più è aspra la concorrenza delle imprese e, quindi, maggiori sono le opportunità del consumatore di acquistare il prodotto migliore al prezzo più conveniente», aggiungendo che «l'informazione dei consumatori, presupposto essenziale per un'effettiva concorrenza tra le imprese, non può realizzarsi semplicemente lasciando le forze economiche libere di operare. La capacità del mercato di autoregolamentarsi è un mito da tempo sfatato, sostituito dalla consapevolezza che occorrono regole per assicurare una corretta dinamica concorrenziale, regole che siano in grado di prevenire o eliminare distorsioni ed asimmetrie». Rileva altresì Addis F., *Diritto comunitario e "riconcettualizzazione" del diritto dei contratti: accordo e consenso*, Obbligazioni e contratti, 2009, 873, che il «legislatore comunitario si è anzitutto preoccupato di dettare misure volte a dare luogo ad un consenso effettivo perché informato, muovendo dal presupposto secondo il quale solo una decisione consapevole è davvero riferibile ad una scelta di autonomia, per tutta una serie di ragioni, sulle quali è inutile qui insistere, stante la loro notorietà nei singoli ordinamenti nazionali ancora prima del momento in cui sono diventate il fulcro intorno al quale ha iniziato a muoversi la legislazione di matrice europea».

4. Tutela della concorrenza e tutela del consumatore

Altrettanto significativo è il mutamento di approccio registratosi in relazione al tema del rapporto tra la tutela della concorrenza e la protezione del consumatore, tema che è stato oggetto di ampio dibattito in dottrina e in relazione al quale si sono registrate posizioni antitetiche tra chi ha ravvisato tra le due forme di tutela un rapporto di alternatività e chi, al contrario, di complementarietà.

A lungo le due discipline sono state considerate espressive di obiettivi contrapposti: da un lato, la disciplina della concorrenza volta a regolare rapporti tra imprese operanti nel mercato; dall'altro, la normativa prevista a tutela del consumatore avente l'obiettivo di assicurare la consapevole manifestazione del consenso in sede di conclusione del contratto.

Come si è avuto modo di notare in precedenza, la tutela del consumatore si presentava subordinata alla prioritaria tutela del mercato, relegando il consumatore a mero mezzo mediante cui realizzare il fine primario della creazione di un mercato unico ed efficiente.³³ Tale approccio muoveva, in

³³ Mazzamuto S., *Libertà contrattuale e utilità sociale*, Europa e diritto privato, 2011, 379: «la tutela del consumatore si inserisce in realtà a pieno titolo nel trend di rimeditazione del rapporto tra Stato ed economia caratterizzato dal lento prevalere della seconda a scapito del primo e, infatti, la compressione dell'autonomia privata che ne consegue ha il fine precipuo di preservare il mercato anche quando tutela il consumatore come parte debole «vittima» dell'asimmetria di potere contrattuale, tramite l'imposizione di obblighi di informazione al professionista, o come persona bisognosa di consumo, per l'appunto, privilegiando le forme di tutela in forma specifica». Nel senso di tutela del consumatore come *medium* per la realizzazione di un mercato efficiente, v. anche Gabrielli E., *Sulla nozione di consumatore*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2003, 1149. Cfr. anche Camardi C., *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, cit., 719, ad avviso della quale «nessuna umana solidarietà, dunque, per il consumatore, né tentativi di operare attraverso la sua tutela forme mascherate di redistribuzione sociale della ricchezza. Al contrario -

particolare, dalla differente nozione di consumatore, più ristretta nelle normative predisposte per la sua tutela e più ampia nella disciplina della concorrenza, con la conseguenza che, sebbene lo scopo finale delle regole in tema di concorrenza fosse comunque il benessere del consumatore, tali regole potevano solo in parte garantire la sua protezione.³⁴

ed è questo lo specifico problema disciplinare affrontato dal diritto comunitario - egli è riguardato esclusivamente come soggetto destinatario di un regime completo di informazioni sul prodotto e sul contratto, funzionale all'assunzione piena e consapevole del potere e del rischio di cui è titolare, per l'appunto il rischio della preferenza». In relazione alla esperienza giuridica interna, si veda Guizzi G., *Consumatori e concorrenza nell'esperienza della giurisprudenza civile: bilanci e prospettive. Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti*, Milano, 2018, 356: «Che le norme disciplinatrici della concorrenza siano in un rapporto di strumentalità con la protezione di interessi che vanno al di là di quelli propri dei protagonisti del confronto competitivo, e che attingono invece una dimensione di interessi generali [...] è un postulato di lunga e risalente tradizione, potendosi anzi osservare, senza tema di smentita, come esso sia in un certo senso il fondamento stesso della scelta politica alla base del riconoscimento della libertà di iniziativa economica. E tuttavia quest'impostazione [...] faticava ad emergere compiutamente nella nostra esperienza giuridica, dove, in assenza di disposizioni volte a garantire l'esistenza e la conservazione di un mercato come spazio aperto a una concorrenza effettiva, le uniche norme attente allo sviluppo delle dinamiche competitive erano quelle dettate dagli artt. 2598 ss. c.c.; ossia disposizioni che si presentavano all'apparenza, non già come presidio del sistema concorrenziale in quanto tale, bensì come regole pensate per dare soluzione a dei conflitti tipicamente individuali, e soprattutto ancora largamente interpretate alla stregua di norme destinate, in una logica in buona sostanza proprietaria, alla tutela di un bene, l'avviamento dell'impresa, da proteggere contro il rischio dell'aggressione e dell'appropriazione altrui».

³⁴ Si tratta della cd. «*Chicago Trap*», nozione di analisi economica del diritto, elaborata dalla scuola di «*Law and Economics*» di Chicago e dettagliatamente esaminata da Pera A., *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali tra tutela del consumatore e disciplina della concorrenza*, Rivista di diritto civile, 2008, 485. Dalla rilevata differenza tra la nozione di consumatore fornita dalla disciplina della concorrenza e quella elaborata in materia di tutela del consumatore, è stata desunta che «le regole in tema di concorrenza hanno solo per caso a che fare con il benessere del consumatore finale. In altri termini, il diritto della concorrenza ha senz'altro tra i suoi obiettivi la tutela ed il rispetto degli interessi dei consumatori, ma i cui scopi ultimi non sono gli stessi della tutela del consumatore in senso stretto, con la conseguenza che le regole a protezione del consumatore investono un ampio raggio di interessi e provvedono alla tutela del consumatore finale in modi e con strumenti che non possono essere previsti dal diritto della concorrenza» (p. 510). V. anche Guizzi G., *Brevi note intorno al cd. more economic approach e al benessere del consumatore nell'applicazione del diritto antitrust. Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti*, cit., 191.

Approccio, come anticipato, mutato. Come rilevato, infatti, la sussistenza di un collegamento istituzionale tra diritto della concorrenza e protezione del consumatore risulta confermata da quegli ordinamenti che hanno attribuito entrambe le discipline al patrocinio di un'unica istituzione.³⁵ Esempi in tal senso sono la *Federal Trade Commission* statunitense, dotata del duplice compito di vigilare il mercato in materia di pratiche concorrenziali sleali e prevenire pratiche idonee a ledere il consumatore; l'*Office of Fair Trading* britannica, munita di competenze sia in materia di tutela della concorrenza che di tutela del consumatore, competenze di poi rafforzate mediante il conferimento di ulteriori poteri di investigazione sul mercato nel caso di violazione dei diritti ed interessi dei consumatori³⁶; ancora, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con competenze tanto in materia di tutela del mercato che del consumatore, competenze che, in relazione alle pratiche commerciali scorrette, hanno determinato tra tale Autorità e *Authorities* di settore il sorgere di una lunga

³⁵ Si veda *amplius* Pera A., *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali tra tutela del consumatore e disciplina della concorrenza*, cit., 515.

³⁶ Con l'*Enterprise Act* del 2002, all'OFT e ad altri organismi responsabili in materia sono stati attribuiti penetranti poteri inibitori in relazione a condotte dell'imprenditore o professionista lesive di interessi e diritti dei consumatori. L'OFT è dotata di una divisione dedicata alle *Market and Policy Initiatives*, con la funzione di supportare le altre divisioni interessate all'*enforcement* delle varie previsioni normative in materia di mercato, allo scopo di assicurare che quest'ultimo funzioni bene e nell'interesse dei consumatori. Ulteriormente, l'OFT svolge attività di vigilanza sul mercato affinché questo operi nell'interesse dei consumatori, indicando altresì gli interventi da adottare nei casi in cui manchi l'effettività della tutela. Sul punto si veda ancora *funditus* Pera A., *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali tra tutela del consumatore e disciplina della concorrenza*, cit., 515.

controversia in punto di poteri di intervento, controversia sulla quale si tornerà successivamente.³⁷

Come rilevato, l'attribuzione di competenze tanto in materia di concorrenza che di tutela del consumatore alla medesima istituzione, oltre a produrre benefici di carattere pratico, ha consentito soprattutto di guardare al mercato da un punto di vista più ampio ed onnicomprensivo, evidenziando la complementarietà tra le due esigenze di tutela e, conseguentemente, portando ad un miglioramento delle politiche in esame mediante un loro reciproco adeguamento in quanto l'una funzionale agli obiettivi dell'altra.³⁸

³⁷ Guizzi G., *Consumatori e concorrenza nell'esperienza della giurisprudenza civile: bilanci e prospettive. Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti*, cit., 361: l'entrata in vigore della L. n. 287/1990 ha segnato l'avvento di norme la cui principale funzione è stata quella di fissare «un limite alle manifestazioni di tale libertà [di iniziativa economica] che compromettano la conservazione di una struttura di mercato aperta alla possibilità di un'effettiva competizione [...]», il che ha implicato «inevitabilmente l'accentuazione dell'idea della concorrenza come strumento che contribuisce alla realizzazione, in coerenza con il principio dettato con l'art. 41 Cost., delle libertà individuali, e dunque anche di quella del consumatore; come strumento cioè garante, per il singolo che si rivolge al mercato per soddisfare i suoi bisogni e le sue istanze, della possibilità di compiere una scelta, libera e consapevole, tra alternative diverse. Strumento tanto più importante in un ambiente - il mercato appunto - che poi conosce solo relazioni impersonali e standardizzate, rendendo così inadeguate le tecniche di protezione codicistiche affidate all'osservanza del principio di buona fede e correttezza nella trattativa negoziale».

³⁸ Pera A., *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali tra tutela del consumatore e disciplina della concorrenza*, cit., 516. L'A. evidenzia che un simile approccio produca benefici pratici in particolare in quei casi in cui è difficile stabilire se si sia in presenza di problematiche relative al diritto della concorrenza o alla tutela dei consumatori o entrambe. «È proprio in questi casi che l'idea di un'unica autorità competente sembra essere la soluzione ideale per risolvere problemi che sono insieme di tutela della concorrenza e di protezione del consumatore: è in questi casi che potrebbero essere avvertiti i migliori benefici di una soluzione del genere, attraverso lo studio di un'area per mezzo dell'analisi dei meccanismi che regolano l'altra area. In altri termini, l'osservazione delle dinamiche e dei fenomeni che governano un settore potrebbe fornire utili linee guida per comprendere meglio e meglio gestire l'altro settore». Come si avrà modo di notare in seguito, la Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali svolge tale ruolo sinergico tutelando il consumatore e, contemporaneamente, assicurando che il professionista

Protezione del consumatore e diritto antitrust non si presentano più, dunque, come ambiti tra essi non comunicanti, bensì come elementi complementari e reciprocamente volti a garantire al consumatore una scelta consapevole, in quanto «*protection at both levels is needed in order to ensure that a market economy can continue to operate effectively*».³⁹ Libertà di mercato e tutela degli interessi dei consumatori hanno finito così per diventare entrambi elementi rilevanti del processo competitivo e tra essi intrinsecamente correlati, con la conseguenza che, affinché un mercato competitivo possa funzionare a dovere, è necessario non solo che venga stimolata la efficienza delle imprese, ma che ad essere efficienti siano anche i consumatori, garantendo loro la libertà di informarsi, di confrontare e quindi di scegliere.⁴⁰

L'idea oggi prevalente, infatti, è che «il mercato concorrenziale non avrebbe ragione di meritare la tutela che gli ordinamenti gli attribuiscono, se non consentisse di soddisfare quanti più bisogni possibili dei consumatori finali, e se questi non potessero liberamente scegliere di acquistare quei beni o servizi di cui

non ponga in essere atti e pratiche sleali, allo scopo di tutelare indirettamente gli altri professionisti concorrenti.

³⁹ Cfr. Lande R. H. - Averitt N. W., *Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*, *Antitrust Law Journal*, 1997, 713: «*Antitrust and consumer protection law share a common purpose in that both are intended to facilitate the exercise of consumer sovereignty or effective consumer choice. Consumer sovereignty exists when two fundamental conditions are present*».

⁴⁰ L'espressione è di Amato G., *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini configgenti?*, (a cura di) Amato G., Denozza F., Schweitzer H., Nicita A., Stallibrass D., *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, 2, 383. In tal senso anche Nicolussi A., *I consumatori negli anni settanta del diritto privato*, cit., 941. Cfr. Cass. civ., s.u., 4 febbraio 2005, n. 2207, *Foro it.*, 2005, I, 1014, in cui il Supremo Consesso ha riconosciuto che «la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto ma è la legge dei soggetti del mercato ovvero di chiunque abbia un interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo», così precisando che la competitività del mercato è interesse dello stesso consumatore.

avvertono il bisogno. Il tipo ideale della concorrenza come processo dinamico virtuoso si arricchisce così di un connotato essenziale: l'effettiva libertà di scelta del consumatore come fonte essenziale del dinamismo concorrenziale tutelato dalla legge». ⁴¹

5. La Direttiva 2005/29/CE e l'armonizzazione incompleta

Quanto esposto nei paragrafi che precedono mostra come il diritto dei contratti abbia costituito l'ambito del diritto privato che maggiormente ha risentito dei mutamenti di prospettiva e di sensibilità verso nuovi diritti e soggetti. L'attenzione, come visto, si è in particolar modo concentrata sul frequente ricorrere di casi in cui il dogma volontaristico è stato sostituito dalla contrattazione di massa, il cui tratto essenziale risiede nella predisposizione unilaterale del contenuto contrattuale che della tradizionale nozione di autonomia negoziale conserva solo il potere di scelta dell'*an*. ⁴² Con il diffondersi della legislazione speciale, infatti, si è assistito ad una riconcettualizzazione

⁴¹ Così Libertini M., *Concorrenza*, Enciclopedia del diritto, Annali, 2010, 242.

⁴² Ricciuto V., *Regolazione del mercato e "funzionalizzazione" del contratto*, Studi in onore di Giuseppe Benedetti, Napoli, 2008, 1611; Davola A., *Bias cognitivi e contrattazione standardizzata: quali tutele per i consumatori*, Contratto e impresa, 2017, 638: «L'affermarsi dell'economia industriale e la crescente complessità delle relazioni di mercato hanno determinato una progressiva diffusione dei fenomeni di contrattazione di massa e la standardizzazione delle relazioni contrattuali tra imprese e consumatori, con conseguente messa in discussione dell'approccio tradizionale: caratteristica tipica dei contratti di massa è, infatti, la presentazione alla controparte (tendenzialmente una platea aperta di possibili contraenti-consumatori) di proposte unilateralmente predisposte al fine di disciplinare una pluralità di relazioni contrattuali della medesima specie, secondo lo schema dei contratti standard».

dell'autonomia privata e, conseguentemente, al «tramonto della concezione del diritto civile come diritto tra eguali».⁴³

L'assenza del momento delle trattative ha posto all'attenzione del legislatore – comunitario prima, nazionale poi – l'esigenza di ampliare la tutela dei consumatori, disciplinando quelle pratiche di mercato idonee ad influenzare le decisioni di natura commerciale e, parimenti, mirando a contenere il rischio di distorsioni della concorrenza. In primo luogo, muovendo dall'importanza che la comunicazione commerciale riveste nella fase di commercializzazione, si è assistito ad una valorizzazione dell'informazione nei rapporti di scambio, tenuto conto che da essa deriva la scelta da parte del consumatore se contrarre o meno, nonché con chi contrarre.⁴⁴ A tal riguardo, nel 1996 la Commissione ha emanato

⁴³ Azzarri F., *Ricodificazione del diritto dei contratti: il ruolo della parte generale e l'influenza delle discipline di settore*, Contratto e Impresa, 2019, 2, 571: l'A. rileva come concetti ed istituti presenti nel codice e proiettati sul mercato abbiano acquisito connotati nuovi in un terreno, come quello degli scambi di massa, i cui tempi economici esigono l'assenza della fase delle trattative e la sostituzione della negoziazione individuale con modalità contrattuali ripetitive. In tal senso si veda anche Nicolussi A., *I consumatori negli anni settanta del diritto privato*, cit., 938, ad avviso del quale gli interventi normativi in tema di tutela del consumatore adempiono a due funzioni fondamentali: «la prima ha riguardo alla debolezza contrattuale del consumatore, al consumatore come soggetto non perito nella stipula del contratto (*dealing as consumer*) diversamente dal professionista sua controparte. In questa prospettiva il consumatore è in realtà un caso particolare di una figura di soggetto debole più generale, ossia il non professionista che contratta con il professionista[...]; la seconda funzione invece pone l'accento sui bisogni personali, definiti in antitesi a quelli professionali, che spingono il consumatore all'acquisto di quel prodotto o servizio».

⁴⁴ Caterina R., *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, Analisi Giuridica dell'Economia, 2012, 67: muovendo dal filone di ricerca noto come *Heuristics and Biases*, l'A. evidenzia come «l'uso intuitivo e automatico di strategie decisionali semplificate (euristiche), che forniscono spesso la risposta giusta, e riducono i costi cognitivi delle decisioni, provochi una serie di distorsioni sistematiche e prevedibili (*i bias*)», tanto da rendere necessario per il diritto dei consumatori di dotarsi di strumenti idonei a reprimere abusi di tecniche fondate sulla manipolazione o la pressione psicologica da parte delle imprese.

il Libro verde sulla comunicazione commerciale⁴⁵ in ragione della «potenza» dell'informazione ad inserirsi nel processo decisionale del destinatario nella contrattazione di massa.⁴⁶

Al Libro verde sulla comunicazione commerciale ha fatto poi seguito nel 2001 il Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione Europea⁴⁷ con cui la Commissione ha avviato l'analisi delle soluzioni da adottare in vista di un'armonizzazione della normativa comunitaria in materia ed in cui si legge che «la soluzione prevista si orienta verso una semplificazione delle norme nazionali e verso una garanzia maggiore della protezione dei consumatori».⁴⁸

⁴⁵ Libro verde della Commissione “La comunicazione commerciale nel mercato interno”, COM (1996), 192.

⁴⁶ *Amplius* Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Torino, 2018, 7: «la comunicazione commerciale, intesa come una qualunque forma di messaggio destinato a promuovere prodotti o servizi, ovvero a diffondere l'immagine dell'impresa produttrice, tra i consumatori, si pone come pilastro su cui costruire le politiche di marketing considerando che proprio la commercializzazione di massa ha plasmato la comunicazione dandole, per l'appunto, una dimensione meta-individuale».

⁴⁷ Libro verde sulla protezione dei consumatori nell'Unione europea, COM (2001), 531. In tale documento la Commissione ha rilevato che, in materia di tutela dei consumatori e di normazione sul tema, analizzati gli ostacoli allo sviluppo del mercato interno e individuate le possibili soluzioni da adottare allo scopo di armonizzare la normativa comunitaria a tutela dei consumatori, prioritario è migliorare la cooperazione tra gli Stati membri allo scopo di garantire una tutela effettiva ai consumatori. Viene inoltre rilevato che «lo sviluppo del commercio elettronico [...] aumenterà la necessità di una cooperazione» in quanto «la nuova economia offre possibilità senza precedenti a imprese disoneste, sleali o fraudolente di operare ai danni di consumatori di una giurisdizione diversa e di sottrarsi alla legge» (p. 18).

⁴⁸ Rileva De Cristofaro G., *La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali*, Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2009, 1062, che «a distogliere le imprese dal promuovere e dall'offrire i propri beni e servizi in tutti gli Stati membri della CE sarebbe soprattutto l'esistenza di significative differenze fra le legislazioni nazionali in tema di pubblicità commerciale e pratiche commerciali, differenze che costringono le imprese a sostenere pesanti costi per adeguare le proprie condotte alle singole legislazioni nazionali [...]. Per altro verso, si è constatato che a frenare i consumatori dissuadendoli dal porre in essere acquisti transfrontalieri, sono l'ignoranza delle leggi vigenti negli altri Paesi e la

In relazione alla scelta dello strumento da utilizzare per realizzare il maggior grado di armonizzazione delle norme disciplinanti le pratiche commerciali tra imprese e consumatori, la Commissione ha proposto due opzioni: un approccio specifico, basato sull'adozione di una serie di nuove direttive; un approccio misto, mediante adozione di una direttiva quadro, integrata - ove necessario - da direttive specifiche. Ma è stata la stessa Commissione ad evidenziare le criticità di entrambe tali opzioni. Da un lato, l'adozione di un approccio specifico, pur conveniente sul piano pratico data la maggiore facilità di raggiungere un accordo su direttive relative ad ambiti di applicazione ristretti, avrebbe di fatto vanificato l'intento di armonizzazione perseguito dalla Commissione, non essendo stimabile il numero di direttive da adottare.⁴⁹ Dall'altro l'adozione di un approccio misto, pur costituendo il miglior modo per conseguire l'armonizzazione in ragione della maggiore facilità di negoziare un'unica direttiva quadro in luogo di una serie di

tendenza a considerare meno «sicuri» i contratti conclusi con i professionisti che abbiano la propria sede in altri Paesi».

⁴⁹ Si legge nel Libro Verde sulla protezione dei consumatori nell'Unione europea, COM (2001), 531, 12: «Un approccio di questo tipo presenta notevoli vantaggi: è un metodo familiare ed affidabile che ha portato all'adozione delle disposizioni legislative esistenti. È inoltre più facile, in generale, raggiungere un accordo su direttive con un campo d'applicazione relativamente ristretto e apportare modifiche specifiche nell'arco di un lungo periodo. Tuttavia, esistono seri dubbi sull'efficacia di questo approccio per creare un effettivo mercato interno. Il limitato campo d'applicazione dell'attuale normativa comunitaria sulla tutela dei consumatori a livello comunitario ha giustificato la necessità delle cosiddette clausole minime nelle direttive comunitarie. Continuare con il metodo basato su norme specifiche richiederebbe un chiaro impegno degli Stati membri a cambiare questa politica, per quanto riguarda sia le direttive esistenti che quelle da adottare in futuro. Inoltre, molte delle direttive esistenti sulla protezione dei consumatori dovranno essere modificate, perché sono state rese obsolete da nuovi sviluppi del mercato o dal fatto che le disposizioni legislative non sono più attuali».

direttive, avrebbe finito per ricomprendere un numero di questioni sostanzialmente elevato da rendere più arduo il raggiungimento di un accordo.⁵⁰

In ragione di tali difficoltà, al Libro Verde ha fatto seguito l’emanazione della Comunicazione “Strategia per la politica dei consumatori dell’UE 2002-2006”⁵¹ con la quale la Commissione ha individuato tra i principali obiettivi dell’azione europea l’applicazione effettiva delle regole di protezione dei consumatori e la partecipazione delle organizzazioni dei consumatori alle politiche comunitarie, allo scopo di assicurare l’integrazione degli interessi dei consumatori in tutte le altre politiche dell’Unione Europea e, conseguentemente, di massimizzare i benefici del mercato unico per i consumatori.⁵²

⁵⁰ Libro verde sulla protezione dei consumatori nell’Unione europea, COM (2001), 531, 12: «La direttiva quadro [...] non prevarrebbe sulle direttive settoriali specifiche, come quella relativa alle clausole abusive nei contratti, né sulla legislazione futura, come la proposta di regolamento sulla promozione delle vendite e gli emendamenti futuri a tale legislazione. La direttiva quadro rappresenterebbe una “rete di sicurezza” per regolamentare pratiche connesse a restrizioni transfrontaliere e non rientranti nei campi coordinati delle direttive settoriali specifiche. Se necessario, la direttiva quadro sarebbe accompagnata al momento opportuno da una riforma delle direttive esistenti sulla tutela dei consumatori per garantire la coerenza globale del sistema di protezione dei consumatori. [...] Il vantaggio principale di un approccio quadro rispetto ad un approccio specifico è che il suo carattere globale riduce la necessità di una più dettagliata regolamentazione della tutela dei consumatori. [...] Tuttavia, nonostante un’unica direttiva quadro possa in principio essere negoziata più semplicemente e rapidamente, essa comprenderebbe un maggior numero di questioni sostanziali, che renderebbero quindi più arduo il raggiungimento di un accordo».

⁵¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni “Strategia della politica dei consumatori 2002-2006”, [COM(2002) 208, def.], G.U.U.E. C 137/2, 8 giugno 2002.

⁵² Si legge nel punto 1.1 della Comunicazione: «Nell’ambito del primo obiettivo («un elevato livello comune di protezione dei consumatori»), le principali azioni sono costituite da iniziative concernenti il seguito dato alle questioni inerenti le pratiche commerciali trattate nel libro verde sulla tutela dei consumatori nell’Unione europea, nonché da iniziative in materia di sicurezza dei servizi. Le azioni prioritarie che rientrano nel secondo obiettivo («un’applicazione efficace delle norme a tutela dei consumatori») consistono nello sviluppo di un quadro di cooperazione amministrativa tra gli Stati membri e di meccanismi di ricorso a disposizione dei consumatori.

Precipitato normativo degli indicati documenti è la Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno⁵³, il cui art. 1 indica come suo preciso scopo quello di «contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un elevato livello di tutela dei consumatori» mediante l'armonizzazione degli ordinamenti nazionali in materia di «pratiche commerciali sleali, che ledono direttamente gli interessi economici dei consumatori e, quindi, indirettamente gli interessi economici dei concorrenti legittimi»⁵⁴, integrando pertanto la evidenziata in precedenza correlazione tra

Per realizzare il terzo obiettivo («il coinvolgimento delle organizzazioni dei consumatori nelle politiche dell'UE») le principali azioni consistono nel riesame dei meccanismi di partecipazione delle organizzazioni dei consumatori al processo di definizione delle politiche dell'UE e nella realizzazione di progetti nel campo educativo e dello sviluppo delle competenze». Lo sviluppo della politica dei consumatori a livello europeo si conferma, dunque, elemento indispensabile per la realizzazione del mercato interno: si legge al punto 2 della Comunicazione che «la libera circolazione di beni e servizi ha richiesto l'adozione di norme comuni, o almeno convergenti, per assicurare allo stesso tempo una sufficiente tutela degli interessi dei consumatori e l'eliminazione degli ostacoli d'ordine normativo e delle distorsioni della concorrenza. La finalità delle misure adottate è stata spesso quella di dotare i consumatori degli strumenti per tutelare i propri interessi mediante la formulazione di scelte autonome e informate».

⁵³ Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, di modifica della Direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le Direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e del Regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, pubblicata in G.U.U.E. L. 149/22, 11 giugno 2005.

⁵⁴ Sul punto, si veda il *considerando* 8 in base al quale «la presente direttiva tutela direttamente gli interessi economici dei consumatori dalle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. Essa, quindi, tutela indirettamente le attività legittime da quelle dei rispettivi concorrenti che non rispettano le regole previste dalla presente direttiva e, pertanto, garantisce nel settore da essa coordinato una concorrenza leale». Si segnala Guerinoni E., *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, Contratti, 2007, 2, 173.

tutela del consumatore e tutela della concorrenza la chiave di lettura dell'intervento comunitario in esame.⁵⁵

La Direttiva è composta da venticinque *considerando*, ventuno articoli e due allegati, rispettivamente dedicati alle pratiche commerciali considerate in ogni caso sleali e alle disposizioni di diritto europeo in materia di pubblicità e comunicazione commerciale.⁵⁶ A differenza della Direttiva 93/13/CEE, in cui il legislatore comunitario aveva introdotto a tutela del consumatore - ancora nella sua dimensione individuale - un rimedio esperibile *ex post* che nell'ordinamento nazionale ha assunto la veste della nullità di protezione, nella direttiva 2005/29/CE viene adottato un approccio opposto, predisponendo non solo rimedi preventivi e generali a tutela di consumatori collettivamente intesi, ma altresì spostando l'attenzione sull'intera attività posta in essere dal professionista: una disciplina, dunque, connotata da una funzione trasversale, la cui tutela

⁵⁵ Rileva Guizzi G., *Consumatori e concorrenza nell'esperienza della giurisprudenza civile: bilanci e prospettive. Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti*, cit., 373, che le disposizioni repressive delle pratiche commerciali scorrette si collocano «a un crocevia sistematico, in quanto, pur se pensate come strumento di protezione dei singoli acquirenti di prodotti o fruitori di servizi dinnanzi a condotte che possono turbare il concreto processo decisionale e di scelta, quelle disposizioni, proprio perché vietano all'impresa determinate modalità di sollecitazione e d'induzione alle scelte di consumo, evidentemente rilevano come regole disciplinatrici del corretto svolgimento del confronto competitivo, atteso che condotte di tal fatta - in un sistema di economia di mercato - assumono anche, e innanzitutto, il significato di atti di concorrenza».

⁵⁶ In punto di comunicazione commerciale, si segnala altresì che il Legislatore comunitario ha ravvisato la necessità di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle relative conseguenze sleali, perseguendo tale obiettivo con l'adozione della Direttiva 2006/114/CE. Le direttive nn. 2006/114/CE e 2005/29/CE sono mosse da presupposti oggettivi differenti: la Direttiva 2005/29/CE, annoverando la pubblicità tra le pratiche commerciali sleali, si pone a tutela del consumatore allo scopo di garantirgli la possibilità di compiere una scelta consapevole e libera, non influenzata da rappresentazioni non corrispondenti alla realtà; diversamente, la direttiva 2006/114/CE si pone prettamente a tutela dei professionisti, allo scopo di tutelarli dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali.

apprestata finisce per avere natura orizzontale in quanto destinata a trovare applicazione in relazione a qualunque operazione commerciale e in qualunque fase del rapporto obbligatorio.⁵⁷

La normativa in materia di pratiche commerciali scorrette, pur rappresentando l'evoluzione in senso proconsumeristico dell'ordinamento europeo, va dunque ben oltre la esclusiva tutela dei consumatori: disciplinando trasversalmente più fasi del rapporto di consumo, essa ha infatti finito per investire anche altri ambiti di disciplina dell'economia, quali il diritto antitrust e la tutela del corretto funzionamento del mercato interno⁵⁸, mettendo così in evidenza la stretta connessione tra le regole della concorrenza, al cui rispetto sono tenuti i professionisti, e il diritto dei consumatori di autodeterminarsi. Trasversalità che si è tradotta nella previsione dell'applicazione della direttiva in esame a qualsiasi

⁵⁷ In tal senso Rossi Carleo L., *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, Europa e diritto privato, 2010, 706: «il legislatore europeo, attento, in una prima fase, essenzialmente, se non esclusivamente, agli aspetti concreti che lo hanno indotto ad emanare discipline, oserei dire, di carattere pragmatico, lasciando all'interprete la individuazione dei principi, sembra sentire, nella fase attuale, non solo l'esigenza di esprimere, attraverso clausole generali e norme di chiusura, alcuni dei principi ispiratori delle nuove discipline che va emanando, ma, principalmente, appare particolarmente sensibile a dettare una disciplina orizzontale di mercato».

⁵⁸ Fiorentino L., *Le pratiche scorrette*, Obbligazioni e Contratti, 2011, 3, 166, il quale si esprime in termini di osmosi tra la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette e disciplina antitrust in quanto «gli interventi a tutela dei consumatori hanno mirato a ridurre lo squilibrio che sussiste tra le parti in relazione alla disponibilità ed alla intelligibilità di informazioni e conoscenze, che rappresenta senz'altro uno dei principali fattori distorsivi del mercato. Una informazione imperfetta, infatti, può fare sì che anche mercati, che pure appaiono competitivi, si "comportino" in modo anticompetitivo». Si veda anche De Cristofaro G., *La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali*, cit., 1061.

condotta del professionista⁵⁹, avendo il legislatore fissato un generale divieto di porre in essere pratiche commerciali sleali definite all'art. 5 della direttiva come quelle pratiche contrarie alle norme in materia di diligenza professionale nonché false o idonee a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio a cui è rivolta (o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori).

Una nozione particolarmente ampia destinata a trovare applicazione in un altrettanto ampio arco temporale: la scelta del legislatore, infatti, è stata nel senso della estensione delle predette esigenze di tutela anche alla fase antecedente la manifestazione del consenso da parte del consumatore⁶⁰, essendo evidente che «la più parte di dette pratiche appare inevitabilmente destinata a collocarsi nella fase precontrattuale o, prima ancora, nella fase di promozione della commercializzazione del prodotto senza che si sia ancora avuto alcun contatto fra professionista e singolo consumatore: il divieto di pratiche commerciali scorrette è infatti dichiaratamente finalizzato - innanzitutto e principalmente - a far sì che il consumatore possa “prendere una decisione consapevole” relativamente a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni».⁶¹

⁵⁹ La definizione di pratica commerciale tra imprese e consumatori di cui all'art. 2 della direttiva è la seguente: «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori».

⁶⁰ Si legga sul punto l'art. 3 della direttiva, in base al quale «la presente direttiva si applica alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, come stabilite all'articolo 5, poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto».

⁶¹ Così Granelli C., *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, Obbligazioni e contratti, 2007, 776.

Alle evidenziate novità introdotte dalla Direttiva se ne aggiunge un'altra, ossia l'abbandono del modello dell'armonizzazione minima e l'adozione del modello di armonizzazione massima delle legislazioni nazionali.⁶² Muovendo dall'esigenza di dover garantire un livello di protezione elevato e dalla constatazione che differenti scelte in materia da parte degli Stati avrebbero potuto precludere il raggiungimento di un tale grado di tutela, la scelta del Legislatore è stata quella di limitare la possibilità per i destinatari della direttiva di discostarsi dalle previsioni in essa contenute in relazione ai settori ivi disciplinati.⁶³

⁶² La scelta verso il modello della armonizzazione massima è stata manifestata per la prima volta dal Legislatore europeo nella Proposta di direttiva concernente la vendita a distanza di servizi finanziari ai consumatori presentata dalla Commissione nel 1998 e mantenuta nel corso dei lavori preparatori di tale provvedimento, fino all'approvazione della direttiva 2002/65/CE, che rappresenta la prima direttiva di armonizzazione completa adottata dagli organi legislativi europei in materia di contratti dei consumatori. Per la prima volta, nella citata direttiva non è stata inserita la c.d. clausola minima con la quale si autorizzavano gli Stati membri ad adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla direttiva, disposizioni più severe per garantire al consumatore un livello di protezione più elevato. Nella versione definitiva del testo della direttiva, approvata nel 2002, il *considerando* 12 afferma esplicitamente che «disposizioni divergenti o diverse di protezione dei consumatori, adottate dagli Stati membri in materia di commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori, potrebbero avere un'incidenza negativa sul funzionamento del mercato interno e sulla concorrenza tra le imprese in esso attive». Cfr. *amplius* De Cristofaro G., *40 anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future*, cit., 185.

⁶³ Cfr. *considerando* 12 della Direttiva 2005/29/CE: «dall'armonizzazione deriverà un notevole rafforzamento della certezza del diritto sia per i consumatori sia per le imprese, che potranno contare entrambi su un unico quadro normativo fondato su nozioni giuridiche chiaramente definite che disciplinano tutti gli aspetti inerenti alle pratiche commerciali sleali nell'UE. In tal modo si avrà l'eliminazione degli ostacoli derivanti dalla frammentazione delle norme sulle pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori e la realizzazione del mercato interno in questo settore». Si veda anche Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., 11: «l'armonizzazione delle singole regolamentazioni del mercato sul versante delle pratiche commerciali sleali e della pubblicità ingannevole ha come risultato ultimo, dunque, quello di ampliare, diversificare e soprattutto migliorare l'offerta di prodotti e servizi in special modo grazie all'incremento della sicurezza sul versante della commercializzazione e delle trattative».

Un mutamento a ben guardare radicale. Infatti, a differenza della Direttiva 93/13/CEE in precedenza esaminata in cui la scelta del legislatore è stata nel senso di creare un nucleo minimo di regole comuni a tutti gli Stati membri allo scopo di consentire anche ai consumatori residenti in Paesi in cui tali regole non esistessero di beneficiarne (ferma in ogni caso la possibilità per i legislatori nazionali di incrementare il proprio diritto interno con norme di protezione più elevata), nella Direttiva 2005/29/CE il Legislatore ha mutato completamente approccio, imponendo l'allineamento di tutti i diritti nazionali sul medesimo livello di protezione dei consumatori, allo scopo di eliminare ogni differenza tra gli ordinamenti interni.⁶⁴

Invero, nonostante l'obiettivo di armonizzazione completa più volte ribadito dal Legislatore europeo, la direttiva in esame ha finito per porre non pochi problemi in relazione al delicato piano dei rimedi, per il quale al *considerando* 9 della direttiva il Legislatore si è limitato a statuire che la normativa in esame «non pregiudica [...] l'applicazione delle disposizioni comunitarie e nazionali relative al diritto contrattuale», così demandando alla demonizzata discrezionalità degli Stati membri la scelta dei rimedi negoziali azionabili dal consumatore nel caso di pratica commerciale sleale.

Il silenzio serbato dal Legislatore in punto di rimedi azionabili ha indotto a dubitare della reale portata protettiva della Direttiva nei confronti del

⁶⁴ De Cristofaro G., *40 anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future*, cit., 185. L'opzione per una armonizzazione di natura "completa" viene inoltre riproposta nella esaminata direttiva 2011/83/UE del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, che ha abrogato e sostituito la Direttiva 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali e la Direttiva 97/7/CE in materia di contratti a distanza.

consumatore, non solo in ragione dell'approccio comunitario tendenzialmente rimediabile (soprattutto nell'ambito del diritto dei contratti)⁶⁵, ma in particolare perché demandare la scelta dei rimedi agli Stati avrebbe messo a rischio la realizzazione dell'obiettivo di armonizzazione massima perseguito dalla direttiva medesima.

Rischio che, difatti, si è verificato. È noto che l'Europa rifletta una dimensione duale nella quale le parti e il tutto sono tra loro complementari, dualità che del resto trova conferma nell'art. 17 TCE (oggi art. 20 TFUE) in tema di cittadinanza europea in cui è previsto che «è cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro», costituendo dunque la cittadinanza europea un complemento di quella nazionale e non una sua sostituzione. Altrettanto noto, dal punto di vista giuridico, è che lo strumento di unificazione cui ha fatto ricorso il legislatore europeo, l'armonizzazione massima⁶⁶, pur non significando unità,

⁶⁵ Sul punto si veda Di Majo A., *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 3: l'approccio rimediabile è proprio degli ordinamenti di *common law*, costituendo il rimedio una cura contro il torto (*cure for wrongs*). Mentre negli ordinamenti di *civil law*, affinché possa esserci tutela è necessario che il diritto sia preventivamente previsto da una norma (*ubi ius, ibi remedium*), negli ordinamenti di *common law* - al pari del diritto comunitario - manca un diritto codificato, aspetto questo che farà derivare l'esistenza del diritto dal preventivo riconoscimento di tutela (*ubi remedium, ibi ius*).

⁶⁶ Si veda anche Minervini E., *Tutela dei consumatori e libera concorrenza nel nuovo approccio dell'Unione europea: significato ed implicazioni dell'«armonizzazione massima» in materia di pratiche commerciali sleali*, Foro Amministrativo, 2010, 10, 1169, spec. 1174 in cui si legge che «la preoccupazione è quella di creare un quadro normativo «unico» fondato su nozioni giuridiche chiaramente definite che disciplinino tutti gli aspetti inerenti alle pratiche commerciali sleali al fine di determinare un notevole rafforzamento della certezza del diritto sia per i consumatori sia per le imprese. Infatti, l'uniformazione del diritto degli Stati membri in tema di pratiche commerciali sleali, facilita gli scambi consentendo alle imprese di non creare organizzazioni differenziate né sostenere costi eccessivi nel commercializzare i propri prodotti e servizi. Si comprende allora il motivo per cui la direttiva 2005/29/CE ha rivoluzionato profondamente le politiche di tutela del consumatore, sia improntata al criterio dell'armonizzazione massima, «piena» o «completa», enunciato a livello normativo anche nella clausola del mercato interno di cui all'art. 4 della

implichi almeno l'istituzione di uno standard europeo di miglioramento verso obiettivi comuni dei singoli ordinamenti e, conseguentemente, verso una conciliazione delle principali culture giuridiche europee.⁶⁷

E tuttavia la scelta del legislatore di demandare alla discrezionalità dei singoli Stati membri l'individuazione di strumenti rimediali ha costituito il principale elemento di criticità della direttiva in materia di pratiche commerciali sleali, non solo in quanto altro non ha fatto che perpetrare le differenze tra gli ordinamenti nazionali, portando alla adozione di soluzioni tra esse assai differenti, ma altresì perché si sono registrati casi – come quello italiano – in cui al silenzio del legislatore europeo in punto di rimedi ha fatto seguito il silenzio anche del legislatore nazionale, con il conseguente sorgere di contrasti interpretativi ed applicativi ancora non del tutto sopiti e sui quali si avrà modo di tornare dettagliatamente.

In via preliminare, si ritiene opportuno ripercorrere - ancorché succintamente - le modifiche apportate all'ordinamento interno mediante il recepimento della direttiva in esame.

direttiva 2005/29/CE, in base alla quale gli Stati membri non possono limitare la libertà di prestazione dei servizi né la libera circolazione delle merci per ragioni afferenti al settore armonizzato dalla direttiva».

⁶⁷ Così Nicolussi A., *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, Europa e diritto privato, 2006, 87: l'A. rileva come l'armonizzazione abbia costituito fin dal diritto romano, durante l'epoca del diritto comune e più recentemente nell'Ottocento, la via necessaria alla creazione di un linguaggio giuridico depurato da particolarismi e in tal modo in grado di essere compreso e utilizzato al di là dei confini nazionali.

Capitolo II

Le pratiche commerciali scorrette nell'ordinamento italiano

Sommario: 1. Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento nazionale. 2. Art. 20 Codice del consumo: clausola generale o regola principale? 3. Il divieto di pratiche commerciali scorrette. 4. Le pratiche commerciali ingannevoli. 5. Le pratiche commerciali aggressive. 6. Il professionista. 7. Il consumatore medio. 8. Le microimprese. 9. I piani di tutela (cenni e rinvio).

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

La trasposizione nel diritto interno della direttiva in materia di pratiche commerciali sleali è avvenuta mediante i decreti legislativi nn. 145⁶⁸ e 146⁶⁹ del 2 agosto 2007, realizzando una *summa divisio* tra la disciplina della pubblicità ingannevole e quella relativa alla pubblicità comparativa.⁷⁰

⁶⁸ Decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145 - Attuazione dell'articolo 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole.

⁶⁹ Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 146 - Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE e il Regolamento (CE) n. 2006/2004.

⁷⁰ L'attuazione della Direttiva 2005/29/CE è stata poi completata con il D. Lgs. 221/2007 relativo alle disposizioni correttive ed integrative al Codice del consumo: in particolare, l'art. 2 del citato decreto ha introdotto tra i diritti di consumatori e utenti di cui all'art. 2 comma 2 cod. cons. il comma c-*bis*, contenente il diritto all'esercizio di pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà; l'art. 4 ha modificato la rubrica del Titolo III della Parte II del codice del consumo, ora rubricato «Pratiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali».

La scelta del legislatore nazionale è stata nel senso di riprodurre la dicotomia fra pratiche scorrette prevista dalla direttiva, distinguendo quelle pregiudizievoli per i professionisti e quelle pregiudizievoli per i consumatori.⁷¹ In particolare, mentre il d.lgs. 145/2007, di attuazione della direttiva 2006/114/CE in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita, contiene disposizioni in materia di pratiche commerciali applicabili ai soli rapporti *business to business*, il d.lgs. 146/2007 contiene disposizioni in materia di pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori (cd. contratti *business to consumer*).⁷²

Diverso il contenuto dei testi normativi, altrettanto diversa è stata pertanto la scelta relativa alla loro collocazione, avendo il Legislatore inserito le disposizioni contenute nel decreto n. 146/2007 (pratiche commerciali pregiudizievoli per i

⁷¹ Particolarmente ampia è la bibliografia in materia di pratiche commerciali scorrette. Bartolomucci P., *Le pratiche commerciali scorrette ed il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, Contratto e impresa, 2007, 1416; Barengi A., *Diritto dei consumatori*, Milano, 2017; Bertani M., *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Milano, 2016; De Cristofaro G., *Pratiche commerciali scorrette*, Enciclopedia del diritto, Annali, V, 2012, 1079; Id., *La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali*, Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2009, 11, 1061; Fiorentino L., *Le pratiche commerciali scorrette*, Obbligazioni e contratti, 2011, 3, 165; Genovese A., *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, Giurisprudenza Commerciale, 2008, 4, 762; Gentili A., *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, Contratti, 2006, 159; Granelli C., *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, Obbligazioni e contratti, 2007, 776; Guerinoni E., *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, Contratti, 2007, 173; Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Torino, 2018; Mazzamuto S., *Libertà contrattuale e utilità sociale*, Europa e diritto privato, 2011, 365; Tenella Sillani C., *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, Obbligazioni e contratti, 2009, 775; Tommasi S., *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012.

⁷² Genovese A., *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, Giurisprudenza Commerciale, 2008, 4, 775, ad avviso della quale sul piano pratico i campi di applicazione dei decreti risultano parzialmente coincidenti per quanto riguarda la repressione della pubblicità ingannevole, in vari casi sussumibile tanto nel d. lgs. n. 145 del 2007 quanto nel d. lgs. n. 146 del 2007 (ovvero nel Codice del consumo); del pari, le finalità dei decreti possono reputarsi ampiamente convergenti in quanto «finalità di tutela dei consumatori e finalità di tutela dei professionisti e dei concorrenti possono, in determinate situazioni, coincidere».

consumatori) nel Codice del Consumo e demandato ad un *corpus* normativo separato le disposizioni contenute nel d.lgs. 145/2007 in materia di pratiche pregiudizievoli per i professionisti.⁷³ Non diversa, invece, è l'autorità competente ad accertare infrazioni e a comminare sanzioni, in quanto in entrambi i casi tali poteri sono stati attribuiti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Soffermando l'attenzione sul d.lgs. 146 del 2007, quest'ultimo ha introdotto nel Codice del Consumo gli artt. 18 - 27 *quater*, sostituendo integralmente il titolo III della parte II del Codice e suddividendolo in tre Capi.⁷⁴ In particolare al Capo I, artt. 18 e 19 Cod. Cons., si rinvencono le definizioni necessarie ad una corretta interpretazione delle disposizioni, nonché funzionali alla definizione dell'ambito

⁷³ Ancora Genovese A., *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, cit., 763, per la quale diversi sono gli obiettivi di armonizzazione della direttiva in quanto, nel disciplinare le pratiche commerciali sleali fra imprese e consumatori, essa persegue l'armonizzazione massima delle legislazioni, laddove in tema di pubblicità ingannevole diretta ai professionisti ha obiettivi di armonizzazione minima. In termini di opportunità della scelta di separare la disciplina dedicata alla pubblicità ingannevole dal Codice del consumo si esprime di Granelli C., *Il codice del consumo a cinque anni dall'entrata in vigore*, Obbligazioni e contratti, 2010, 731.

⁷⁴ Sul punto, interessante è la posizione di De Cristofaro G., *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, (D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 146 e artt. 2,4 e 8 D.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221), Nuove leggi civili commentate, 2008, 5, 1067, il quale ha manifestato perplessità in merito alla scelta del Legislatore nazionale circa la collocazione nel Codice del consumo delle disposizioni attuative degli artt. 2 a 13 della direttiva 2005/29/CE: in particolare, l'A. ha rilevato che dal un punto di vista sistematico le nuove norme in materia di pratiche commerciali scorrette dovevano essere inserite nella parte III del codice del consumo, in quanto parte deputata alla disciplina dei contratti conclusi tra consumatori e professionisti, contestando dunque la scelta del Legislatore di inserire la nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette nella Parte II del codice del consumo, deputata invece alla disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa. Più nel dettaglio, l'A. ha ritenuto tale scelta errata e fuorviante in quanto «incoerente con i restanti contenuti della Parte II del codice del consumo, la quale impone ai professionisti un insieme di regole di condotta [...] che attengono esclusivamente alla fase che precede la (possibile) stipulazione di contratti con consumatori, laddove per contro le disposizioni attuative degli artt. 2 a 13 della Direttiva 2005/29/CE si applicano a qualsiasi pratica commerciale posta in essere anteriormente, contestualmente o anche posteriormente alla instaurazione di rapporti contrattuali intercorrenti fra professionisti e consumatori».

di applicazione. Il Capo II, di cui agli artt. 20-26 Cod. Cons., contiene l'intera disciplina delle pratiche commerciali scorrette⁷⁵, nonché la loro distinzione tra ingannevoli ed aggressive di diritto (cd. *black list*) e fino a prova contraria (cd. *grey list*). Da ultimo il Capo III, di cui agli artt. 27-27 *quater*, contenente le disposizioni in materia di procedimento innanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.⁷⁶

Come si è avuto modo di evidenziare in precedenza, la definizione accolta di pratica commerciale scorretta risulta essere particolarmente ampia, in linea con il prioritario obiettivo perseguito dalla Direttiva 2005/29/CE di rafforzare la tutela

⁷⁵ La variante lessicale adottata dal legislatore nazionale - «scorrette» in luogo di «sleali» - è stata intesa da parte della dottrina come una scelta dettata dalla necessità di evitare confusioni con la slealtà cui si riferiscono gli artt. 2598 e seguenti c.c. in merito alla disciplina degli atti di concorrenza. Rischio, invero, ad avviso di altri privo di possibili ripercussioni in quanto correttezza e lealtà risultano nozioni entrambe correlate alla buona fede in senso oggettivo, pertanto dotate della medesima portata. Sul punto, si veda Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., 17, il quale si esprime in termini di «possibile (ma invero improbabile) confusione con la disciplina dettata in materia di concorrenza sleale» di cui agli artt. 2598 ss. c.c. in quanto anche «la *ratio* dell'intera disciplina delle pratiche commerciali scorrette risiede nella regolazione dell'attività commerciale entro i confini delineati dalla buona fede e dalla correttezza». Ai criteri di correttezza e lealtà si riferiscono infatti anche l'art. 2 comma 2 lett. c-bis), il quale enuclea tra i diritti fondamentali del consumatore quello «all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà», nonché l'art. 39 Cod. Cons., ai sensi del quale «le attività commerciali sono improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori». Si veda anche Gentili A., *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, Contratti, 2006, 159.

⁷⁶ Si segnala la successiva estensione del divieto di pratiche commerciali scorrette anche ai rapporti tra professionisti e «microimprese» (L. n. 27 del 24 marzo 2012, argomento sul quale si tornerà in maniera più approfondita), in ragione della proliferazione di tecniche di *marketing* sempre più aggressive e tecnologicamente avanzate che hanno reso necessario il passaggio dalla tutela del contraente debole a quella del «contattato debole», a prescindere dal suo status di consumatore o di (micro)imprenditore. Cfr. Bacciardi E., *La limitazione del recesso delle microimprese tra pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole*, Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2014, 245; nonché Valentino D., *Timeo danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, Rivista di diritto civile, 2013, 1157.

del consumatore e, soprattutto, di estenderla a tutte le varie fasi di formazione della decisione del consumatore.⁷⁷

Di tali ampiezza si fanno espressione in particolare due disposizioni del Codice del consumo: in primo luogo, l'art. 18 lett. d) Cod. Cons. il quale, sostanziandosi in un *copy out* di quanto contenuto nell'art. 2 della direttiva, individua una pratica commerciale in «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori»; in secondo luogo, l'art. 19 Cod. Cons. in base al quale l'applicazione della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette si estende a tutte le pratiche scorrette poste in essere, finanche a quelle antecedenti e successive ad una operazione commerciale. In linea con tale ampiezza si pone altresì l'art. 20 Cod. Cons. il quale, dettando un

⁷⁷ Sul punto si segnala *amplius* Davola A., *Bias cognitivi e contrattazione standardizzata: quali tutele per i consumatori*, cit., 637. L'intervento normativo realizzato mediante la direttiva 2005/29/CE ha come preciso scopo quello di evitare e correggere eventuali fallimenti di mercato, soprattutto in ragione della esposizione dei *decision makers*, tra i quali anche i consumatori, a molteplici fattori esterni rispetto al contenuto delle informazioni a loro disposizione ed idonei ad incidere sul procedimento decisionale. Studi di diritto cognitivo hanno infatti dimostrato che i consumatori non sono in grado di comprendere in via preventiva e piena le conseguenze delle proprie azioni, essendo i processi decisionali manipolabili dai professionisti del settore promozionale. Tali meccanismi cognitivi sono idonei ad ingenerare sistematicamente errori (le cd. *cognitive biases*) «suscetibili di incidere sul consumatore in maniera coordinata ed interattiva, determinando nel loro complesso significative deviazioni al comportamento del consumatore-modello portandolo a compiere scelte diverse da quanto la teoria economica razionalista prevedrebbe». Si veda anche Nicolussi A., *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, cit., 901, il quale ha evidenziato che già negli anni Settanta, in Germania, fu avvertita l'inadeguatezza del metodo della *Isolierung*, vale a dire quel metodo di analisi volto ad esaminare il tema del consumo e dei consumatori isolandolo da ogni condizionamento esterno, inadeguatezza dovuta alla influenza che fattori di natura tanto sociologica quanto economica finiscono per avere in tali ambiti.

generale divieto di pratiche commerciali scorrette, sanziona quelle pratiche che, indipendentemente dalla conclusione di un contratto, abbiano avuto un impatto sul percorso decisionale del consumatore.⁷⁸

«Sotto i riflettori, dunque, c'è l'attività e non singoli specifici atti o comportamenti»⁷⁹ e da tanto è derivata l'introduzione da parte del Legislatore di una serie di indicazioni generali passibili di trovare applicazione in riferimento all'intero atto di consumo nel suo aspetto dinamico che va dalla fase del primo contatto commerciale (di regola attuato mediante la pubblicità) alla fase della comunicazione (intesa come l'insieme di comportamenti e sollecitazioni rientranti nella strategia di *marketing* rivolta al consumatore), alla fase negoziale ed esecutiva del contratto fino a giungere, da ultimo, alla fase rimediale.⁸⁰

Dal punto di vista strutturale, dunque, la disciplina si presenta come un sistema a cerchi concentrici comprendente una clausola generale (invero oggetto

⁷⁸ In tal senso Zorzi Galgano N., *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Contratto e impresa, 2010, 450: «nell'ampia nozione di pratica commerciale, non rientrano solo le condotte che ineriscono ad un contratto tra professionista e consumatore, ma vi rientrano anche le pratiche promozionali o pubblicitarie i cui destinatari non sono mai soggetti in concreto determinati, in funzione di un particolare rapporto, ma rimangono per così dire una platea di soggetti anche solo astrattamente determinabile». Si veda anche Barengi A., *Diritto dei consumatori*, cit., 167.

⁷⁹ In tal senso Grisi G., *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, Jus civile, 2013, 5, 298, il quale trova conferma di tale mutata prospettiva «nell'art. 18, lett. f), cod. cons. [in cui] si evince il carattere non puntuale ed episodico della pratica, espressione - per l'appunto - di un'attività». L'Autore prosegue altresì segnalando che ulteriore conferma è riscontrabile nel «concetto di "diligenza professionale", che - stando all'art. 18, lett. h) - non è metro per valutare il comportamento nello specifico posto in essere da un contraente, ma criterio atto ad apprezzare ciò "che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti"».

⁸⁰ Bartolomucci P., *Le pratiche commerciali scorrette ed il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, cit., 1416.

di contrasto interpretativo in merito al quale si veda *infra*)⁸¹ rappresentata dall'art. 20 Cod. Cons., due norme generali di divieto riguardanti rispettivamente le pratiche ingannevoli e aggressive – cd. *small general clauses* - e, da ultimo, due *black lists* di pratiche ingannevoli e aggressive vietate «in ogni caso».⁸²

2. Art. 20 Codice del consumo: clausola generale o regola principale?

Come anticipato, il rapporto intercorrente tra l'art. 20 Cod. Cons. e le disposizioni di dettaglio è stato oggetto di ampio dibattito. In particolare, l'importanza del tema è stata percepita nel celebre caso Renault⁸³ in cui la Corte di Cassazione, nel pronunciarsi sul legittimo esercizio da parte della casa automobilistica del diritto di recesso da un certo numero di contratti con concessionari, si è trovata innanzi a un'alternativa: applicare l'art. 1373 c.c. in

⁸¹ La nozione di «clausola generale» costituisce una delle più controverse nozioni nel diritto civile. Per un'ampia disamina del tema, si segnala Velluzzi V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, in particolare a pagina 13 in cui viene richiamata la posizione di Mengoni: le clausole generali costituiscono «una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta», cui viene aggiunto che «da norme di rinvio quali erano concepite all'origine, le clausole generali si sono trasfigurate in norme di direttiva, che delegano al giudice la determinazione della norma (concreta) di decisione vincolandolo a una direttiva espressa attraverso il riferimento a uno standard sociale. La direttiva non si esaurisce nell'indicazione di uno scopo, bensì indica una misura di comportamento, che il giudice deve concretizzare in forma generalizzabile, cioè in funzione di una tipologia sociale». Cfr. anche Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019, 49, ad avviso del quale le clausole generali indicano un criterio di giustizia ma non dettano alcuna regola, delegando all'interprete la funzione di elaborarla mediante l'osservazione dei c.d. *standards* valutativi esistenti nella realtà sociale.

⁸² Libertini M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, Contratto e impresa, 2009, 74. Sul punto si veda anche Di Nella L., *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, Contratto e Impresa/Europa, 2007, 44.

⁸³ Cass. civ., 18 settembre, 2009, n. 20106, Foro it., 2010, I, 85, con nota di Palmieri A. - Pardolesi R., *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*. Si veda anche D'Amico G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, Contratti, 2010, 5.

tema di recesso, limitandosi a verificare la corrispondenza tra la fattispecie concreta e quella prevista nel contratto, oppure indagare in maniera più approfondita lo scopo perseguito mediante il recesso e, se del caso, affermare - in applicazione della clausola generale di buona fede - che la Renault avesse abusato del proprio diritto di recesso. Sul punto, la Corte di Cassazione ha optato per la seconda opzione, una scelta da molti ritenuta coraggiosa non rinvenendosi analoghi utilizzi del principio dell'abuso del diritto neppure nell'ordinamento tedesco in cui, nonostante le numerose e risalenti applicazioni basate sul § 242 BGB in tema di buona fede, è consolidata l'idea che non possa configurarsi l'abuso ogni volta in cui si verifichi una fattispecie disciplinata dal contratto, nel caso di specie il recesso.

Nel caso citato, applicando la clausola generale di buona fede, la Corte di Cassazione è andata oltre il mero dato normativo, ritenendo insufficiente l'elencazione nel contratto delle ipotesi di recesso e riconoscendo al giudice, nonostante la conformità dell'accordo delle parti alla previsione normativa, il potere di derivare l'abusività di un comportamento per contrarietà alla buona fede mediante un'attenta valutazione dello scopo concretamente perseguito.⁸⁴

⁸⁴ Patti S., *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, Giustizia Civile, 2016, 2, 242. L'A. rileva che, sebbene in dottrina sia molto diffuso il riferimento al codice civile francese, occorre invero tenere presente il codice tedesco del 1900 in quanto contenente alcune «celebri» clausole generali, quali quella sulla buona fede (§ 242 BGB) e quella sul buon costume (§ 138 BGB). A differenza dell'esperienza prussiana in cui il Legislatore, al fine di evitare ogni possibile creazione della norma applicabile al caso concreto da parte del giudice, aveva dato vita ad un *corpus* normativo formato da migliaia di paragrafi allo scopo di escludere ogni margine di incertezza, «il legislatore del BGB ha privilegiato un codice molto più breve e, nel contempo, ha avvertito l'esigenza di inserire alcune clausole generali, viste come “valvole” o “ventili” in grado di rendere elastico il tessuto normativo, servendo a diversi fini: colmare una

È noto che le clausole generali svolgano una duplice importante funzione, consentendo tanto di correggere regole non più adeguate in base all'evoluzione della società, quanto di colmare vuoti di regolamentazione.⁸⁵ A tali funzioni, invero, se ne affianca un'altra: è infatti mediante la clausola generale che si possono correggere i risultati cui si perverrebbe applicando una norma specifica ed è in tale ambito che si colloca il caso Renault in quanto, utilizzando il principio dell'abuso del diritto basato sulla clausola di buona fede, la Corte di Cassazione ha di fatto corretto - mediante il ricorso alla clausola generale - gli effetti previsti dalla norma del codice civile in tema di recesso, considerata non adeguata per la giusta soluzione del caso concreto.

Muovendo da tali premesse e dal contenuto del *considerando* 13 della Direttiva 2005/29/CE in cui si legge che «per conseguire gli obiettivi comunitari mediante l'eliminazione degli ostacoli al mercato interno, è necessario sostituire le clausole generali e i principi divergenti attualmente in vigore negli Stati membri», diverse

lacuna; aiutare il giudice nell'interpretazione della norma; correggere il risultato (considerato ingiusto nel caso concreto) a cui condurrebbe l'applicazione della norma specifica».

⁸⁵ Ancora Patti S., *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, cit., 245. Le indicate funzioni delle clausole generali spiegherebbero l'ampio consenso nei loro confronti sia negli ordinamenti nazionali che nei progetti di armonizzazione e di unificazione del diritto privato europeo, sebbene di effettiva armonizzazione non sempre possa parlarsi. Difatti, nonostante i vari ordinamenti europei procedano a tradurre con termini equivalenti le formule generiche delle clausole generali, i giudici nazionali tendono comunque ad applicare la clausola generale in modo conforme alla tradizione giuridica del proprio ordinamento: di conseguenza, «spesso, l'utilizzazione delle clausole generali favorisce una illusione di armonizzazione, perché le applicazioni all'interno dei singoli ordinamenti sono diverse e spetta alla Corte di Giustizia indicare la corretta soluzione. Come si è visto, si tratta tuttavia di un compito molto discusso, perché la Corte è chiamata ad interpretare le norme di legge e alcuni studiosi dubitano che l'attività di interpretazione possa essere estesa alle (norme che contengono) clausole generali, posto che nell'interpretazione della clausola generale si ravvisa già un'applicazione della norma che la contiene, per cui la Corte di Giustizia andrebbe oltre le sue competenze, in quanto stabilendo il significato della clausola generale detterebbe l'applicazione della norma».

sono state le posizioni adottate dalla dottrina in relazione al modo di intendere l'art. 20 Cod. Cons., se nel senso di clausola generale suscettibile di applicazione residuale ovvero di norma contenente i principi dell'intera materia (intendendo dunque le norme di dettaglio come applicazioni particolari della norma di principio).

Secondo una parte della dottrina, l'art. 20 Cod. Cons. va inteso come clausola generale destinata a trovare applicazione solo in via residuale e in quei casi non riconducibili nelle fattispecie delineate dalle disposizioni successive, siano esse *small general clauses* (di cui agli artt. 21 e 22 Cod. Cons. per le pratiche commerciali ingannevoli, e agli artt. 24 e 25 per quelle aggressive) ovvero pratiche rientranti nelle *black lists* (artt. 23 e 26 Cod. Cons.): in base a tale ricostruzione, dunque, l'art. 20 Cod. Cons. finisce per avere una applicazione meramente marginale in quanto limitata a colmare lacune legate alla impossibilità per il legislatore di disciplinare ogni possibile comportamento scorretto del professionista.⁸⁶

Ad avviso di altra parte della dottrina, invece, le disposizioni di cui agli artt. 21 e seguenti Cod. Cons. integrano particolari esplicazioni della clausola generale, ritenendo dunque l'art. 20 Cod. Cons. regola principale dell'intera disciplina:

⁸⁶ In tal senso Granelli C., *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, *Obbligazioni e contratti*, 2007, 777, il quale vede nell'art. 20 Cod. Cons. «norma di chiusura» destinata a trovare applicazione in relazione a quelle pratiche commerciali non riconducibili nella lista nera o nel novero di quelle «ingannevoli» o «aggressive». Sul punto si segnala anche De Cristofaro G., *La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali*, cit., 1066, ad avviso del quale «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 sua conformità alla "diligenza professionale" nonché dalla sua attitudine "a falsare il comportamento economico del consumatore"».

secondo i sostenitori di tale tesi, dal mancato riconoscimento all'art. 20 Cod. Cons. del valore di principio generale deriverebbe una interpretazione sostanzialmente abrogativa della clausola generale, in quanto quest'ultima finirebbe per non trovare applicazione né nella ipotesi di pratica ingannevole, né nella ipotesi di pratica aggressiva, essendo tali fattispecie regolate da norme più specifiche.⁸⁷

Invero, la scelta circa il rapporto intercorrente tra norma generale e norme di dettaglio si è orientata verso una loro integrazione reciproca⁸⁸, una scelta che si pone in linea con l'intento di armonizzazione massima perseguito dalla direttiva 2005/29/CE e con l'esigenza di semplificazione delle normative nazionali manifestata nel Libro verde sulla tutela dei consumatori, derivando inoltre da tale interdipendenza una semplificazione per l'attività dell'interprete. Sul piano pratico, infatti, quest'ultimo è esonerato da ogni altra attività accertativa in caso di pratica riconducibile alle *black lists*, in quanto la certezza della slealtà della pratica risulta già riconosciuta a monte dal legislatore (risultando indicativa sul punto la

⁸⁷ Di tale avviso è Pennisi R., *Considerazioni in merito alle pratiche commerciali ingannevoli*, *Giurisprudenza Commerciale*, 2012, 5, 653. Sul punto si veda anche Collins H., *The unfair commercial practices directive*, *ERCL*, 2005, 421: «*the Directive identifies two principal kinds of unfair commercial practice, namely misleading information and aggressive commercial practices, and defines these concepts in some details*», aggiungendo che «*these two types of unfair commercial practice do not, however, prevent the general standard from applying to other types of commercial practice if they fall within the definition*».

⁸⁸ Di Nella L., *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, cit., 44, il quale rileva che la struttura della normativa in esame ed il quadro di principi in cui essa trova collocazione inducono a ritenere che i vari livelli sono tra loro connessi in modo inscindibile. A ciò aggiunge che «l'individuazione dei contenuti della clausola generale si può realizzare compiutamente solo se si prendono in considerazione le specificazioni che provengono dalle clausole di specie e dalla lista nera. Altrettanto, e a maggior ragione, deve dirsi per le clausole di specie, la cui delineazione contenutistica dipende dall'integrazione delle prescrizioni della clausola generale con quelle delle specifiche disposizioni, tenendo anche in debita considerazione le indicazioni desumibili dalla lista nera».

formula «in ogni caso scorrette» contenuta negli artt. 23 e 26 Cod. Cons.); ove, invece, si tratti di pratica riconducibile a una delle *small general clauses* di cui agli artt. 21-22 e 24-25 Cod. Cons., ai fini della dichiarazione di scorrettezza di quest'ultima sarà onere dell'interprete verificare la sussistenza dei requisiti indicati dall'art. 20, comma 2 Cod. Cons.⁸⁹

Sulla scorta di quanto esposto, ne deriva dunque che l'art. 20 Cod. Cons. non solo svolge l'importante ruolo di definizione dei criteri di valutazione della scorrettezza di una pratica, ma altresì funge da norma di chiusura, destinata a

⁸⁹ De Cristofaro G., *Pratiche commerciali scorrette*, Enciclopedia del diritto, Annali V, 2012, 1087: «Al fine di valutare se una determinata pratica commerciale abbia o meno natura scorretta, l'interprete deve procedere nel modo seguente. In primo luogo, occorre stabilire se la pratica si presti o meno ad essere inquadrata in una delle previsioni delle "liste nere" [...] ovvero ricondotta ad una delle previsioni "speciali" [...]. Qualora questa verifica dovesse avere esito positivo, la pratica deve senz'altro essere considerata scorretta, senza alcuna possibilità di valutazione diversa o contraria, a prescindere pertanto dalle concrete ripercussioni che essa abbia avuto sui consumatori nei confronti dei quali sia stata posta in essere nonché dalla sua effettiva e concreta attitudine a falsarne in misura rilevante/apprezzabile il comportamento economico. [...] Qualora per contro la singola pratica dovesse risultare insuscettibile di essere ricompresa in una delle previsioni contenute negli art. 21 commi 3 e 4, 22-bis, 23 e 26, si tratta di appurare - con una valutazione da condursi "in concreto", tenendo conto cioè di tutte le circostanze del singolo caso nonché delle specifiche peculiarità che lo caratterizzano - se siano in essa ravvisabili gli estremi di una pratica commerciale ingannevole (a norma degli art. 21 commi 1 e 2, e 22) ovvero di una pratica commerciale aggressiva (a norma degli art. 24 e 25). Se tale verifica ha esito positivo, la pratica riconosciuta come ingannevole ai sensi dell'art. 21 o 22 ovvero come aggressiva a norma degli art. 24 e 25 è senz'altro da qualificarsi come scorretta, e ciò a prescindere dalla circostanza che essa si presti altresì ad essere considerata scorretta ai sensi del comma 2 dell'art. 20, e soprattutto a prescindere dalla sua attitudine a essere giudicata conforme o contraria alla diligenza professionale. Soltanto se si accerta che la pratica non ha natura ingannevole né aggressiva (ex art. 21, 22 e 24) si rende possibile e necessario il ricorso alla "nozione generale" di cui all'art. 20 comma 2, la quale pertanto si configura essenzialmente come una norma di chiusura dotata di una funzione sussidiaria e verosimilmente destinata a rivestire un ruolo piuttosto marginale, dal momento che le macrocategorie delle pratiche ingannevoli e aggressive vengono delineate negli art. 21, 22 e 24 in termini particolarmente ampi ed elastici».

trovare applicazione in quei casi in cui la condotta del professionista non risulti sussumibile in una norma di dettaglio.⁹⁰

3. Il divieto di pratiche commerciali scorrette

Nel fissare il generale divieto di porre in essere una pratica commerciale scorretta, l'art. 20 Cod. Cons. indica quali parametri di valutazione della scorrettezza la sussistenza cumulativa e non alternativa di due elementi: la contrarietà alla diligenza professionale e la falsità o l'idoneità a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio o del membro medio di un gruppo cui la pratica è diretta.

La diligenza richiesta al professionista viene definita dall'art. 18 lett. h) Cod. Cons. come «il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti

⁹⁰ Sul punto si veda Zorzi Galgano N., *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., 459: l'A. rileva che l'Autorità Antitrust ha aderito a tale posizione, evidenziandone il particolare merito di aver «fornito alcune prime importanti tipizzazioni, individuando cosa integri la contrarietà alla diligenza professionale, tenuto conto di tutte le circostanze dei casi concreti soggetti alla sua valutazione. Come rilevato dallo stesso Garante l'applicazione del dato normativo "... ha fatto propendere per un'interpretazione che non relega ad un ruolo marginale l'art. 20 c. cons., ma che al contrario, assegna alla disposizione un ruolo centrale ed in questo senso – si può aggiungere – si è anche in parte aderito in senso rafforzativo alla struttura dell'impianto della disciplina così come volutamente delineata dal legislatore comunitario. Pertanto, sia in ipotesi di condotte rientranti per così dire nella *black list* di pratiche commerciali considerate "in ogni caso" ingannevoli che nella *black list* di pratiche commerciali considerate "in ogni caso" aggressive l'Autorità, nella motivazione del proprio provvedimento sanzionatorio, ha comunque sempre operato espresso rinvio ai due parametri di cui all'art. 20 c. cons. costitutivi della scorrettezza».

rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista». ⁹¹

Sebbene parte della dottrina abbia ritenuto che il riferimento normativo alla diligenza professionale altro non fosse che un riferimento all'impegno richiesto nel rispettare certe regole ai fini del giudizio di colpevolezza⁹², l'orientamento interpretativo prevalso ha invece escluso che la diligenza di cui all'art. 18 lett. h) Cod. Cons. possa intendersi come criterio di valutazione della colpevolezza, costituendo invece un concetto specifico della disciplina in esame ed intendendosi la diligenza come l'insieme di «regole oggettive di comportamento corrispondenti ad un determinato grado/livello di conoscenze specialistiche, di

⁹¹ L'art. 2 direttiva 2005/29 definisce la diligenza professionale in termini di «rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista, il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori».

⁹² Libertini M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., 90. *Contra* Castronovo C., *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, Europa e Diritto Privato, 2008, 9, che evidenzia l'errata convinzione in base alla quale la diligenza cui fa riferimento l'art. 1176 c.c. costituirebbe sempre il correlato positivo della *culpa*. Per una più approfondita disamina del significato di diligenza, si veda Piraino F., *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette*, Europa e diritto privato, 2010, 1117. Si veda anche Tar Lazio, 18 gennaio 2010, n. 306: «non esiste[ndo] un astratto paradigma suscettibile di integrare un univoco termine di riferimento quanto all'individuazione di un comportamento "diligente" in capo all'operatore finanziario, la concreta commisurazione del relativo obbligo deve essere necessariamente parametrata con la condotta concretamente esigibile nella particolare fattispecie in considerazione; ovvero, in quel comportamento che, avuto riguardo alla peculiarità della vicenda negoziale e al complesso di conoscenze riferibili all'operatore finanziario stesso ed alla qualificazione del "contatto" con la clientela sia - o meno - suscettibile di essere interpretato come "pratica commerciale scorretta" [...]. In tali termini depone l'interpretazione della normativa comunitaria di riferimento (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 11 maggio 2005 n. 29, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno), nella parte in cui (art. 2) definisce la nozione di "diligenza professionale" prendendo in considerazione [...] il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori».

cura e d'attenzione che il professionista è tenuto ad osservare nelle pratiche commerciali che pone in essere nei confronti dei consumatori».⁹³ La nozione di diligenza accolta è, dunque, particolarmente ampia e - proprio grazie alla sua genericità e alla necessità di declinare volta per volta il suo significato - finalizzata a garantire tutela in un settore in continua evoluzione, nonché a sanzionare attività del professionista che risultino, anche solo in astratto, idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore.⁹⁴

Secondo parametro di valutazione della scorrettezza è la falsità ovvero l'idoneità della pratica a falsare il comportamento economico del consumatore medio⁹⁵: si tratta di una previsione invero significativa sotto un duplice aspetto in

⁹³ Si veda Venuti M. C., *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, Europa e diritto privato, 2000, 1069: «Nel sistema codicistico l'art. 1176 relativo all'obbligo primario di prestazione e l'art. 1175 (cfr. pure l'art. 1375) riferito invece al rapporto obbligatorio nel suo complesso, non prescindono mai dall'esistenza di un rapporto giuridicamente rilevante - sia pure nella semplice fase delle trattative - tra due parti definite e precisamente individuate. I concetti comunitari hanno una valenza più ampia - il comportamento con i clienti e l'agire imprenditoriale - e chiamano in campo non tanto standard valutativi riferibili a canoni di condotta espressione di norme e principi giuridici, quanto pratiche del commercio, usi imprenditoriali, regole tecniche», aggiungendo altresì che «i concetti di correttezza e diligenza, che esprimono nella tradizione codicistica delle regole di condotta all'interno di una relazione giuridicamente rilevante e definita, oggi acquistano un diverso e più ampio significato, veicolando all'interno del rapporto negoziale e nella definizione degli obblighi di condotta comunque dovuti dal soggetto professionalmente caratterizzato, interessi terzi ritenuti meritevoli di tutela: dei concorrenti, del pubblico dei risparmiatori».

⁹⁴ Si rinvia ancora a Venuti M. C., *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, cit., 1049. Si veda anche Consiglio di Stato, 31 gennaio 2011, n. 720: «in materia di pratiche commerciali, i professionisti sono tenuti a rispettare uno standard di diligenza tale da consentire al consumatore di determinarsi consapevolmente in un mercato concorrenziale. [...] Si tratta di una nozione di "diligenza professionale" che assume rilievo specifico nell'ambito della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e si differenzia rispetto alla nozione civilistica di diligenza nell'adempimento delle obbligazioni e di colpa nell'ambito dell'illecito aquiliano».

⁹⁵ Cfr. art. 18 lett. e) Cod. Cons. ai sensi del quale, per falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori è richiesto «l'impiego di una pratica commerciale

quanto non solo la norma non richiede l'effettiva lesione degli interessi dei consumatori ma ritiene sufficiente la idoneità della pratica a ledere detti interessi, ma altresì perché la stessa individua come parametro di valutazione della scorrettezza una nuova figura spersonalizzata, vale a dire il consumatore medio.⁹⁶

In linea con l'ampiezza nozionistica evidenziata si pone inoltre la definizione di «decisione di natura commerciale» di cui all'art. 18 lett. m) Cod. Cons., tanto da ricomprendere non solo la scelta del consumatore in ordine all'accettare o meno l'instaurazione di un rapporto contrattuale con un professionista, ma anche le scelte relative al tenore delle singole clausole del regolamento negoziale. A ciò si aggiunga che, coerentemente con la scelta di includere nel novero delle pratiche suscettibili di essere considerate scorrette anche i comportamenti successivi alla stipulazione di un contratto, la nozione di decisione commerciale si estende fino a ricomprendere anche la decisione relativa all'esercizio di un diritto di cui il consumatore diviene titolare a seguito della conclusione di un contratto ovvero *ex lege*.⁹⁷

idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

⁹⁶ Si legge nel *considerando* 18 della direttiva che vanno protetti tutti i consumatori dalle pratiche commerciali scorrette. Tuttavia, in ragione del principio di proporzionalità, la Corte di Giustizia in sede di valutazione dell'impatto pubblicitario ha ritenuto opportuno spostare l'attenzione su un virtuale consumatore tipico: da qui la scelta del legislatore europeo contenuta nella direttiva 2005/29/CE di prendere 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».

⁹⁷ In relazione ai diritti *ex lege*, ci si riferisce ai diritti contemplati da normative (nazionali attuative di direttive) dell'Unione Europea ovvero previsti da disposizioni introdotte dai legislatori nazionali, nonché ai diritti sanciti da provvedimenti normativi concernenti i soli contratti conclusi da consumatori con professionisti e a quelli riconosciuti da disposizioni di

Sebbene in dottrina si sia registrata una discordanza di opinioni tra chi vede nell'idoneità di una pratica a indurre il consumatore a prendere una decisione che non avrebbe altrimenti preso un requisito diverso e ulteriore rispetto alla idoneità ad alterare sensibilmente la sua capacità decisionale, e chi, *a contrario*, ritiene che tale idoneità costituisca il parametro da adottare per la concretizzazione dell'avverbio «sensibilmente» (nel senso che la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole può considerarsi alterata «sensibilmente» solo ove la pratica commerciale sia tale da svolgere un ruolo decisivo nell'indurre il consumatore a prendere una certa decisione negoziale), è ormai opinione condivisa che l'alterazione della capacità del consumatore di adottare una decisione consapevole sussista non solo nei casi in cui una pratica scorretta lo conduca a concludere un contratto, ma altresì nei casi in cui detta pratica sia tale da indurlo a non instaurare un rapporto contrattuale ovvero da portarlo a porre fine a un contratto precedentemente concluso.⁹⁸ Ciò da cui in ogni caso non può prescindere è la necessaria rilevanza che una pratica commerciale deve possedere nel falsare il comportamento economico del consumatore, aspetto questo che non solo vale ad escludere la sanzionabilità di pratiche idonee ad incidere solo minimamente sulla determinazione, ma anche ad escludere dalla nozione di «pratica» comportamenti puramente sporadici, essendo la *ratio* della direttiva 2005/29 rivolta alla correzione di distorsioni del mercato costituite da

carattere generale, pertanto applicabili a prescindere dalla qualificazione soggettiva dei contraenti e dall'inerenza o estraneità a un'attività imprenditoriale o professionale degli scopi da essi perseguiti. Sul punto si veda De Cristofaro G., *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 1092.

⁹⁸ *Amplius* De Cristofaro G., *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 1093.

comportamenti lesivi della libertà di scelta dei consumatori, che devono comunque raggiungere un livello socialmente apprezzabile.⁹⁹

4. Le pratiche commerciali ingannevoli

Passando ora alla distinzione tra le diverse tipologie di pratiche commerciali, quelle «ingannevoli» risultano articolate in azioni (art. 21 cod. cons.), omissioni (art. 22 cod. cons.) e fattispecie tipiche (art. 23 cod. cons.), accomunate dal denominatore della attitudine della pratica «ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

In particolare, ai sensi dell'art. 21 Cod. Cons., costituisce «azione ingannevole» una pratica commerciale che fornisca o divulghi informazioni non veritiere in merito a uno degli elementi elencati nelle lett. a-g) del comma 1 del citato articolo, ovvero una pratica che, pur comunicando informazioni oggettivamente veritiere, per qualsivoglia ragione - attinente ad esempio alla modalità di presentazione o di trasmissione delle informazioni - sia suscettibile di indurre il consumatore medio in errore in merito a uno degli elementi indicati dalla norma.

⁹⁹ Libertini M., *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, Giurisprudenza Commerciale, 2009, 880. Un importante spunto di riflessione è invero offerto dalla sentenza della Corte di Giustizia, 16 aprile 2015, causa C-388/13, pubblicata nella rivista I Contratti, 8-9 del 2015, 770, con commento di Genovese A., *Pratiche sleali, diligenza professionale e regola de minimis*: in tale sentenza, la Corte si è pronunciata nel senso di estendere l'ambito applicativo della direttiva 2005/29/CE anche a quei casi in cui la comunicazione ingannevole resa dal professionista abbia riguardato un solo consumatore. Ancor prima della indicata pronuncia, non condivide l'interpretazione restrittiva De Cristofaro G., *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 1084, ad avviso del quale può qualificarsi come pratica commerciale anche una condotta posta in essere nei confronti di un singolo consumatore in relazione a un isolato rapporto contrattuale, da instaurarsi o instaurato, non rinvenendosi nella direttiva 2005/29/CE disposizioni suscettibili di giustificare una restrizione applicativa.

Il secondo comma dell'art. 21 Cod. Cons. annovera tra le pratiche ingannevoli quelle decettive, vale a dire quelle pratiche che si sostanzino in attività di commercializzazione di beni o servizi suscettibili di ingenerare confusione con i beni o i servizi offerti da professionisti concorrenti, ovvero in condotte contrastanti con i precetti di codici di condotta che il professionista si sia impegnato a rispettare nella propria attività.

Ai sensi dell'art. 22 Cod. Cons. costituisce, invece, «omissione ingannevole» una pratica commerciale posta in essere da un professionista che ometta, occulti o presenti in modo ambiguo o incomprensibile informazioni suscettibili di essere qualificate come «rilevanti».¹⁰⁰

¹⁰⁰ De Cristofaro G., *Pratiche commerciali scorrette*, Enciclopedia del diritto, cit., 1097. Con specifico riguardo al carattere della «rilevanza», l'A. evidenzia che, nelle ipotesi in cui la pratica commerciale integri gli estremi di un «invito all'acquisto», devono considerarsi rilevanti anche le informazioni relative agli elementi elencati nel comma 4 dell'art. 22, quali: a) le caratteristiche principali del prodotto, illustrate in misura adeguata al mezzo di comunicazione utilizzato e alla natura del bene o del servizio; b) l'identità e l'indirizzo geografico della sede del professionista che pone in essere la pratica ed eventualmente del professionista per conto del quale egli agisce; c) il prezzo del bene o del servizio o quantomeno le modalità di calcolo dello stesso nonché, se del caso, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali; d) le modalità di effettuazione del pagamento del corrispettivo, della consegna dei beni e della prestazione dei servizi e il sistema di gestione dei reclami, nell'ipotesi in cui dovessero differire rispetto a quanto imposto dalla diligenza professionale; e) l'eventuale esistenza, in capo al consumatore cui viene offerto il bene o il servizio, del diritto di recedere dal contratto stipulato per acquistarlo. Sul punto, si veda anche Corte di Giustizia, 12 maggio 2011, causa C-122/10, *Konsumentombudsmannen c. Ving Sverige AB*, punti 52-59, in cui la Corte ha chiarito che l'invito all'acquisto possa limitarsi a indicare soltanto talune delle caratteristiche principali del prodotto, ben potendo le altre informazioni essere indicate al di fuori del mezzo di comunicazione utilizzato per lo stesso invito all'acquisto, quando la loro menzione all'interno di esso non sia indispensabile (tenuto conto del contesto o del prodotto in questione) o comunque risulti impossibile (tenuto conto del mezzo di comunicazione utilizzato), e laddove il professionista rinvi al proprio sito Internet, sempre che detto sito consenta effettivamente al consumatore di accedere alle informazioni supplementari relative alle caratteristiche principali del prodotto non fornite nell'invito all'acquisto. Spetta comunque al giudice nazionale, aggiunge la Corte, stabilire se l'indicazione di alcune soltanto fra le caratteristiche principali del prodotto consenta al

Come rilevato in dottrina, il giudizio di illegittimità di tali omissioni deve tenere conto non solo delle caratteristiche e delle circostanze del caso, ma altresì dei limiti strutturali del mezzo scelto per la pubblicità, quali ad esempio le restrizioni in termini di spazio e di durata della diffusione del messaggio, con la conseguenza che vanno ricondotti nel novero delle pratiche omissive anche comportamenti ritenuti «opachi», quali le pratiche in cui le informazioni ritenute rilevanti siano rese in maniera ambigua, oscura, poco o per nulla comprensibile.¹⁰¹

Quanto indicato evidenzia, dunque, l'obbligo di comportamento che la disciplina in materia di pratiche commerciali ingannevoli pone a carico del professionista, un obbligo che si sostanzia nel fornire quelle informazioni che consentano al consumatore di assumere una decisione commerciale consapevole, allo scopo di riequilibrare un rapporto contrattuale naturalmente asimmetrico e con la conseguenza che il giudizio di ingannevolezza dovrà fondarsi su una

consumatore di assumere una decisione di natura commerciale sufficientemente consapevole e informata, con una valutazione «caso per caso» da condursi tenendo conto del contesto nel quale l'invito all'acquisto è stato rivolto ai consumatori, del mezzo di comunicazione a tal fine impiegato dal professionista nonché della natura e delle caratteristiche del prodotto cui esso si riferisce.

¹⁰¹ Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., 33. Cfr. anche Fachechi A., *Gli orientamenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di pratiche commerciali scorrette (anni 2014-2015)*, Concorrenza e mercato, 2016, 499, la quale rileva che lo sviamento della volontà trova prevalente realizzazione nel momento della promozione commerciale, mediante attività di stimolo del desiderio e persuasione inevitabilmente attratte nell'ambito della disciplina sulle trattative precontrattuali. In particolare, «per quanto preceda la nascita del rapporto economico, la propaganda non si colloca in uno spazio vuoto di diritto ove tutto è permesso. Al contrario, la modalità di presentazione del prodotto o del servizio può essere tanto rilevante da spiegare riflessi sulle sorti del contratto eventualmente concluso, secondo il grado di pervasività della scorrettezza nel percorso di formazione del consenso del consumatore. In concreto, il livello di incidenza dell'infedeltà del professionista sulla determinazione commerciale può variare e la slealtà può indurre il consumatore ora a concludere un contratto altrimenti non voluto, ora a stipularne uno che si sarebbe comunque concluso ma a condizioni o in tempi differenti».

valutazione onnicomprensiva della pratica che tenga conto della modalità di diffusione dell'informazione, del contesto in cui questa si colloca, nonché delle caratteristiche del prodotto commercializzato.¹⁰² Il contenuto della disciplina in esame integra, infatti, un «obbligo positivo, ossia comportamentale in senso lato, in quanto il professionista non deve solo lasciare il consumatore libero di acquisire le informazioni rilevanti nel senso di fornirgliel passive, ma deve anche presentarle in maniera tale che quelle rilevanti siano “assorbite” dal consumatore stesso e che siano alla base della sua scelta commerciale. Un professionista che “inondasse” il consumatore di tutte le informazioni relative al prodotto da commercializzare, affiancando agli elementi rilevanti una moltitudine di notizie irrilevanti, avrebbe sì fornito le informazioni, ma solo in teoria. In altre parole, le avrebbe fornite, ma scorrettamente. Il che equivale a non fornirle affatto».¹⁰³

¹⁰² In termini di valutazione onnicomprensiva della pratica si esprime l'Autorità Antitrust nel caso PS 1128, provv. 19202, David2 - Promozione servizi a decade, Boll. 45/2008, in cui viene evidenziato come l'ambiguità ed il carattere fuorviante della pratica commerciale risultino amplificati ove si prendano ad esempio in considerazione i consumatori appartenenti ad una fascia di età più giovane, tanto che l'art. 20, comma 3 Cod. Cons. evidenzia per essi un'esigenza di tutela più specifica e rafforzata quale gruppo di consumatori particolarmente vulnerabile in ragione della loro età o ingenuità. In particolare, «le indicazioni carenti e poco chiare contenute nei messaggi circa le caratteristiche ed i costi finali del servizio pubblicizzato possono risultare ulteriormente pregiudizievoli in considerazione della naturale mancanza di esperienza dei giovani, anch'essi potenziali destinatari dei messaggi di cui si tratta, in quanto meno propensi a distaccate e specifiche valutazioni di opportunità economica».

¹⁰³ Così Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., 37.

5. Le pratiche commerciali aggressive

A differenza delle pratiche ingannevoli caratterizzate dalla decettività del comportamento del professionista, le pratiche commerciali aggressive sono connotate dalla idoneità ad estorcere la scelta del consumatore mediante ricorso da parte del professionista a molestie, coercizione o indebito condizionamento, limitando considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio e inducendolo ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso.

Più nel dettaglio, la nozione di molestia include tutti quei comportamenti idonei a turbare, limitare o ostacolare in maniera significativa il godimento di diritti di cui il consumatore sia titolare, nonché quei comportamenti tali da indurre il consumatore a ritenere che solo una decisione commerciale adottata in un determinato senso possa porre fine al turbamento.

In relazione alla coercizione, sebbene la norma equipari la coercizione fisica a quella psicologica, essa va intesa non nel senso di limitazione della volontà del consumatore bensì di annullamento della stessa. Come rilevato, infatti, «il consumatore in questo caso non solo non avrebbe voluto compiere la scelta commerciale auspicata (*rectius*, estorta) dal professionista sleale anche solo come “via di fuga” rispetto alla condotta incriminata, ma addirittura non compie alcuna scelta».¹⁰⁴

Da ultimo l'indebito condizionamento, definito dalla lett. l) dell'art. 18 cod. cons. come «lo sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore

¹⁰⁴ Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., 41.

per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o la minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole». Esso si pone come fattispecie di chiusura, volta a comprendere tutti quei comportamenti che, pur non molesti o coercitivi, siano tali da consentire al professionista di sfruttare la sua posizione di vantaggio per far compiere una certa scelta commerciale al consumatore.¹⁰⁵ L'indebito condizionamento è sovente attuato mediante ricorso a tecniche di negoziazione la cui forza risiede, in particolar modo, nella loro idoneità a catturare l'attenzione del cliente, inducendolo a stipulare in tempi ristretti - e senza margini di riflessione adeguata sull'opportunità dell'affare - figure contrattuali di varia natura e con oggetti diversi, benché tutte accomunate dal disorientamento del consumatore dovuto al comportamento del professionista, nonché dalla

¹⁰⁵ De Cristofaro G, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 1100, nt. 99: l'A. evidenzia che nella Relazione alla Proposta di direttiva presentata dalla Commissione nel 2003 (COM/2003/0356 def., punto 71) si afferma che, «ad esempio, si avrebbe un caso di indebito condizionamento qualora un professionista offrisse a un consumatore già indebitato nei suoi confronti e in ritardo con i pagamenti la possibilità di rinegoziare il debito a condizione che questi acquisti un altro prodotto». Sul punto si segnala inoltre il provvedimento dell'Autorità antitrust n. 26134, Telecom-rimodulazione piani tariffari 28 giorni, PS 10246, Boll. 28/2016, in cui dalle risultanze istruttorie è emerso che la riduzione del periodo di rinnovo da 30 a 28 giorni ha riguardato anche le offerte abbinate alla vendita a rate dei prodotti, prevedendo a carico del cliente che intendesse avvalersi della facoltà di recedere dal contratto di cui all'articolo 70, comma 4, Cod. Com. Elettr. l'addebito in un'unica soluzione del saldo delle rate residue nonché, nei casi di passaggio ad altro operatore, delle ulteriori somme previste per il recupero dello sconto praticato al cliente in sede di contrattualizzazione. Tali circostanze, comportando un aggravio economico per il cliente interessato a recedere, integrano gli estremi di una coercizione o di un indebito condizionamento idoneo a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore rispetto all'esercizio del diritto di recesso, facendogli infatti assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso, ossia non esercitare il diritto di recesso previsto a sua tutela.

impossibilità di visionare personalmente il prodotto con conseguente e non infrequente mistificazione delle qualità dello stesso.¹⁰⁶

In relazione all'accertamento dei presupposti volti a qualificare una pratica commerciale come aggressiva, al pari delle pratiche commerciali ingannevoli, esso deve sempre condotto in concreto, valutando cioè le specifiche circostanze e caratteristiche della singola fattispecie. In particolare, al fine di determinare se una pratica commerciale sia aggressiva, l'art. 25 Cod. Cons. (art. 9 direttiva 2005/29/CE) pone a carico dell'interprete il dovere di valutare precisi elementi, quali: a) i tempi, il luogo, la natura o la persistenza; b) il ricorso alla minaccia fisica o verbale; c) lo sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore; d) qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda

¹⁰⁶ Fachechi A., *Gli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia di pratiche commerciali scorrette (anni 2014-2015)*, cit., 503: un esempio in tal senso è dato dalle vendite porta a porta che, «in sé aggressive, sfruttano l'effetto destabilizzante della sorpresa che coglie il consumatore e che diventa fattore di facile condizionamento della consapevolezza del consenso. Le circostanze di luogo rilevano, a parere dell'Autorità garante, “in quanto essendo il venditore all'interno dell'abitazione del consumatore [è in grado di esercitare] una pressione psicologica su quest'ultimo”. In più, le visite a domicilio sono riservate, spesso, a categorie di consumatori potenzialmente più vulnerabili, di timori e preoccupazioni dei quali è possibile profittare per “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”, pratica considerata (non soltanto aggressiva ex artt. 24 e 25, ma anche) in ogni caso ingannevole ex art. 23, lett. n) c. cons.». L'A. richiama inoltre la pronuncia dell'Autorità antitrust del 28 ottobre 2014, n. 25166-PS9489 (Poltroneseofà - Caratteristiche dell'offerta), con la quale viene accertata la scorrettezza della continua indicazione di sconti nel prezzo di divani e poltrone come elemento costante della campagna pubblicitaria. Nella specie, si rileva che piccole variazioni circa l'oggetto delle promozioni non sono percepite dai consumatori, in quanto indotti in confusione sia sui prodotti sia sull'entità degli sconti ripetutamente proposti, dalle informazioni relative alla breve durata delle promozioni.

esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista; e) qualsiasi minaccia di promuovere un'azione legale ove tale azione sia manifestamente temeraria o infondata. Con la precisazione - già anticipata nel paragrafo dedicato al divieto di pratiche commerciali scorrette - che, pur riconducibile ad uno dei casi indicati, una condotta non può *sic et simpliciter* essere qualificata come pratica scorretta. Se, infatti, non è revocabile in dubbio che lo sfruttamento da parte del professionista di un evento tragico a lui noto in grado di incidere sulla decisione del consumatore costituisca una forma di indebito condizionamento, così come non può dubitarsi che l'apposizione di ostacoli all'esercizio di diritti spettanti ai consumatori ovvero la minaccia di assumere iniziative giudiziarie manifestamente temerarie o infondate costituiscano rispettivamente una molestia e una coercizione, ad una pratica può essere riconosciuta la scorrettezza e la aggressività solo ove se ne accerti in concreto l'attitudine a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio, spingendolo ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso, essendo questo l'effettivo presupposto che consente di differenziare le tipologie di condotte esaminate dalle fattispecie di pratiche commerciali «in ogni caso aggressive/ingannevoli» elencate nelle *black lists*.¹⁰⁷

¹⁰⁷ De Cristofaro G., *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 1100.

6. Il professionista

L'articolo 2 lett. b) della Dir. 2005/29/CE definisce il professionista come «qualsiasi persona fisica o giuridica che [...] agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisca in nome o per conto di un professionista», definizione che ha trovato accoglimento nel nostro ordinamento all'art. 18, lett. b) cod. cons.

A differenza dell'art. 3, lett. c) cod. cons., in cui si legge che è professionista «la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario», l'art. 18 cod. cons. ricomprende nella nozione in esame chiunque agisca in suo nome e per suo conto, senza dunque limitare l'estensione della nozione al solo intermediario. Differenza, invero, licenziata come puramente lessicale e del tutto marginale, essendo stato rilevato che, ove si volesse ricavare un significato dalla diversità di linguaggio, essa potrebbe essere giustificata o dall'intento di eliminare l'imprecisione del riferimento all'intermediario contenuto nell'art. 3 Cod. Cons., oppure dall'intento del legislatore di rimarcare la vocazione generalista della disciplina delle pratiche commerciali scorrette.¹⁰⁸ Significativo sul

¹⁰⁸ Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., 59: l'A. rileva che, tra la definizione generale e quella dettata relativamente alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, vi sono altre due differenze, in quanto l'art. 18 cod. cons. si riferisce a qualsiasi persona fisica o giuridica nonchè all'agire nel quadro dell'attività commerciale. In relazione a tali due aspetti, si ritiene che non vi sia alcuna differente conseguenza sul piano sostanziale della disciplina, in quanto «il riferimento all'agire nel quadro dell'attività può, al massimo, evidenziare un allargamento della fattispecie al compimento non solo di atti caratteristici della propria attività commerciale, ma anche di quelli che sono solo connessi alla stessa. Del resto, il riferimento al professionista come a qualsiasi persona fisica o giuridica fa il paio con la definizione di consumatore dettata dall'art. 18, lett. b), cod. cons. come qualsiasi persona fisica».

punto è stato l'intervento della giurisprudenza amministrativa la quale, dopo aver evidenziato che ai fini dell'assunzione della qualifica di professionista l'art. 18 Cod. Cons. richieda che la pratica commerciale sia posta in essere da un soggetto quale manifestazione della sua ordinaria attività di lavoro, ha chiarito che tale qualifica vada riconosciuta a chiunque partecipi alla realizzazione di una pratica e tragga da essa uno specifico e diretto vantaggio economico o commerciale.¹⁰⁹

Ciò che risulta in ogni caso evidente è che il professionista debba sempre intendersi in senso opposto al consumatore in quanto, mentre quest'ultimo agisce per fini estranei a una qualsivoglia attività imprenditoriale, il primo agisce per finalità legate allo svolgimento di una attività economica. Ma si tratta di una contrapposizione che ha assunto una dimensione normativa solo a partire dalla entrata in vigore del Codice del Consumo, essendo emerse prima di tale momento talune criticità in relazione al caso di acquisto «promiscuo», vale a dire l'acquisto compiuto da un soggetto per fini personali e professionali.

Per meglio comprendere quanto appena detto, occorre muovere da una risalente pronuncia della Corte di Giustizia, il caso *Gruber c. Bay* la cui vicenda è la seguente.¹¹⁰

¹⁰⁹ Sul punto cfr. Tar Lazio, 25 gennaio 2012, n. 1575. Si segnala inoltre Cass. civ., 23 febbraio 2007, n. 4208, in cui si legge che «perché ricorra la figura del “professionista” non è necessario che il contratto sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente - come si evince dalla parola “quadro” - che esso venga posto in essere per uno scopo connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale».

¹¹⁰ Corte di Giustizia, 20 gennaio 2005, *Gruber c. Bay Wa AG*, C-464/01, in Racc., 2005, I - 439. Si rinvia *amplius* a Fazio E., *La tutela consumeristica e l'acquisto per fini promiscui*, Europa e diritto privato, 2007, 153: l'A. evidenzia che uno dei problemi più frequentemente posti all'attenzione del giudice comunitario è proprio quello relativo all'ampiezza della nozione di consumatore, in particolare se tale nozione possa ricomprendere anche l'imprenditore che agisca al di fuori degli

L'imprenditore agricolo Gruber era proprietario di una fattoria situata in Austria Superiore nei pressi della frontiera tedesca, fattoria in parte adibita ad uso abitativo ed in parte ad allevamento di bestiame. Per sostituire il tetto della struttura, il signor Gruber si era rivolto alla società Bay Wa AG (con sede in Germania), titolare di un punto vendita di materiali da costruzione nei pressi della fattoria nel quale l'imprenditore si era recato personalmente.

Tuttavia, sostituite le tegole, queste presentavano rilevanti differenze cromatiche nonostante la promessa di un colore uniforme. Il signor Gruber decideva così di citare in giudizio la società tedesca, chiedendo il risarcimento del danno in veste di consumatore e rivolgendosi al giudice del luogo del suo domicilio, vale a dire l'Autorità austriaca. Da qui la *querelle*: il giudice adito, respingendo l'eccezione di incompetenza sollevata dalla società, si dichiarava competente a decidere la causa; contrariamente il giudice d'appello, accogliendo l'eccezione di incompetenza, dava ragione alla società tedesca appellante dichiarandosi pertanto incompetente.

Sollecitata dal signor Gruber, la Corte Suprema austriaca decideva così di sospendere il giudizio e di demandare alla Corte di Giustizia la seguente questione pregiudiziale: se, ai fini della qualità di consumatore ai sensi dell'art. 13 della

stretti limiti della propria attività imprenditoriale. A tal proposito, viene richiamata tra le tante la sentenza della Corte di Giustizia CE 3 luglio 1997, C-269/95 (*Benincasa c. Dentalkit Srl*) in cui i Giudici europei, in riferimento alla nozione di consumatore contenuta nell'art. 13 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, hanno rilevato che tale nozione vada interpretata restrittivamente e, pertanto, solo i contratti conclusi al fine di soddisfare le esigenze di consumo privato di un individuo possono essere soggetti alla disciplina del consumatore in quanto parte considerata economicamente più debole, mentre tale tutela non si giustificerebbe nel caso di contratti il cui scopo sia un'attività professionale.

Convenzione di Bruxelles, in caso di parziale rispondenza della prestazione ad esigenze private, fosse decisivo il prevalente scopo privato o professionale della prestazione stessa e quali criteri dovessero ritenersi determinanti per la prevalenza dello scopo privato o di quello professionale.

Così delineata la vicenda, la decisione della Corte di Giustizia era stata nel senso di interpretare in modo particolarmente rigoroso il requisito della estraneità all'attività professionale previsto per il consumatore, con la conseguenza che nei casi di acquisto promiscuo l'acquirente poteva essere inteso in termini di consumatore solo ove l'uso professionale avesse avuto un rilievo trascurabile nell'operazione complessivamente considerata, costituendo pertanto lo svolgimento dell'attività imprenditoriale l'elemento essenziale per la definizione della qualifica soggettiva da riconoscere.¹¹¹

¹¹¹ Nel caso esaminato, la particolare protezione riservata ai consumatori dalla Convenzione citata è apparsa inestensibile in quanto il contratto era stato stipulato da un soggetto che agiva in parte anche per scopi connessi alla propria attività professionale. I giudici comunitari, dunque, individuati i criteri atti a stabilire quando un'attività contrattuale svolta da un imprenditore viene esercitata per motivi personali e quando per uso professionale, hanno concluso per le ipotesi di contestuale soddisfacimento di finalità miste nel senso della non operatività del criterio della predominanza tra l'uso privato e quello professionale ai fini della applicazione della normativa a protezione del consumatore, a meno che la proporzione dell'uso relativo all'attività professionale non sia marginale. Cfr. Fazio E., *La tutela consumeristica e l'acquisto per fini promiscui*, cit., 177: «In questa ottica la non riconducibilità degli atti misti alle attività del consumatore e dunque la inapplicabilità della relativa disciplina appare conseguenza necessaria, più che dell'utilizzo del criterio della destinazione prevalente, della impossibilità di considerare l'atto promiscuo e quindi compiuto per finalità professionali come caratterizzato dalla extraprofessionalità; come rileva efficacemente Corte eur. giust. 20-1-2005 C-464/01 cit. "dal momento che una persona conclude un contratto per un uso connesso alla sua attività professionale, si deve considerare che essa agisce su un livello di parità con la sua controparte, di modo che la particolare protezione riservata ai consumatori dalla Convenzione di Bruxelles in tal caso non è giustificata"».

Rigore non pienamente condiviso dalla dottrina nazionale, tanto da aver indotto parte di essa verso una interpretazione estensiva della nozione di consumatore, basata sulla distinzione tra atti della professione e atti relativi alla professione quale parametro – rispettivamente – per negare o affermare la qualifica di consumatore.¹¹² In base a tale distinzione, in particolare, nella categoria degli atti della professione andavano collocati quelli compiuti da un soggetto per l'esercizio della professione e per i quali andava necessariamente esclusa la natura di contratti del consumatore; viceversa, negli atti relativi alla professione andavano annoverati quelli che, pur strumentali o connessi, non costituivano quanto all'oggetto espressione dell'esercizio della professione, con conseguente loro collocazione nei contratti di consumo.

¹¹² *Funditus* Gabrielli E., *Sulla nozione di consumatore*, cit., 1165 L'A. rileva che il limite principale della teoria dello scopo dell'atto risiede, «oltre che nei problemi sollevati dal c.d. uso promiscuo, nella eccessiva rigidità, e dunque nel disinteresse verso analoghi problemi di asimmetria informativa esistenti nella contrattazione tra professionisti allorchè una delle parti si ponga nei riguardi dell'atto, e anche dal punto di vista della controparte, quale consumatore (seppure strumentalmente all'esercizio dell'attività d'impresa) al pari di qualsiasi altra persona fisica che concluda l'atto per scopi extraprofessionali. [...] Sorge il dubbio, in altri termini, se sia logico e coerente con la *ratio* degli interventi a tutela del consumatore, soprattutto nella prospettiva della salvaguardia della concorrenza e del mercato, includere nel consumo finale tutelato soltanto il consumo privato e non anche quello strumentale, o, se si preferisce, "professionale"». Cfr. anche Fazio E., *La tutela consumeristica e l'acquisto per fini promiscui*, cit., 179, in cui si legge che «se per causa si intende la ragione pratica del negozio, sia essa la funzione giuridica espressa dalla sintesi dei suoi effetti giuridici essenziali oppure la funzione economico-sociale o quella economico-individuale o ancora meglio l'interesse fondamentale alla cui realizzazione il programma negoziale è preordinato, talora è sul terreno funzionale della connotazione causale che va ricercata e verificata l'ipotetica promiscuità delle finalità perseguite. In sostanza è la causa, quale criterio ed elemento connotativo dell'assetto di interessi perseguito dalle parti, a qualificare il contraente, in senso consumeristico o meno. Vi è in sostanza parallelismo tra funzione consumeristica dell'atto, riconoscibile dall'interesse fondamentale perseguito e dal dispiegarsi dei suoi effetti economico-sociali e giuridici, e la qualità dell'agente».

Una questione interpretativa di indubbio interesse che, come anticipato, ha successivamente trovato soluzione: con l'entrata in vigore del D.lgs. 206/2005, infatti, il professionista è stato espressamente definito come «la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività», a conferma della ormai inderogabile contrapposizione tra esso ed il consumatore.¹¹³

7. Il consumatore medio

Definito dal *considerando* 18 della direttiva n. 2005/29/CE come soggetto «normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto»¹¹⁴, la figura del consumatore medio ha trovato accoglimento nel nostro ordinamento all'art. 20, comma 2 Cod. Cons., divenendo come detto il parametro di riferimento per la

¹¹³ Ulteriori chiarimenti in merito al riconoscimento della qualifica di professionista sono stati forniti, come anticipato, dalla giurisprudenza amministrativa la quale, sulla base di un orientamento ormai consolidato, riconosce detta qualifica a chiunque partecipi alla realizzazione di una pratica ex art. 20, comma 2 traendone uno specifico e diretto vantaggio economico o commerciale (cfr. Tar Lazio, 2 marzo 2018, n. 2330; Tar Lazio, 10 gennaio 2017, nn. 311 e 312; Tar Lazio, 13 gennaio 2015, n. 372; Tar Lazio, 25 gennaio 2012, n. 1575).

¹¹⁴ Per la nozione di consumatore medio adottata in sede comunitaria, si vedano Corte di Giustizia, 16 luglio 1998, C-210/96, *Gut Springenbeide GmbH*; Corte di Giustizia, 19 settembre 2006, C-356/04, *Lidl Belgium*; Corte di Giustizia, 12 febbraio 2004, causa C-218/01, *Henkel KGaA c. Deutsches Patent und Markenamt*; Corte di Giustizia, 22 giugno 1999, causa C-342/97, *Lloyd Schuhfabrik Meyer GmbH c. Klijsen Handel BV*. Cfr. Pennisi R., *Considerazioni in merito alle pratiche commerciali ingannevoli*, cit., 663: l'A. rileva che il parametro del consumatore medio vada ricostruito sulla base di un principio di proporzionalità contenuto nell'art. 5, comma 4, del Trattato UE in base al quale il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei Trattati. Difatti, conformemente a tale principio, al *considerando* 6 della Direttiva 2005/29/CE si legge 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». Al principio di proporzionalità fa inoltre riferimento il citato *considerando* 18, in base al quale «conformemente al principio di proporzionalità [...] la presente direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto».

valutazione della scorrettezza di una pratica. Per la prima volta il modello di consumatore adottato non è più quello «debole e vulnerabile», sprovvisto delle necessarie conoscenze e informazioni per decidere con piena consapevolezza e privo di razionalità, bensì quello di consumatore «critico e consapevole» in quanto «normalmente» informato.¹¹⁵

A differenza della definizione di consumatore di cui all'art. 3 Cod. Cons., in base al quale è consumatore «la persona fisica», nel recepire la direttiva 2005/29/CE il Legislatore nazionale è andato oltre, definendo consumatore «qualsiasi persona fisica». Una differenza di non poco conto in quanto, mentre nel primo caso (art. 3 cod. cons.) si fa riferimento al consumatore contraente, vale a dire a quel determinato soggetto che entra in rapporto con un certo professionista per scopi che risultino «estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta», nel secondo caso (art. 18 cod. cons.) si richiama invece la figura del consumatore «indistinto» che si trovi coinvolto in una pratica commerciale in quanto naturalmente portato a ricercare nel mercato la soddisfazione dei suoi bisogni legati al consumo, prescindendo dunque dal rapporto individualizzato con un certo professionista.¹¹⁶ In altri termini, la nuova disciplina prende in considerazione il

¹¹⁵ Cfr. Punzi A., *“Ragionevolmente attento ed avveduto”*. Note sulla responsabilità del consumatore nell'economia della conoscenza, Scritti in onore di Marcello Foschini, Milano, 2011, 529; Zorzi Galgano N., *Le pratiche commerciali scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., 433; Bertani M., *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Milano, 2016.; Alpa G., *I diritti dei consumatori e il “Codice del consumo” nell'esperienza italiana*, Contratto e impresa/Europa, 2006, 2.

¹¹⁶ Così Grisi G., *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, Jus Civile, 2013, 5, 296. Parzialmente discordante Zorzi Galgano N., *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., 449.

consumatore non più come parte debole del rapporto contrattuale, bensì quale operatore economico di cui si vuole garantire la libertà di assumere decisioni di natura commerciale scevre da condizionamenti esterni.¹¹⁷

Sebbene la figura del consumatore medio rivesta un ruolo di fondamentale importanza in quanto metro di valutazione della scorrettezza di una pratica, tanto il legislatore comunitario quanto quello nazionale, come visto, hanno omesso di fornirne una definizione compiuta, rinviando piuttosto all'uso di avverbi tanto generici («normalmente» informato e «ragionevolmente» avveduto) da richiedere necessariamente valutazioni di tipo discrezionale. A tal riguardo infatti è stato rilevato che il livello qualitativo e quantitativo di informazioni che può considerarsi «normalmente» posseduto da un consumatore medio ed il grado di attenzione e avvedutezza che ci si può «ragionevolmente» attendere da esso sono parametri suscettibili per loro stessa natura di variare notevolmente in relazione a una molteplicità di fattori, come quelli sociali, culturali e linguistici cui lo stesso *considerando* 18 attribuisce espressamente rilievo ai fini della concretizzazione della nozione di consumatore medio.¹¹⁸ In tale ambito assume importanza il richiamo

¹¹⁷ Tenella Sillani C., *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, Obbligazioni e contratti, 2009, 775.

¹¹⁸ Così De Cristofaro G., *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 1095. L' A. evidenzia il diverso atteggiarsi della nozione *de qua* a seconda che la pratica commerciale sia diretta alla generalità dei consociati ovvero solo a un determinato gruppo di consumatori. Nel caso in cui la pratica posta in essere dal professionista sia indirizzata a un gruppo determinato di consumatori, ai fini della possibile qualificazione in termini di «scorrettezza», decisiva è l'attitudine della stessa a falsare il comportamento economico del «membro medio» del gruppo determinato di consumatori al quale essa è diretta: in tal caso, dunque, si rende necessario adattare il parametro del consumatore medio alle peculiari caratteristiche («medie») dello specifico gruppo di consumatori cui il professionista indirizza la pratica, non escludendosi che un simile adattamento potrebbe condurre ad esiti contrapposti. Potrebbe infatti giungersi a riconoscere come scorretta una

del *considerando* 18 alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, richiamo espressivo dell'intento del legislatore della direttiva di demandare ai giudici europei il perseguimento dell'obiettivo di armonizzazione della Direttiva 2005/29/CE, mediante l'uniformità di interpretazione.¹¹⁹ Come rilevato, infatti, se lo scopo perseguito dalla Direttiva è quello più volte citato di armonizzare le discipline degli Stati membri per evitare che le differenze nel settore da essa disciplinato possano ostacolare il libero commercio e se il parametro del consumatore medio è il parametro che consente di distinguere ciò che è lecito da ciò che non lo è,

pratica che, ove indirizzata alla generalità dei consumatori, non avrebbe dovuto essere qualificata come tale (ciò che avviene 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 diversi quali l'età, le condizioni fisiche e mentali, il livello culturale, ecc.). Ma potrebbe anche giungersi all'esito opposto: una pratica che, ove fosse tenuta nei confronti della generalità dei consociati contrasterebbe con il divieto sancito dall'art. 20 comma 1 Cod. Cons., potrebbe rilevarsi non scorretta qualora il professionista la ponga in essere soltanto nei confronti di un «gruppo determinato» di consumatori del quale facciano parte persone dotate di un bagaglio di conoscenze e di una capacità critica superiore alla media. Da ultimo, ove si tratti di pratiche dirette alla generalità di 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.

¹¹⁹ Cfr. Pennisi R., *Considerazioni in merito alle pratiche commerciali ingannevoli*, cit., 653: l'intervento dell'A. ha il particolare pregio di evidenziare la differente concezione di consumatore fornita dalla Corte di Giustizia e, su scala nazionale, dall'Autorità Antitrust. Difatti, da un lato la figura di consumatore medio delineata dalla Corte sembra prevedere un livello di attenzione particolarmente elevato, tanto da riconoscere a carico del consumatore medio un onere di diligenza e di comportamento attivo al momento dell'acquisto (il che finisce per risultare scarsamente aderente alla realtà, tenuto conto che ben può dubitarsi della effettiva capacità del consumatore di assorbire tutte le informazioni che gli vengono offerte, di valutarle e di agire razionalmente sulla base dei dati a sua disposizione); dall'altro, evidenzia come la posizione dell'Autorità antitrust sia invece orientata verso l'idea di consumatore di livello piuttosto basso rilevando, ad esempio, profili di ingannevolezza in un volantino pubblicitario relativo ad elettrodomestici per il fatto che con lo stesso volantino venivano offerti articoli con la dicitura «sottocosto» ed altri con la dicitura «sottosconto» e ravvisando nella somiglianza tra i due termini l'idoneità ad indurre in errore i destinatari del messaggio circa la corretta identificazione dei prodotti sottocosto oggetto della promozione.

allora l'uniformità di regole non può non essere affidata alla uniformità di interpretazione, obiettivo al cui perseguimento è - come noto - preposta la Corte di Giustizia.¹²⁰ Significativo in merito è un intervento in tema di pratiche ingannevoli con cui i giudici europei hanno chiarito che l'applicazione del concetto di consumatore medio non possa prescindere dalla valutazione di fattori ulteriori¹²¹, confermando dunque che il canone di valutazione del consumatore medio, pur oggettivo, è in ogni caso legato a fattori inerenti al caso concreto che si pongono come elementi di specificazione della fattispecie: con la conseguenza che il consumatore medio è dunque un canone di valutazione quanto più preciso se calato nella situazione concreta in cui la pratica commerciale produce il suo effetto.¹²²

Una constatazione, questa, che trova conferma non solo nel *considerando* 7 della direttiva 2005/29/CE, nel quale si legge che «in sede di applicazione della direttiva, in particolare delle clausole generali, è opportuno tenere ampiamente

¹²⁰ Così ancora Pennisi R., *Considerazioni in merito alle pratiche commerciali ingannevoli*, cit., 664.

¹²¹ Cfr. Corte di Giustizia 13 gennaio 2000, C- 220/98, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG c. Lancaster Group GmbH*: «Occorre, in particolare, verificare se fattori sociali, culturali o linguistici possano giustificare il fatto che il termine «lifting» usato per una crema rassodante sia inteso dai consumatori tedeschi in modo differente rispetto ai consumatori degli altri Stati membri oppure se le condizioni di utilizzazione del prodotto siano di per sé sufficienti a sottolineare la transitorietà dei suoi effetti, neutralizzando ogni conclusione contraria deducibile dal termine «lifting». Se, a prima vista, un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto non dovrebbe attendersi effetti duraturi da una crema nella cui denominazione figura il termine «lifting», spetta tuttavia al giudice nazionale verificare, tenuto conto di tutti gli elementi pertinenti, se tale sia il caso nella fattispecie».

¹²² Così Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., 54: «L'esatto inquadramento della figura di consumatore medio operata dal *considerando* n. 18 non può prescindere dal suo tenore letterale. Gli avverbi utilizzati dal legislatore europeo (normalmente e ragionevolmente) sono, infatti, volutamente ampi fino a sconfinare nella vaghezza, ma ciò è determinato dalla strutturale indeterminatezza delle pratiche commerciali».

conto delle circostanze del singolo caso in questione», ma anche nella attenzione mostrata dal legislatore (comunitario e nazionale) nei confronti di una particolare categoria di consumatori, quelli particolarmente vulnerabili, in relazione ai quali il giudizio sulla scorrettezza della pratica commerciale è reso più rigido in ragione della maggior facilità della pratica di incidere significativamente sulle loro capacità decisionali. A tal riguardo, l'art. 20, comma 3 Cod. Cons. sancisce il divieto a carico del professionista di porre in essere pratiche commerciali che, pur raggiungendo ampi gruppi di consumatori, risultino in particolar modo idonee a falsare il comportamento economico di uno specifico gruppo di consumatori, la cui vulnerabilità può dipendere da infermità mentale o fisica, dell'età o dall'ingenuità. Si tratta di una disciplina più ampia, giustificata alla luce di quanto statuito dal *considerando* 19 della direttiva, in cui si legge che «qualora talune caratteristiche, quali età, infermità fisica o mentale o ingenuità, rendano un gruppo di consumatori particolarmente vulnerabile ad una pratica commerciale o al prodotto a cui essa si riferisce, e il comportamento economico soltanto di siffatti consumatori sia suscettibile di essere distorto da tale pratica in un modo che il professionista può ragionevolmente prevedere, occorre far sì che essi siano adeguatamente tutelati valutando la pratica nell'ottica del membro medio di detto gruppo»: il che sostanzialmente si traduce in un ulteriore obbligo a carico del professionista affinché la sua pratica possa dirsi corretta, vale a dire l'impegno di adottare idonei accorgimenti a tutela dei consumatori che versino in una delle condizioni indicate.¹²³

¹²³ Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., 55.

8. Le microimprese

Sebbene la definizione di «microimpresa» venga fornita dalla lett. d-*bis*) dell'art. 18 Cod. Cons., il quale include in tale nozione entità, società o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitino un'attività economica occupando meno di 10 persone e realizzando un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di euro¹²⁴, è tuttavia solo con il decreto liberalizzazioni di cui al D.L. n. 1/2012 che il Legislatore è intervenuto ad allargare anche alle microimprese la tutela prevista per il consumatore in materia di pratiche commerciali scorrette.

¹²⁴ L'art. 18 Cod. Cons. richiama all'uopo l'art. 2 par. 3 dell'allegato alla raccomandazione 2003/361/CE della Commissione. Tale allegato, dopo aver sancito all'art. 1 che si considera impresa ogni entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dalla forma giuridica rivestita (artigiani, imprenditori individuali e imprese familiari, società di persone, associazioni che esercitino regolarmente un'attività economica), stabilisce all'art. 2, par. 3 che all'interno della categoria delle piccole e medie imprese si definisce microimpresa un'impresa che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di Euro. Si veda *amplius* De Cristofaro G., *Pratiche commerciali scorrette e microimprese*, Nuove Leggi Civili Commentate, 2014, 1, 14: a norma del § 4 della raccomandazione, i dati impiegati per calcolare la quantità di personale occupato (cd. effettivi) e gli importi finanziari vengono calcolati su base annua e sono presi in considerazione a partire dalla data di chiusura dei conti, aggiungendo che se un'impresa, alla data di chiusura dei conti, constata di aver superato, nell'uno o nell'altro senso e su base annua, le soglie degli effettivi o le soglie finanziarie di cui all'art. 2, essa perde o acquisisce la qualifica di media, piccola o microimpresa se questo superamento avviene per due esercizi consecutivi. Ove si tratti di imprese di nuova costituzione, i cui conti non siano stati ancora chiusi, i dati devono essere fatti oggetto di una stima in buona fede ad esercizio in corso. Rileva che la nozione di «microimpresa» sia una «nozione di secondo grado, in quanto derivata dalla legislazione tributaria, oggettiva e parametrata su dati esclusivamente giuseconomici» Pagliantini S., *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, Rivista del diritto commerciale, 2010, 434. Sul tema della microimpresa, si segnalano inoltre Valentino D., *Timeo danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, cit., 1166; Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, Contratto e Impresa, 2013, 692; De Cristofaro G., *Pratiche commerciali scorrette*, Enciclopedia del diritto, cit., 1079.

La novella apportata al Codice del Consumo rappresenta il precipitato normativo delle «Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza», in cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha suggerito l'estensione anche alle microimprese degli strumenti di tutela nei confronti delle pratiche commerciali ingannevoli e aggressive, allo scopo di rafforzare gli strumenti di tutela a favore di imprese di minori dimensioni e di consentire all'Autorità stessa la possibilità di intervenire anche nei confronti di condotte scorrette poste in essere a danno delle microimprese.¹²⁵

Da tale suggerimento dell'Autorità è derivata da parte del Governo l'adozione del citato D.L. 24 gennaio 2012, n. 1¹²⁶ (convertito dalla L. 24 marzo 2012, n. 27), mediante il quale è stato esteso anche alle microimprese l'ambito di operatività della disciplina delle pratiche commerciali contenuta negli artt. 18 e seguenti Cod.

¹²⁵ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Boll. n. 51/2011, ed. speciale 9 febbraio 2012, 19: «L'Autorità, al fine di rafforzare lo svolgimento delle proprie funzioni in materia di vigilanza sul rispetto degli obblighi di separazione societaria a tutela della concorrenza, e, in materia di tutela del consumatore, aumentare l'efficacia deterrente delle sanzioni ed estendere le tutele anche alle microimprese, nonché al fine di garantire che anche nel processo civile sia prevista una specifica regola di competenza in materia di concorrenza, propone di: [...] c) estendere alle microimprese gli strumenti di tutela nei confronti delle pratiche commerciali ingannevoli e aggressive». Ancora, spec. pagina 60: «al fine di rafforzare, nell'attuale fase di crisi economica, gli strumenti di tutela a favore delle imprese di minori dimensioni [...] le tutele previste dal Codice del Consumo a favore dei soli consumatori persone fisiche, potrebbero essere estese anche alle microimprese (imprese con meno di 10 dipendenti e un fatturato annuo inferiore ai 2 milioni di euro). Ciò implicherebbe, in particolare, la possibilità per l'Autorità di intervenire anche nei confronti di condotte ingannevoli e/o aggressive poste in essere a danno di microimprese, a prescindere dall'esistenza di un qualunque messaggio pubblicitario».

¹²⁶ D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, recante Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività.

Cons., nonchè precisato che per la tutela in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita si continua a fare applicazione del d.lgs. n. 145/2007.¹²⁷

Invero, l'equiparazione in punto di protezione delle microimprese ai consumatori non costituisce una novità assoluta. Nella legislazione europea, infatti, l'equiparazione fra consumatori e microimprese ai fini dell'applicazione di normative di tutela del contraente debole è stata prevista per la prima volta dalla Direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento nel mercato interno¹²⁸, mediante la quale è stata introdotta la possibilità per le parti di un contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi di pagamento di escludere in via pattizia l'applicabilità delle disposizioni in tema di trasparenza delle condizioni e requisiti informativi ove l'utente dei servizi di pagamento non sia un consumatore¹²⁹; con la medesima Direttiva è stata inoltre prevista la facoltà in capo agli Stati membri di estendere il regime giuridico previsto per le ipotesi in cui l'utente dei servizi di pagamento sia un consumatore anche a quelle in cui l'utente sia una microimpresa.¹³⁰

¹²⁷ Predisponendo una tutela più incisiva per le imprese «deboli», la novella si aggiunge alle normative in tema di abuso di dipendenza economica di cui alla L. 18 gennaio 1998, n. 192, di *franchising* di cui alla L. 6 maggio 2004, n. 129, di ritardo nei pagamenti delle transazioni commerciali di cui al d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 e, da ultimo, in tema di contratti di garanzia finanziaria, oggetto di intervento della Direttiva 6 giugno 2002, n. 47, modificata dalla Direttiva 6 maggio 2009, n. 44.

¹²⁸ Dir. 2007/64/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 novembre 2007, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 1997/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE, che abroga la dir. 1997/5/CE.

¹²⁹ Art. 30, par. 1, e art. 51, par. 3 Dir. 2007/64/CE.

¹³⁰ Art. 30, par. 2, e art. 51, par. 3 Dir. 2007/64/CE. Ad avviso di Pagliantini S., *Per una lettura dell'abuso contrattuale*, cit., 435, alla base dell'equiparazione ai consumatori delle microimprese vi sarebbe una sorta di presunzione assoluta di assenza, nelle microimprese, delle competenze e delle conoscenze necessarie per apprezzare e valutare, con la dovuta consapevolezza, i contenuti

Tuttavia, tale scelta non è parsa esprimere in modo inequivocabile la convinzione del legislatore europeo verso una completa equiparazione: come rilevato, infatti, indicativo sul punto è il fatto che il legislatore si sia limitato ad attribuire agli Stati membri la facoltà - e non l'obbligo - di estensione del regime giuridico previsto per i consumatori alle microimprese, mantenendo tale linea morbida anche nella successiva Proposta di direttiva del 2013 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno destinata ad abrogare e sostituire la Direttiva 2007/64/CE.¹³¹ Le considerazioni esposte potrebbero condurre a concludere nel senso di assenza nel diritto europeo dei contratti di un vero e proprio *trend* volto a porre le microimprese sullo stesso piano dei consumatori, riscontrandosi una simile tendenza limitatamente al settore dei servizi di pagamento e non anche in altri settori le cui discipline non prevedono alcuna estensione, né obbligatoria né facoltativa, delle disposizioni dettate a tutela dei consumatori alle

delle offerte di servizi di pagamento. Aggiunge De Cristofaro G., *Pratiche commerciali scorrette e microimprese*, cit., 5, nt. 7: «dal momento che l'equiparazione mira essenzialmente ad escludere la derogabilità pattizia in senso sfavorevole all'utente di regole che a rigore valgono per qualsiasi utente, e quindi anche per professionisti non qualificabili come microimprese, vi è anche una presunzione assoluta di assenza, nelle microimprese, della capacità e della forza (economica e contrattuale) necessarie per condurre, sulle clausole del contratto relativo ai servizi di pagamento, una vera e propria trattativa individuale, e conseguentemente la presunzione assoluta che qualsiasi deroga pattizia in senso sfavorevole all'utente è frutto di una unilaterale imposizione del prestatore, alla quale l'utente microimpresa non può in alcun modo sottrarsi».

¹³¹ Si fa riferimento alla Proposta di Direttiva relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno presentata dalla Commissione UE nel luglio del 2013, COM (2013) 547 def. del 24 luglio 2013, al cui *considerando* 40 si legge che «è opportuno che gli Stati membri possano stabilire che le microimprese, quali definite dalla raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, debbano essere trattate al pari dei consumatori. In ogni caso è opportuno che alcune disposizioni di base della presente direttiva siano sempre applicabili a prescindere dallo status dell'utente». Cfr. De Cristofaro G., *Pratiche commerciali scorrette e microimprese*, cit., 7.

microimprese.¹³² Ma tale assunto non pare, invero, condivisibile. Basti richiamare il *considerando* 8 della direttiva 2005/29/CE il quale, dopo aver chiarito che la direttiva tutela direttamente gli interessi economici dei consumatori dalle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, rileva l'esistenza di «altre pratiche commerciali che, per quanto non lesive per i consumatori, possono danneggiare i concorrenti e i clienti»¹³³; nonché il Libro Verde sulla Revisione del *consumer acquis* in cui, preso atto che nelle operazioni di acquisto piccole imprese e ditte individuali possono trovarsi nella stessa posizione dei consumatori, è prevista in loro favore l'estensione di alcune delle tutele previste per i consumatori medesimi.¹³⁴ A tanto può altresì aggiungersi che, nel diritto interno, consumatori e microimprese si trovano accomunati in due precetti contenuti nel Testo Unico Bancario (inseriti dall'art. 8 d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla l. 12 luglio 2011, n. 106) non attuativi di direttive europee, bensì autonomamente elaborati dal legislatore italiano¹³⁵: in particolare, l'art. 118, comma 2 *bis* T.U.B., il quale consente l'inserimento nei contratti di durata di clausole che attribuiscono

¹³² Si richiamano sul punto la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori (cd. *Consumer rights*), nonché la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali. Ulteriormente, viene richiamata la Proposta di regolamento UE relativo a un diritto comune europeo della vendita [COM (2011) 635 def. dell'11 ottobre 2011], al cui art. 7, par. 1, è previsto che, previo accordo delle parti, il regolamento possa trovare applicazione anche ai contratti transfrontalieri di compravendita mobiliare o di fornitura di contenuti digitali stipulati fra professionisti, purché almeno una parte sia una piccola o media impresa: non dunque un riferimento esclusivo alle microimprese, ma alla ben più ampia e comprensiva categoria delle piccole e medie imprese. *Amplius* De Cristofaro G., *Pratiche commerciali scorrette e microimprese*, cit., 8, nt. 21.

¹³³ Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., 62. Si veda anche De Cristofaro G., *Pratiche commerciali scorrette e microimprese*, cit., 12.

¹³⁴ Libro verde sulla Revisione dell'*acquis* relativo ai consumatori, 8-2-2007, COM (2006) 744, final. 4.1.

¹³⁵ *Amplius* De Cristofaro G., *Pratiche commerciali scorrette e microimprese*, cit., 10.

all'istituto di credito il potere di modificare i tassi d'interesse al verificarsi di eventi predeterminati nel contratto, a condizione che il cliente non sia un consumatore né una microimpresa¹³⁶; nonché l'art. 120 *quater*, comma 9 T.U.B., che limita l'ambito di operatività della disciplina relativa alla surrogazione nei contratti di finanziamento (c.d. portabilità dei mutui) ai soli contratti di finanziamento stipulati da intermediari bancari e finanziari con persone fisiche o microimprese.¹³⁷

In linea con quanto esposto, mediante la novella del 2012 il legislatore ha dunque definitivamente aperto la strada della tutela consumeristica anche alle microimprese sebbene, dal punto di vista normativo, si sia limitato a modificare solo gli artt. 18 e 19 cod. cons. (estendendo la disciplina delle pratiche commerciali scorrette ai rapporti tra professionisti e microimprese) e lasciando invece inalterati gli artt. 20-26 cod. cons. che, pertanto, continuano ad essere applicati solo ai consumatori. L'estensione dell'ambito di operatività degli artt. 18 e 19 Cod. Cons. nei confronti di microimprese, pur rappresentando una opzione legislativa indubbiamente innovativa, ha tuttavia diviso la dottrina.

Sul punto, infatti, taluno ha ritenuto non condivisibile l'estensione alle microimprese della disciplina delle pratiche commerciali muovendo dalle seguenti

¹³⁶ Si vedano Pagliantini S., *L'incerta disciplina del nuovo ius variandi bancario: tracce per una lettura sistematica*, Nuove Leggi Civili Commentate, 2012, 119; Sangiovanni V., *Le modifiche unilaterali dei contratti bancari fra recenti riforme e decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, Obbligazioni e contratti, 2012, 208; Gambini M., *Ius variandi bancario e finanziario tra tolleranza e reazione del cliente*, Banca, borsa e titoli di credito, 2012, 415.

¹³⁷ Fusaro A., *La portabilità dei mutui nel testo unico bancario*, Contratto e impresa, 2011, 6, 1422; Testa A., *Le conseguenze del d.lgs. 141/2010 sui contratti di mutuo e sulle procedure di cancellazione delle ipoteche*, Immobili e proprietà, 2011, 3, 153; Occhipinti C. - Del Stabile F., *Il decreto sviluppo 2011: rinegoziazione e portabilità dei mutui*, Immobili e proprietà, 2011, 9, 572.

considerazioni: in primo luogo, l'inutilizzabilità nei confronti di microimprese del parametro del consumatore medio, espressamente richiamato per accertare l'ingannevolezza o l'aggressività di una pratica commerciale¹³⁸; in secondo luogo, la complessità della valutazione della scorrettezza, con la conseguenza che, mancando una definizione di un microimprenditore medio, la sola strada percorribile possa essere quella della valutazione della scorrettezza della pratica con riferimento alla specifica microimpresa coinvolta¹³⁹; in terzo luogo, è stato evidenziato che le due «liste nere» di pratiche commerciali (artt. 23 e 26 cod. cons.) contemplano fattispecie che il legislatore ha previsto con esclusivo riferimento al mercato dei beni e dei servizi offerti ai consumatori e alla specifica protezione delle persone fisiche raggiunte da pratiche commerciali, il che rende buona parte di quelle previsioni sostanzialmente inapplicabili ai casi di pratiche

¹³⁸ Così De Cristofaro G., *Pratiche commerciali scorrette e microimprese*, cit., 24, il quale postula un parametro del tutto nuovo e privo di antecedenti, il «microimprenditore medio», tuttavia evidenziando la difficoltà nello stabilire quale contenuto attribuire a tale parametro, come procedere a tal fine e quali differenze ci siano tra questo parametro e quello del consumatore medio. Sul punto si veda anche Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., 74, il quale condivide la scelta del legislatore di non fare riferimento ad una microimpresa media in quanto «la microimpresa è, infatti, figura del tutto eterogenea, sia per la definizione vaghissima fornita dal legislatore [...] sia per il requisito del fatturato/bilancio annuale che va da zero a due milioni, sia soprattutto per il fatto che non vi è alcuna specificazione dell'attività economica esercitata».

¹³⁹ Gentili A., *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, Rivista di diritto privato, 2010, 3, 37; Pagliantini S., *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, cit., 409. Rileva Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., 76 che, ove parti del rapporto economico siano due microimprese, non si può in ogni caso prescindere dalla identificazione del soggetto forte e del soggetto debole: pertanto, la microimpresa forte (che assume la qualifica di professionista) va individuata nel soggetto che «domina la prestazione», mentre la microimpresa debole è individuata nel soggetto privo di conoscenze specifiche e capacità tecnico-organizzative necessarie al controllo della prestazione.

commerciali poste in essere nei confronti di professionisti, siano essi anche o soltanto microimprese.¹⁴⁰

Invero, preferibile si ritiene la posizione di chi invece ritiene che, attraverso una progressiva «de-specializzazione» della sua attività, il legislatore abbia istituito un centro unitario di regia della regolazione del mercato, i cui interlocutori sono tutti i possibili protagonisti delle dinamiche del mercato (consumatori, imprese, microimprese, soggetti pubblici imprenditori) nella loro individualità ma anche nelle loro dimensioni associative, ed ai quali è consentito interloquire con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'esercizio delle sue nuove funzioni di regolatore generale: funzioni che consentono di sviluppare il confronto in forme tali da rendere possibile tanto prevenire quanto sanzionare comportamenti anticompetitivi, così dotando l'Autorità Antitrust «di una sorta di “occhio panoramico” o di visione circolare che spazia dal controllo tradizionale delle classiche *performances* antitrust (intese, abusi di posizione dominante o di dipendenza economica e concentrazioni), alla vigilanza degli altri possibili comportamenti che [...] possono avere effetti rilevanti sulla concorrenza e sulla

¹⁴⁰ Ancora De Cristofaro G., *Pratiche commerciali scorrette e microimprese*, cit., 25: in punto rimediale, l'A. rileva che «stante l'assenza di disposizioni che espressamente disciplinino le conseguenze di diritto privato della violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette [...] e stante, nel contempo, l'impraticabilità dell'azione inibitoria ex art. 140 c. cons. e dell'azione di classe ex art. 140 *bis* c. cons. quando le «vittime» di una pratica scorretta siano microimprese [...], l'unico strumento di reazione nei confronti di pratiche scorrette poste in essere nei confronti di microimprese è rappresentato dalle misure inibitorie, ripristinatorie e sanzionatorie suscettibili di essere adottate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nell'ambito dei procedimenti di cui all'art. 27 c. cons., che non sembra di per sé solo sufficiente ad assicurare la protezione ampia ed incisiva degli interessi delle microimprese asseritamente perseguita dal legislatore».

trasparenza o correttezza del mercato».¹⁴¹ Da qui, la condivisibilità della scelta di estendere la normativa in materia anche a quelle imprese che, per la loro posizione di mercato, ben possono soffrire di asimmetrie informative nei loro rapporti con altre imprese dotate di superiore potere di mercato.

9. I piani di tutela (cenni e rinvio)

All'art. 11 della Direttiva 2005/29/CE si legge che «gli Stati membri assicurano che esistano mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali al fine di garantire l'osservanza delle disposizioni della presente direttiva nell'interesse dei consumatori» e che «spetta a ciascuno Stato membro decidere a quali di questi mezzi si debba ricorrere e se sia opportuno che l'organo giurisdizionale o amministrativo possa esigere che si ricorra in via preliminare ad altri mezzi previsti per risolvere le controversie».

Mancando una indicazione specifica tanto degli strumenti di controllo quanto delle sanzioni da applicare nel caso di pratica commerciale scorretta, la scelta del legislatore nazionale è stata verso un duplice sistema di tutela, l'uno pubblicistico e l'altro privatistico.

In relazione al primo piano di tutela, sul quale ci si soffermerà nel terzo capitolo, il potere di intervento è stato attribuito all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (art. 27 Cod. Cons.).

¹⁴¹ Così Camardi C., *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, Jus Civile, 2013, 6, 327; si veda anche Roppo V., *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, Rivista di diritto privato, 2010, 23.

Circa la tutela civile, debitamente esaminata nell'ultima parte dell'elaborato, essa è stata articolata in individuale e collettiva, con significativi recenti interventi di riforma in punto di *class action*. Come si avrà modo di approfondire, in relazione alla tutela individuale, molteplici sono state - e continuano ad essere - le criticità in relazione alla mancata previsione del rimedio negoziale azionabile dal consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta, criticità evidenziate dal Legislatore europeo nella Direttiva 2019/2161, al cui *considerando* 3 viene fatto espresso riferimento alle carenze nelle normative nazionali in relazione al regime sanzionatorio, nonché all'insufficienza di rimedi individuali per i consumatori danneggiati da violazioni della legislazione nazionale in materia di pratiche commerciali scorrette.¹⁴²

Quanto al Legislatore interno, di recente è stato presentato al Senato il disegno di legge per la «revisione e integrazione del codice civile» (DDL S. 1151), tra i cui obiettivi delegati vi è anche quello di «disciplinare i casi in cui pratiche negoziali ingannevoli, aggressive, o comunque scorrette (...) determinano l'invalidità del

¹⁴² Direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori. All'art. 3 della Direttiva è stato previsto l'inserimento di un ulteriore articolo alla Direttiva 2005/29/CE (art. 11 *bis*) dedicato al piano rimediale e nel quale si legge: «1. I consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito dal consumatore e, se pertinente, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. Gli Stati membri possono stabilire le condizioni per l'applicazione e gli effetti di tali rimedi. Gli Stati membri possono tener conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito dal consumatore e di altre circostanze pertinenti. 2. Detti rimedi non pregiudicano l'applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale».

contratto concluso»¹⁴³, allo scopo di colmare le evidenziate lacune nell'apparato rimediale e, conseguentemente, fornire al consumatore - o, si legge nel disegno di legge, alla parte contrattuale che si trovi in una situazione di asimmetria «di fatto» - un rimedio di natura contrattuale per reagire alla pratica negoziale scorretta. Sugli orientamenti manifestati in argomento dal Legislatore si tornerà successivamente.

¹⁴³ Così l'art. 1 comma 1, lett. g) DDL S. 1151.

Capitolo III

La tutela amministrativa

Sommario: 1. Notazioni preliminari: le Autorità Amministrative Indipendenti. 2. La tutela amministrativa nelle pratiche commerciali scorrette. 3. Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. 4. L'Autorità Antitrust tra tutela della concorrenza e regolazione del mercato. 5. L'eterointegrazione del contratto ad opera delle Autorità Amministrative Indipendenti. 6. Le modalità di intervento regolatorio delle *Authorities*. 6.1 (segue): La tariffazione a 28 giorni: il quadro normativo e giurisprudenziale. 6.2 (segue): Prime osservazioni conclusive.

1. Notazioni preliminari: le Autorità Amministrative Indipendenti

Affermatesi in un sistema di mercato in cui i valori della libertà erano posti al centro della vita pubblica, le *Independent Regulatory Commissions* sono sorte nell'area nord-americana nei primi anni del Novecento, con la *Federal Communication Commission* – istituita nel 1930 – che ne ha costituito il prototipo. La derivazione dell'esperienza continentale delle *Authorities* dal modello anglosassone ha, invero, portato ad esperienze istituzionali significativamente diverse: se, infatti, sul versante anglosassone questo sviluppo istituzionale ha coinciso con la crescita dell'interventismo statale (così avvicinando l'azione delle Commissioni americane ad una forma di regolazione pubblica), in Francia ed in altri Stati europei le

Autorità indipendenti hanno fatto la loro comparsa nella fase di crisi dello Stato sociale, affermandosi pertanto come alternative al dirigismo pubblico.¹⁴⁴

Soffermando l'attenzione su quanto accaduto nell'ordinamento italiano, le Autorità Amministrative Indipendenti si sono affermate a partire dal secolo scorso con la liberalizzazione dell'economia dall'intervento del potere pubblico.¹⁴⁵

Il passaggio da uno Stato imprenditore ad uno Stato regolatore, infatti, ha segnato l'istituzione di organismi *ad hoc*, in risposta all'esigenza di tutelare specifici settori al fine di contrastare i cosiddetti fallimenti di mercato: il convincimento in dottrina è che tali autorità abbiano segnato una significativa rottura dei pilastri che reggono l'organizzazione dello Stato, nonché favorito il superamento della classica tripartizione dei poteri «mediante istituzione di un quarto potere, dagli

¹⁴⁴ In Europa il fenomeno delle Autorità Indipendenti si è inizialmente affermato in Francia, mediante la istituzionalizzazione delle c.d. *Autorités administratives indépendantes*, nate dall'esigenza di tutelare i diritti fondamentali sia dal potere pubblico che da un mercato sempre più aggressivo, mediante l'attribuzione di poteri volti a consentire la predisposizione di adeguate tutele in settori definiti sensibili, quali a titolo esemplificativo la concorrenza o la protezione dei dati personali. Per un ampio *excursus* relativo all'affermarsi delle Autorità indipendenti in Europa, si consiglia la lettura di Pepe V. - Colella L., *Le autorità amministrative indipendenti nella comparazione giuridica. Esperienze europee ed extraeuropee*, Napoli, 2011.

¹⁴⁵ Con la fine dello Stato liberale e - a partire dal 1912 - con il suffragio universale, lo Stato si è trasformato fino ad assumere compiti ed attività in numero sempre crescente (cd. fini secondari, o di progresso), aumentando così i servizi pubblici. Immediata ricaduta di tale processo sulla struttura amministrativa è stata la nascita di enti pubblici diversi dallo Stato dotati di autonoma personalità giuridica, il cosiddetto parastato, nonché di aziende autonome e di imprese di diritto privato a partecipazione statale. Ne è derivata una amministrazione non più a struttura piramidale (riassunta nella persona del Ministro responsabile), ma policentrica, con diversi modelli di potere e altrettanto diversi modelli organizzativi: un decentramento che, com'è noto, riceverà ulteriore accelerazione con l'avvento della Carta Costituzionale e, segnatamente, con l'affermarsi del pluralismo autonomistico ed il delinearsi di enti autonomi sganciati da un rapporto di strumentalità e ausiliarietà rispetto al referente statale in quanto portatori di interessi riferibili alla collettività rappresentata. Cfr. *amplius* Caringella F., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Roma, 2016, 719.

incerti e controversi contorni, che concentra al suo interno i tratti salienti di ciascuna delle tre potestà pubblicistiche tradizionali». ¹⁴⁶

Affinché valori come la libertà di iniziativa economica, la concorrenza, il corretto funzionamento del sistema finanziario, la tutela del risparmio, la privacy ricevessero effettiva tutela, il Legislatore ha dunque preferito scorporare e trasferire la gestione e la tutela dei settori indicati ad entità non solo altamente qualificate e dotate di specifiche professionalità, ma soprattutto non politicizzate ed estranee al circuito rappresentativo, allo scopo di affrancare da condizionamenti politici e pressioni economiche decisioni che richiedessero particolari competenze e tecniche. ¹⁴⁷

Una scelta non da tutti condivisa, tanto da portare taluno a qualificare il fenomeno delle Autorità Indipendenti come «una confessione di impotenza del Parlamento, che, nel dare la stura alle singole *Authorities*, riconosce la sua

¹⁴⁶ Cfr. Angelone M., *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, 12. Non condivide la denominazione di autorità amministrative indipendenti Ricciuto V., *I Regolatori del mercato nell'ordinamento italiano. Indipendenza e neutralità delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia: il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di Di Raimo R. - Ricciuto V. (a cura di), Napoli, 2006, 357, in quanto, da un lato, il termine «amministrative» evoca immediatamente l'idea della sottoposizione dell'organismo alle regole dell'amministrazione e al principio di gerarchia, mentre, dall'altro, la «indipendenza» è di norma intesa come condizione di chi è sottratto dalla legge al rispetto delle regole di subordinazione e gerarchia entro il proprio settore di attività.

¹⁴⁷ Simili finalità non erano perseguibili investendo le istituzioni statali esistenti in quanto «da un lato, i pubblici funzionari non risulterebbero immuni ovvero pienamente in grado di arginare gli eccessi della partitocrazia e, dall'altro, i giudici - nell'attuale contesto di inflazione ed incertezza legislativa che affida al diritto vivente la concreta definizione dei rapporti economici e dei processi decisionali pubblici - non avrebbero potuto garantire la certezza, la coerenza e la celerità necessarie al razionale svolgimento dell'economia e del mercato», così Angelone M., *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit., 23. Da tanto è dipesa la neutralità delle *Authorities*, da intendersi nel senso di «indifferenza rispetto agli interessi in gioco», sostanziandosi la funzione regolatoria nel perseguimento di un interesse oggettivo e interno al settore di competenza in posizione di terzietà rispetto agli interessi coinvolti.

incapacità a disciplinare la materia e riconosce, altresì, l'impossibilità da parte degli apparati ministeriali e del plesso giudiziario a dare risposta alla sete di regolazione del settore; donde una rinuncia a provvedere da parte degli organi costituzionali competenti, rinuncia che va a vantaggio di nuovi soggetti all'uopo muniti di poteri normativi, amministrativi e paragiurisdizionali». ¹⁴⁸

Alle considerazioni appena esposte vanno aggiunte le molteplici critiche avanzate verso il fenomeno delle Autorità indipendenti in merito alla loro ammissibilità in un ordinamento, quale quello italiano, in cui mancano riferimenti costituzionali in tema, aspetto questo che ha indotto la dottrina ad esprimersi in termini di vero e proprio «rompicapo costituzionale» in ragione della difficoltà di collocare nella forma di governo e di amministrazione interna modelli sviluppatisi in contesti ordinamentali di *common law*. Rompicapo legato ad un duplice aspetto: da un lato, è stata lamentata la carenza di legittimazione democratica delle Autorità, con conseguente violazione dell'art. 95 Cost., in base al quale le amministrazioni dello Stato sono tutte legate all'esecutivo da un rapporto di dipendenza; dall'altro, è stato sostenuto che il riconoscimento in capo alle autorità di regolazione di poteri normativi, inibitori, sanzionatori e paragiurisdizionali costituisse una deroga alla necessaria corrispondenza tra poteri dello Stato e pubbliche funzioni posta dal principio di separazione dei poteri. ¹⁴⁹

¹⁴⁸ Sulle differenti posizioni registratesi in dottrina, si veda Caringella F., *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit., 726.

¹⁴⁹ Così Cheli E., *L'innesto costituzionale delle autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, reperibile su www.astrid-online.it

Si tratta, invero, di un dibattito oggi fortemente ridimensionato in ragione dell'ormai consolidato ruolo delle Autorità indipendenti, divenute parte integrante del diritto vivente ed incastonatesi «nelle maglie, fortunatamente non troppo strette, della nostra Carta fondamentale».¹⁵⁰ A tanto si aggiungano le considerazioni di chi ha evidenziato come, a ben guardare, le *Authorities* non costituiscano un fenomeno del tutto nuovo nel nostro ordinamento. L'esperienza interna, infatti, annovera enti i quali, benché privi di testuale rilievo costituzionale, esercitano poteri di vigilanza in posizione di tendenziale indipendenza dal Governo (si pensi alla Consob o all'Ivass), nonché organi che, pur contemplati dalla Costituzione come «ausiliari», operano in modo indipendente dall'esecutivo: esempi, questi, che confermano come in realtà l'esigenza di creare apposite entità cui affidare la gestione di specifici interessi fosse stata già avvertita in un momento antecedente l'affermarsi delle Autorità indipendenti, muovendo dalla consapevolezza che, per la loro specificità, taluni interessi non possano essere adeguatamente amministrati dalle ordinarie articolazioni dello Stato.¹⁵¹

¹⁵⁰ Cintioli F., *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it: «Le Autorità sono istituzioni entrate a pieno titolo nel dialogo istituzionale e nelle dinamiche dei rapporti economico-sociali [...]. Esse esprimono valori di fondo condivisi, i quali ormai si impongono sopra ogni conflitto sociale e politico e rispondono ad un modello di società "occidentale" consolidato e pressoché indiscusso: la libertà di iniziativa economica privata coniugata al libero mercato; la libera concorrenza come terreno di sviluppo delle relazioni dei consociati; una tutela dei diritti individuali, in specie quelli dei consumatori, la quale deriva indirettamente dalla salvaguardia della trasparenza dei traffici e del buon funzionamento del mercato, in una parola dalla salvaguardia della società aperta e pluralista».

¹⁵¹ Vengono all'uopo richiamate anche le funzioni consultive e di controllo svolte dal Consiglio di Stato e dalla Corte dei Conti, la cui indipendenza si riflette non solo nella specifica qualità dei soggetti che compongono i citati consessi (costituiti da giudici speciali), ma anche nella funzione regolativa loro affidata. Si richiama, inoltre, il Consiglio Superiore della

2. La tutela amministrativa nelle pratiche commerciali scorrette

Delineato il fenomeno delle Autorità Amministrative Indipendenti, come anticipato in sede di recepimento della Direttiva 2005/29/CE il legislatore italiano ha scelto di affidare all'Autorità Antitrust il compito di tutelare i consumatori dalle pratiche commerciali scorrette, attribuendole poteri investigativi ed esecutivi di carattere cautelare, inibitorio e sanzionatorio (art. 27 cod. cons.).¹⁵²

Più nel dettaglio, all'Autorità è stato riconosciuto il potere di intervenire con provvedimenti inibitori quando sia in corso una pratica commerciale vietata

Magistratura, quale organo di governo della magistratura ordinaria cui è devoluto l'esercizio delle funzioni amministrative relative allo *status* dei magistrati ordinari al fine di sottrarre tali attribuzioni alla competenza del Ministro della Giustizia, «scelta che concretizza l'esigenza di “imbrigliare” il ruolo del Guardasigilli, espropriandolo della direzione generale del personale di magistratura [...], in attuazione del principio costituzionale dell'indipendenza dei giudici, nonché dell'autonomia funzionale (art. 101 Cost.) ed organizzatoria (art. 104 Cost.) dell'ordine», così Angelone M., *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit., 41.

¹⁵² Non condivide tale scelta Di Cataldo V., *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, *Giurisprudenza Commerciale*, 2011, 6, 808: «questa scelta è apparsa a molti scontata, ponendosi come diretta ed ineludibile conseguenza che all'Autorità garante era stato già attribuito il compito di curare l'applicazione delle regole della pubblicità ingannevole e della pubblicità comparativa. Ed è stata, per questo, salutata da quasi tutti i commentatori come “naturale”, e quindi opportuna. Nessuno ha notato che, nel mondo del diritto [...], quanto “naturalmente” accade non è per ciò solo razionale, e che questo, se mai, era il momento adatto (non per confermare una scelta sbagliata, ma, anzi) per cambiare una scelta difficilmente condivisibile», aggiungendo inoltre che «desta notevole preoccupazione, anzitutto, la pressoché totale assenza di trasparenza in ordine alle scelte dell'Autorità garante circa le fattispecie concrete da perseguire e quelle da non perseguire; e circa lo spazio entro il quale l'Autorità garante decide l'archiviazione con impegni». Vi è chi ha ravvisato nella scelta del legislatore di attribuire la tutela dei consumatori dalle pratiche commerciali scorrette all'Autorità Antitrust il rischio di una amministrativizzazione del diritto della concorrenza tra imprese e di affievolimento del diritto soggettivo di iniziativa economica, anche in ragione della prassi interventista dell'Autorità e dell'approccio adottato dalla giurisprudenza amministrativa: cfr. Guizzi G., *Il divieto di pratiche commerciali scorrette tra tutela del consumatore, tutela del concorrente e tutela del mercato: nuove prospettive (con qualche inquietudine) nella disciplina della concorrenza sleale. Il mercato Concorrenziale: problemi e conflitti*, Milano, 2018, 333.

oppure, nel caso in cui la pratica abbia esaurito i suoi effetti, mediante un provvedimento che porti detta pratica a conoscenza dei consumatori, allo scopo di segnalarne la scorrettezza. Ulteriormente, all'Autorità è stato attribuito il potere di avviare anche d'ufficio procedimenti volti ad accertare la scorrettezza di una pratica commerciale.

Disciplinato dal «Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni, clausole vessatorie», adottato dalla medesima Autorità con delibera n. 17589 del 15 novembre 2007¹⁵³, il procedimento si compone di tre fasi: la fase pre-istruttoria, quella istruttoria e quella decisoria, con possibilità di una eventuale fase cautelare.¹⁵⁴

La fase pre-istruttoria è finalizzata a consentire all'Autorità una valutazione sommaria di quanto segnalato o individuato d'ufficio, nonché di acquisire informazioni presso enti pubblici e privati. Essa costituisce una novità rispetto alla normativa previgente in quanto consente l'avvio di un dialogo costruttivo di «correzione» delle condotte meno rilevanti dei professionisti, evidenziando come «l'Autorità abbia un ruolo di “controllore” del mercato e “correttore” delle piccole distorsioni, prima di essere un “sanzionatore”» e rappresentando «l'invito

¹⁵³ Tale regolamento è stato successivamente modificato con delibera n. 25411 del 1 aprile 2015 e pubblicato in G.U. del 23 aprile 2015, n. 94. Rileva Freni E., *Pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole*, Giornale di diritto amministrativo, 2008, 3, 275: «La scelta del legislatore di rimettere a regolamenti dell'Autorità, piuttosto che a regolamenti dell'esecutivo, la disciplina dei procedimenti in materia di pratiche commerciali scorrette e di pubblicità ingannevole nei rapporti tra professionisti va valutata positivamente, in quanto più rispettosa della natura indipendente di tale organismo di quella fino ad ora seguita in materia di procedimenti antitrust.

¹⁵⁴ *Amplius* Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., 95.

alla correzione lo strumento maggiormente idoneo a prevenire la distorsione del mercato in una fase in cui gli effetti della condotta illecita non si sono ancora prodotti in misura rilevante».¹⁵⁵

Nella fase istruttoria, alla cui partecipazione sono legittimati tanto i soggetti direttamente coinvolti quanto i portatori di interessi pubblici o privati e i portatori di interessi diffusi (quali, a titolo esemplificativo, associazioni e comitati dei consumatori), è consentito al professionista di assumere impegni che, ove approvati dall'Autorità, lo vincolano a tenere un comportamento conforme ai canoni di correttezza e ad eliminare gli effetti distorsivi determinati dalla sua condotta nei confronti dei consumatori e delle microimprese. Alla tale fase può eventualmente affiancarsi una fase cautelare, in cui è consentita all'Autorità - in presenza di particolari ragioni di urgenza e sentite le parti - la possibilità di disporre la sospensione provvisoria della pratica ritenuta scorretta nonché, in casi di particolari esigenze di indifferibilità dell'intervento, di disporre la sospensione provvisoria *inaudita altera parte*: in entrambi i casi, il provvedimento deve essere poi confermato, modificato o revocato dall'Autorità medesima con la decisione definitiva.

¹⁵⁵ Così Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., 97: «Il professionista è invitato a questa sorta di “ravvedimento operoso” non da un organo collegiale (quello che, nella fase decisoria, emette il provvedimento), ma dal funzionario responsabile del procedimento. Ciò, se da un lato comporta una certa flessibilità data dal fatto che questa fase non è strettamente disciplinata e che non culmina con un provvedimento, dall'altro lato può determinare incertezza sulle *policies* adottate dall'Autorità poiché la valutazione è individualizzata e rimessa alla discrezionalità del singolo responsabile del procedimento. Un temperamento all'ampia discrezionalità del funzionario dell'Autorità si rinviene nell'obbligo per quest'ultimo di informare il Collegio del suo “invito” al professionista, ma nel regolamento non v'è traccia di eventuali poteri di indirizzo, censura o altro del Collegio medesimo rispetto all'attività del funzionario».

Da ultimo la fase decisoria, in cui l'Autorità provvede alla adozione di un provvedimento conclusivo destinato a non assumere l'efficacia di giudicato, con la conseguenza che, ove l'Autorità Giudiziaria Ordinaria sia eventualmente chiamata a conoscere la vicenda in ragione di una azione civile proposta dal consumatore ovvero mediante *class action*, essa è legittimata a discostarsene.

Così delineata la modalità di attuazione della tutela amministrativa, occorre tuttavia evidenziare che sovente l'Autorità Antitrust ha finito per fare un uso esteso dei propri poteri di intervento.¹⁵⁶ In particolare, sebbene - come anticipato nel capitolo che precede - l'intervento dell'Autorità possa dirsi giustificato solo ove la pratica abbia raggiunto un livello di sociale apprezzabilità e superato la soglia *de minimis*, molteplici sono stati i casi in cui l'Autorità Antitrust, lungi dal porsi in un'ottica funzionale alla tutela di interessi diffusi, è invece intervenuta a risolvere conflitti interindividuali, «in una pericolosa sovrapposizione così con il ruolo del giudice ordinario» in relazione a vicende che ben avrebbero potuto ricevere adeguata tutela su un piano puramente privatistico.¹⁵⁷ Il rischio

¹⁵⁶ Guizzi G., *Il divieto di pratiche commerciali scorrette tra tutela del consumatore, tutela del concorrente e tutela del mercato: nuove prospettive (con qualche inquietudine) nella disciplina della concorrenza sleale*, cit., 341: pur concordando con chi sottolinea come «la scelta di cumulare le competenze alla repressione degli illeciti incidenti sulla concorrenza, considerati nelle due prospettive della violazione delle norme antitrust e delle norme a presidio del corretto svolgimento del confronto competitivo, in capo ad una medesima Autorità non possa dirsi irrazionale, costituendo la repressione dei due tipi di illecito prospettive evidentemente complementari», l'A. rileva che tale cumulo di competenze possa giustificarsi solo nella misura in cui l'intervento dell'Autorità non si traduca in uno strumento di soluzione di conflitti interindividuali.

¹⁵⁷ Ancora Guizzi G., *Il divieto di pratiche commerciali scorrette tra tutela del consumatore, tutela del concorrente e tutela del mercato: nuove prospettive (con qualche inquietudine) nella disciplina della concorrenza sleale*, cit., 345. Vengono all'uopo richiamati il caso del rivenditore di auto di Gorizia che non aveva fornito al singolo acquirente di un veicolo usato informazioni sufficientemente specifiche in merito all'inesistenza del diritto alla riparazione gratuita in difformità delle norme del codice

connaturato ad una simile prassi è di tutta evidenza, in quanto l'assenza di una puntuale indicazione dei rimedi privatistici azionabili nella direttiva 2005/29/CE potrebbe indurre ad ipotizzare una concentrazione dei poteri di intervento in capo all'Autorità Antitrust e, conseguentemente, legittimare un automatico ricorso ad essa. Ma non è un'ipotesi condivisibile.

Certo, non può negarsi che da un intervento dell'Autorità Antitrust possano derivare anche benefici per i consumatori singolarmente considerati. Si pensi ai casi di assunzione di impegni da parte dei professionisti ai sensi dell'art. 27 comma 7 Cod. Cons.¹⁵⁸, in cui sovente è accaduto che essi si obbligassero non solo a desistere per il futuro da una pratica commerciale sospettata scorretta, ma finanche a porre in essere condotte volte ad eliminare gli effetti negativi prodotti dalla pratica, allo scopo di evitare contestualmente l'effetto negativo sulla propria immagine commerciale derivante dal provvedimento di censura dell'Autorità e la

del consumo; nonché il caso relativo alla mancata indicazione di informazioni trasparenti sulla durata promozionale su un volantino diffuso da un centro commerciale. Tutte vicende che, se considerate sul piano degli assetti concorrenziali del mercato rilevante, manifestano la loro carica lesiva solo in relazione a diritti o interessi specifici di una singola impresa (o comunque, se analizzati dal versante consumeristico, in relazione ad una ristrettissima cerchia di interessi). Conferma quanto appena esposto Cons. Stato, sez. VI, 21 settembre 2011, n. 5297, in cui si legge: «qualora l'episodio che ha dato luogo alla segnalazione di ingannevolezza di un messaggio pubblicitario sia stato generato da un caso isolato, l'episodio stesso è da considerare di scarsa significatività e, come tale, non riconducibile - perchè divenga giuridicamente rilevante - ad una vera e propria "pratica" commerciale dal carattere di oggettiva ingannevolezza. L'unicità dell'episodio è circostanza determinante che esclude l'abitudine, o serialità, propria della "pratica"».

¹⁵⁸ L'art. 27, comma 7 cod. cons. dispone che «Ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale, l'Autorità può ottenere dal professionista responsabile l'assunzione dell'impegno di porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità. L'Autorità può disporre la pubblicazione della dichiarazione dell'impegno in questione a cura e spese del professionista. In tali ipotesi, l'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può renderli obbligatori per il professionista e definire il procedimento senza procedere all'accertamento dell'infrazione».

sanzione pecuniaria ad esso conseguente.¹⁵⁹ Si pensi, altresì, ai casi in cui il beneficio per il singolo consumatore sia derivato dal provvedimento conclusivo di un procedimento in cui sia stata accertata la scorrettezza di una pratica commerciale, come è ad esempio avvenuto nel recente caso relativo alla compravendita di «diamanti da investimento» in cui, senza esserne obbligate dal provvedimento dell'Autorità, le banche coinvolte hanno autonomamente adottato misure volte a limitare gli effetti negativi prodotti da tali operazioni di acquisto sul patrimonio dei clienti acquirenti.¹⁶⁰ Ma ciò non deve portare a

¹⁵⁹ Ci si riferisce, ad esempio, al provvedimento n. 26081 del 11 ottobre 2017 (PS 10593), con cui l'Autorità Antitrust ha accettato, tra i vari impegni proposti da Poste Italiane s.p.a. sospettata di aver posto in essere una pratica commerciale scorretta per aver modificato unilateralmente le condizioni di utilizzo della carta di pagamento c.d. «Postamat» (resa da gratuita a pagamento), anche quello di «rimborsare il costo del canone della carta Postamat a tutti i clienti che hanno aperto il Conto BancoPosta Click nel periodo 1° gennaio 2010-30 giugno 2014». Si pensi inoltre ai provvedimenti nn. 26790, 26791 e 26792 del 27 settembre 2017 (PS 10548, 10614, 10694), nell'ambito dei quali tre fra i maggiori produttori di grandi elettrodomestici (Whirlpool, Candy Hoover ed Elettrolux) erano sospettati di aver posto in essere una pratica commerciale scorretta per aver chiesto ai consumatori/acquirenti dei loro prodotti il versamento di un diritto di chiamata a fronte di interventi in garanzia: in tali casi, l'Autorità Antitrust ha accettato, tra i vari impegni proposti dai professionisti, anche quello di riconoscere specifiche misure compensative a favore dei singoli consumatori, ai quali era stato richiesto il pagamento del contestato diritto di chiamata. Cfr. Granelli C., *Pratiche commerciali scorrette: le tutele individuali nel disegno di legge-delega di riforma del codice civile*, Contratti, 2019, 493.

¹⁶⁰ Cfr. provvedimenti nn. 26757 e 26758 del 20 settembre 2017 in esito a due procedimenti (PS 10677 - PS10678) che hanno visto coinvolti due operatori del settore della vendita di diamanti c.d. «da investimento» (la IDB -Intermarket Diamond Business S.p.a. e la DPI - Diamond Private Investment S.p.a.) e quattro istituti di credito che hanno costituito il principale canale di vendita dei preziosi commercializzati (Unicredit e Banco BPM per IDP; Intesa Sanpaolo e Monte dei Paschi di Siena per DPI). Ad essi è stata contestata la presentazione ingannevole ed omissiva: a) del prezzo di vendita dei diamanti - presentato come quotazione di mercato e pubblicato a pagamento su un giornale economico; b) dell'andamento del mercato e dell'aspettativa di apprezzamento del valore futuro dei diamanti, attraverso grafici costruiti sull'andamento dei propri prezzi di vendita presentati come «quotazioni», messe a confronto con l'inflazione e le quotazioni ufficiali dell'oro; c) della facile liquidabilità e rivendibilità del diamante, quando invece l'unico canale di rivendita attraverso cui avrebbero potuto essere realizzati i guadagni prospettati era rappresentato da IDB e DPI; d) della qualifica di leader di

ritenere che i procedimenti amministrativi, concepiti principalmente in funzione della tutela del mercato, possano di per sé soli essere contestualmente funzionali anche alla tutela dei consumatori singolarmente considerati.

In termini definitivi, infatti, è noto che il sistema di *public enforcement* afferisce ad una dimensione spiccatamente macroeconomica, in cui prioritaria è l'esigenza di massimizzare il benessere dei consumatori nonché di garantire il corretto confronto concorrenziale, mentre il sistema di *private enforcement* si colloca in una prospettiva individuale volta a regolare la singola operazione commerciale. Ma altrettanto noto, come si avrà modo di approfondire, è che l'orientamento del legislatore europeo sia ormai nel senso (non di insensibilità, quanto) di complementarità tra i due sistemi di tutela, allo scopo di valorizzare i profili di interferenza tra le due discipline: chiaro indicatore di quanto appena asserito è la Direttiva n. 104/2014/UE relativa alla risarcibilità del danno antitrust, nata con il preciso scopo di associare all'attività svolta dagli organismi pubblici le reazioni dei privati, sul convincimento che la repressione dei comportamenti anticoncorrenziali possa raggiungere meglio i propri obiettivi se, oltre agli strumenti di diritto pubblico attivati dalla Commissione Europea o dalle Autorità

mercato, impiegata senza ulteriori precisazioni, al fine di conferire un maggiore affidamento alla propria offerta. Ritenendo tale pratica ingannevole, l'Autorità Antitrust ha inibito ai professionisti (banche comprese) l'ulteriore prosecuzione di detta pratica commerciale, comminando loro sanzioni amministrative pecuniarie nell'ordine, complessivamente, di oltre 9 milioni di euro. Cfr. Petrazzini B., *Diamanti da investimento: la responsabilità della banca collocatrice*, Giurisprudenza Italiana, 2019, 2452.

garanti nazionali, risultino altresì facilitate le azioni civili dirette ad ottenere il risarcimento del danno provocato dalla violazione della normativa antitrust.¹⁶¹

La sensazione, dunque, è che l'idea - comunitaria e nazionale - sia proprio quella di scongiurare il rischio evidenziato in dottrina, ossia quello di una «ibridazione del ruolo dell'Autorità, rendendola ciò che evidentemente non può e non deve essere: una sorta di giurisdizione speciale della concorrenza chiamata in causa anche per dare soddisfazione ad istanze individuali di tutela».¹⁶²

3. Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Una delle maggiori criticità emerse in relazione al *public enforcement* è la stata la subordinazione dei provvedimenti dell'Autorità Antitrust al sindacato «debole» del giudice amministrativo¹⁶³, scelta ritenuta non felice in quanto un sindacato di

¹⁶¹ La citata direttiva è stata recepita nel nostro ordinamento con il D. Lgs. 19 gennaio 2017 n. 3 (G.U. del 19 gennaio 2017, n. 15), sul quale si tornerà nel capitolo che segue. Per quanto qui di interesse, l'art. 7 del citato decreto - a differenza di quanto previsto per il provvedimento accertativo di una pratica commerciale scorretta - riconosce al provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con cui viene accertata la violazione del diritto della concorrenza la natura di prova vincolante per il giudice ordinario, palesando così una forma di cooperazione tra *public* e *private enforcement* contro i danni *antitrust* subiti dai privati, con l'ulteriore notevole semplificazione dell'accesso del privato all'azione risarcitoria.

¹⁶² Così Guizzi G., *Il divieto di pratiche commerciali scorrette tra tutela del consumatore, tutela del concorrente e tutela del mercato: nuove prospettive (con qualche inquietudine) nella disciplina della concorrenza sleale*, cit., 352.

¹⁶³ Di Cataldo V., *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, cit., 810. L'A. rileva che la scelta per questo tipo di sindacato deriva da alcuni principi del nostro sistema, principi dai quali invero il legislatore si è in taluni casi discostato. In materia di tutela della privacy, ad esempio, l'art. 152 del Codice della privacy attribuisce al giudice ordinario la competenza a decidere tutte le controversie in materia, ivi comprese quelle inerenti i provvedimenti del Garante. Del pari, fino al 2010 era del giudice ordinario la competenza a decidere nel giudizio di opposizione avverso i provvedimenti sanzionatori di Banca d'Italia e Consob (rispettivamente art. 145 T.U.B.

tal tipo «non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile e il proprio modello logico di attuazione del c.d. “concetto giuridico indeterminato” all’operato dell’Autorità».¹⁶⁴ In particolare, ciò che veniva in contestazione era che la preclusione al giudice amministrativo di un sindacato pieno sul provvedimento dell’Autorità avrebbe finito per limitare il controllo giurisdizionale alla sola verifica della veridicità dei fatti posti alla base del provvedimento impugnato, della logicità della contestualizzazione dei «concetti giuridici indeterminati» previsti dalle norme e, da ultimo, della correttezza logica del confronto tra i fatti accertati e le norme come contestualizzate dall’Autorità; limitazioni ritenute del tutto irragionevoli muovendo dalla considerazione che «qualunque sistema avverte la necessità di un giudice che controlli la decisione di un primo giudice, o controlli il provvedimento di una autorità, chiunque essa sia, proprio quando la questione ha margini di opinabilità».¹⁶⁵

e art. 195 T.U.F.). Sull’evoluzione del controllo giurisdizionale, cfr. *amplius* Filice M., *Gli sviluppi del controllo giurisdizionale sull’attività delle Autorità indipendenti*, *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, 787.

¹⁶⁴ Consiglio di Stato, 23 aprile 2002, n. 2199.

¹⁶⁵ Di Cataldo V., *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, cit., 813: «La soluzione italiana, invece, con il suo controllo “di tipo debole”, contiene in sé un depotenziamento forte ed ingiustificabile sia dell’interesse generale, sia dell’interesse delle parti ad un giudizio veramente in più gradi a cognizione piena. In definitiva, nel quadro comparatistico, il sistema italiano rappresenta una vera “anomalia”». Nel saggio *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato a vent’anni dalla sua istituzione. Appunti critici*, *Concorrenza e mercato*, 2010, 488, il medesimo A. richiama l’ordinamento tedesco, nel quale è stato affidato al giudice ordinario il controllo dei provvedimenti del *Bundeskartellamt* e delle altre autorità della concorrenza: «l’attribuzione al giudice ordinario del sindacato su atti amministrativi (quali sono i provvedimenti delle autorità antitrust) rappresenta certamente una singolarità, per un paese a doppia giurisdizione (ordinaria e amministrativa), ma una singolarità ragionevole, motivata dal fatto che la materia (diritto antitrust, come ramo del diritto della concorrenza) appartiene in via generale al diritto privato».

Una scelta, quella del legislatore nazionale, che si è a lungo posta in netto contrasto con il sistema comunitario in cui alla Corte di Giustizia è attribuito un duplice potere: da un lato, quello di controllare in modo pieno le decisioni della Commissione; dall'altro, maggiormente rilevante per quanto qui di interesse, quello di sostituire la propria posizione a quella della Commissione, sia ove ritenga la posizione assunta da quest'ultima scorretta sia in relazione all'applicazione di concetti indeterminati (quali impresa, intesa e mercato rilevante), concetti tra l'altro presenti nel sistema comunitario nella elaborazione ad essi data proprio dalla Corte di Giustizia.¹⁶⁶

A sopire la forte avversione verso tale tipo di sindacato è intervenuta a più riprese la giurisprudenza la quale, pur non attribuendo al giudice un potere di tipo sostitutivo sulle decisioni dell'Autorità garante, si è nel tempo assestata sul

Rileva l'A. che «paradossalmente, il sistema tedesco che, dall'immaginario collettivo dei giuristi italiani, viene considerato (non del tutto a torto) la patria del dogma, ha saputo astutamente evitare (almeno per questa volta) di cadere nella trappola del dogma». Passando poi in rassegna il sistema francese, in un primo tempo il sindacato sugli atti della propria autorità antitrust era stato affidato al giudice amministrativo, per poi successivamente mutare scelta e attribuire tale funzione al giudice ordinario. In relazione al sistema italiano, l'A. conclude che esso «si è lasciato incantare dai principi e si è costruito un groviglio di regole (da molti, oltre che da chi scrive, ritenute) insoddisfacenti. E, mi pare, nessun dubbio può aversi sulla sicura preferibilità di un sistema che garantisca un controllo pieno del provvedimento dell'Autorità garante, in fatto e diritto, ed escluda l'esistenza, in capo all'Autorità garante, di un potere di valutazione "riservato"».

¹⁶⁶ Si veda, ad esempio, Corte di Giustizia, 6 gennaio 2004, cause riunite C-2/01P e C-3/01P, *Bayer e altri c. Commissione*, meglio conosciuto come caso Adalat, in relazione al quale si rinvia a Colangelo G., *Il caso Adalat*, Mercato Concorrenza Regole, 2004, 183, in cui la Corte ha confermato la sentenza con cui il Tribunale di primo grado aveva annullato una decisione della Commissione, dissentendo dalla Commissione sulla nozione di accordo e di pratica concordata. Rileva Di Cataldo V., *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato a vent'anni dalla sua istituzione. Appunti critici*, cit., 490: «Il giudice comunitario (pur muovendosi all'interno di un sindacato di pura legittimità, e questo è il solo elemento in comune con il sistema italiano) esercita cioè oggi (sugli atti della Commissione, come sugli atti delle altre istituzioni comunitarie [...]) proprio quel controllo che il giudice amministrativo italiano si rifiuta di esercitare».

riconoscimento di un sindacato più penetrante. Primo importante intervento sul punto si è avuto da parte della Corte di Cassazione la quale, ad esclusione dei casi di valutazioni connotate da margini di opinabilità (quali, ad esempio, la definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza), ha esteso il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Antitrust anche ai profili tecnici il cui esame risultasse necessario per giudicarne della legittimità.¹⁶⁷ Aderendo a tale orientamento, il Consiglio di Stato è recentemente giunto a riconoscere la pienezza del sindacato del giudice amministrativo, nel senso di estensione del controllo anche all'analisi compiuta dall'Autorità. Superando la distinzione tra sindacato «forte» e «debole», il Consiglio di Stato ha dunque affermato che il potere di sindacare con pienezza di cognizione i fatti oggetto di indagine ed il relativo processo valutativo seguito dall'Autorità per l'applicazione della regola vada attribuito al Giudice Amministrativo, precisando che «ove ne accerti la legittimità sulla base di una corretta applicazione delle regole tecniche sottostanti, il suo sindacato deve

¹⁶⁷ Cass. civ., s.u., 14 maggio 2014, n. 10411: «il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne della legittimità, salvo non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità (come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza), nel qual caso il sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante».

arrestarsi, in quanto diversamente vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione titolare del potere esercitato».¹⁶⁸

L'indirizzo appena richiamato è stato ribadito in diverse decisioni. Ne è d'esempio una pronuncia del T.A.R. Lazio relativa al settore delle comunicazioni elettroniche¹⁶⁹ in cui è stato affermato che, nei settori affidati alle Autorità Indipendenti, il controllo giurisdizionale trova una delimitazione non solo in ragione della specifica competenza e dei poteri esclusivi attribuiti alle Autorità, quanto soprattutto nel fatto che le valutazioni da esse effettuate hanno come parametri di riferimento tanto regole scientifiche e inopinabili quanto valutazioni di natura prognostica (di carattere economico e sociologico) non ripercorribili in base a dati univoci. Parametri, questi, che – ha concluso il T.A.R. - valgono a circoscrivere la valutazione del Giudice alla verifica della non esorbitanza dei

¹⁶⁸ Consiglio di Stato, 14 ottobre 2016, n. 4266. La vicenda oggetto della pronuncia origina da una segnalazione proveniente da un'associazione di consumatori per ingannevolezza di un *depliant* pubblicitario volto a promuovere una formula di finanziamento per l'acquisto di un immobile, in quanto lo stesso non rappresentava in modo comprensibile le condizioni praticate nell'erogazione delle formule di finanziamento proposte. A fronte di tale segnalazione, l'Autorità antitrust ha avviato un procedimento istruttorio concernente la presunta violazione da parte del professionista degli artt. 19, 20 e 21 Cod. Cons., conclusosi con l'inibizione dell'ulteriore diffusione e l'irrogazione al professionista di una sanzione amministrativa. Il professionista ha impugnato la segnalazione, deducendo l'incompetenza dell'Autorità in quanto, trattandosi di prodotti finanziari, competente doveva ritenersi la Consob. Accolta l'azione di annullamento da parte del giudice di prime cure, l'Autorità Antitrust ha proposto appello, definito nei termini suindicati.

¹⁶⁹ Tar Lazio, sez. III, 7 novembre 2016, n. 11020; in relazione all'Aeegsi, Tar Lombardia, sez. II, 9 gennaio 2017, n. 7.

suddetti margini di opinabilità e ad escludere, pertanto, la possibilità per il Giudice di sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità.¹⁷⁰

Invero, l'esclusione di un potere sostitutivo in capo al Giudice non vale a ridurre la portata innovativa della pronuncia in esame, in quanto la maggiore pervasività del controllo da parte del Giudice Amministrativo finisce comunque per avere come principale effetto quello di orientare il provvedimento dell'Autorità garante e, conseguentemente, condizionarne l'attività decisionale. Come rilevato già taluni anni addietro, infatti, la possibilità di disporre di un controllo giudiziario a cognizione piena finisce per giovare non solo al mercato, alle imprese ed ai consumatori, ma anche alla stessa Autorità, offrendole un interlocutore stabile sui punti nodali della disciplina da applicare ed integrando tale confronto un fattore di crescita e di maggiore autorevolezza. Si ritiene, pertanto, non condivisibile l'idea di chi ha ritenuto che la previsione della giurisdizione amministrativa come strumento di sindacato sui provvedimenti dell'Autorità Antitrust sia espressione di un affievolimento delle posizioni soggettive tutelate da diritti soggettivi ad interessi legittimi¹⁷¹: argomentare in tal senso, infatti, significherebbe avallare la tesi di una settorialità dei due sistemi di tutela previsti dalla normativa sulle pratiche commerciali scorrette, con conseguente netta scissione di compiti. Tesi, come visto in precedenza, non

¹⁷⁰ A conferma di tale limitazione, nel settore dei servizi postali, si è pronunciato il Consiglio di Stato, sez. VI, 25 settembre 2017, n. 4460, reputando illegittima l'introduzione da parte del giudice di primo grado di un criterio tariffario sostitutivo rispetto a quello previsto dall'AGCom.

¹⁷¹ In tali termini si è espresso Di Cataldo V., *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, cit., 814.

condivisibile in ragione delle recenti spinte comunitarie verso la loro complementarietà.

4. L'Autorità Antitrust tra tutela della concorrenza e regolazione del mercato

Ulteriore aspetto particolarmente dibattuto - e ancora non del tutto sopito - attiene al rapporto tra concorrenza e regolazione, essendo noto che all'attività dell'Autorità Antitrust si affianca l'attività di regolazione delle Autorità di settore.¹⁷² In relazione alle pratiche commerciali scorrette, nonostante la esaminata complementarietà tra la tutela del mercato e la tutela del consumatore ¹⁷³, il confine tra concorrenza e regolazione non sempre è stato definito in modo

¹⁷² Il tema prospettato si innesta sul differente momento di intervento delle Autorità in quanto, da un lato, l'intervento antitrust si prospetta essenzialmente in termini di decisione a posteriori, nel senso che presuppone l'attuazione o almeno la progettazione di un'iniziativa specifica dell'impresa che l'Autorità è chiamata a valutare; di converso, l'intervento dell'Autorità di regolazione si pone a priori, in quanto volto a prescrivere precisi obblighi e comportamenti alle imprese interessate ad operare sul mercato.

¹⁷³ La disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette si presenta come chiara espressione della convergenza delle due prospettive di tutela. Molte delle condotte tipizzate dal Codice del Consumo come pratiche scorrette presentano, infatti, evidenti punti di affinità - in alcuni casi quasi sovrapponendosi - con alcune delle fattispecie di concorrenza sleale. Si pensi, ad esempio, alla ricostruzione del parametro della «diligenza professionale» sulla base del grado di correttezza che ci si può ragionevolmente attendere nel contesto in cui opera il professionista previsto dall'art. 2598, n. 3 c.c. Si pensi, altresì, alla norma dettata dall'art. 21, comma 2, lett. a), c. cons. che, qualificando come scorretta l'attività di commercializzazione del prodotto che «ingenera confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e gli altri segni distintivi di un concorrente, ivi compresa la pubblicità comparativa illecita», individua un'area sostanzialmente coincidente sia con quella degli atti confusori di cui all'art. 2598, comma 1, n. 1, c.c., sia (ove alluda alla pubblicità comparativa illecita) con la fattispecie della diffusione di apprezzamenti idonei a determinare discredito di un concorrente di cui al 2598, comma 1, n. 2, c.c. Cfr. *amplius* Guizzi G., *Il divieto di pratiche commerciali scorrette tra tutela del consumatore, tutela del concorrente e tutela del mercato: nuove prospettive (con qualche inquietudine) nella disciplina della concorrenza sleale*, cit., 335.

netto in ragione della presenza di pratiche scorrette in ogni settore di mercato. Da tale difficoltà ne è derivato un lungo confronto interpretativo volto alla definizione delle sfere di competenza tra Autorità Antitrust e Autorità di regolazione.

Muovendo dall'art. 3, comma 4 della Direttiva n. 29/2005/CE nel quale si legge che «in caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici», il legislatore italiano - traslata tale previsione nell'art. 19, comma 3 cod. cons. - si è inizialmente limitato a stabilire la prevalenza delle disposizioni comunitarie in materia di pratiche commerciali scorrette e delle relative norme nazionali di attuazione sulla normativa interna. Non particolarmente chiara la scelta del Legislatore, della questione è stata investita nel 2011 l'Adunanza Plenaria.¹⁷⁴ Con le ben note pronunce nn. 11-16/2012¹⁷⁵, i giudici di Palazzo Spada hanno statuito che il complesso di regole di cui all'art. 19, comma 3 cod. cons. «si iscrive nell'ambito del principio di specialità»: sulla base di tale premessa, la Suprema Magistratura Amministrativa ha sostenuto che, in caso di sovrapposizioni tra discipline aventi come obiettivo comune la tutela del consumatore, debba prevalere la disciplina che presenti maggiori elementi di specificità rispetto alla fattispecie concreta. Più specificamente, trattandosi di casi relativi al settore delle

¹⁷⁴ Per una puntuale ed approfondita ricostruzione della vicenda interpretativa, si veda in particolare Bertani M., *Pratiche commerciali scorrette e violazione della regolazione settoriale tra concorso apparente di norme e concorso formale di illeciti*, Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2018, 926.

¹⁷⁵ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 11 maggio 2012, nn. 11 – 16, reperibili sul sito www.giustizia-amministrativa.it

telecomunicazioni, il Consiglio di Stato ha individuato la normativa speciale prevalente in quella di competenza dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e ciò - ha motivato il Consiglio di Stato - allo scopo di contenere il rischio di una duplicazione di procedimenti sanzionatori (da parte dell'Autorità Antitrust e dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni) relativi alla medesima condotta.

Per nulla sopito il dibattito, sulla questione è successivamente intervenuto il T.A.R. Lazio¹⁷⁶ che, optando per una lettura estensiva dei principi sanciti nelle sentenze dell'Adunanza Plenaria del 2012, ha annullato una serie di provvedimenti sanzionatori adottati dall'Autorità Antitrust nei confronti di imprese operanti sia nel settore delle telecomunicazioni che in altri settori regolamentati, motivando le proprie decisioni alla luce dell'art. 23, comma 12 *quinquiesdecies* D.L. n. 95/2012 (conv. L. 7 agosto 2012, n. 135), mediante il quale il Legislatore ha dichiarato l'incompetenza dell'Autorità Antitrust ad intervenire in settori dotati di apposita Autorità di regolazione.¹⁷⁷

Un significativo cambiamento si è avuto con l'introduzione del comma 1 *bis* all'art. 27 Cod. Cons., a seguito del recepimento della citata Direttiva

¹⁷⁶ Cfr. Tar Lazio, sez. I, 17 gennaio 2013, sentenza n. 535, relativa al mercato dei servizi assicurativi, per il quale il Tribunale ha affermato la competenza dell'Ivass e la prevalenza della relativa regolazione settoriale rispetto alla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette.

¹⁷⁷ Aderendo alla posizione assunta dal Consiglio di Stato nelle pronunce ad Adunanza Plenaria del 2012, il legislatore ha statuito che «l'importo massimo delle sanzioni di cui all'articolo 27, commi 9 e 12, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, in materia di pratiche commerciali scorrette, la competenza ad accertare e sanzionare le quali è dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, escluso unicamente il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati, è aumentato a 5.000.000 di euro».

2011/83/UE (cd. direttiva *Consumer rights*).¹⁷⁸ Mediante tale intervento, il riparto di competenze è stato ridefinito attribuendo in via esclusiva - dunque anche nei settori regolati - la competenza ad intervenire nei casi di pratica commerciale scorretta all'Autorità Antitrust, ferma restando la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazioni non integranti gli estremi di una pratica commerciale scorretta.¹⁷⁹

In linea con il nuovo assetto normativo, con le sentenze nn. 3 e 4 del 9 febbraio 2016 l'Adunanza Plenaria ha in parte modificato l'orientamento adottato nelle precedenti pronunce del 2012, stabilendo che il principio di specialità nel riparto di competenze debba essere applicato a fattispecie concrete e non per settori: sulla base di tale principio, il Consiglio di Stato ha dunque statuito che, in caso di pratica commerciale in un settore regolamentato, la competenza ad attuare la normativa in materia debba restare dell'Autorità Antitrust in quanto Autorità nazionale deputata a garantire il rispetto della Direttiva 2005/29/CE,

¹⁷⁸ Sul punto si rinvia a Nava G., *Il legislatore interviene nuovamente sul riparto di competenze tra Agcom e Autorità di settore in merito all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva?*, Diritto Mercato e Tecnologia, 2014, 51; Bonomi M. S., *Tutela del consumatore, pratiche commerciali scorrette e riparto di competenze tra autorità indipendenti*, Giornale di Diritto Amministrativo, 2016, 6, 793.

¹⁷⁹ Mosca V., *Verso un equilibrio nel riparto di competenze per la tutela del consumatore*, Giornale di Diritto Amministrativo, 2019, 197: «Da questa norma emerge un'intenzione del legislatore del 2014 opposta rispetto a quella del legislatore del 2012, diretta cioè a ri-attribuire all'AGCM la competenza ad applicare le norme in materia di pratiche commerciali scorrette anche nei settori regolati. In questo senso andrebbe letta la possibilità per l'AGCM di intervenire anche nei settori regolati».

segnando così la riespansione della competenza dell'Autorità Antitrust a discapito della regolazione a vocazione settoriale.¹⁸⁰

Ciononostante la questione non ha smesso di essere oggetto di dibattito, tanto che il Consiglio di Stato ha di recente rinviato la questione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ponendo il seguente quesito: «se la *ratio* della direttiva generale n. 2005/29/CE quale “rete di sicurezza” per la tutela dei consumatori, nonché il *considerando* 10 e l'art. 3, comma 4, della medesima direttiva n. 2005/29/CE, ostino ad una disciplina nazionale che riconduca la valutazione del rispetto degli obblighi specifici, previsti della direttiva settoriale n. 2002/22/CE a tutela dell'utenza, nell'ambito di applicazione della direttiva generale n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette, escludendo, per l'effetto, l'intervento dell'Autorità competente a reprimere una violazione della direttiva settoriale in ogni ipotesi che sia suscettibile di integrare altresì gli estremi di una pratica commerciale scorretta/sleale».

Il 13 settembre 2018, la Corte di Giustizia dell'Unione europea¹⁸¹ si è pronunciata sulla questione, statuendo che la Direttiva 2005/29/CE possa

¹⁸⁰ Cfr. Bertani M., *Pratiche commerciali scorrette e violazione della regolazione settoriale tra concorso apparente di norme e concorso formale di illeciti*, cit., 934. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 febbraio 2016, sentenze nn. 3-4, in cui si legge: «[...] ritiene questo Collegio di dovere parzialmente ritornare sulle decisioni citate di questa Adunanza Plenaria da 11 a 16 - 2012, optando per un *revirement* parziale delle medesime nella misura in cui esse possano essere lette come mera applicazione del criterio di specialità per settori e non per fattispecie concrete. [...] Nel caso di specie, e sempre ai fini della competenza ad irrogare la sanzione, è evidente che l'art. 3, par. 4, della direttiva 2005/29/UE impone che vi sia sempre l'intervento di un'Autorità indipendente competente a far rispettare la predetta direttiva, sanzionando all'uopo le pratiche commerciali sleali anche nel settore delle comunicazioni elettroniche. L'Autorità indipendente menzionata dalla direttiva è, nel nostro sistema nazionale, l'Autorità Antitrust».

trovare applicazione solo in assenza di specifiche norme di settore disciplinanti aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette, in ragione della regola di specialità contenuta nell'art. 3, comma 4 della Direttiva medesima. Ad avviso della Corte, infatti, mediante la citata regola della specialità, il legislatore comunitario non ha inteso fissare un criterio regolatore tra tipi di disciplina (generale e settoriale) ma un criterio di regolazione dei rapporti tra norme, aspetto questo che trova conferma altresì nell'assenza nella Direttiva di disposizioni relative alla designazione e attribuzione di competenze alle Autorità amministrative chiamate ad applicare le norme, essendo questo un ambito demandato dal Legislatore europeo alla discrezionalità degli Stati membri. La Corte ha così evidenziato che la direttiva 2005/29/CE integri una normativa ad approccio orizzontale, cui si affiancano le diverse direttive settoriali volte a garantire tutela al consumatore, con la conseguenza che «tale direttiva trova quindi applicazione, come confermato dal suo *considerando* 10, soltanto qualora non esistano specifiche norme del diritto dell'Unione che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali».¹⁸²

Ulteriormente, la Corte è intervenuta in merito al significato da attribuire alla nozione di «contrasto», precisando che esso vada inteso come «una divergenza che non può essere superata mediante una formula inclusiva che permetta la coesistenza di entrambe le realtà, senza che sia necessario snaturarle in quanto diverse». Volendo meglio chiarire quanto appena indicato, la Corte ha

¹⁸¹ Corte di Giustizia, sez. II, 13 settembre 2018, cause C-54/17 e C-55/17, *AGCM c. Wind Tre e Vodafone Italia*, reperibile su www.curia.europa.eu

¹⁸² Cfr. § 58 della sentenza.

sostanzialmente rilevato che il contrasto sussista nei casi in cui disposizioni estranee alla Direttiva n. 2005/29/CE intervengano a disciplinare aspetti specifici delle pratiche scorrette e ad imporre ai professionisti obblighi incompatibili con quelli stabiliti dalla predetta direttiva: muovendo da tale considerazione, su un piano puramente pratico i Giudici Europei hanno dunque limitato la possibilità di intervento delle Autorità di settore ai soli casi di contrasto mentre, al di fuori dell'incompatibilità, la competenza ad intervenire è dell'Autorità antitrust.¹⁸³

A ben guardare, invero, nella esaminata pronuncia la Corte di Giustizia si è limitata ad evidenziare il più volte ribadito rapporto di complementarità tra la disciplina generale e quella di settore previsto dalla Direttiva, rapporto com'è noto finalizzato alla creazione di una «rete di sicurezza» a tutela del consumatore, tuttavia nulla dicendo invece in merito al rapporto tra la regolazione *ex ante* da parte delle Autorità di settore ed il controllo *ex post* sulla concorrenzialità del mercato realizzato dalle Autorità nazionali preposte.¹⁸⁴ In ragione di quanto esposto e, soprattutto, della mancata presa di posizione sul tema da parte della Corte di Giustizia, non può che rendersi auspicabile un intervento normativo chiarificatore, volto ad introdurre strumenti di raccordo tra i soggetti pubblici

¹⁸³ §§ 61 e 62 della sentenza.

¹⁸⁴ In tal senso si è recentemente pronunciato il Consiglio di Stato, sez. VI, 25 ottobre 2019, n.7296: «Nella definizione del rapporto di competenza tra l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che opera nel mercato generale con funzioni di vigilanza, e l'Autorità di regolazione, che opera nel settore particolare, la regola generale, ai sensi dell'art. 19, comma 3, del Codice del consumo, è che, in presenza di una pratica commerciale scorretta, la competenza è dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. La competenza delle altre Autorità di settore è residuale e ricorre soltanto quando la disciplina di settore regoli «aspetti specifici» delle pratiche che rendono le due discipline incompatibili».

chiamati ad assicurare la tutela del consumatore e, più di tutto, allo scopo di consentire il sorgere tra essi di rapporti ispirati al principio di collaborazione.¹⁸⁵

5. L'eterointegrazione del contratto ad opera delle Autorità Amministrative Indipendenti

Altro argomento particolarmente indagato in tema di *Authorities* e, ai fini della presente trattazione, di particolare interesse attiene alla attribuzione ad esse di poteri normativi, più specificamente alla incidenza che la produzione normativa secondaria può avere sull'autonomia privata: ci si riferisce al fenomeno della «neoregolazione che - con un'inversione di metodo e di strategia rispetto al passato - si propone di ordinare le strutture mercantili (*id est*, di dettare regole di funzionamento del mercato) tramite la “disciplina del contratto” e che trova il suo fondamento proprio nel fenomeno della contrattazione di massa e della predisposizione unilaterale del contenuto di contratti che, della tradizionale nozione di autonomia negoziale, conservano solo il potere di scelta dell'*an*, dunque di libertà di concludere il contratto».¹⁸⁶

¹⁸⁵ Si veda Corra A., *La CGUE sulla tutela del consumatore nella repressione delle pratiche commerciali scorrette*, DPCE online, 2019, 4; Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., 102. Cfr. Nava G., *Il legislatore interviene nuovamente sul riparto di competenze tra Agcom e Autorità di settore in merito all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva?*, cit.: l'A. ravvisa una possibile soluzione nell'assegnazione (in via legislativa) a ciascuna Autorità di settore del potere di applicare sia le proprie competenze settoriali che la normativa in materia di pratiche commerciali scorrette di cui agli artt. 20 e ss. del Codice del Consumo, limitatamente ai settori di specifica competenza. In tal modo, ritiene l'A., si avrebbe come risultato un maggiore coordinamento sulla valutazione della natura dell'infrazione, nonché una semplificazione dei profili procedurali.

¹⁸⁶ In tal senso Ricciuto V., *Regolazione del mercato e “funzionalizzazione” del contratto*, Studi in onore di Giuseppe Benedetti, Napoli, 2008, 1611. In senso difforme, Orlandi M., *Autonomia*

Sebbene la tradizione giuridica di *civil law* definisca il contratto come il libero incontro di volontà di due o più parti volto alla regolazione di una determinata operazione, è tuttavia ormai noto che gli atti di regolazione delle Autorità indipendenti si ergono a pieno titolo a fonti eteronome di integrazione contrattuale, in grado di incidere tanto sull'*an* quanto sul *quomodo* della stipulazione. Si tratta di un fenomeno delineatosi a partire dall'affermarsi del *Welfare State* e dal conseguente intensificarsi di interventi correttivi pubblici volti ad introdurre restrizioni della libertà contrattuale a protezione di contraenti che - per la loro vulnerabilità economico-sociale - rischiavano di «essere stritolati dagli ingranaggi della negoziazione e dalle impietose logiche mercantili ad essi sottese»¹⁸⁷: da tanto è così derivato il passaggio ad un differente tipo di tecnica normativa, non più basata su una normazione di carattere inderogabile «in senso stretto» volta a prefigurare le modalità con cui la volontà delle parti possa diventare giuridicamente rilevante, bensì sull'adozione di norme di natura

privata e autorità indipendenti, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. Le metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006, 89, ad avviso del quale i mercati degli scambi di massa «nulla condividono con il romantico principio di autonomia». Cfr. anche Angelone M., *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit., 100: l'A. evidenzia che in taluni settori il contratto sia diventato mezzo mediante il quale, da un lato, perseguire obiettivi di interesse generale e, dall'altro, realizzare un mercato pro-concorrenziale, acquisendo così una connotazione ultraindividuale e perdendo, conseguentemente, la sua originaria connotazione di strumento di autoregolazione privata di interessi.

¹⁸⁷ Angelone M., *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit., 135: «d'altronde, le istanze personalistiche e solidaristiche promananti dalla Costituzione repubblicana impongono di subordinare l'autonomia contrattuale [...] all'utilità sociale (art. 41 Cost.), prevedendo vincoli e controlli sempre più stringenti, nel tentativo di rendere effettiva (e, anzitutto, accessibile) tale autonomia, riequilibrando le posizioni dei soggetti c.dd. "deboli" in nome del principio di uguaglianza sostanziale (art. 3 Cost.)».

imperativa volte a porre limiti interni al contenuto dell'operazione negoziale mediante predisposizione di precisi obblighi e condotte.¹⁸⁸

Il primato del diritto legislativo quale strumento principe dell'intervento nell'economia ha così finito per cedere il passo a modelli normativi più versatili, quali legislazioni speciali e normative secondarie di rilevanza pubblicistica, tra le quali primeggiano in particolare quelle adottate su impulso delle Autorità Indipendenti. L'eterointegrazione del contratto ad opera delle *Authorities* si colloca, dunque, nella ridefinizione della partecipazione pubblica nell'economia, segnando la nascita di nuovi modi e luoghi di produzione delle regole del gioco.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Ancora Angelone M., *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit., 138: «si è constatata l'inesistenza di una "mano invisibile" in grado di conseguire l'equilibrio "omeostatico" del mercato, come pure l'inattendibilità della massima benthamiana secondo la quale il singolo, perseguendo il proprio benessere individuale, favorisce indirettamente quello dell'intera collettività: l'iniziativa privata lasciata libera e senza freni non si rivela in grado di (auto)correggersi e soprattutto di assicurare rapporti giusti ed equi, improntati al rispetto ed alla salvaguardia della giustizia sociale. Di qui la necessità di "operare una eterodeterminazione dei fini perseguiti dai singoli operatori" che trova svolgimento in una normativa formalmente privatistica, ma sostanzialmente pubblicistica, che mira alla cura di interessi superindividuali e che, come tale, presenta carattere cogente ed autoritativo». Cfr. anche Grondona M., *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancora) aperto*, Corriere giuridico, 2013, 609 il quale rileva che «il mercato regolamentato funziona meglio, cioè in modo più efficiente che non il mercato libero, e quindi, non fallendo, consente la massimizzazione dell'utilità economica individuale; donde un beneficio sociale aggregato».

¹⁸⁹ Così Macario F., *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. Le metamorfosi del contratto*, cit., 213. Si veda anche Roppo V., *Il contratto, e le fonti del diritto*, Politica del diritto, 2001, 4, 533: «L'irrompere delle leggi speciali quali fonti sempre più rilevanti del diritto dei contratti significa decodificazione; significa erezione, ai margini di un codice in ritirata, di microsystemi extracodicistici; significa (nella misura in cui le leggi speciali sul contratto sono leggi su singoli tipi o classi di contratti) nuova centralità dei tipi contrattuali a scapito del «contratto in genere», e difficoltà crescente a ricostruire, in questo quadro di frammentazione sempre più spinta, una significativa unitarietà della figura contrattuale. Significa infine – almeno per chi vede in questi processi qualche rischio di sbocchi incontrollati e indesiderabili – l'impegno verso

Da un tale mutamento non poteva non derivare una ricaduta sul diritto dei contratti in quanto mutata è la stessa concezione di contratto, non più mero mezzo di scambio, ma vero e proprio strumento mediante il quale garantire l'efficienza del mercato, tanto da giustificarsi la determinazione del suo contenuto sia mediante l'interposizione del legislatore che con norme riferibili alle Autorità di settore¹⁹⁰: l'autonomia negoziale viene così a collocarsi tra «libertà» e «giustizia contrattuale», con la conseguenza che le iniziative pubbliche volte a tutelare categorie sociali mediante compressione della libertà nella determinazione del contenuto negoziale hanno assunto sempre maggiore rilievo.¹⁹¹

E tuttavia la compenetrazione tra poteri privatistici negoziali e poteri pubblicistici di regolazione ha finito per delineare un rilevante profilo problematico in merito al rapporto tra gli indicati poteri delle amministrazioni indipendenti e il principio dell'autonomia privata consacrato nell'art. 1322 c.c.¹⁹² Sovente, infatti, si è assistito ad una vera e propria conformazione contrattuale

obiettivi di ricodificazione, di ricomposizione dei frammenti, di recupero della figura e della disciplina del contratto a un più apprezzabile livello di generalità».

¹⁹⁰ Ricciuto V., *Regolazione del mercato e "funzionalizzazione" del contratto*, cit., 1615.

¹⁹¹ Roppo V., *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, *Politica del diritto*, 2007, 3, 451, ad avviso del quale, per proteggere l'interesse generale o categorie sociali deboli, vi sono norme che «limitano la libertà contrattuale, specialmente con norme di legge che vietano di inserire nel contratto determinati contenuti svantaggiosi per la parte debole; o impongono di inserire nel contratto determinati contenuti, vantaggiosi per quella stessa parte».

¹⁹² Di amministrativizzazione del contratto si parla ampiamente nell'opera collettanea di Gitti G., *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006, 96, cui si fa rinvio ed in relazione al quale si segnala che la formula «contratto amministrato» non corrisponde ad avviso dell'A. al riconoscimento di una nuova ed autonoma categoria concettuale come avvenuto per il terzo contratto, avendo una valenza meramente descrittiva. Si veda anche Rodotà S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004.

dipendente dalla regolazione autoritativa dei contratti¹⁹³, in particolare mediante definizione di clausole destinate ad essere inserite in via imperativa nei negozi ovvero mediante prescrizione di contenuti tipici.

Tale conformazione ha indotto ad una riflessione circa il contenuto dell'autonomia contrattuale: in altri termini, ciò che ci si è chiesto è se le modifiche imperative al contenuto del contratto, frutto dell'attività di regolazione delle *Authorities*, siano compatibili con l'idea di contratto come atto di manifestazione della volontà.¹⁹⁴ Sul punto, la dottrina più accreditata ritiene che, pur conformato mediante interventi eterointegrativi, il contratto non abbia smarrito la propria natura negoziale: a sostegno di tale asserzione è stato evidenziato che le regole eteronome integrative del contratto non costituiscano il prodotto unilaterale dei poteri pubblici, bensì integrino il risultato di una «eteronormazione partecipata», legata cioè alla partecipazione degli operatori

¹⁹³ Si esprimono in termini di conformazione contrattuale ad opera delle *Authorities*, Amadio G., *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in Gitti G. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., 218; Di Bona L., *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, Napoli, 2008, 66. Sottolinea Sirena P., *La partecipazione dei soggetti interessati ai procedimenti innanzi alle Autorità indipendenti*, Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2012, 442, che «le Autorità indipendenti servono quindi alla realizzazione di una società che individua gli strumenti per migliorare il proprio benessere (non solo economico) nel diritto privato e nei suoi istituti caratteristici, ossia la libertà contrattuale, la concorrenza, la proprietà privata».

¹⁹⁴ Rileva Zarro M., *Poteri indipendenti e rapporti civili*, Napoli, 2015, 88, che «sarebbe irrealistico non prendere atto di come il contratto travalicando obiettivi meramente individualistici persegua obiettivi di carattere pubblicistico si condizionando il mercato. [...] Il mercato non può fare a meno della socialità e della solidarietà», ciò in quanto l'ordinamento nazionale-europeo è oggi orientato verso l'abbandono della logica contrattualistica dei consumi, aspetto questo che ha come corollario la «depatrimonializzazione dei rapporti privati». Aggiunge l'A. che «se i garanti del nuovo modo di essere dei mercati divengono le Autorità amministrative indipendenti, queste non possono non considerarsi anche garanti del nuovo modo di essere dei rapporti privatistici. Le Autorità divengono, dunque, non soltanto promotrici della conformazione del mercato, ma vengono erette a organismi di tutela della parte debole del rapporto, mediante la ricerca di una giustizia contrattuale».

privati alla fase ascendente di formazione delle norme regolamentari. Tale ricostruzione trova il proprio ancoraggio nella legittimazione rappresentativa delle *Authorities* ricavata «dal basso», vale a dire mediante il coinvolgimento degli *stakeholders* nei processi decisionali: in particolare, ad avviso dei sostenitori di tale tesi, la previsione di strumenti di partecipazione e consultazione dei soggetti interessati ha il vantaggio di scongiurare il rischio della caduta del valore della legalità sostanziale, vedendo nel ricorso a meccanismi di *notice and comment* - volti a dare preventiva notizia del progetto in atto e consentire così agli interessati di far pervenire proprie osservazioni - lo strumento chiave mediante cui compensare il deficit democratico del potere regolamentare delle Autorità indipendenti.¹⁹⁵

Invero, tale posizione non risulta pienamente condivisibile in quanto, ad avviso di chi scrive, proprio l'impersonalità di tale dialogo pone invece in evidenza la necessità di indagare se ed in che limiti possa ritenersi ammissibile un intervento confromativo da parte delle Autorità indipendenti sul contratto.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Si legge in Angelone M., *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit., 151: «il contratto “conformato” non smarrisce la propria indole negoziale, benché, all’esito dell’attività pubblica di regolazione del mercato, si configuri “sempre meno come affare privato dei privati” e sempre più come mezzo “per realizzare obiettivi più generali di quelli delle parti”».

¹⁹⁶ Non condivide l'idea di una legalità procedimentale fondata sulla consultazione e la partecipazione degli interessati Venosta F., *Contratti regolati e rimedi civilistici*, Osservatorio del diritto civile e commerciale, 2016, 99, ad avviso del quale tale *modus operandi* non significa propriamente negoziazione: «l'atto finale, infatti, è valido anche se non consegue il consenso degli interessati; né si può assimilare l'atto regolatorio ad un accordo sostitutivo o integrativo di procedimento, ai sensi della L. n. 241/1990». Viene all'uopo richiamata la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4874, in cui si nega che le Autorità indipendenti abbiano l'obbligo di prendere posizione su ciascuna singola osservazione acquisita nel corso del procedimento partecipativo in quanto in tal modo «si esporrebbe il sistema della regolazione a possibili paralisi operative, sostituendo - oltre tutto - un condivisibile modello partecipativo con un inammissibile modello di immanente co-decisione con i destinatari finali dell'attività di regolazione» (sentenza, questa, che si pone in antitesi ad altra risalente pronuncia del Consiglio

6. Le modalità di intervento regolatorio delle *Authorities*

Punto di partenza comune a tutte le Autorità è la finalità proconcorrenziale perseguita mediante attribuzione ad esse di poteri volti ad una funzionalizzazione del contratto verso la realizzazione di un certo assetto di mercato¹⁹⁷, costituendo in ogni caso l'asimmetria il presupposto fondante l'integrazione dell'atto negoziale: la regolazione, in altri termini, finisce per manifestare la sua rilevanza sociale, in quanto volta a ripristinare l'equilibrio tanto giuridico quanto economico del contratto.

Ciò premesso, due sono le modalità in cui si sostanzia l'intervento regolatorio delle *Authorities*: la prima, nella previsione di specifici obblighi di comportamento a carico dei soggetti nei confronti dei quali esse esplicano il proprio potere di

di Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, nella quale invece si legge che mediante il sistema partecipativo «si instaura una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessanti nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori»).

¹⁹⁷ Ricciuto V., *Regolazione del mercato e "funzionalizzazione" del contratto*, cit., 1629. Cfr. anche Gitti G. - Spada P., *La regolazione del mercato come strategia*, in Gitti G. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. Le metamorfosi del contratto*, cit., 17: «l'analisi teleologica non può non rinviare a quell'obiettivo ultimo di ogni regolazione che è la simulazione della concorrenza, ossia l'introduzione forzata, proprio in quanto regolamentata, di meccanismi di competitività che siano garanzia di buon funzionamento del mercato stesso a beneficio degli utenti e dei consumatori, in quei settori ove, per ragioni storiche o culturali, la concorrenza non esista effettivamente o sia di lenta e difficile instaurazione». Cfr. anche Navarretta E., *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, Rivista di diritto civile, 2014, 3, 549 la quale rileva che «per un verso, le nuove visioni economiche e l'obiettivo del mercato concorrenziale hanno determinato una sorta di funzionalizzazione dell'autonomia contrattuale, che ha subito, a tal fine, limitazioni e controlli. Per altro verso, l'affermarsi del personalismo quale ulteriore sostrato costitutivo dell'Unione europea ha assecondato la riscoperta del contratto a promuovere anche valori della persona», con la conseguenza che «l'asse di riferimento del contratto ha cominciato a virare dall'uguaglianza puramente formale tra i contraenti all'uguaglianza anche sostanziale, aprendo l'ampio capitolo [...] sulla giustizia contrattuale».

vigilanza e controllo; la seconda, nella fissazione di un contenuto «minimo» della pattuizione ovvero nella previsione di una inserzione obbligatoria di clausole.¹⁹⁸

A ben guardare, le indicate modalità di intervento richiamano rispettivamente la nota distinzione tra regole di condotta e regole di validità in merito alla quale, non intendendo soffermarsi approfonditamente, ci si limiterà a fare cenno per quanto qui di interesse.

In relazione al primo tipo di intervento delle *Authorities*, esso attiene alla previsione di obblighi (di norma, di informazione) che si collocano a monte della stipulazione e previsti allo scopo di colmare lo squilibrio cognitivo tra i contraenti: tale intervento, dunque, determina una «procedimentalizzazione» della formazione del consenso, finalizzata a mettere il contraente debole in condizioni di conoscere in anticipo il programma contrattuale al fine di valutarne la relativa convenienza.¹⁹⁹ Il tema della violazione delle regole di condotta e dei rimedi azionabili, com'è noto, ha determinato il sorgere di un contrasto interpretativo che ha visto giurisprudenza e dottrina fronteggiarsi su posizioni antitetiche così riassumibili: da un lato, si sosteneva che dall'inosservanza di norme di comportamento dovesse derivare una semplice responsabilità risarcitoria; dall'altro, si riteneva essersi in presenza di un'ipotesi di invalidità del contratto, richiamando all'uopo la figura della nullità per inosservanza di norme imperative.

¹⁹⁸ A tal riguardo, le autorità non si limitano ad indicare le modalità mediante le quali i privati esercitano la propria autonomia, ma si spingono fino a predisporre l'impianto contrattuale, essendo l'intervento delle *Authorities* proteso a prevedere l'obbligo – a pena di invalidità - di inserimento di clausole che vanno ad incidere su intere parti del contratto. Cfr. Fauceglia D., *Il contenuto minimo e il problema dell'integrazione dei contratti di utenza telefonica*, Europa e Diritto Privato, 2019, 519.

¹⁹⁹ Angelone M., *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit., 164.

Tale contrasto ha trovato una parziale composizione in due importanti pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione²⁰⁰ rese in relazione alla violazione dei doveri di informazione e di corretta esecuzione delle operazioni a carico dell'intermediario finanziario: in tali sentenze la Suprema Corte, muovendo dal principio di non interferenza tra regole di validità e di comportamento²⁰¹, ha statuito che, ove la violazione di una regola di comportamento si collochi nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto, viene a delinearsi una responsabilità precontrattuale con conseguente obbligo risarcitorio a carico all'intermediario, così limitando la eventuale declaratoria di invalidità del contratto ai soli casi previsti dalla legge. E tuttavia non è mancato chi ha evidenziato la non piena condivisibilità della soluzione prospettata dal Supremo Consesso, muovendo dai contorni sempre più incerti assunti dalla distinzione tra regole di condotta e di validità e, più di tutto, dal progressivo abbandono del criterio di non interferenza. Ciò che in particolare è stato evidenziato è che le indicazioni comportamentali - tra le quali primeggiano gli esaminati obblighi di informazione -, pur collocate in fase precontrattuale, hanno finito per assumere la veste di elementi essenziali della pattuizione, tanto da poter condurre ove non rispettate alla declaratoria di invalidità²⁰²: chiari esempi in tal senso sono la nullità dei contratti di commercializzazione a distanza di servizi finanziari prevista per il caso

²⁰⁰ Cass. civ., s.u., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, che saranno ulteriormente richiamate nella parte dell'elaborato dedicata al *private enforcement*, cui si rinvia per i riferimenti bibliografici.

²⁰¹ In base a tale criterio, la nullità va riconosciuta solo in caso di inadempimento relativo al contenuto essenziale del contratto; viceversa, va negata in caso di violazione dell'obbligo in fase di formazione del contratto.

²⁰² *Amplius* Angelone M., *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit., 172.

in cui il fornitore abbia violato gli obblighi di informativa precontrattuale²⁰³, nonché l'annullabilità di contratti di *franchising* ove indifferentemente il *franchisor* o il *franchisee* abbiano fornito false informazioni.²⁰⁴ Esempi, questi, che confermano come l'informazione sia divenuta «l'“in sé” del contratto [...], di talché l'eventuale inadempimento riversa il proprio disvalore direttamente sul regolamento negoziale rendendolo socialmente dannoso» e che consentono di concludere nel senso della invocabilità di strumenti invalidanti, unitamente alla tutela risarcitoria, anche in ipotesi di violazione di regole di correttezza.²⁰⁵ Si anticipa che su tale argomento si tornerà nel successivo capitolo in ragione della particolare risonanza che le citate sentenze hanno avuto sul lungo dibattito sorto in dottrina in tema di rimedi di natura privatistica azionabili in caso di pratiche commerciali scorrette.

La seconda modalità di intervento, di maggiore interesse ai fini della presente trattazione, si sostanzia come anticipato nella previsione di un contenuto minimo del contratto, al fine di rimediare alle possibili asimmetrie contrattuali e consentire alla parte considerata vulnerabile dal Legislatore di meglio conoscere l'operazione economica ed i relativi rischi.²⁰⁶

²⁰³ Art. 67 *septiesdecies*, comma 4 D.lgs. 206/2005: «Il contratto è nullo, nel caso in cui il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate, ovvero viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche».

²⁰⁴ Art. 8 L. n. 129/2004: «Se una parte ha fornito false informazioni, l'altra parte può chiedere l'annullamento del contratto ai sensi dell'articolo 1439 del codice civile nonché il risarcimento del danno, se dovuto».

²⁰⁵ Angelone M., *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit., 170.

²⁰⁶ Esempi in tal senso sono forniti dal Regolamento 3 maggio 2012 n. 40, emanato dall'IVASS e concernente la definizione di contenuti minimi del contratto di assicurazione sulla vita, nonché dall'art. 117 comma 8 T.U.B., in forza del quale «la Banca d'Italia può prescrivere

Quale sorte per i contratti conclusi in violazione delle determinazioni assunte dall'Autorità di settore? Ebbene, è in tali casi che trova applicazione il meccanismo integrativo-sostitutivo di cui agli artt. 1339 e 1419, comma 2 c.c., volto ad assicurare la conservazione del contratto e l'adeguamento del contenuto contrattuale.²⁰⁷

Sul piano applicativo, il meccanismo indicato si sostanzia nella inserzione automatica di clausole legali in sostituzione di quelle difformi volute *ab origine* dalle parti contraenti, realizzando così un intervento correttivo del regolamento negoziale. Tuttavia, molti sono stati i dubbi sorti in relazione alla ammissibilità di simili interventi manipolativi sul contratto mediante provvedimenti adottati dalle *Authorities*: come può, infatti, un atto di natura sub primaria come quello di una Autorità indipendente produrre effetti manipolativi sul contratto?

Per fornire risposta al quesito, in via preliminare la dottrina ha concentrato il proprio campo di indagine sul riferimento alle «norme imperative» contenuto

che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato», prevedendo inoltre la nullità dei contratti difformi.

²⁰⁷ Angelone M., *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit., 178: l'A. evidenzia che l'art. 1339 c.c. non costituisce l'unica norma idonea a consentire l'integrazione cogente del contratto, potendo quest'ultima avvenire a prescindere da vicende invalidatorie mediante l'art. 1374 c.c. In particolare, aderendo a quell'orientamento che vede nella fonte legale menzionata dalla disposizione un rinvio a tutti i singoli richiami a norme di legge integratrici del contratto, siano esse contenute nel codice civile o in leggi speciali e indipendentemente sia dalla loro natura (inderogabile in senso stretto, imperativa, suppletiva o dispositiva) che dalla funzione svolta (sostituire clausole, dichiarare la nullità, colmare lacune, arricchire il contenuto negoziale), si rileva che l'art. 1374 c.c. costituisca il principale referente normativo ove non sia necessaria o praticabile una sostituzione bensì una integrazione del testo contrattuale ritenuto carente, «come avviene nelle ipotesi nelle quali il contratto abbisogni di un “innesto” a causa dell'omessa inclusione da parte dell'operatore di mercato di clausole obbligatorie o altri contenuti imperativi [...] additati dall'autorità indipendente nell'esercizio delle sue funzioni».

negli artt. 1418, comma 1 e 1419, comma 2 c.c., in particolare al fine di verificare la effettiva necessità del loro rango primario. Sul punto la dottrina ha dato risposta negativa, essendo infatti opinione comune che le norme imperative possano essere individuate non solo nelle norme cogenti poste dalla legge ordinaria, ma anche da fonti ad essa sovraordinate, subordinate o equiparate. Rilevato, dunque, che l'imperatività di una norma non dipenda esclusivamente dalla sua collocazione nella gerarchia delle fonti quanto piuttosto dalla finalità che si intende perseguire con essa, si è così giunti a riconoscere che il riferimento all'imperatività contenuto nelle citate disposizioni codicistiche prescinda dal rango delle norme, finendo così per ammettere che la nullità ben possa derivare anche dalla violazione di norme imperative secondarie.²⁰⁸

Sulla base di tali premesse, l'attenzione si è poi concentrata sull'esigenza di chiarire quando una simile incidenza da parte di una norma secondaria possa ritenersi ammissibile, soprattutto nell'ottica di contenere il rischio di una arbitraria attribuzione di imperatività ai propri atti da parte delle Autorità indipendenti. In proposito è stato richiamato l'art. 23 T.U.F., nel quale il Legislatore, anziché chiamare in causa una fonte di determinazione pariordinata, si è limitato a

²⁰⁸ Tale tesi è stata prospettata da Del Prato E., *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, Rivista di diritto privato, 2001, 525, il quale aggiunge che: «potrebbe ipotizzarsi una diversa soluzione per il caso previsto dall'art. 1418, comma 3 c.c. ("il contratto è altresì nullo negli altri casi previsti dalla legge"); ma la soluzione contraria è accreditata dal fatto che non può dubitarsi del carattere imperativo di una norma che commini una nullità testuale». *Contra* Orlandi M., *Autonomia privata e autorità indipendenti. L'autonomia privata e le autorità indipendenti. Le metamorfosi del contratto*, cit., 75, ad avviso del quale «se il fondamento dell'autonomia negoziale si radica in un principio normativo non ogni successiva disposizione, ma soltanto quella posta da fonti di pari rango potrebbe restringere la sfera di autonomia e ridefinire il limite tra poteri autonomo ed eteronomo di regolazione».

prefigurare una «nullità in bianco», rimettendo invece l'individuazione delle cause di invalidità ad un atto dell'Autorità indipendente.²⁰⁹ Ciò che in particolare è stato desunto dal citato esempio è che l'ammissibilità di un intervento delle Autorità indipendenti a comporre il contenuto precettivo del contratto mediante propri regolamenti risulta essere imprescindibilmente condizionata alla attribuzione ad essa di un potere di tal tipo da parte del legislatore ordinario. La conclusione è dunque che tanto l'invalidità quanto l'integrazione del contratto possano configurarsi in virtù di una norma secondaria solo in presenza di una competenza di tal tipo in capo all'Autorità emanante²¹⁰; conclusione che, del resto, trova

²⁰⁹ Amadio G., *Autorità indipendenti e invalidità del contratto. L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., 220: «L'ipotesi [...] disvela la sua reale sostanza problematica, e con essa l'attinenza al nostro tema, in quanto il meccanismo relazionale utilizzato dal legislatore (che, anche qui utilizzando classificazioni antiche, dovremmo dire *determinativo* della volontà normativa), anziché chiamare in causa una fonte di determinazione pariorinata, rimette l'individuazione del nucleo precettivo della norma all'atto (variamente configurato) dell'autorità indipendente. Anche per questa via, pare profilarsi un'incisione dell'autonomia privata a opera delle autorità, pur se mediata dal rinvio (termine inteso in senso volutamente generico) legislativamente disposto: è l'atto delle autorità che provvede a specificare il contenuto di previsioni che la legge formula in termini generici, facendo uso di concetti quali la «difformità» (art. 117, comma 8, t.u.b.), o l'«inosservanza» (art. 23 t.u.i.f.), riproduttivi semplicemente dell'idea della violazione del precetto in bianco; è l'atto delle autorità, in altre parole, a determinare le cause di nullità».

²¹⁰ Angelone M., *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit., 193: «tale approdo è, infatti, imposto dalla gerarchia delle fonti: in assenza di un apposito rinvio di legge, il regolamento (per così dire “indipendente”) infrangerebbe la previsione legislativa sull'autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.) e, con essa, gli artt. 41 e 42 Cost.». Rileva l'A. che, ove così non fosse, si finirebbe per alterare l'ordine gerarchico delle fonti, consentendo ad una norma di rango secondario di scavalcare norme di legge e penetrare nei contenuti negoziali in sostituzione delle relative pattuizioni: la libertà contrattuale aggiudicata ai privati, infatti, risiede in una legge ordinaria - per l'appunto l'art. 1322 c.c. - e, pertanto, solo una norma di pari rango ne può ridurre i margini. Quanto sostenuto dalla dottrina trova conferma anche in giurisprudenza. Sul punto, cfr. Cass. civ., 27 luglio 2011, 16401: «Poichè tali atti sono emanati sulla base di una previsione di legge, allorchè il loro profilo funzionale ed il loro contenuto possa essere considerato come determinativo di una clausola rispetto al contratto di utenza, l'applicabilità dell'art. 1339 c.c. appare in linea generale giustificata, perchè, quando detta norma allude alle

conferma anche nella relatività della riserva di legge dettata dagli artt. 41 e 42 Cost.²¹¹, relatività che come noto accorda alla legge la possibilità di deferire alle *Authorities* poteri idonei ad incidere nel campo dei diritti economici garantiti dai citati articoli, purchè adeguatamente specificati.²¹²

Tra gli interpreti non è mancato chi ha tentato di dequotare l'importanza della questione, ravvisando nel procedimento innanzi esposto di formazione partecipata dei provvedimenti delle *Authorities* un elemento di attenuazione della sensazione di compressione dell'autonomia privata ad opera dell'attività normativa delle *Authorities*. In particolare è stato sostenuto che il ricorso a procedure partecipate abbia come vantaggio quello di attribuire all'autonomia privata un peso nella delineazione della disciplina autoritativa, con la conseguenza che l'attività di regolazione delle Autorità indipendenti si porrebbe - non in contrasto quanto piuttosto - in sintonia con il principio di cui all'art. 1322 c.c., mostrandosi in grado di convivere con l'autonomia privata.²¹³

clausole imposte dalla legge non si riferisce soltanto al caso nel quale la legge individui essa stessa direttamente la clausola da inserirsi nel contratto [...], ma allude anche all'ipotesi in cui la legge preveda che l'individuazione della clausola sia fatta da una fonte normativa da essa autorizzata».

²¹¹ Rileva Roppo V., *Il contratto, e le fonti del diritto*, cit., 542, che «può tornare di attualità il dibattito sulla tutela costituzionale «indiretta» del contratto e della libertà contrattuale: cioè sullo schema per cui la libertà di fare contratti funzionali all'esercizio dell'iniziativa economica è costituzionalmente protetta nella stessa misura in cui riceve protezione la medesima iniziativa economica; e la libertà di fare contratti sui propri beni è tutelata costituzionalmente nella stessa misura in cui è tutelata la proprietà di quei beni. E infatti uno degli elementi più significativi della garanzia costituzionale dell'iniziativa economica e della proprietà (dunque, indirettamente, anche dei contratti strumentali al loro esercizio?) è proprio la riserva di legge: artt. 41, c. 3 e 42, c. 2 Cost.».

²¹² Così Rodotà S., *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 36.

²¹³ Così Macario F., *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali. L'autonomia privata e le autorità indipendenti. Le metamorfosi del contratto*, cit., 192;

Invero, si ritiene che il fenomeno della integrazione eteronoma del contratto e, soprattutto, della comprimibilità dell'autonomia negoziale sia ben lungi da una sua possibile dequotazione. Il tema, infatti, è nuovamente emerso in tutta la sua complessità in relazione alla recente vicenda che ha investito le compagnie telefoniche in punto di tariffazione a 28 giorni, vicenda in cui il fenomeno appena esaminato si è intrecciato con quello delle pratiche commerciali scorrette, ritenendosi opportuno ripercorrerne l'evoluzione allo scopo di meglio indagare i limiti del potere conformativo.

6.1. (segue): La tariffazione a 28 giorni: il quadro normativo e giurisprudenziale

Nel corso dell'anno 2015, i principali operatori di telefonia - Telecom, Wind Tre, Vodafone e Fastweb - hanno modificato il periodo di rinnovo e di fatturazione delle offerte ricaricabili per la telefonia mobile, mutando la cadenza da mensile a 28 giorni/8 settimane, senza provvedere a una riduzione del canone periodale delle offerte oggetto di modifica: da tanto ne è derivata l'applicazione dei corrispettivi per 13 volte in un anno (in luogo delle consuete 12) e la conseguente variazione implicita - in aumento - del canone mensile pari all'8,6%.

Di Bona L., *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., 118, che sottolinea come sia proprio il peculiare procedimento formativo delle regole dettate dall'Autorità (per l'energia elettrica ed il gas) a recuperare ampi spazi all'autonomia privata, rispetto alla quale la preventiva consultazione degli stessi destinatari di tali regole determina una notevole riduzione dell'impatto esercitato dalla disciplina autoritativa. Cfr. *amplius* Viti V., *Carattere partecipato dell'attività regolativa delle authorities e autonomia privata. Elementi di "neocorporativismo" tra suggestioni e contestualizzazioni*, *Contratto e impresa*, 2020, 64.

Successivamente, le indicate compagnie hanno esteso la rimodulazione tariffaria anche alla telefonia fissa.

Rilevata la sussistenza di una pratica commerciale ingannevole in quanto idonea ad indurre in errore il consumatore medio circa il prezzo e le modalità di calcolo e ravvisata l'esigenza di garantire tutela effettiva agli utenti in termini di trasparenza e di comparabilità delle offerte, sulla vicenda è intervenuta l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito, AGCom): con Delibera del 15 marzo 2017 n. 121/17/CONS, tale Autorità ha stabilito, per la telefonia fissa, un periodo di rinnovo impostato su base mensile (o suoi multipli) e, per la telefonia mobile, una cadenza di rinnovo non inferiore a 28 giorni, concedendo agli operatori un termine di 90 giorni (*i.e.*, 23 giugno 2017) entro cui adottare ogni misura necessaria per adeguare la loro attività a quanto statuito.

Tuttavia gli operatori di telefonia, piuttosto che adeguarsi a quanto stabilito dall'Autorità, hanno preferito impugnare la delibera *de qua* innanzi al Giudice Amministrativo. Da tanto è derivato l'avvio di un procedimento sanzionatorio da parte di AGCom, conclusosi con l'irrogazione di sanzioni amministrative, nonché con la diffida alle indicate società a provvedere - in sede di ripristino del ciclo di fatturazione con cadenza mensile o multipli del mese - a stornare importi commisurati al numero di giorni di erogazione del servizio non fruiti a causa del disallineamento fra ciclo di fatturazione quadrisettimanale e ciclo di fatturazione mensile.²¹⁴

²¹⁴ Cfr. Delibere nn. 497-498-499-500/17/CONS, ordinanze ingiunzione nei confronti della società Wind Tre, Vodafone, Tim e Fastweb per violazione dell'art. 3, comma 10, della Delibera n. 252/16/CONS, come modificata dalla Delibera n. 121/17/CONS.

La peculiare risonanza della vicenda ha inoltre determinato l'intervento diretto del Governo, specificamente del Ministero dello Sviluppo Economico: con D.L. n. 148/2017, modificato e convertito dalla L. n. 172/2017, il Legislatore all'art. 19-*quinquiesdecies* ha stabilito che l'unità temporale per la cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione dei servizi (tanto per la telefonia fissa che per quella mobile) debba essere impostata su base mensile o suoi multipli, concedendo agli operatori un termine di adeguamento di 120 giorni, precisamente entro il 5 aprile 2018.²¹⁵

Primo intervento giurisprudenziale in tema si è avuto nel febbraio del 2018, con la definizione del giudizio di impugnazione della Delibera n. 121/17/CONS avviato dagli operatori.²¹⁶ Respinto il ricorso e confermate le sanzioni irrogate da AGCom per il mancato adeguamento alla delibera nel termine prescritto, nella citata pronuncia il Giudice Amministrativo si è tuttavia limitato a sospendere in via cautelare i rimborsi ai consumatori, motivando tale scelta in ragione della indeterminatezza della somma da corrispondere agli utenti e soprattutto in

²¹⁵ In particolare, nell'ottobre del 2017 è stata depositata alla Camera una proposta di legge volta ad introdurre l'obbligo della fatturazione dei servizi su base mensile e a rafforzare i poteri di vigilanza da parte delle Autorità competenti, prevedendo il riconoscimento alle stesse del potere di comminare sanzioni più elevate in caso di violazione dell'obbligo di cadenza mensile; nel medesimo mese, in Commissione Bilancio del Senato è stato presentato un emendamento al Decreto Fiscale (d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, convertito in L. n. 172 del 4 dicembre 2017), collegato alla Legge di Bilancio in corso di conversione, con cui veniva ricalcata la proposta di legge presentata alla Camera. Nel mese di novembre del 2017, l'indicato emendamento è stato approvato dalla Commissione Bilancio del Senato, così entrando a far parte del testo definitivo del Decreto Fiscale su cui il Governo ha poi posto la fiducia al Senato, sino a giungere all'approvazione definitiva alla Camera in data 30 novembre 2017.

²¹⁶ Tar Lazio, sez. III, 22 febbraio 2018, ordinanze cautelari nn. 791, 792, 997 e 1029/2018.

ragione dell'impatto che l'esborso multimilionario avrebbe prodotto sugli equilibri finanziario-contabili delle società di telefonia.²¹⁷

L'approccio difensivo adottato dal Giudice Amministrativo nei confronti degli operatori ha determinato la repentina reazione da parte dell'AGCom. Sull'assunto che la parziale sospensione dell'efficacia delle delibere sanzionatorie nella parte relativa al meccanismo di restituzione monetaria dei giorni indebitamente erosi avrebbe finito per lasciare gli utenti privi di una tutela immediata ed effettiva, l'Autorità è intervenuta a sostituire tale meccanismo con quello della erogazione gratuita delle prestazioni, in altri termini posticipando la decorrenza delle fatture emesse dopo il ripristino della fatturazione con cadenza mensile o di multipli del mese per un numero di giorni pari a quelli erosi in violazione della Delibera n. 121/17/CONS.²¹⁸

²¹⁷ Successivamente il Tar è intervenuto con la sentenza n. 3261 del 22 marzo 2018, mediante la quale ha statuito: a) che la delibera n. 121/17/CONS è stata adottata dall'AGCom nell'esercizio dei poteri di regolazione riconosciuti dall'art.1 della l. 249/1997 e, nella specie, «tale potere è posto anche al fine di garantire in concreto una tutela effettiva alla parte debole del rapporto contrattuale dei servizi di telefonia, ovvero all'utente del servizio [...]»; b) che tale delibera è stata emanata «al fine di consentire all'utente, in un regime di asimmetria informativa cui porre rimedio, la trasparenza e in particolare la confrontabilità delle varie offerte, ex art. 71 del D.Lgs. n. 259 del 2003 [...]»; c) da ultimo, che siffatta regolazione si fondava su valutazioni tecnico discrezionali all'evidenza non irragionevoli, essendosi attestata su «livelli minimi di intervento, lasciando pressoché intatta l'autonomia negoziale degli operatori sui contenuti rilevanti del rapporto contrattuale, quali modalità di erogazione del servizio e prezzo», senza comprimere eccessivamente l'autonomia negoziale degli operatori». Nella sentenza citata, il Tar ha inoltre precisato che, ben lungi dall'abrogare la delibera n. 121/17/CONS, la regola generale posta dall'art. 19-*quinquiesdecies* del D.L. 148/2017 «si salda con la disciplina dettata dall'Autorità, rafforzandone le previsioni e disponendo per l'avvenire», nel tentativo di escludere ogni incompatibilità tra la regolazione anteriore ed il citato *jus superveniens*.

²¹⁸ Cfr. Delibere nn. 112-113-114-115/18/CONS, in cui si legge che «tale meccanismo garantisce, per un verso, la determinatezza della prestazione posta a carico degli operatori sotto forma di postergazione della data di decorrenza della fatturazione e, per altro, il diritto degli utenti di ottenere un immediato ristoro del disagio sofferto senza dover ricorrere a procedure

Così mutata la modalità di ristoro degli utenti, sulla vicenda è nuovamente intervenuto il T.A.R.²¹⁹ il quale, oltre a condividere la decisione dell'Autorità di regolazione, ha altresì confermato la - contestata - sussistenza in capo ad essa di ampi poteri eterointegrativi, tanto suppletivi quanto cogenti, rinvenendo il fondamento normativo di tale potere di intervento nelle norme contenute nella legge istitutiva delle Autorità per i servizi di pubblica utilità, competenti per energia elettrica, gas e le telecomunicazioni (L. 14 novembre 1995, n. 481), al cui art. 2, comma 12, lett. d) è espressamente attribuito all'Autorità di regolazione il potere di «proporre» la modifica delle condizioni di accesso ai servizi «ove ciò risponda alle esigenze del mercato e alle ragionevoli esigenze dell'utenza».²²⁰

contenziose e rimanendo liberi di poter cambiare operatore, una volta ottenuta la compensazione. Relativamente inoltre agli equilibri finanziario-contabili della azienda [...], si ritiene che la soluzione qui adottata in esecuzione dell'ordinanza giudiziale, poiché non impone la restituzione diretta delle somme dovute, ma la mera detrazione in bolletta dei giorni precedentemente erosi, sia proporzionata, coerente con la riconosciuta illegittimità della fatturazione quadrisettimanale posteriormente al 23 giugno 2017 e altresì poco incidente sugli equilibri economici dell'azienda, anche perché maggiormente compatibile con i sistemi di fatturazione degli operatori e dunque per essi meno gravosa».

²¹⁹ Tar Lazio, sez. III, 14 febbraio 2019, sentenza n. 1956, di definizione del giudizio di impugnazione avverso la delibera AGCom n. 113/18/CONS.

²²⁰ Si legge in sentenza, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it, al punto 3.4: «con la fatturazione ridotta a 28 giorni, si è in presenza di una modifica contrattuale unilateralmente disposta dall'operatore sul rapporto negoziale in essere tra di esso ed il cliente. È evidente come una tale modifica abbia refluito sulla qualità del servizio, intesa non in senso, per così dire, di resa tecnologica, bensì sull'altro aspetto [...] di rapporto tra il servizio reso ed il prezzo pagato per ottenerlo, atteso che altro è pagare un dato prezzo nell'unità di tempo (ad esempio, un massimo di dodici fatture in un anno), altro è pagarne, nella stessa unità di tempo, uno maggiore (portato da almeno tredici fatture in un anno). Inoltre, è innegabile che la qualità del servizio sia incisa dall'elemento di incertezza recato dal disallineamento fra la data di fatturazione e la data in cui la maggior parte dei clienti, lavoratori dipendenti, impostano il pagamento automatico dei conti telefonici tramite il sistema del RID bancario. L'Autorità bene ha potuto, quindi, incidere a propria volta sulle pattuizioni in essere, in forza dei poteri conferitile dalle norme su citate, con effetto eterointegrativo sui contratti in essere».

Da ultimo, sulla vicenda è recentemente intervenuto il Consiglio di Stato.²²¹

Rilevata l'ingannevolezza della pratica nella idoneità della variazione unilaterale della periodicità di fatturazione a fuorviare la scelta commerciale del consumatore, il Collegio ha respinto le deduzioni formulate dalla parte appellante in merito alla carenza di potere di AGCom in quanto legittimata ad intervenire ai sensi della sua legge istitutiva n. 249/1997, aggiungendo che la regolazione posta in essere dalla indicata Autorità è in ogni caso attestata su «livelli minimi di intervento, lasciando pressoché intatta l'autonomia negoziale degli operatori sui contenuti rilevanti del rapporto contrattuale, quali modalità di erogazione del servizio e prezzo». Muovendo dalla considerazione che l'eterointegrazione del contratto così posta in essere altro non sia che l'espressione delle potestà regolatorie attribuite - a livello comunitario - alle Autorità nazionali di regolazione, il Consiglio di Stato ha inoltre statuito che il meccanismo di rimborso in favore degli utenti (si rammenta, mediante fornitura gratuita del servizio oggetto del contratto per un numero di giorni pari a quelli indebitamente erosi) debba essere automatico, in quanto l'attivazione da parte degli utenti di meccanismi ordinari di controllo comporterebbe «effetti disfunzionali sul piano sia dell'andamento molecolare del contenzioso, sia dell'ingolfamento del sistema giudiziario, sia sul piano della rinuncia alla tutela da parte dei soggetti c.d. apatici».²²²

²²¹ Consiglio di Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 879; Consiglio di Stato, sez. VI, 7 febbraio 2020, n. 987; Consiglio di Stato, sez. VI, 24 febbraio 2020, n. 1368.

²²² Consiglio di Stato, sez. VI, 7 febbraio 2020, n. 987, spec. p. 30. I giudici hanno rilevato che il rimedio indennitario sia quello più idoneo ad assicurare un'effettiva e concreta tutela a favore degli utenti, quali soggetti deboli del rapporto negoziale (e, dunque, senza necessità di una

Così prospettata la vicenda, si impone adesso qualche osservazione in merito alla incidenza degli indicati provvedimenti amministrativi sui regolamenti negoziali e, in particolare per quanto qui di interesse, in relazione ad una residua sussistenza di autonomia contrattuale.

6.2. (segue): Prime osservazioni conclusive

Come visto in precedenza, è noto che i doveri di informazione gravanti sul professionista rivestano un ruolo di focale importanza nel sistema della contrattazione di massa. Mancando il momento delle trattative, infatti, diventa prioritario soddisfare due esigenze: da un lato, che il consumatore in fase precontrattuale venga adeguatamente informato, al fine di riequilibrare le asimmetrie informative e di garantire il corretto funzionamento del mercato; dall'altro, che in sede di esercizio di *ius variandi* (regolato nella esaminata vicenda dall'art. 70, comma 4 Codice delle Comunicazioni Elettroniche) vengano rese informazioni corrette e trasparenti, tali da consentire al consumatore di vagliare criticamente e consapevolmente l'operazione.

Ciò che è venuto in rilievo nella vicenda esaminata è stata proprio la violazione dei diritti dei consumatori ad una adeguata informazione ed alla trasparenza nei rapporti contrattuali con il professionista (art. 2 comma 2 lett. a) e *c-bis* cod.

loro istanza di rimborso), nonché valido strumento mediante cui dissuadere (su un piano general preventivo) gli operatori da condotte illegittime e pregiudizievoli. L'indennizzo citato non impone agli operatori alcuna erogazione patrimoniale né in denaro, né in servizi, bensì il mero riallineamento (d'ufficio) della cadenza mensile di fatturazione e il conseguente congruaggio (sempre d'ufficio) per il disallineamento cagionato da una fatturazione a cadenza diversa.

cons.), violazione derivante dalla adozione di una periodicità definita eccentrica in quanto sganciata dalla comune prassi commerciale e tale da pregiudicare la possibilità per i consumatori di comparare e scegliere le offerte tra gli operatori telefonici concorrenti.²²³ In particolare le clausole censurate, prevedendo una durata temporale (28 giorni/8 settimane) quasi coincidente con il mese solare o con il bimestre, sono state a più riprese ritenute idonee a confondere il consumatore medio, inducendolo a credere che il corrispettivo preteso ed il servizio contrattualizzato avesse una durata sostanzialmente sovrapponibile al mese solare e, così, spingendolo a sottovalutare la sottile discrepanza sussistente tra un'offerta su base mensile ed un'offerta su base 28 giorni/8 settimane.²²⁴ Da qui, la decettività della pratica commerciale, per la sua idoneità a falsare in maniera apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio, nonché per la contrarietà alla diligenza professionale in quanto predisposta da un operatore professionale che ben conosceva (o avrebbe dovuto conoscere) gli effetti di una periodicità diversa da quella della scadenza d'uso.²²⁵

²²³ A venire in rilievo è stata altresì la violazione da parte del professionista dell'obbligo in fase precontrattuale di fornire al consumatore informazioni chiare e trasparenti sull'entità del prezzo e del servizio, idonee a consentire al consumatore una comparazione tra diverse offerte e dunque una scelta consapevole (artt. 5 e 6 della dir. 2011/83/UE, confluiti come visto in precedenza negli artt. 48 e 49 cod. cons.).

²²⁴ È stato rilevato che l'adozione di tale periodicità abbia impedito al consumatore medio di rapportare agevolmente il prezzo del servizio all'unità di misura temporale abituale (del mese), nonché di confrontare tra loro diverse offerte, evidenziandosi che sul piano pratico un'offerta a 28 giorni, apparentemente più vantaggiosa economicamente in termini assoluti, ben possa essere invece più svantaggiosa di un'offerta su base mensile che preveda un importo monetario apparentemente maggiore al mese.

²²⁵ Al vaglio dell'AGCM vi è altresì un *position paper* congiuntamente redatto dagli operatori durante incontri tra loro intercorsi con cui hanno rivendicato la libertà di iniziativa economica a fronte di un intervento ritenuto eccessivamente invasivo da parte di AGCom e del Governo. In

Invero, ad avviso di chi scrive, a venire in rilievo nella fattispecie esaminata non è tanto la violazione del canone di trasparenza, quanto piuttosto l'assenza - almeno fino al 2017 - di disposizioni normative volte a vietare l'introduzione di clausole con periodicità di rinnovo e fatturazione diverse rispetto a quella mensile, aspetto questo che finisce per correlare le pratiche commerciali scorrette col tema appena esaminato della conformazione del contratto ad opera delle *Authorities*. È noto, infatti, che la possibilità di intervento delle Autorità indipendenti risulti imprescindibilmente legata alla previa attribuzione di poteri di tal tipo da parte del legislatore ordinario; ciò che, invece, è accaduto nel caso in esame è l'aver superato il problema dell'ammissibilità della conformazione eteronoma del regolamento contrattuale sostenendo che, mediante la delibera 121/17/CONS²²⁶, l'AGCom non abbia esercitato il proprio potere di integrazione eteronoma del contratto, ma si sia meramente limitata ad obbligare le compagnie telefoniche a rispettare regole di trasparenza e correttezza già previste da norme di rango primario.

Norme, invero, mancanti. Ciò che vuole qui evidenziarsi è proprio l'assenza fino al 2017 di una norma imperativa impositiva dell'obbligo di periodicità mensile ai servizi di comunicazione elettronica in quanto, come visto in precedenza, è solo con l'entrata in vigore della L. n. 172/2017 - in particolare, del

particolare, l'Autorità antitrust ha rilevato che l'intento comune degli operatori è quello di mantenere fermo l'aumento dell'8,6% delle tariffe, indipendentemente dalla cadenza della fatturazione e del rinnovo, limitando così la fuoriuscita dei propri clienti verso le compagnie concorrenti.

²²⁶ Si rammenta che con la indicata delibera l'AGCom ha stabilito per la telefonia fissa un periodo di rinnovo impostato su base mensile o suoi multipli e per la telefonia mobile una cadenza di rinnovo non inferiore a 28 giorni.

citato art. 19-*quinqüiesdecies* - che l'ordinamento giuridico si è arricchito di una disposizione che espressamente sancisce tale obbligo.

Volendo fornire un quadro cronologico che ripercorra l'evoluzione normativa intervenuta in tema di periodicità di rinnovo e fatturazione, fino al 2015 - si rammenta, anno in cui le compagnie telefoniche hanno modificato la citata periodicità - i contratti di durata aventi ad oggetto l'erogazione di servizi di telefonia fissa e servizi ad essa abbinati erano ricondotti da consolidata giurisprudenza di legittimità nel novero dei contratti di somministrazione regolati dagli artt. 1559 ss. c.c. e, specificamente, dall'art. 1562 comma 2, c.c., ai sensi del quale «nella somministrazione a carattere continuativo, il prezzo è pagato secondo le scadenze d'uso».²²⁷ Il riferimento alle «scadenze d'uso» non pare invero un caso, in quanto confermerebbe una libera negoziabilità del termine dalle parti che, di fatto, non consentirebbe la sterilizzazione di una clausola che preveda un termine differente da quello mensile. A tanto si aggiunga che, pur riconosciuto che una clausola di tal fatta costituisca la risultante di una pratica commerciale scorretta, il rimedio più confacente alla vicenda sarebbe stato al più il solo risarcimento del danno e non già una correzione di un regolamento negoziale posto in essere prima della entrata in vigore di fonti normative volte a fissare una precisa tempistica per le fatturazioni.

²²⁷ Sul punto, cfr. Cass. civ., sez. III, 3 agosto 2017, n. 19342: «Il contratto di utenza telefonica inquadrabile nello schema negoziale della somministrazione, rinvia peculiare e specifica disciplina [...] individuante i diritti e gli obblighi delle parti del rapporto (denominate gestore del servizio e abbonato)».

Ad analoghe conclusioni si può pervenire in relazione ai contratti di utenza conclusi tra il 2015 ed il 2017 - precisamente dopo i primi interventi da parte dell'Autorità di regolazione e prima della entrata in vigore della L. n. 172/2017 - in quanto, come più volte ribadito, le modalità con cui le Autorità Amministrative Indipendenti possono incidere sul regolamento contrattuale non possono prescindere da una attribuzione normativa di poteri funzionali alla prescrizione di contenuti tipici ed alla imposizione del loro inserimento nei contratti, trattandosi di poteri normativi (secondari) esercitabili solo se coperti da riserva di legge.

Sulla scorta di tali considerazioni, dunque, la possibilità di disporre il ripristino del termine mensile - e, dunque, di un intervento correttivo sui contratti ad opera delle Autorità indipendenti - residuerebbe solo in relazione ai contratti di telefonia conclusi a seguito della entrata in vigore dell'art. 19-*quinquiesdecies* L. n. 172/2017, in quanto solo in tal caso la previsione di un termine difforme da quello mensile previsto dalla citata norma integrerebbe la violazione di una norma imperativa²²⁸ e, conseguentemente, solo in tal modo ci si potrebbe porre al riparo dal rischio che decisioni dell'Autorità indipendente possano finire per equivalere alla decisione del Legislatore in assenza di una norma sovraordinata.

La sensazione emersa nella vicenda esaminata, infatti, è che l'Autorità di settore abbia finito per concretizzare il rischio paventato in precedenza, vale a

²²⁸ Per un approfondimento del tema della «nullità di protezione», si segnalano Gentili A., *La "nullità di protezione"*, Europa e diritto privato, 2011, 77; De Cristofaro G., *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali nei paesi UE*, Rassegna di diritto civile, 2010, 880; Pagliantini S., *Nullità virtuali di protezione?*, Contratti, 2009, 1040.

dire l'attribuzione arbitraria di imperatività ai propri atti in assenza di apposita - e soprattutto antecedente - disposizione normativa legittimante. Che il *public enforcement* e generalmente le Autorità di regolazione svolgano un ruolo indispensabile nella moderna realtà dei mercati, soprattutto in ragione delle difficoltà dell'ordinaria risposta giudiziaria a fronteggiare le problematiche poste dall'economia di massa, non è revocabile in dubbio. Ciò che tuttavia si ritiene è che tale indispensabilità non possa né condurre ad ipotizzare forme di intervento conformativo non autorizzato, né tantomeno a pensare che la mancata previsione di rimedi individuali (meglio approfondita nel capitolo che segue) possa condurre a ritenere che il sistema di *public enforcement* integri un sistema del tutto autonomo e sostitutivo di quello privatistico.

Ciò che infatti è emerso dall'analisi del tema dell'integrazione ad opera delle *Authorities* e della incidenza degli atti eteronomi sugli elementi del contratto è il notevole avvicinamento tra il diritto pubblico ed il diritto privato, sia sul piano metodologico che su quello degli obiettivi perseguiti, tanto da consentire una lettura della questione in duplice chiave: pubblicistica, nel senso di prevalenza di quanto disposto dal regolatore sulle determinazioni contrattuali volute dai contraenti; privatistica, nel senso di esaltazione del ruolo del contratto come strumento fondamentale all'interno del processo regolatorio, rispetto al quale appare funzionalizzato. Chiavi di lettura tra loro correlate in quanto volte a garantire i due poli di cui consta l'integrità del mercato, ossia la concorrenza tra gli operatori e la libertà di scelta del consumatore. Da tanto ne deriva la impossibilità di pensare ai due sistemi di *enforcement* come a sistemi privi di

qualsivoglia profilo di interdipendenza, essendo invece proprio questo, come più volte ribadito, il regime ormai invalso: non separatezza, quanto piuttosto cooperazione collaborativa, con continui travasi di esperienze, accertamenti e documentazione dall'uno all'altro plesso di tutela.²²⁹

²²⁹ Cfr. Sica T., *Autorità indipendenti e autonomia privata: le soluzioni del Consiglio di Stato*, *Giurisprudenza Italiana*, 2019, 2497; sia consentito il rinvio a Verdesca A., *Pratiche commerciali scorrette e tutela dei consumatori: tra conformazione del contratto e poteri delle Authorities*, *Corriere Giuridico*, 2019, 943.

Capitolo IV

La tutela privatistica

Sommario: 1. Il *private enforcement* in Europa. 2. La tutela collettiva. 2.1 (segue): *Opt-in* e *opt-out*: sistemi a confronto. 3. La tutela individuale. 4. Pratiche commerciali scorrette e nullità del contratto. 5. Pratiche commerciali scorrette e annullabilità del contratto. 6. Soluzioni alternative ai rimedi invalidanti: rettifica e recesso. 7. Il risarcimento del danno. 8. *Private* e *public enforcement*: verso un ripensamento.

1. Il *private enforcement* in Europa

È di tutta evidenza che la Direttiva 2005/29/CE abbia segnato una importante svolta nella regolazione dei rapporti tra professionista e consumatore. Come anticipato, nel perseguire il dichiarato obiettivo di realizzare un livello elevato di protezione dei consumatori, il legislatore comunitario ha fatto ricorso alla tecnica della armonizzazione massima, vedendo nella predisposizione di un unico quadro normativo fondato su nozioni giuridiche chiaramente definite lo strumento chiave mediante il quale rafforzare la certezza del diritto sia per i consumatori che per le imprese ed eliminare gli ostacoli derivanti dalla frammentazione delle norme in materia.

Tuttavia il legislatore, se da un lato ha imposto agli Stati membri di assicurare l'esistenza di mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali, dall'altro non ha fornito indicazioni circa i rimedi azionabili dal singolo

consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta, così demandando alla discrezionalità dei singoli Stati la previsione di sanzioni e rimedi.

Come anticipato, la scelta di non fornire indicazione alcuna in merito ai rimedi di carattere privatistico non solo ha rappresentato una novità per la evidenziata natura prevalentemente rimediale del diritto privato europeo, ma altresì ha finito per sacrificare l'obiettivo di armonizzazione massima perseguito. Da tale «clamoroso silenzio»²³⁰, infatti, è derivata l'adozione da parte degli Stati membri di soluzioni tra loro eterogenee, innestandosi la normativa comunitaria su tradizioni giuridiche differenti delle quali il rapporto tra disciplina delle pratiche commerciali sleali e regime civilistico dei contratti conclusi a causa di una pratica scorretta ha finito per risentire.²³¹

²³⁰ L'espressione è di Granelli C., *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, cit., 777: «Oggi, ad attuazione della direttiva ormai avvenuta, non resta che prendere atto che la novella ha addossato integralmente all'interprete il compito - delicato, ma proprio per questo ancora più stimolante - di coordinare il generale principio secondo cui, quanto meno nei rapporti tra professionista e consumatore, "le pratiche commerciali scorrette sono vietate" [...] con il sistema dei "rimedi" (contrattuali e non) quale emerge dal nostro sistema, complessivamente considerato. Compito stimolante - si diceva - ma delicato». Ritiene invece Grisi G., *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, Jus Civile, 2013, 5, 299, che «non si può [...] dire che la disciplina sia del tutto priva di indicazioni circa la tutela privatistica da assicurare al consumatore vittima della pratica commerciale scorretta. Corretto è, invece, affermare che oggetto di prioritaria considerazione non è la tutela privatistica. La dir. 2005/29 ha indicato l'obiettivo - "combattere le pratiche commerciali sleali al fine di garantire l'osservanza delle disposizioni della presente direttiva nell'interesse dei consumatori" - lasciando ai legislatori nazionali la scelta delle vie da seguire per centrarlo. L'art. 11 è chiaro in tal senso, limitandosi a prefigurare - in alternativa o in concorrenza - l'azione giudiziaria o il ricorso al giudizio di un'autorità amministrativa. [...] Il nostro legislatore ha assecondato il disegno della direttiva, sancendo il divieto delle pratiche commerciali scorrette (art. 20, co. 1, cod. cons.) e disciplinando, nel Capo III, la tutela amministrativa e giurisdizionale».

²³¹ *Funditus* De Cristofaro G., *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, *Rassegna di diritto civile*, 2010, 3, 880.

Più nel dettaglio, in alcuni Stati i legislatori nazionali, nel recepire la Direttiva, hanno optato per l'inserimento nel proprio ordinamento di norme concernenti la validità dei contratti: in tal senso, ad esempio, si è mosso il legislatore francese il quale, all'art. L. 122-15 del *Code de la Consommation*²³², ha espressamente previsto la nullità dei contratti conclusi a seguito di pratiche commerciali aggressive, prevedendo invece per contratti conclusi a seguito di pratiche ingannevoli sanzioni pubblicistiche e rimedi di natura risarcitoria. Analogamente, in Portogallo, all'art. 14 del *decreto-lei* n. 57 del 26.3.2008²³³, in caso di violazione della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette, è stata riconosciuta al consumatore la possibilità di chiedere, a sua scelta, l'annullamento del contratto, la modificazione del contenuto contrattuale secondo criteri equitativi, oppure l'eliminazione delle clausole il cui inserimento sia stato influenzato dalla pratica commerciale scorretta. Ha optato altresì per il rimedio invalidante il legislatore del Lussemburgo il quale, nella *Loi relative aux pratiques commerciales déloyales* del 29 aprile 2009, attuativa della direttiva 2005/29/CE, ha statuito che qualsiasi clausola o combinazione di clausole di un contratto concluso da un consumatore con un professionista in violazione della legge medesima si reputa nulla e non

²³² Nell'ordinamento francese le disposizioni di recepimento della Direttiva 2005/29 e della direttiva 2006/114 si trovano distribuite nel Titolo II (*Pratiques commerciales*) del Libro I del *Code de la consommation* e sono state inserite mediante due distinti provvedimenti: l'art. 39 della legge n. 2008-3 del 3 gennaio 2008 «*pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*» e gli artt. 83 e 84 della legge n. 2008-776 del 4 agosto 2008 «*de modernisation de l'économie*».

²³³ Gli artt. 1-22 del *decreto-lei* n. 57/2008 costituiscono le disposizioni attuative della Direttiva 2005/29/CE e disciplinano le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori; gli artt. 23 e 24 del citato decreto, invece, hanno apportato le modifiche necessarie al *Código da Publicidade*, allo scopo di adeguarlo alle novità introdotte dalla direttiva in materia di pubblicità ingannevole, nonché per coordinarlo con la nuova disciplina delle pratiche commerciali sleali.

scritta, aggiungendo che detta nullità possa essere fatta valere solo dal consumatore.²³⁴

Diversamente, altri Stati membri, tra i quali in particolare il Regno Unito, si sono limitati ad escludere espressamente che la mera violazione della disciplina della pratiche commerciali scorrette possa di per sé sola determinare la nullità del contratto, prevedendo nelle *Consumer Protection from Unfair Trading Regulations* del 2008²³⁵, *section 29*, che «*an agreement shall not be void or unenforceable by reason only of a breach of these Regulations*», dunque nulla dicendo in punto di rimedi.²³⁶

In altri Paesi ancora, i legislatori nazionali hanno preferito non affrontare *ex professo* la questione, così costringendo gli interpreti alla ricerca della soluzione più consona alle caratteristiche dei sistemi civilistici nazionali. Ne sono d'esempio la Germania²³⁷ e la Spagna²³⁸, i cui rispettivi legislatori hanno integrato le

²³⁴ Art. 11 comma 2 *Loi relative aux pratiques commerciales déloyales*: «*Toute clause ou toute combinaison de clauses d'un contrat, conclue en violation du présent titre, est réputée nulle et non écrite. Cette nullité ne peut toutefois être invoquée que par le consommateur*». Il legislatore lussemburghese, dunque, si è orientato nel senso di una presunzione assoluta di abusività delle clausole inserite nel contratto e scaturenti da pratiche sleali.

²³⁵ Il *Consumer Protection from Unfair Trading Regulations* dell' 8 maggio 2008 è stato delineato dallo *Statutory instruments* n. 1277/2008 e poi integrato dalla *Guidance on the U.K. regulations (May 2008) implementing the Unfair Commercial Practices Directive*.

²³⁶ Nel medesimo senso si è mosso anche il legislatore irlandese, tanto che nella *section 91 (Saving for certain Contracts)* del *Consumer Protection Act* del 2007 è stato disposto che «*a contract for the supply of any goods or the provision of any services shall not be void or unenforceable by reason only of a contravention of any provision of this Act*».

²³⁷ In Germania, le disposizioni di recepimento degli artt. 1-13 della direttiva 2005/29 si trovano integrate nella legge generale contro la concorrenza sleale del 3 luglio 2004, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, modificata dall' *Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb* del 22 dicembre 2008, che ha dato attuazione alla direttiva 2005/29: tale normativa si propone di tutelare i concorrenti, i consumatori e tutti gli attori del mercato nei confronti di azioni negoziali sleali e trova applicazione a prescindere dalla circostanza che i destinatari di tale condotta siano consumatori ovvero professionisti.

disposizioni di recepimento della Direttiva 2005/29/CE nella normativa dedicata alla concorrenza sleale.

Infine, altri Stati membri si sono limitati ad un sostanziale *copy out* del testo della Direttiva, tra questi l'Italia: ed infatti il legislatore nazionale, come si può desumere dalla formulazione dell'art. 19, comma 2 lett. a) cod. cons.²³⁹, si è limitato a riproporre la formula della Direttiva, così lasciando irrisolta la questione dei rimedi azionabili dal singolo consumatore e determinando sul punto il sorgere di un ampio dibattito in dottrina di cui si discorrerà nel prosieguo. In assenza di precise indicazioni nella Direttiva 2005/29/CE circa gli strumenti di controllo e di sanzione da adottare per contrastare pratiche commerciali scorrette, il Legislatore nazionale ha optato per il cd. «doppio binario di tutela»: l'una contemplata nel codice civile, nel contesto di una visione individualistica e personalizzata del rapporto contrattuale, e l'altra collettiva, posta a presidio del corretto funzionamento del mercato interno e che ha come protagonista il consumatore medio.²⁴⁰

²³⁸ In Spagna, alla direttiva 2005/29/CE è stata data attuazione con la *Ley* 29/2009 del 30 dicembre 2009, che ha modificato la legge generale sulla concorrenza sleale n. 3/91, integrando all'interno della stessa le disposizioni di recepimento degli artt. 1-13 della direttiva 2005/29/CE e così includendo le pratiche commerciali sleali poste in essere da professionisti nei confronti di consumatori nella più ampia categoria degli atti di concorrenza sleale e assoggettandole al relativo regime normativo.

²³⁹ Se ne riporta il testo limitatamente a quanto qui di interesse: «[...] Il presente titolo non pregiudica: a) l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto».

²⁴⁰ Si vedano De Cristofaro G., *La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali*, Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2009, 1061; Camardi C., *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, Obbligazioni e contratti, 2010, 408; Tenella Sillani C., *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, Obbligazioni e contratti, 2009, 775; Granelli C., *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori*:

Nelle pagine che seguono si offrirà un quadro del delineato sistema di *private enforcement*, in particolare soffermandosi in primo luogo sulla tutela collettiva, per poi procedere ad una compiuta analisi dei rimedi individuali ipotizzati dalla dottrina, valutandone in particolare l'adeguatezza nel nostro ordinamento.

2. La tutela collettiva

Accanto alla tutela amministrativa, prescelta dal Legislatore comunitario come principale sistema di controllo ed esaminata nel capitolo che precede, il Legislatore nazionale ha previsto la tutela risarcitoria collettiva, perseguendo il duplice scopo di proteggere gli interessi collettivi dei consumatori ed aggirare gli elevati costi di accesso alla tutela giurisdizionale.

In tale meccanismo si colloca l'art. 140 *bis* cod. cons.²⁴¹ a norma del quale è consentito ai consumatori danneggiati da prodotti difettosi o pericolosi, da comportamenti commerciali scorretti o da comportamenti contrari alle norme sulla concorrenza, di rivolgersi ad associazioni e comitati adeguatamente

Pattuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo, Obbligazioni e contratti, 2007, 10, 775.

²⁴¹ Tale disposizione è stata inserita nel codice del consumo dall'articolo 2, comma 446, della L. 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge Finanziaria 2008). Per una puntuale analisi dell'azione di classe nel nostro ordinamento, si segnalano Alpa G., *L'azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni*, Contratti, 2008, 545; Vigoriti V., *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro*, Contratto e impresa, 2008, 729; Consolo C., *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dell'opt-in anziché quella danese dell'opt-out e di filtro ("l'inutile precauzione")*, Corriere giuridico, 2008, 5; Tedioli F., *Azione collettiva risarcitoria. La class action all'italiana: alcuni spunti critici in attesa del preannunciato intervento di restyling*, Obbligazioni e contratto, 2008, 831.

rappresentativi al fine di ottenere l'accertamento della responsabilità e la conseguente condanna al risarcimento ed alle restituzioni.²⁴²

L'azione di classe di cui all'art. 140 *bis* Cod. Cons. è stata, invero, oggetto di importanti interventi di riforma. Si pensi alla novella apportata dall'art. 6, comma 1 del D.L. n. 1/2012 (convertito con modificazioni dalla L. n. 2/2012) mediante il quale il Legislatore, modificando la precedente formulazione della norma in cui si faceva riferimento ai soli contratti conclusi mediante moduli o formulari, ha esteso il rimedio risarcitorio anche ai contratti contenenti condizioni generali di contratto, così consentendo di esperire l'azione di classe indipendentemente dalla modalità di conclusione del contratto.²⁴³

²⁴² Pur mosse dallo stesso *favor* per la tutela del consumatore, diverso è il momento in cui la direttiva comunitaria e la normativa interna di attuazione riconoscono la possibilità di invocare tutela. In base a quanto stabilito dall'art. 11 comma 2 della Direttiva 2005/29/CE, l'organo giurisdizionale o amministrativo può intervenire sia a disporre la cessazione di una pratica commerciale sleale in corso che a vietarla qualora la stessa «non sia stata ancora posta in essere ma sia imminente», potendo in tale secondo caso intervenire «anche in assenza di prove in merito alla perdita o al danno effettivamente subito, oppure in merito all'intenzionalità o alla negligenza da parte del professionista». L'art. 140 *bis*, comma 2 Cod. Cons., invece, prevedendo che l'azione collettiva abbia per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori, limita la possibilità di esperire tale azione nei soli casi in cui la pratica abbia effettivamente prodotto un danno. Sul punto si segnalano Scuffi M., *Riflessioni a margine della Dir. 104/2014 (e del D.lgs. 3/2017) sull'azione di classe*, Diritto Industriale, 2017, 1, 5; Consolo C., *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140bis e la class action consumeristica*, Corriere Giuridico, 2009, 10, 1297.

²⁴³ In termini di esclusione ingiustificata si era espresso Giuggioli P. F., *L'azione collettiva risarcitoria: una prima lettura*, Corriere giuridico, 2008, 3, 433: «Il progetto in esame, con scelta di dubbia costituzionalità, prevede dunque una sorta di singolare - e sinceramente ingiustificata - "esenzione" per tutte le violazioni commesse nell'ambito di rapporti giuridici sorti sulla base di contratti non conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, salvo ovviamente le ipotesi di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali, ancorché - si badi - tra detti contratti possano ben annoverarsi quelli disciplinati da condizioni generali che parimenti non è dato all'utente contrattare o modificare». Mediante l'intervento di riforma indicato è stato inoltre sostituito l'aggettivo «omogenei» al precedente «identici», nonché specificato che l'oggetto dell'azione è «l'accertamento della responsabilità e la condanna al

Ma è soprattutto con la recentissima novella posta dalla L. 12 aprile 2019, n. 31²⁴⁴ che si è registrato un importante cambiamento: mediante tale intervento, in particolare, l'istituto della *class action* ha abbandonato la sua originaria collocazione nel Codice del Consumo per trovare riconoscimento nel Codice di Procedura Civile, nella parte dedicata ai procedimenti collettivi di cui agli artt. 840 *bis* – 840 *sexiesdecies*, così estendendo l'ambito di applicazione dell'azione di classe ed ampliando il novero di situazioni giuridiche tutelabili mediante tale azione.²⁴⁵

Sganciata dalla esclusiva tematica del diritto dei consumatori, dunque, la nuova azione di classe è stata aperta alla tutela di qualsiasi categoria di «diritti individuali omogenei» (anche diritti al risarcimento del danno non patrimoniale, purchè

risarcimento del danno e alle restituzioni», così escludendo che tale azione possa sostanziarsi in una inibizione alla continuazione di una pratica che il giudice assume come scorretta ai fini del proprio giudizio.

²⁴⁴ Agli interventi di modifica apportati nel nostro ordinamento in tema di tutela collettiva si sono sviluppati in parallelo anche interventi comunitari: con Raccomandazione n. 2013/396/UE la Commissione europea ha indicato alcuni principi comuni per i ricorsi collettivi inibitori e risarcitori, invitando gli Stati membri a dotarsi di sistemi conformi a tali principi e tentando la strada dell'armonizzazione tra gli ordinamenti nazionali mediante strumenti di *soft-law*; nel 2018 la Commissione ha altresì presentato la proposta di Direttiva [COM 2018 (184)] avente ad oggetto proprio le azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori (cd. *New deal for consumers*). Sul punto, si veda Tedioli F., *Tra nuove regole e vecchi problemi la class action trova collocazione nel codice di procedura civile*, Studium Iuris, 2019, 12, 1413.

²⁴⁵ L'attuale collocazione dell'azione di classe non convince completamente Consolo C., *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*, Corriere Giuridico, 2019, 6, 738, il quale evidenzia che «la nuova localizzazione nel c.p.c. è senz'altro benvenuta: accentua il parallelismo con la *rule 23* statunitense, ivi introdotta nel corpus giudiziale per eccellenza dalla inventiva, che unisce studio e spirito di commercio, di B. Kaplan. Quasi grottesca, invece, la sua collocazione proprio e solo alla fine del Libro IV del c.p.c. con la tecnica della numerazione iterata. Inspiegabile visto che si tratta delle ultime disposizioni del c.p.c., che potevano quindi numerarsi in normale prosecuzione. Meglio sarebbe stato, allora, introdurre il titolo in questione in chiusura al Libro II c.p.c. Si tratta infatti pur sempre di un tipo di processo di cognizione con pienezza di istruttoria e di accertamento, e non di uno dei tanti procedimenti speciali messi in qualche modo in sequenza nel Libro IV (e poi nel collegato D. Lgs. n. 150 del 2011)».

sussistente l'omogeneità necessaria all'iniziativa di classe)²⁴⁶, consentendo così di agire in giudizio non solo a qualsiasi componente della classe, anche individualmente, ma altresì ad organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro che annoverino tra i propri obiettivi statutari la tutela di diritti individuali lesi.²⁴⁷

Si tratta di una scelta che, per taluni aspetti, ha finito per avvicinare l'azione di classe interna a quella statunitense, non finalizzata a difendere esclusivamente diritti soggettivi afferenti ad un particolare settore, bensì tendenzialmente esperibile per la tutela di qualsiasi tipo di diritto soggettivo individuale. Tuttavia, tali azioni finiscono per contrapporsi in punto di destinatari degli effetti di una sentenza che pronuncia su una *class action*.

In particolare, secondo quanto previsto dalla riformata *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, l'azione di classe americana è connotata dal meccanismo dell'*opt-out*: tale sistema consente ad un singolo soggetto di chiedere al giudice - mediante rilascio di apposita certificazione - il riconoscimento della qualità di rappresentante organico di titolari di diritti isomorfi destinati a essere dedotti in giudizio in modo aggregato; ove tale riconoscimento avvenga, è consentito alla

²⁴⁶ Sostiene Consolo C., *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*, cit., 738, che questa scelta, pur politica, risulta «assai sensata, che consente finalmente di porre rimedio anche a quella vasta gamma di illeciti, pur sempre di massa, di cui sono vittime soggetti inseriti nel ciclo produttivo o di distribuzione».

²⁴⁷ Secondo quanto stabilito dal novellato art. 196 *ter* disp. att. c.p.c., tali associazioni devono essere iscritte in un elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia, pertanto è esclusa la legittimazione attiva di comitati costituiti *ad hoc* per l'esercizio dell'azione di classe. Ai fini della iscrizione nell'indicato elenco e del mantenimento della stessa, è previsto il versamento di un contributo, obbligo invero non condiviso da Consolo C., *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*, cit., 738, il quale vede nella subordinazione della legittimazione ad agire al pagamento di un tributo un contrasto con l'art. 24 Cost.

costituita *entity*²⁴⁸, mediante la *class action*, di far valere in giudizio le pretese di tutti i potenziali attori ai quali viene fornita adeguata informazione in relazione all'azione pendente. Peculiare, invero, è proprio la posizione dei potenziali attori in quanto, a seguito del rilascio della certificazione al rappresentante organico, non solo è ad essi preclusa la possibilità di instaurare un giudizio individuale in relazione al diritto che giustifica la loro appartenenza alla classe, ma sono altresì vincolati al giudicato e/o alla transazione che definiscono il giudizio collettivo, salvo che esercitino il diritto di *opt-out* entro il termine stabilito e, dunque, dichiarino espressamente di voler rimanere estranei al procedimento a carattere collettivo.²⁴⁹

²⁴⁸ Il modello della “*entire class as entity*” è stato elaborato da C. Consolo agli inizi degli anni Novanta e si riferisce alla ricostruzione della classe attrice come un soggetto unitario costituito nel - e in vista del - processo. Sul punto, si rinvia a Consolo C., *Tutela giurisdizionale dei crediti per “adesione” ossia senza domanda giudiziale dei singoli consumatori*, Responsabilità civile e previdenza, 2008, 9, 1718, in particolare nt. 20. Si veda anche De Cristofaro M., *L'azione collettiva risarcitoria “di classe”: profili sistematici e processuali*, Responsabilità Civile e Previdenza, 2010, 10, 1939: «L'entificazione avviene anche da noi previo riscontro della adeguata rappresentatività del “campione” della classe, della sua “capacità di curar[n]e adeguatamente l'interesse” e viene “ritagliata” attorno ad un nucleo di questioni comuni che è compito del Tribunale controllare genericamente *ex ante* e poi definire nel dettaglio al momento della declaratoria d'ammissibilità dell'azione: dando vita ad un fenomeno di sostituzione processuale *ex lege* in cui l'aspetto volontaristico attiene solo all'*an* della confluenza delle varie posizioni soggettive nell'azione collettiva, appunto al “se” dell'adesione, mentre effetti ed intensità della sostituzione sono espressamente regolati nel senso di un controllo assoluto ed incontrastato di condotta e strategia processuali da parte dell'attore di classe e di un'assoluta esclusività della sua iniziativa, sino alla soglia - a monte - della mancata esecuzione delle forme di pubblicità ordinate dal Tribunale onde consentire la massima adesione all'azione, e - a valle - della opzione transattiva, dinanzi alla quale l'autonoma decisione dei singoli aderenti torna sul proscenio a giocare un ruolo decisivo quanto all'efficacia «totalizzante» della scelta dell'attore collettivo».

²⁴⁹ Nei sistemi di *opt-out*, il giudicato fa stato automaticamente nei confronti di tutti coloro che possiedono i requisiti di appartenenza alla classe dei consumatori danneggiati, salvo che questi manifestino entro un certo termine volontà contraria. Cfr. Monti S. - Castelli L., *Opt-out e diritto italiano: non c'è incompatibilità*, Danno e responsabilità, 2019, 5, 703.

Differente invece l'azione di classe italiana la quale, pur condividendo il modello dell'*entire class as entity*, propende per il sistema di *opt-in*, così vincolando soltanto coloro che, oltre ad essere titolari di diritti astrattamente compresi nella classe, abbiano manifestato la volontà di aderirvi. Sistema che permane, nonostante talune modifiche non esenti da critiche, anche a seguito dell'ultimo intervento di riforma.

2.1 (segue): *Opt-in* e *opt-out*: sistemi a confronto

Sul piano processuale, con la nuova disciplina dell'azione di classe è stato previsto che la domanda vada proposta con ricorso davanti alla sezione specializzata in materia di impresa competente per il luogo ove ha sede la parte resistente: il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, viene poi pubblicato, entro dieci giorni dal deposito del decreto, nell'area pubblica del portale dei servizi telematici gestito dal Ministero della Giustizia, al fine di consentire l'agevole reperibilità delle informazioni in esso contenute.

Ove il Tribunale decida per l'ammissibilità dell'azione di classe (cd. fase filtro), mediante l'ordinanza di ammissione viene fissato un termine perentorio - compreso tra i 60 e i 180 giorni - entro cui è consentito ai soggetti portatori di diritti individuali omogenei di aderire all'azione. Ed è proprio qui che si registra una importante innovazione in quanto la nuova disciplina della *class action*, pur mantenendo fermo il sistema di *opt-in*, ha introdotto ben due possibilità di adesione per l'utente, vale a dire dopo l'ordinanza di ammissione dell'azione

nonchè dopo la sentenza di accoglimento, rendendo così il procedimento di adesione maggiormente «ospitale».²⁵⁰

Invero, se da un lato non si dubita del fatto che una simile scelta abbia avuto come principale obiettivo quello di rafforzare il funzionamento dell'azione di classe per renderla maggiormente efficiente sia in relazione alle finalità risarcitorie che di deterrenza, dall'altro la soluzione adottata ha finito per destare talune perplessità.

In primo luogo, dal punto di vista processuale, è stato sostenuto che la possibilità di adesione tardiva a tale azione finirebbe per consentire al soggetto di giovare di un giudicato *inter alios* solo ove favorevole e senza partecipazione al processo, incentivando così comportamenti speculativi da parte degli aderenti²⁵¹; in secondo luogo, muovendo da quanto previsto nella Raccomandazione 2013/396/UE della Commissione europea relativa ai meccanismi di ricorso

²⁵⁰ L'espressione è di Consolo C., *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*, cit., 739. Non condivide tale novellato meccanismo temporale Tedioli F., *Tra nuove regole e vecchi problemi la class action trova collocazione nel codice di procedura civile*, cit., 1418, ad avviso del quale un simile sistema «allarga incredibilmente il numero dei membri della classe, potendo anche determinare la nascita di comportamenti opportunistici». L'A. aggiunge che la previsione della possibilità per il danneggiato di presentare la domanda anche dopo l'accertamento giudiziale della condotta illecita finisce per determinare una evidente situazione di incertezza per le imprese resistenti, alle quali, in corso di causa, sarebbe preclusa la possibilità di effettuare una stima puntuale degli importi che potrebbe essere tenuta a corrispondere a titolo di risarcimento.

²⁵¹ Sul punto si veda Pardolesi R., *La classe in azione. Finalmente*, Danno e responsabilità, 2019, 301, il quale, pur non negando i limiti tecnici dell'*opt-in* così come riformato, osserva che, nell'adesione postuma, «qualcuno vi potrà ravvisare una forma di *free ride*, se non di sciacallaggio, con ingloriosa corsa a montare sul carro del vincitore. Ma, al di là dell'etica di basso conio, così si schiude la via al risarcimento di pregiudizi che pure vi sono stati e che rischierebbero, altrimenti, di rimanere impuniti, garantendo i profitti dell'autore dell'illecito di massa. Soluzione imperfetta, dunque. Ma migliore di altre. Perché in una materia in cui [...] non c'è modo di soddisfare tutte le esigenze, la 'meno peggio' ha ragione di aspirare all'aggiudicazione del titolo».

collettivo inibitori e risarcitori, è stato rilevato che anche l'intento del legislatore comunitario sia nel senso di limitare la possibilità di adesione postuma all'azione, rinvenendo un sostegno normativo a quanto sostenuto nell'art. 23 della citata raccomandazione e, precisamente, nella previsione ivi contenuta in base alla quale la possibilità di adesione postuma è consentita nella misura in cui intervenga «prima che sia resa la pronuncia definitiva o che la causa sia altrimenti decisa validamente».²⁵² Nel medesimo senso si sono altresì espresse le associazioni di categoria a rappresentanza e difesa dell'Industria italiana le quali, definita l'adesione postuma in termini di strumento «punitivo» per le imprese, ne hanno evidenziato la pericolosità in ragione della situazione di incertezza in cui verserebbero le imprese resistenti le quali, in corso di causa, non avrebbero la possibilità di effettuare una stima puntuale degli importi risarcitori che potrebbe essere tenute a corrispondere.²⁵³

²⁵² Sul punto, differenti sono le tendenze registratesi in Europa. Il *Consumer Rights Act* inglese, approvato nel 2015, ha attribuito al giudice il potere di stabilire il meccanismo di inclusione dei soggetti più adeguato al caso concreto: in particolare alla *section 47 B (7)* è stabilito che: «*Collective proceedings order must include the following matters: (a) authorisation of the person who brought the proceedings to act as the representative in those proceedings, (b) description of a class of persons whose claims are eligible for inclusion in the proceedings, and (c) specification of the proceedings as opt-in collective proceedings or opt-out collective proceedings*». In Francia, la Legge n. 344 del 17 marzo 2014 ha introdotto la nuova «*action de groupe*», che può essere esercitata nelle forme ordinaria e semplificata: nel primo caso, è consentita l'adesione successiva alla sentenza che decide il merito dell'azione collettiva; nel secondo caso, l'azione di gruppo semplificata è invece esercitabile qualora l'identità e il numero dei consumatori danneggiati sia conosciuto e il pregiudizio da essi subito sia identico.

²⁵³ In tal senso il Direttore Generale di Confindustria, Marcella Panucci, ad avviso della quale l'assenza di previsioni di sanzioni nei confronti di coloro che portino avanti azioni di classe temerarie o pretenziose ha determinato la trasformazione della *class action* da strumento di tutela dei danneggiati a strumento di *business* per i legali, con conseguente possibile aumento di esercizio abusivo dell'azione. L'intervista è reperibile su www.confindustria.it.

Perplessità alle quali, invero, si ritiene di non aderire. Come correttamente evidenziato, infatti, l'adesione tardiva non integra l'esercizio di una sorta di «diritto d'opzione a colpo sicuro», in quanto ciascun aderente, precoce o tardivo che sia, è comunque tenuto provare la titolarità del proprio diritto. Il vantaggio per quelli tardivi, a ben guardare, si sostanzia solo in una maggiore consapevolezza circa l'ammissibilità dell'azione (avendo questa già superato la cd. fase filtro), permanendo invece l'alea del giudizio, «non solo ovviamente dei giudizi di gravame, ma pure - e non è irrilevante - di quello del giudice delegato sul “progetto” dei diritti individuali».²⁵⁴

Ciò che, invece, si ritiene opportuno evidenziare in relazione al tema in esame sono le considerazioni svolte in merito ad un intervento giurisprudenziale di poco antecedente alla novella ed in cui si è registrata una prima apertura in termini di ammissibilità nel nostro ordinamento di meccanismi di *opt-out*. Intervento che, tuttavia, ha finito per subire una battuta d'arresto proprio con la novella di cui si discorre.

La pronuncia cui ci si riferisce è stata resa nel 2018 dal Tribunale di Milano, in un giudizio avviato da una società italiana nei confronti di due vettori aerei tedeschi e volto ad ottenere il risarcimento dei danni conseguenti all'applicazione sulle spedizioni effettuate di voci di costo derivanti da un illecito cartello.²⁵⁵ Costituiti in giudizio, i convenuti hanno negato la fondatezza della domanda

²⁵⁴ Così Consolo C., *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*, cit., 739.

²⁵⁵ Tribunale di Milano, sez. spec. impresa, 25 ottobre 2018, n. 10773, *Rodel S.p.a. c. Deutsche Lufthansa Aktiengesellschaft e Lufthansa Cargo Aktiengesellschaft*.

avversaria facendo leva sulla decisione statunitense che, nel recepire l'intervenuto accordo transattivo, aveva definito la *class action* ivi instaurata nei loro confronti per i medesimi fatti. Ciò che in particolare hanno sostenuto i vettori è che, pur debitamente informata sia della proposta transattiva che del rischio di perdita di qualsivoglia diritto connesso alle vicende dedotte in causa in caso di sua inerzia, la parte attrice non aveva esercitato nessuna delle due opzioni, con conseguente impossibilità per essa di pretendere alcunché nei loro confronti.

In sede di verifica della sussistenza dei presupposti rilevanti per il riconoscimento automatico in Italia della decisione straniera²⁵⁶, il Tribunale meneghino, muovendo dal concetto di «ordine pubblico processuale» e dalla sua riferibilità «ai principi inviolabili posti a garanzia del diritto di agire e di resistere in giudizio, non anche alle modalità con cui tali diritti sono regolamentati o si esplicano nelle singole fattispecie», è giunto ad affermare che «il diritto di difesa non costituisce una prerogativa assoluta, ma può subire una moderata limitazione nel caso in cui il provvedimento sia stato emesso nei confronti di un soggetto che abbia avuto comunque la possibilità di partecipare attivamente al processo, quantomeno nella fase precedente a quella conclusasi con l'emissione del

²⁵⁶ L'art. 64 L. 31 maggio 1995, n. 218 dispone che «la sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad un procedimento, quando: [...] b) l'atto introduttivo del giudizio è stato portato a conoscenza del convenuto in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo e non sono stati violati i diritti essenziali della difesa; [...] g) le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico».

provvedimento», così riconoscendo espressamente la compatibilità del meccanismo statunitense dell'*opt-out* con il nostro ordinamento.²⁵⁷

La citata sentenza ha condotto - e ancora conduce - a chiedersi se l'*opt-out* possa costituire una valida alternativa rispetto all'attuale sistema adesione.

Da un punto di vista comparatistico, una simile scelta si porrebbe in linea con la tendenza riscontrata in altri ordinamenti europei in cui è prevista l'estensione degli effetti della sentenza o della transazione collettiva anche ai titolari di situazioni omogenee rimasti estranei rispetto all'iniziativa processuale.²⁵⁸

Da un punto di vista di opportunità, il sistema di *opt-out* a ben guardare risulterebbe maggiormente idoneo a garantire la tutela dei diritti dei membri della classe, tenuto conto della loro tendenziale apatia rispetto alla prospettiva di una tutela giudiziale delle proprie ragioni.²⁵⁹ Una conferma a quanto appena asserito potrebbe, invero, rinvenirsi proprio nella esaminata vicenda delle fatturazioni a 28 giorni dei servizi di telefonia, connotata da un elevato grado di omogeneità tra le posizioni lese, da un consistente numero di utenti coinvolti e da una tendenziale preferenza da parte del singolo danneggiato verso comportamenti inerti, tutti elementi che a ben guardare concorrono ad evidenziare l'inadeguatezza del

²⁵⁷ *Amplius* Monti S. – Castelli L., *Opt-out e diritto italiano: non c'è incompatibilità*, cit., 703. Si vedano inoltre Cass. civ., s.u., 5 luglio 2017, n. 16601; Cass. civ., 3 settembre 2015, n. 17519; Cass. civ., 9 maggio 2013, n. 11021.

²⁵⁸ Per un esame più dettagliato delle tendenze comunitarie in relazione al tema in esame, si rinvia a De Santis A.D., *L'azione di classe a dieci anni dalla sua entrata in vigore*, Foro italiano, 2019, I, c. 2180.

²⁵⁹ In tal senso Pardolesi R., *La classe in azione*, cit., 305, il quale rileva che «l'adesione preventiva [...] - stante il ruolo inverso della razionale apatia del consumatore, che lo induce a evitare rischi, anche minimi e disagi connessi all'attivazione giudiziale - si traduce in bilanci desolanti. I risultati positivi latitano. Li si conta sulle punte delle dita di una mano (monca...)».

vigente sistema di *opt-in*. Inadeguatezza, ad avviso di chi scrive, che sembra percepita anche dall'Autorità Garante per le Comunicazioni nella delibera n. 121/17/CONS²⁶⁰ e dal Consiglio di Stato nella esaminata sentenza del 4 febbraio 2020 n. 879.²⁶¹ La scelta di indennizzare gli utenti danneggiati in modo automatico, formulata dall'Autorità di settore ed avallata dal giudice amministrativo, si rivela infatti funzionale non solo a dare maggior efficienza all'azione amministrativa e a deflazionare (non certo impedire) il contenzioso relativo a liti tendenzialmente di modico valore, quanto soprattutto a garantire l'effettività della tutela degli utenti e a scongiurare la probabile rinuncia da parte di molti di essi ad esperire azioni giudiziali o stragiudiziali. Aspetti, questi, che consentono di concludere che, nel vigente scenario normativo in cui il legislatore conferma il modello dell'adesione, gli indicati interventi si pongono invece come sintomatici di un nuovo modello di tutela del consumatore, ulteriore rispetto agli strumenti di *private enforcement* e, più di tutto, idoneo a consentire il superamento degli ostacoli posti dalla novella alla disciplina della *class action*.

²⁶⁰ Si rammenta che, con la citata delibera, l'Autorità Garante per le Comunicazioni ha diffidato le compagnie telefoniche a indennizzare gli utenti di rete fissa mediante storno in bolletta dei giorni indebitamente erosi, prescindendo da comportamenti attivi degli utenti danneggiati e, dunque, operando tale rimedio in modo automatico. Successivamente, l'Autorità ha sostituito tale meccanismo con quello della erogazione gratuita delle prestazioni per un numero di giorni equivalente a quello cui l'ordine di storno si sarebbe riferito, posticipando la decorrenza delle fatture emesse dopo il ripristino della fatturazione con cadenza mensile o di multipli del mese per un numero di giorni pari a quelli erosi in violazione della Delibera n. 121/17/CONS.

²⁶¹ Cfr. capitolo III, spec. paragrafi 6.1 e 6.2

3. La tutela individuale

Passando ora alla disamina dei rimedi azionabili dai consumatori singolarmente considerati, punto di partenza sul punto è la regola posta dall'art. 3, comma 2 della direttiva 2005/29/CE, confluita nel citato art. 19, comma 2 Cod. Cons. secondo cui «la disciplina sulle pratiche commerciali sleali non pregiudica l'applicazione delle disposizioni in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, invalidità ed efficacia del contratto», regola che ha orientato la scelta del legislatore nazionale nel senso di aggiungere la disciplina delle pratiche commerciali scorrette a quella del contratto in quanto ciascuna avente un suo tipico ambito d'applicazione: l'una pratiche e attività, l'altra singoli atti.²⁶²

Come si è avuto modo di anticipare, la direttiva 2005/29/CE nulla ha stabilito in merito ai rimedi individuali. Nonostante l'obiettivo di armonizzazione massima perseguito, la scelta del legislatore europeo è stata quella di limitarsi a sancire l'obbligo in capo agli Stati membri di predisporre strumenti idonei ad assicurare il rispetto del divieto di pratiche commerciali scorrette, così demandando

²⁶² Zorzi Galgano N., *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, Contratto e Impresa, 2011, 922. Ad avviso dell'A. la regola si spiega in ragione della diversa prospettiva delle due discipline, in quanto la direttiva 2005/29/CE si occupa in via prioritaria della protezione degli interessi economici collettivi dei consumatori, non anche della tutela individuale del consumatore, essendo questo un ambito riconosciuto come specifico del diritto privato generale in tema di contratti. A tanto viene aggiunto che, a differenza della disciplina civilistica del contratto, in cui la rilevanza dei comportamenti tenuti dall'impresa sul mercato è limitata ai soli casi in cui detti comportamenti si siano tradotti in un vizio del contratto, la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette attribuisce rilevanza a tutti i possibili comportamenti posti in essere dal professionista, prescindendo dalla conclusione del contratto, il che trova conferma nell'art. 19 comma 1 Cod. Cons. e nella previsione che «il presente titolo si applica alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto».

completamente all'interprete la individuazione di un sistema rimediale contrattuale. Una scelta, invero, ben lontana dalla prospettiva rimediale tipica del diritto europeo e che ha determinato il sorgere di un dibattito - non ancora del tutto sopito - in merito alla sorte dei contratti conclusi a causa di una pratica commerciale scorretta, dibattito di cui si ritiene opportuno ripercorrerne l'evoluzione.

4. Pratiche commerciali scorrette e nullità del contratto

La prima soluzione prospettata è stata quella della dell'invalidità, in merito alla quale gli interpreti si sono divisi tra sostenitori del rimedio della nullità e sostenitori del rimedio dell'annullabilità.²⁶³

Muovendo dall'art. 20, comma 1 Cod. Cons. in base al quale, si ricorda, «le pratiche commerciali scorrette sono vietate», parte della dottrina ha rinvenuto nella nullità di protezione il rimedio maggiormente idoneo a garantire la tutela individuale nelle ipotesi di pratiche commerciali scorrette. In particolare, in analogia a quanto previsto dall'esaminato art. 36 Cod. Cons., gli interpreti sono giunti a riconoscere anche per il caso di pratiche scorrette la configurabilità di una nullità virtuale di protezione sull'assunto che, consentendo il riequilibrio del contratto concluso e la sua conservazione, tale rimedio sia da intendersi quello più adeguato rispetto alla nullità prevista dal codice civile.²⁶⁴ In base a tale

²⁶³ Per un approfondito esame del dibattito in tema, si rinvia a Febbrajo T., *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, Napoli, 2018, 129.

²⁶⁴ In tal senso Gentili A., *Codice del consumo ed esprit de geometriè*, Contratti, 2006, 171.

ricostruzione, dunque, la nullità del contratto deriverebbe dalla natura imperativa del divieto di pratiche commerciali scorrette di cui all'art. 20 Cod. Cons. e, in ogni caso, si tratterebbe di una nullità parziale in quanto, non interessando gli elementi essenziali del contratto, determinerebbe il venir meno di singole clausole del regolamento contrattuale, così lasciando il contratto di consumo - una volta epurato - valido ed efficace. Sempre a sostegno della nullità di protezione altra parte della dottrina, in riferimento alle pratiche aggressive, ha argomentato muovendo dall'art. 16, comma 4 d. lgs. n. 190 del 2005, relativo alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori, in cui il legislatore ha espressamente previsto tale tipologia di rimedio.²⁶⁵

Tuttavia, molteplici sono state le voci critiche. Principalmente è stato rilevato che, per definizione, la nullità parziale è una nullità volta ad eliminare la sola clausola in contrasto con i diritti fondamentali, ma non è mai nullità dell'intero contratto che, per il principio di conservazione, resta in vigore perequato a favore del consumatore: ciò non sempre vale per le pratiche commerciali scorrette in quanto, nei casi espressamente previsti dal legislatore, è l'intero contratto a dover

²⁶⁵ Di Nella L., *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, cit., 62. La norma oggi è confluita nel Codice del Consumo, all'art. 67 *septiesdecies*, sub n. 4, nel quale è prevista la nullità del contratto in materia di servizi finanziari nei casi in cui il professionista fornitore ostacoli il diritto di recesso del consumatore, o rifiuti il rimborso delle somme pagate a seguito di recesso, o violi gli obblighi di informativa precontrattuale corrispondenti, in modo da alterare significativamente la rappresentazione che il consumatore riceve delle caratteristiche del prodotto. Precisa poi il n. 5 della stessa disposizione che si tratta di nullità relativa, che può essere fatta valere solo dal consumatore, ed obbliga lo stesso fornitore alla restituzione di quanto ricevuto. *Amplius* Zorzi Galgano N., *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., 928.

venire meno e non singole parti di esso.²⁶⁶ Ulteriormente, è stato rilevato che la nullità delle clausole vessatorie di cui all'art. 36 cod. cons. non presuppone né condotte ingannevoli né la violazione di doveri informativi da parte del professionista, essendo destinata a trovare applicazione sia che il contratto concluso col consumatore costituisca il risultato di una pratica commerciale scorretta, sia ove non vi sia traccia di una simile condotta da parte del professionista.²⁶⁷

Sulla possibilità di configurare il rimedio della nullità per i contratti derivanti da pratiche scorrette hanno altresì avuto notevole incidenza le citate sentenze gemelle della Corte di Cassazione²⁶⁸ nelle quali, in relazione ai contratti di intermediazione finanziaria, è stato sancito che la nullità del contratto ex art. 1418, comma 1 c.c. intesa come nullità virtuale, non possa essere inquadrata come conseguenza della violazione di una qualunque norma imperativa, richiedendosi invece, necessariamente, che la norma imperativa violata attenga al

²⁶⁶ Così Maugeri M.R., *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale sui contratti, I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di Genovese A., Padova, 2008, 270: l'A. evidenzia che nei casi indicati dall'art. 23, comma 1, lett. a, b, c), dove la lett. a) rinvia alla «affermazione, non rispondente al vero, da parte di un professionista di essere firmatario di un codice di condotta», la lett. b) rinvia allo «esibire un marchio di fiducia, di qualità, o un marchio equivalente senza avere ottenuto la necessaria autorizzazione» e, da ultimo, la lett. c) rinvia allo «asserire, contrariamente al vero, che un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura», non sono singole parti del contratto destinate a venire meno, quanto l'intero contratto.

²⁶⁷ Cfr. Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., 123.

²⁶⁸ Cass. civ., s.u., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, reperibili su www.dejure.it. Si vedano Roppo V., *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza «Rordorf»*, Danno e responsabilità 2008, 525; Vettori G., *Regole di validità o di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite: la buona fede come rimedio risarcitorio*, Obbligazioni e contratto, 2008, 104.

contenuto del contratto come atto.²⁶⁹ Muovendo dalla constatazione che gli obblighi di comportamento previsti dalla legge e dai regolamenti a carico dell'intermediario si collochino in parte nella fase precedente la stipulazione del contratto di intermediazione finanziaria e in parte nella fase esecutiva di esso²⁷⁰, nelle pronunce in esame la Corte ha osservato che, ove si tratti di comportamenti da osservare nella fase delle trattative o della formazione del contratto, questi rientrano nell'orbita dell'art. 1337 c.c.; ove, invece, si tratti di comportamenti da osservare successivamente alla formazione del contratto, si verte di prestazioni contrattuali la cui mancata esecuzione espone l'intermediario alle conseguenze di cui all'art. 1218, dunque alla responsabilità per inadempimento, ovvero alla risoluzione di cui all'art. 1453 (ed eventualmente al risarcimento del danno).

²⁶⁹ Tali pronunce si pongono in linea con altra precedente decisione della Corte di Cassazione (Cass. civ., 29 settembre 2005, n. 19024, Foro it., 2006, I, c. 1105) nella quale, suggerendo per la prima volta il rimedio risarcitorio per danno derivante da conclusione di un contratto valido ma pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto, la Corte ha statuito che «la contrarietà a norme imperative considerata quale causa di nullità del contratto postula che essa attenga ad elementi intrinseci dell'atto che riguardino la struttura o il contenuto del contratto. I comportamenti tenuti nel corso delle trattative o nell'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo a nullità», salvi i casi in cui tale nullità risulti essere prevista espressamente dal legislatore. Si segnala Roppo V., *La tutela del risparmiatore tra nullità, risoluzione e risarcimento, ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali*, Contratto e impresa, 2005, 905.

²⁷⁰ Si legge in sentenza: «Attiene evidentemente alla fase prenegoziale l'obbligo di consegnare al cliente il documento informativo menzionato nella lettera b) della citata disposizione dell'art. 6, ed attiene sempre a tale fase preliminare il dovere dell'intermediario di acquisire le informazioni necessarie in ordine alla situazione finanziaria del cliente, come prescritto dalla successiva lett. d), così da poter poi adeguare ad essa la successiva operatività. Ma doveri di informazione sussistono anche dopo la stipulazione del contratto di intermediazione e sono finalizzati alla sua corretta esecuzione: tale è il dovere di porre sempre il cliente in condizione di valutare appieno la natura, i rischi e le implicazioni delle singole operazioni di investimento o di disinvestimento, nonché di ogni altro fatto necessario a disporre con consapevolezza dette operazioni.[...] Attengono poi del pari al momento esecutivo del contratto i doveri di contenuto negativo posti a carico dell'intermediario: quelli di non consigliare e di non effettuare operazioni di frequenza o dimensione eccessive rispetto alla situazione finanziaria del cliente».

L'intervento della Cassazione a Sezioni Unite del 2007 ha così chiuso la questione della nullità di protezione come nullità virtuale, rendendola non invocabile come rimedio di carattere generale conseguente alla violazione di una norma imperativa che vieti una qualsiasi pratica commerciale scorretta, che è norma di comportamento: come rilevato, infatti, le pratiche commerciali scorrette attengono a comportamenti posti in essere da un professionista per indurre un consumatore a compiere una scelta negoziale, a contrarre anche quando non avrebbe voluto stipulare oppure quando avrebbe stipulato a condizioni diverse. Si tratta di comportamenti sì vietati dall'ordinamento, ma il contratto eventualmente concluso non presenta difetti strutturali tali da poter essere sanzionati con la nullità, il che vale ad escludere che in assenza di una previsione espressa del legislatore, l'illegittimità di una pratica commerciale possa comportare *ex se* la nullità del contratto eventualmente stipulato.²⁷¹

²⁷¹ Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., 121: l'A. si interroga circa la possibilità di una nullità parziale delle clausole contrattuali come effetto di una pratica commerciale scorretta. «La questione potrebbe essere formulata così: se la pratica commerciale scorretta e, dunque, vietata si dovesse tradurre in singole clausole contrattuali, queste ultime potrebbero essere dichiarate nulle lasciando pienamente efficace il resto del contratto? Per rispondere al quesito occorre operare una distinzione tra le pratiche scorrette che condizionano la scelta del consumatore sul contrarre o meno e quelle che invece incidono sulle condizioni del contratto. Solo nell'ultimo caso [...] potrebbe al limite concepirsi il rimedio della nullità parziale; ma resta la pregiudiziale dell'incongruenza del rimedio della nullità rispetto all'influenza della pratica sul contenuto del contratto: un'incongruenza cui non si sottrae neppure la nullità parziale». Rileva Granelli C., *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE*, cit., 780, che le conclusioni esposte non consentono di escludere in toto che il contratto possa considerarsi nullo per altre ed autonome ragioni, essendo state all'uopo richiamate ipotesi tipizzate di pratiche commerciali scorrette sanzionate con la nullità del contratto. L'A. richiama a riguardo il caso dell'inesistenza del prodotto oggetto di vendita, in cui il relativo contratto è nullo non perchè il professionista, in violazione del divieto di cui all'art. 21, comma 1 lett. a) cod. cons., abbia falsamente affermato la sua esistenza (dunque nullità ex art. 1418, comma 1 c.c.), bensì in quanto l'oggetto del contratto risulta carente del requisito della

5. Pratiche commerciali scorrette e annullabilità del contratto

Altra parte della dottrina ha rinvenuto nell'annullabilità il rimedio invalidatorio maggiormente percorribile, muovendo dalla considerazione che le cause da cui derivano i vizi del consenso altro non sono che comportamenti scorretti.²⁷²

Dal momento che le pratiche commerciali possono riguardare una molteplicità di decisioni del consumatore relative a fasi diverse, è stato sostenuto che «la violazione, in sede precontrattuale del divieto di pratiche commerciali scorrette (la violazione, cioè, di una tipica regola di comportamento nella formazione del contratto) - se di norma non è di per sé idonea a determinare la nullità del contratto dal professionista stipulato con il singolo, concreto consumatore - può invece, in non pochi casi, comportare la invalidità del contratto nella sua forma dell'annullabilità: ciò in quanto i “vizi del consenso” – in particolare dolo e

possibilità prevista dall'art. 1346 c.c. (dunque, nullità ex art. 1418, comma 2 c.c.); analogamente, viene richiamata l'ipotesi della vendita illecita, in cui il relativo contratto è nullo non perchè il professionista, in violazione del divieto di cui all'art. 23, comma 1 lett. i) cod. cons., abbia falsamente affermato o generato l'impressione che la vendita fosse lecita (dunque nullità ex art. 1418, comma 1 c.c.), bensì nella misura in cui illeciti dovessero risultare la sua causa (art. 1343 c.c.) o il suo oggetto (art. 1346 c.c.), pertanto nullità ex art. 1418, comma 2 c.c. Ma lo stesso A. evidenzia che le ipotesi di nullità indicate, pur trovando la propria fonte nelle disposizioni del codice civile, non consentono di trarre alcun automatismo circa l'applicazione di tale rimedio ai casi di violazione del divieto di pratica commerciale scorretta.

²⁷² In tal senso Zorzi Galgano N., *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., 942; Granelli C., *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, cit., 776; Camardi C., *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, Jus Civile, 2013, 6, 305.

violenza – sono istituzionalmente destinati proprio alla repressione di determinate condotte scorrette tenute da uno dei contraenti in fase prenegoziale».²⁷³

Più nel dettaglio, la posizione prevalsa in dottrina è stata quella di chi ha sostenuto la richiamabilità del dolo per le pratiche commerciali scorrette ingannevoli e della violenza morale per le pratiche commerciali aggressive²⁷⁴, sebbene siano stati differenti gli approcci seguiti sia in relazione all'applicazione

²⁷³ Così Granelli, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, cit., 781: l'A richiama all'uopo la L. 6 maggio 2004, n. 129, in tema di affiliazione commerciale la quale, dopo aver imposto ad ambedue le parti tutta una serie di obblighi precontrattuali di informazione, stabilisce espressamente che, «se una parte ha fornito false informazioni, l'altra parte può chiedere l'annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 del codice civile nonché il risarcimento del danno, se dovuto» (art. 8 della legge citata).

²⁷⁴ Parte della dottrina - rimasta minoritaria - ha ipotizzato la possibilità di invocare il rimedio dell'annullabilità del contratto per incapacità naturale di cui agli artt. 428 e 1425 c.c., muovendo dall'effetto distorsivo che la condotta scorretta del professionista produce sulla manifestazione volitiva del consumatore e dalla conseguente limitazione della sua capacità di comprendere pienamente la portata del contenuto negoziale che si appresta ad accettare. I sostenitori di tale tesi muovono dalla particolare duttilità della nozione di incapacità naturale, duttilità che consentirebbe di farvi ricorso in tutti i casi in cui venga in rilievo un'alterazione o un affievolimento della capacità di intendere e di volere a seguito della condotta scorretta del professionista, con conseguente possibilità di fare ricorso alla tutela di cui all'art. 1425 c.c. Inoltre, è stato rilevato che, trattandosi di una clausola generale, il vantaggio del rinvio al concetto di incapacità naturale starebbe altresì nel consentire la sua automatica richiamabilità, a differenza delle nozioni di errore, violenza e dolo che, facendo riferimento a fattispecie circostanziate, richiedono un intervento legislativo esplicito (Cfr. Nobile A., *Le tutele civilistiche avverso le pratiche commerciali scorrette*, Contratto e Impresa/Europa, 2014, 196). Che una simile perturbazione della volontà possa aversi non è da revocare in dubbio, soprattutto in considerazione dell'utilizzo ormai dilagante di strategie di *marketing* sempre più subdole e tali da richiedere una maggiore attenzione da parte del giurista, ma si tratta tuttavia di una tesi non condivisibile in quanto, a ben vedere, la condotta ingannevole o aggressiva del professionista non è tale da privare il consumatore della capacità di comprendere la portata di quanto sta compiendo. Al più può sostenersi che, nel caso di pratica aggressiva, la sua capacità venga coartata dal comportamento del professionista, oppure che in caso di pratica ingannevole finisca per manifestare una volontà diversa rispetto a quella che avrebbe manifestato in assenza della pratica. Ma questo non implica un sacrificio della sua capacità naturale, essendo in entrambi i casi il consumatore comunque consapevole delle caratteristiche del negozio che gli viene proposto. (così Fusi M., *Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolatoria*, Rivista di diritto industriale, 2009, 5).

del rimedio in esame che in merito alle possibili interferenze tra la disciplina codicistica dei vizi del consenso e la normativa in materia di pratiche scorrette: da un lato, chi ha sostenuto una limitata incidenza della disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette sull'annullabilità del contratto delineata dal codice civile²⁷⁵; dall'altro, chi ha invece rilevato una penetrante efficacia della novella sulla normativa codicistica.²⁷⁶

Muovendo dalle pratiche commerciali ingannevoli, è stato osservato che l'applicabilità dello schema del dolo determinante troverebbe conferma nel richiamo che ad esso fa l'art. 6 della direttiva 2005/29/CE (oggi art. 21 cod. cons.) nel definire le pratiche ingannevoli di tipo commissivo: in particolare, dal riferimento alla idoneità della pratica a indurre il consumatore all'adozione di decisioni commerciali che non avrebbe altrimenti preso, è stata desunta la riconducibilità di tale fattispecie al dolo determinante per il quale - com'è noto - il nostro ordinamento prevede la sanzione della annullabilità del contratto (art.

²⁷⁵ Cfr. Camardi C., *Pratiche commerciali scorrette ed invalidità*, cit., 412: «Il “divieto” della pratica scorretta è costruito come regola del mercato [...]. La pratica scorretta, pertanto, non può essere “di per sé e in quanto tale” causa di invalidità di un contratto. Essa ne sta fuori, in quanto tale, fino a quando non venisse accertato il contrario: e cioè che la pratica è entrata nelle dinamiche del singolo contratto ovvero nel suo specifico regolamento. Questo sembrerebbe il senso normativo specifico dell'espressione utilizzata dal legislatore, quando ha stabilito che la nuova disciplina “non pregiudica” l'applicazione della disciplina generale del contratto: cioè non la implica né la esclude automaticamente. Occorre viceversa volta per volta accertare la ricorrenza effettiva dei presupposti di applicazione delle norme che regolano la validità e l'esecuzione del contratto, se “prima durante o dopo” il contratto, la pratica scorretta si è posta come causa efficiente di “quel” contratto, con “quel” consumatore, o è in altro modo penetrata in “quel” regolamento contrattuale».

²⁷⁶ Nel senso della diretta incidenza della disciplina sulle pratiche sleali rispetto a quella dell'annullabilità del contratto si pongono coloro che hanno evidenziato l'effetto innovativo della normativa sulle pratiche commerciali scorrette: tra essi Zorzi Galgano N., *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., 949.

1439 c.c.). Invero, tale approccio ermeneutico non è parso del tutto convincente agli occhi di chi è rimasto fedele ai tradizionali principi della tipicità dei vizi del consenso ad efficacia invalidante.²⁷⁷ In particolare è stato rilevato che a differenza del codice civile, in cui la nozione di dolo risulta ancorata al modello tradizionale di rapporto tra soggetti specificamente individuati e dotati di un medesimo livello di conoscenze, il legislatore del codice del consumo si muove entro la contrattazione di massa e interviene allo scopo di correggere le connaturali asimmetrie informative. Ulteriormente dal punto di vista normativo è stato rilevato che, mentre il dolo determinante richiede la sussistenza di raggiri, nel senso di comportamenti attivi (diversi dal semplice mendacio o dalla reticenza) che abbiano effettivamente determinato la conclusione del contratto, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette attribuisce rilevanza anche alla mera affermazione del falso (nonché alla mera omissione di informazioni), essendo la pratica commerciale vietata anche ove semplicemente idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso, dunque prescindendo dalla conclusione del contratto.²⁷⁸ A tali

²⁷⁷ Granelli, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, cit., 781.

²⁷⁸ Ancora Granelli, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, cit., 782, il quale rileva che la tutela contro le pratiche commerciali ingannevoli non richiede, come invece l'impugnativa per dolo, che l'errore indotto dalla pratica sia «determinante», accontentandosi del fatto che esso risulti anche solo «incidente», inficiando la decisione del consumatore non già sotto il profilo «se» acquistare o meno un prodotto, ma esclusivamente in ordine al «come» acquistarlo e a quali condizioni. A tanto aggiunge che, mentre il dolo da annullamento richiede tradizionalmente l'intenzionalità dell'inganno (c.d. *animus decipiendi*), la pratica commerciale scorretta è vietata anche se posta in essere solo colposamente, secondo quanto previsto dall'art. 11 par. 2 della Direttiva 2005/29/CE.

considerazioni ne sono state aggiunte altre in merito al diverso parametro di valutazione della scorrettezza della condotta: infatti, a fronte della nozione rigida di comportamento doloso accolta di recente dalla giurisprudenza, ad avviso della quale «gli artifici, i raggiri, la reticenza devono essere valutati in relazione alle particolari circostanze di fatto ed alle qualità soggettive dell'altra parte, onde stabilire se erano idonei a sorprendere una persona di normale diligenza»²⁷⁹, nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette il parametro di valutazione - come visto - è quello del consumatore medio, dunque un parametro oggettivo, correlato alla mera potenziale idoneità (e non intenzionalità) del comportamento scorretto ad incidere sulla scelta del consumatore.²⁸⁰

²⁷⁹ Cfr. Cass. civ., sez. I, 20 gennaio 2017, n. 1585: «In tema di dolo quale causa di annullamento del contratto, sia nella ipotesi di dolo commissivo che in quella di dolo omissivo, gli artifici o i raggiri, la reticenza o il silenzio devono essere valutati in relazione alle particolari circostanze di fatto ed alle qualità e condizioni soggettive dell'altra parte, onde stabilire se erano idonei a sorprendere una persona di normale diligenza, giacché l'affidamento non può ricevere tutela giuridica se fondato sulla negligenza». Nel caso di specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza impugnata che non aveva ravvisato la sussistenza del dolo nelle assicurazioni fornite da una banca in ordine all'insussistenza di protesti o altre esposizioni debitorie a carico di una moglie legalmente separata in cui favore l'ex marito aveva acconsentito all'iscrizione di ipoteca su di un bene comune a garanzia di un mutuo, ben potendo egli acquisire conoscenza delle reali condizioni economiche della ex coniuge. Cfr. *amplius* Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., 129.

²⁸⁰ Febbrajo T., *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, cit., 160. L'A. rileva che la conclusione cui è pervenuta parte della dottrina, in base alla quale l'art. 6 semplifichi il giudizio di rilevanza dell'ingannevolezza (nel senso che il riscontro delle circostanze che accompagnano il mendacio deve ritenersi sufficiente per il giudizio di rilevanza del dolo determinante), non basta ai fini dell'applicazione del rimedio invalidante, essendo invece ulteriormente necessario accertare non solo, in via generale, l'idoneità della pratica a fuorviare il consumatore medio, ma anche, in via particolare, l'effettiva incidenza del dolo sulla percezione di quel determinato consumatore concreto. Ulteriori dubbi in merito alla ammissibilità di tale approccio sono sorti in relazione alla non chiara possibilità di configurare un dolo omissivo rilevante. Da un lato vi è chi, muovendo da un consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. Cass. civ., 20 aprile 2006, n. 9253), ha ritenuto insufficiente ad integrare un dolo omissivo invalidante la reticenza di una parte su elementi di interesse della controparte, essendo

In relazione alle pratiche commerciali scorrette aggressive, si è anticipato che l'orientamento prevalente ha ritenuto invocabile ai fini dell'annullamento la violenza morale, richiamata dall'art. 8 della direttiva 2005/29/CE e confluita nell'art. 24 Cod. Cons. Come visto in precedenza, nell'ambito della disciplina consumeristica è considerata aggressiva una pratica commerciale che, mediante molestie, coercizione (ivi compreso il ricorso alla forza fisica) o indebito condizionamento, limiti o sia idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio, tanto da indurlo - o essere idonea ad indurlo - ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. E tuttavia, anche in relazione a tale vizio, devono riproporsi le osservazioni precedentemente fatte per il dolo.

È stato infatti rilevato che, mentre la disciplina codicistica richiede necessariamente la sussistenza della minaccia di un male ingiusto e notevole, la normativa in materia di pratiche commerciali aggressive ritiene sufficiente che tali pratiche si traducano in molestie, ovvero nel ricorso allo sfruttamento da parte del professionista di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione su quest'ultimo, ovvero ancora nel ricorso a coercizioni,

necessario - ai fini della invalidità - che la reticenza si inserisca all'interno di un complesso di comportamenti circostanziati adeguatamente preordinati e finalizzati, con malizia ed astuzia, a realizzare l'inganno voluto; dall'altro vi è chi, muovendo da un orientamento giurisprudenziale di segno opposto [Cass. civ., 2 febbraio 2012 n. 1480, in cui si legge che il dolo quale causa di annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 cod. civ. può consistere tanto nell'ingannare con notizie false, con parole o con fatti la parte interessata (dolo commissivo) quanto nel nascondere alla conoscenza altrui, col silenzio o con la reticenza, fatti o circostanze decisive (dolo omissivo)], ha riconosciuto anche al semplice silenzio l'idoneità ad integrare il dolo determinante, purchè si tratti di silenzio finalizzato ad occultare un fatto che, ove conosciuto dall'altra parte contraente, ne avrebbe determinato una differente volizione.

tutte condotte difficilmente riconducibili *sic et simpliciter* alla nozione codicistica di violenza.²⁸¹ A ciò è stato altresì aggiunto che, mentre la teoria generale dell'invalidità impone al giudice civile di valutare gli effetti concretamente prodotti dalla pratica dolosa o violenta sul consenso del singolo contraente, la disciplina consumeristica, avendo come parametro il consumatore medio, impone un giudizio prognostico tale da escludere ogni forma di automatismo in merito alla invalidità del contratto.²⁸²

Così delineata la fattispecie, in che rapporto si pongono, dunque, la disciplina dei vizi del consenso con quella delle pratiche commerciali scorrette?

Vero è che, ove si intendesse continuare ad interpretare ed applicare il diritto contrattuale comune secondo la visione tradizionale, «solo per caso accadrà che una fattispecie di pratica sleale possenga i requisiti che nella lettura tradizionale consentono l'applicazione delle norme del codice».²⁸³ Tuttavia altrettanto vero è

²⁸¹ Granelli C., *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, cit., 782.

²⁸² Rileva Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., 127, che la molestia e la coercizione sono elementi che solo in alcuni casi potrebbero integrare il carattere della violenza codicistica per cui il contratto potrebbe essere annullato. Il codice richiede, infatti, una minaccia tale da ingenerare un timore del verificarsi di un evento infausto per il contraente o per un altro soggetto. Nelle ipotesi previste dall'art. 26 cod. cons. non emergono i tratti tipici della minaccia, bensì sembrano integrate ipotesi di inganni, espliciti o meno, o pressioni tesi ad indurre il consumatore in errore.

²⁸³ Gentili A., *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, *Rivista di diritto privato*, 2010, 3, 60: l'A. rileva che l'intervento normativo in esame finirebbe per moralizzare il mercato, ma non il rapporto, tanto da restare «un'iniziativa platonica, se non ipocrita, in cui, se i pubblici poteri non intervengono, il consumatore che si sbandierava di volere difendere rimane del tutto indifeso ed impossibilitato a difendersi da sé», aggiungendo che «qualsiasi pratica contraria alla diligenza professionale con cui il professionista tenti di falsare in misura rilevante una decisione del consumatore è sleale in quanto vuole approfittare della sua limitata razionalità inducendolo in errore (pratica ingannevole) o limitando la sua libertà di scelta (pratica aggressiva) e legittima, a) se "determinante" della scelta negoziali, l'annullamento, b) se

che, se il vizio del consenso è stato concepito come un elemento incidente sul singolo contratto, ben diversa è la prospettiva nei contratti *business to consumer*, in cui il consenso viziato si pone come il riflesso di una preesistente posizione di potere di un contraente sull'altro, costituendo la diseguale posizione di potere e la asimmetria informativa le premesse della differente disciplina del contratto prevista dal Codice del Consumo. Le considerazioni esposte inducono, dunque, ad aderire alla posizione di chi propende per una rilettura del diritto interno che consenta di superare gli stringenti limiti entro cui sono costretti i vizi del consenso e, così, di invocare il rimedio dell'annullabilità in modo più ampio rispetto a quanto consentito dal codice civile.²⁸⁴

6. Soluzioni alternative ai rimedi invalidanti: rettifica e recesso

Un rimedio alternativo all'annullamento è stato visto nella rettifica, prevista dal legislatore con specifico riferimento al vizio dell'errore. A norma dell'art. 1432 c.c., è noto che «la parte in errore non può domandare l'annullamento del contratto se, prima che ad essa possa derivarne pregiudizio, l'altra offre di eseguirlo in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto che quella intendeva concludere». La rettifica si presenta, dunque, come rimedio del tutto peculiare, non solo in quanto suscettibile di attivazione dalla parte non in errore (il professionista) nei confronti della parte caduta in errore (il consumatore), ma altresì per la irrilevanza del rifiuto da parte del contraente caduto in errore, in

solo "incidente" sulla scelta il proporzionale indennizzo, e c) comunque il risarcimento della minore o nessuna utilità derivatane».

²⁸⁴ Cfr. Gentili A. - Cintio V., *I nuovi "vizi del consenso"*, Contratto e impresa, 2018, 1, 148.

quanto l'esercizio del potere di rettifica estingue il diritto della controparte ad ottenere l'annullamento del contratto.²⁸⁵

In relazione alle pratiche commerciali scorrette, il rimedio della rettifica consentirebbe dunque la conservazione del contratto con un contenuto diverso e conforme alle aspettative del consumatore, mediante il riequilibrio del regolamento contrattuale. E tuttavia, sebbene parte della dottrina ritenga pienamente possibile l'estensione del rimedio in esame agli altri vizi della volontà, con particolare riferimento al *dolus incidens* in relazione al quale la rettifica viene qualificata come risarcimento del danno in forma specifica²⁸⁶, non possono sottacersi le perplessità formulate da altra parte della dottrina (ed alle quali si ritiene di aderire) in merito alla applicabilità di tale rimedio.²⁸⁷

²⁸⁵ Così Bianca C.M., *Diritto civile 3 – Il contratto*, Milano, 2019, 634, che qualifica la rettifica come un negozio giuridico, unilaterale e recettizio, mediante il quale la parte non in errore rende definitivamente efficace il contratto modificandone il contenuto conformemente all'originario intento effettivo della controparte. Si veda anche Girinelli F., *L'accertamento di una pratica commerciale scorretta: il doppio binario rimediale del public and private enforcement*, Jus Civile, 2016, 6, 469: «Un meccanismo del genere potrebbe essere ben accolto nella prospettiva del diritto europeo dei contratti e, allo stesso tempo, potrebbe rivelarsi più utile per i consumatori rispetto al rimedio invalidante dell'annullamento. Con riferimento al primo aspetto, risulta opportuno richiamare le scelte fatte dalle istituzioni europee in materia di vendita di beni di consumo: ivi, infatti, la riparazione e la sostituzione dei beni sono state elevate al rango di rimedi primari in caso di non conformità della merce compravenduta rispetto al contratto. Con riferimento al secondo aspetto, la dottrina che critica il rimedio dell'annullamento a fronte dell'accertamento di una pratica commerciale scorretta pone alla base dell'argomentazione non tanto ragioni teoriche quanto una ragione di ordine pratico consistente nel disinteresse effettivo che il consumatore può avere all'azione di annullamento: questi, infatti, resterebbe privo sia degli effetti pregiudizievoli derivanti dalla scorrettezza commerciale che del contratto stesso, in tal modo vedendo sacrificate le sue esigenze di consumo».

²⁸⁶ Ancora Bianca C.M., *Diritto civile 3 – Il contratto*, cit., 637. L'estensione sembrerebbe possibile poiché alla base del rimedio della rettifica si pongono due principi generali, propri dell'intero ordinamento giuridico, quali la buona fede e il principio di conservazione del contratto.

²⁸⁷ In tal senso, Cian G., *Alcune riflessioni in tema di rettifica*, Rivista di diritto civile, 2018, 1, 1.

In particolare, la principale obiezione di carattere generale contro l'ammissibilità della rettifica di un negozio annullabile per dolo è stata fondata sulla considerazione che dare alla parte autrice dell'inganno il potere di opporre alla domanda di annullamento la dichiarazione di rettifica significhi concedere ad essa la «troppo comoda, ed iniqua, alternativa: di confidare nella non scoperta del dolo e quindi di conseguire, con il permanere in vigore del regolamento negoziale, il frutto dell'inganno, oppure, nel caso di scoperta del dolo e di conseguente impugnazione del negozio, di poter usufruire del potere di salvare comunque il rapporto, rientrando, per così dire, nei ranghi, per mezzo, appunto, della dichiarazione di rettifica».²⁸⁸

Analoghe considerazioni sono state sviluppate in riferimento alla annullabilità per violenza, in quanto anche in tal caso il potere di rettifica darebbe al violentatore (o alla parte avvantaggiata dalla violenza proveniente da un terzo) la doppia *chance* di veder perdurare il rapporto contrattuale ingiusto in quanto frutto della condotta minacciosa ove l'azione di annullamento non sia tempestivamente esercitata, ovvero di conseguire mediante la rettifica il mantenimento di un rapporto, sia pure con un contenuto diverso rispetto a quello che ci sarebbe stato se la violenza non fosse stata esercitata.²⁸⁹

Esclusa l'ammissibilità del rimedio della rettifica per le ragioni appena esposte, altra parte della dottrina ha individuato nel recesso un rimedio alternativo a quello invalidatorio, ponendo come punto di partenza quanto previsto per le

²⁸⁸ Cian G., *Alcune riflessioni in tema di rettifica*, cit., 10.

²⁸⁹ Cian G., *Alcune riflessioni in tema di rettifica*, cit., 11.

contrattazioni condotte fuori dei locali commerciali e a distanza.²⁹⁰ È noto che, raggiunto dalle pressioni del professionista ovunque si trovi (presso il proprio domicilio, il posto di lavoro, luoghi pubblici), il consumatore sia sovente portato a una riflessione frettolosa sulla convenienza dell'affare. Si pensi, a titolo esemplificativo alla pratica ingannevole, ai sensi dell'art. 23 lett. g) Cod. Cons., posta in essere mediante messaggi promozionali di prodotti o servizi fittiziamente disponibili solo per un periodo di tempo limitato, o alla pratica aggressiva, ex art. 26 lett. c) Cod. Cons., perpetrata mediante ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza. Si pensi altresì alle contrattazioni (a distanza) condotte *online*, in cui l'impossibilità di visionare il prodotto e la facilità nella mistificazione delle qualità dello stesso mediante il ricorso a immagini suggestive accrescono l'efficacia dell'inganno e, conseguentemente, riducono la capacità di acquisto consapevole.

In relazione a tali modelli negoziali, l'art. 52 cod. cons. riconosce al consumatore un periodo di ripensamento entro il quale poter revocare il consenso originariamente prestato, subordinando la stabilità del rapporto al decorso di un termine - relativamente breve - sufficiente a consentire al solo consumatore una riflessione più accorta. Muovendo dalle considerazioni esposte, il diritto di ripensamento potrebbe dunque rappresentare un valido rimedio ai fini della rimozione del vincolo in caso di pratica commerciale scorretta in quanto,

²⁹⁰ Il tema è trattato in maniera più dettagliata da Fachechi A., *Pratiche commerciali scorrette e (apparente) gap normativo: il "sistema" dei rimedi negoziali*, Studium iuris, 2015, 2, 185. Cfr. Pagliantini S., *Modificazione unilaterale del contratto*, Enciclopedia del diritto, Annali VI, 2013, 487.

trattandosi di un negozio unilaterale recettizio non subordinato a particolari obblighi formali né di motivazione, più adeguato e flessibile rispetto ai classici strumenti invalidanti. Tuttavia, come correttamente rilevato, il problema della scelta del rimedio resta aperto ogni qual volta non risulti possibile l'innesto con le disposizioni che lo prevedono espressamente e, a ben guardare, è ciò che accade in relazione al rimedio in esame: l'art. 1373 c.c., infatti, limita l'operatività del rimedio ai soli casi espressamente previsti, previsione che manca per il caso di pratiche commerciali scorrette e che, pertanto, non ne consente la relativa applicabilità.²⁹¹

7. Il risarcimento del danno

Le difficoltà esposte in relazione alla applicazione del regime delle invalidità ai contratti conclusi in virtù di una pratica commerciale scorretta hanno riproposto all'attenzione della dottrina il tema del «vizio incompleto»: come evidenziato, infatti, pur sussistendo una fattispecie viziante il consenso del consumatore, in caso di pratica scorretta non pare esservi una possibilità di immediata sussunzione nei vizi del consenso previsti dal codice civile, mancando *de facto* tutti gli elementi costitutivi dei vizi previsti dal Legislatore del 1942.²⁹²

²⁹¹ Fachechi A., *Pratiche commerciali scorrette e (apparente) gap normativo: il "sistema" dei rimedi negoziali*, cit., 186.

²⁹² Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., 132, il quale richiama Mantovani M., «*Vizi incompleti*» del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995. Con l'espressione «vizio incompleto», l'A. si riferisce ai casi in cui, pur non essendo presenti tutti i requisiti che integrano una delle ipotesi tipiche di vizio, il consenso manifestato si presenti comunque come la risultante di una condotta scorretta di una delle parti contraenti, situazione a cui l'unico

Da tanto è derivato l'accreditamento di quella tesi che vede nel risarcimento del danno (individuale, distinto da quello collettivo ex art. 140 *bis* cod. cons. esaminato in precedenza) la principale forma di tutela del contraente la cui volontà di stipulare sia stata viziata, ancorché non in misura determinante: una tesi, per l'appunto, che muove da una interpretazione sistematico-estensiva dell'unica fattispecie di vizio incompleto della volontà, vale a dire il dolo incidente, di cui all'art. 1440 c.c. e che ha come punto di partenza il dovere del professionista di agire secondo la diligenza professionale.²⁹³

Prioritario diventa, quindi, chiarire quale sia la natura giuridica della responsabilità del professionista che pone in essere una pratica commerciale scorretta.

Inizialmente, la strada percorsa dalla giurisprudenza di legittimità è stata quella della responsabilità extracontrattuale.²⁹⁴ Il caso è quello di un consumatore che aveva chiamato in causa una casa produttrice di sigarette, sostenendo di essere passato alla marca di sigarette «*Light*» sul convincimento che tale dicitura attestasse la loro minore nocività. Secondo il Giudice di Pace di Napoli, che aveva accolto la sua domanda, il fumatore era stato indotto in errore, subendo il

rimedio applicabile sarebbe quello risarcitorio, secondo quanto stabilito dagli artt. 1337 e 1440 c.c.

²⁹³ È noto che si configura dolo incidente nel caso in cui i raggiri posti in essere da un contraente non siano tali da determinare il consenso (in quanto il contratto sarebbe stato comunque concluso), ma incidano esclusivamente sulle condizioni della contrattazione; il contratto, dunque, resta valido, ma il contraente in mala fede è tenuto a risarcire i danni causati dalla sua condotta. Sul punto, cfr. Pardolesi P., *Responsabilità precontrattuale oltre la culpa in contraendo: riflessioni comparative*, Foro Italiano, 2016, 5, I, 1703.

²⁹⁴ Il riferimento è alla pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 794 del 15 gennaio 2009.

danno esistenziale dovuto al peggioramento della qualità della vita conseguente allo stress ed al turbamento per il rischio del verificarsi di gravi danni all'apparato cardiovascolare e respiratorio. Giunta la questione in Cassazione, la Suprema Corte aveva concluso statuendo che l'apposizione sulla confezione di un prodotto di un messaggio pubblicitario considerato ingannevole (in quel caso la dicitura “*light*” sui pacchetti di sigarette) poteva essere considerata idonea a produrre un danno ingiusto anche in assenza di apposita disposizione che vietasse l'uso della dicitura: inquadrata la vicenda in termini di responsabilità aquiliana, la Suprema Corte aveva così condannato al risarcimento la casa di produzione di sigarette che, con la sua condotta, aveva cagionato il danno.²⁹⁵

Tuttavia, a seguito di tale intervento, la giurisprudenza ha mutato il proprio orientamento, sull'assunto che nei rapporti di scambio il professionista è legato al consumatore da un *vinculum iuris* che precede il contratto e che prende corpo in obblighi di comportamento tanto nella fase di pubblicizzazione del prodotto o del servizio offerto quanto in quello delle trattative con il consumatore che, attirato dal messaggio o dalle modalità di *reclame*, entra in contatto diretto con il professionista.²⁹⁶ E infatti, muovendo dalla considerazione che l'area delle

²⁹⁵ La Corte aveva inoltre precisato che, per assolvere al proprio onere probatorio, era necessario che il consumatore dimostrasse, oltre alla ingannevolezza del messaggio, anche l'esistenza del danno, il nesso di causalità tra pubblicità e danno, nonché (almeno) la colpa di chi aveva diffuso la pubblicità, concretandosi essa nella prevedibilità che dalla diffusione di un determinato messaggio sarebbero derivate le menzionate conseguenze dannose.

²⁹⁶ Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., 134: «È stato già anticipato che la chiave di lettura del comportamento del professionista è la diligenza cui egli deve improntare la propria attività d'impresa e che pressoché tutti i contegni inclusi nel ventaglio di fattispecie enucleato dalla legislazione consumeristica si collocano prima della formazione del contratto. In altre parole, il “comportamento” falsato del consumatore medio, in ultima istanza, è quello preordinato alla stipulazione di contratti che altrimenti non avrebbe concluso e la ragione è di

pratiche commerciali scorrette si collochi per lo più nella fase precedente al contratto e comunque contingente al compimento della determinazione negoziale, la Corte di Cassazione si è recentemente espressa nel senso di qualificare la responsabilità del professionista per il caso di pratica commerciale scorretta in termini di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c.²⁹⁷, agendo detta pratica come «spia di una “sofisticazione” del processo di formazione della volontà del consumatore e di una qualche forma di “incoraggiamento” del consumatore stesso all’accettazione di clausole negoziali gravemente sfavorevoli nei suoi riguardi».²⁹⁸

Un simile inquadramento trova fondamento nella possibilità di qualificare il rapporto tra professionista e consumatore nei ben noti termini di «contatto sociale qualificato» dal quale derivano specifici obblighi di protezione del primo a favore del secondo²⁹⁹ con la conseguenza che, traducendosi in una lesione della

ordine concorrenziale poiché la pratica scorretta mira ad accaparrarsi clienti in danno degli altri professionisti. Più precisamente, la “decisione di natura commerciale” del consumatore sviato dalla pratica si concreta, dunque, nell’aver concluso un contratto che altrimenti non avrebbe stipulato, ovvero avrebbe stipulato a condizioni meno favorevoli o ancora nell’aver adottato un comportamento commerciale che altrimenti non avrebbe posto in essere».

²⁹⁷ Cass. civ., 12 luglio 2016, n. 14188: «La responsabilità precontrattuale [...] non ha natura extracontrattuale, ma deve correttamente inquadrarsi nella responsabilità di tipo contrattuale da “contatto sociale qualificato”, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell’art. 1173 c.c., con conseguente applicazione del termine di prescrizione decennale di cui all’art. 2946 c.c.». Sul punto, cfr. Piraino F., *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull’immunità)*, Contratti, 2017, 1, 35; Albanese A., *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contraendo alla violazione degli obblighi di protezione*, Europa e diritto privato, 2017, 1129.

²⁹⁸ Così Marino G., *Scorrettezza della pratica e abusività nella disciplina del contratto del consumatore*, Contratto e impresa/Europa, 2014, 156.

²⁹⁹ Cfr. Vettori G., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, cit., 108: «Le trattative creano un contatto qualificato e danno inizio ad un procedimento ove non esistono estranei o “passanti” ma due soggetti in una relazione qualificata volta alla conclusione di un contratto. Quando questo si conclude, la violazione della buona fede

posizione giuridica della parte interessata dipendente dalla condotta di un soggetto legato ad essa da una precedente relazione giuridica (il contatto sociale, per l'appunto), l'inadempimento di tali obblighi finisce per dar luogo ad una responsabilità del tutto assimilabile a quella contrattuale.³⁰⁰

La responsabilità precontrattuale ha, dunque, travalicato i confini originari della *culpa in contrahendo*, radicandosi negli obblighi che sorgono tra i soggetti quando entrano in contatto al fine di stipulare un contratto: tra essi, *in primis*, l'obbligo del professionista di consentire la conservazione della sfera giuridica del consumatore, essendo in tale obbligo che si concretizza la buona fede innescata

nella fase preliminare non può che rimanere assorbita “nella disciplina dello stesso contratto e nella connessa responsabilità per inadempimento, con conseguente identità” della situazione giuridica tutelata e del danno risarcibile che va oltre l'interesse negativo».

³⁰⁰ Nella sentenza citata in nota n. 14188 del 2016, la Suprema Corte ha dato atto del fatto che la dottrina italiana si è posta «consapevolmente sulla stessa scia, fin dai primi anni '90 del secolo scorso, prefigurando una forma di responsabilità che si colloca “ai confini tra contratto e torto”, in quanto radicata in un “contatto sociale” tra le parti che, in quanto dà adito ad un reciproco affidamento dei contraenti, è “qualificata” dall'obbligo di “buona fede” e dai correlati “obblighi di informazione e di protezione”, del resto positivamente sanciti dagli artt. 1175, 1375, 1337 e 1338 c.c.». Il rapporto obbligatorio che viene in tal modo ad esistenza non è più connotato da obblighi di prestazione, bensì da obblighi di protezione, «egualmente riconducibili, sebbene manchi un atto negoziale, ad una responsabilità diversa da quella aquiliana e prossima a quella contrattuale, poiché ancorabili a quei fatti ed atti idonei a produrli, costituente la terza fonte delle obbligazioni menzionata dall'art. 1173 c.c.». Con specifico riferimento alla materia contrattuale, alcune pronunce delle Sezioni Unite hanno disegnato i tratti essenziali di una responsabilità contrattuale non fondata su di un atto negoziale, bensì su una relazione di vita produttiva di obblighi la cui violazione è assimilabile a quella arrecata agli obblighi scaturenti dal contratto. Tra le più celebri, quella relativa alla validità del cd. preliminare di preliminare (Cass. civ., s.u., 6 marzo 2015, n. 4628), in cui le Sezioni Unite hanno osservato che, in relazione alle «puntuazioni» che, pur non dando luogo ad un vero e proprio contratto preliminare sono, tuttavia, vincolanti in relazione ai profili sui quali si è raggiunto un accordo irrevocabile, «la violazione di queste intese [...] dà luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto, riconducibile alla terza delle categorie considerate nell'art. 1173 c.c., cioè alle obbligazioni derivanti da ogni fatto o atto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico».

dall'affidamento e - in caso di violazione - si determina il sorgere della responsabilità contrattuale in capo al professionista scorretto.³⁰¹

Il risarcimento del danno causato a un consumatore da una pratica commerciale scorretta non si pone, pertanto, come un rimedio contrattuale in senso stretto, quanto piuttosto come un rimedio civilistico, proprio per porre l'accento sul fatto che è l'attività scorretta a generare la responsabilità, a prescindere dalla stipulazione dell'eventuale contratto e dalle sue possibili patologie. In merito alla determinazione del *quantum*, va precisato che il risarcimento dovrà essere commisurato al «minor vantaggio o al maggior aggravio economico» determinato dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, con la conseguenza che, integrando l'obbligo risarcitorio la risposta all'inadempimento di un obbligo di fonte legale³⁰², si rende pertanto necessaria

³⁰¹ Così Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, cit., 735; Castronovo C., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, Europa e diritto privato, 2011, 71, definisce questa responsabilità con l'espressione «responsabilità relazionale [...] in grado di significare la violazione del rapporto obbligatorio, nasca esso sia dal contratto o dalla legge, sia che la violazione si riferisca all'obbligo di prestazione sia che si riferisca a uno degli obblighi accessori. Essa significa il suo poter derivare dall'uno o dall'altro elemento in cui il rapporto si articola, dalla violazione di obblighi accessori o dall'inadempimento». Nell'ambito delle contrattazioni di massa, la buona fede finisce dunque per acquisire rilevanza in un momento ben antecedente alla stipulazione di un contratto, in particolare già dal momento in cui il professionista veicola sul mercato messaggi pubblicitari volti ad influenzare la scelta contrattuale del potenziale contraente: una volta accertato il ricorso ad una pratica commerciale scorretta per i contratti in serie, pertanto, non vi è la necessità di valutare per ogni singolo contratto la violazione dell'art. 1337 c.c.

³⁰² Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., 143: l'A. ripercorre il dibattito susseguitosi in relazione alla qualificazione del *pure economic loss*. Parte della dottrina ha collocato tale danno nell'alveo della responsabilità aquiliana, in ragione della progressiva tendenza a sganciare il risarcimento del danno extracontrattuale dalla lesione di diritti soggettivi per portare la responsabilità aquiliana, da istituto di tutela residuale dei diritti soggettivi, alla prima linea nella tutela degli interessi di tutti; altra parte della dottrina, invece, colloca il *pure economic loss* nel sistema della responsabilità contrattuale. Invero, evidenzia l'A., nessuna delle due posizioni è

una rivisitazione dei criteri di quantificazione, non più legati alla concezione tradizionale di «interesse negativo».³⁰³

8. *Private e public enforcement*: verso un ripensamento

La scelta verso il rimedio risarcitorio, oltre a trovare evidente conferma nell'azione (collettiva) prevista nel Codice del Consumo, ha finito per trovare recente supporto anche nella citata Direttiva 2014/104/UE³⁰⁴ e nel relativo d.lgs. di attuazione n. 3/2017, al cui art. 14 comma 1, rubricato «Valutazione del danno», è previsto che «il risarcimento del danno causato da una violazione del

scevera da contestazioni. In relazione alla prima di esse, è stato rilevato che il danno meramente patrimoniale ha come principale caratteristica quello di non essere “qualificato”, a differenza del danno espressamente previsto come “ingiusto” ai sensi dell’art. 2043 c.c. Quanto alla collocazione del danno puramente economico nel campo della responsabilità contrattuale, la (ovvia) contestazione è che il danno puro al patrimonio ben può originare anche al di fuori di un rapporto obbligatorio. Da tali difficoltà di identificazione ne è derivata la collocazione di tale tipologia di danno in una “zona grigia” tra le due responsabilità, sebbene l’A. propenda per una sua riconduzione nell’ambito della responsabilità da inadempimento di obblighi di protezione che, come visto, scaturiscono in capo al professionista *ex lege* e anche al di fuori di rapporti obbligatori tradizionalmente intesi.

³⁰³ Vettori G., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, cit., 107: il risarcimento si presenta pertanto «il mezzo per correggere il risultato lesivo dovuto al contegno scorretto», pertanto il giudice è tenuto a ripristinare non solo l’interesse negativo, ma l’interesse positivo della parte vittima del comportamento in mala fede a non «essere coinvolto nelle trattative di un contratto valido ma sconveniente». Circa la natura del danno, si tratta di un danno puramente economico, avendo la pratica commerciale determinato l’assunzione da parte del consumatore di una decisione svantaggiosa che non avrebbe preso in assenza della condotta scorretta: si tratta di una tipologia di danno peculiare, derivante non dalla lesione di un bene della vita giuridicamente tutelato, bensì dalla violazione di un dovere determinante la diminuzione del complessivo valore del patrimonio del danneggiato. Sul punto si veda Castronovo C., *Del non risarcibile aquiliano, danno meramente patrimoniale, cd. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, Europa e diritto privato, 2008, 316.

³⁰⁴ Direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014 del Parlamento e del Consiglio relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell’Unione europea.

diritto della concorrenza dovuto al soggetto danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile»: un rimedio civilistico a cui lo stesso legislatore ha attribuito funzione compensativa³⁰⁵ ed il cui richiamo alle norme del codice civile è stato visto da taluno come uno spunto per individuare un criterio di liquidazione del danno da pratica commerciale scorretta alternativo alla valutazione equitativa da parte del giudice.³⁰⁶

Tuttavia la citata Direttiva, oltre a confermare la scelta per il rimedio risarcitorio, va ben oltre, integrando un tentativo di rafforzamento dell'*antitrust enforcement* continentale.

È noto che la necessità della presenza di validi strumenti di *private enforcement* risulti più volte ribadita dal legislatore comunitario nella Direttiva 2005/29/CE, ai cui artt. 11 e 13 ha espressamente previsto per gli Stati membri gli obblighi di

³⁰⁵ A norma dell'art. 1, comma 2 d.lgs. n. 3/17, «il risarcimento comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non determina sovracompensazioni». Viene a riguardo rilevata l'intenzione del legislatore di escludere finalità punitive o anche solo deterrenti, rifacendosi piuttosto alla classica funzione riparatoria della responsabilità, della quale richiama le componenti caratteristiche del danno emergente, del lucro cessante e degli interessi compensativi, nonché le regole civilistiche generali che ne presiedono l'applicazione, vale a dire gli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c., richiamati dall'art. 14, comma 1, *ad instar* dell'art. 2056 c.c. Cfr. Camilleri E., *Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, Nuove Leggi Civili Commentate, 2018, 1, 143: «una rivoluzione in tal senso, nel segno del *«more economic approach»*, avrebbe dovuto prodursi in dipendenza del reg. CE n. 1/2003 (c.d. *modernization package*), tuttavia rimasta ancora allo stadio programmatico e declamatorio. In ragione di ciò, con un cospicuo carico di disposizioni *ad hoc*, che spaziano dal sistema delle prove a ruolo delle Autorità nazionali e valore delle loro statuizioni in sede civile, dal *passing-on* alla responsabilità solidale delle imprese coautrici degli illeciti, dall'immunità (seppur non assoluta) dei *leniency applicants* al regime della prescrizione, il legislatore europeo prova a ripartire da dove l'abbrivio politico - e non solo - verso la *regulation through private litigation* si era arenato: presupposti, regole d'uso e finalità del ricorso al rimedio aquiliano a fronte della tenuta di condotte anticoncorrenziali e dei danni (individuali) conseguenti».

³⁰⁶ Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., 148.

prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive per i casi di violazione delle disposizioni nazionali attuative della direttiva, nonché di assicurare mezzi adeguati ed efficaci per contrastare le pratiche commerciali sleali. Sebbene i sistemi di *public enforcement* sembrino in grado di reprimere gli illeciti in modo più efficace rispetto all'iniziativa privata in ragione degli ampi poteri sanzionatori e di intervento preventivo riconosciuti alle *Authorities*, non può tuttavia non tenersi conto della effettiva importanza della iniziativa privata, essendo quest'ultima imprescindibile proprio per garantire la proporzionalità e la dissuasività di un sistema sanzionatorio.³⁰⁷

Ebbene, è in tale solco che si colloca il *considerando* 6 della Direttiva 104/2014/UE nel quale si legge che «per garantire un'efficace applicazione a livello privatistico a norma del diritto civile e un'efficace applicazione a livello pubblicistico da parte delle autorità garanti della concorrenza, i due canali devono interagire in modo da assicurare la massima efficacia delle regole di concorrenza». Stabilite talune «norme necessarie per garantire che chiunque abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o un'associazione di imprese possa esercitare in maniera efficace il diritto di chiedere a tale impresa o associazione il pieno risarcimento di tale danno», la Direttiva costituisce dunque un chiaro indicatore della necessaria

³⁰⁷ Febbrajo T., *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, cit., 123: «Spesso, infatti, le sanzioni pecuniarie irrogate dalle autorità amministrative non sono in grado di punire adeguatamente le violazioni, non mettendo l'autore dell'illecito di fronte a tutto l'ammontare dei danni prodotti. Questo obiettivo può essere centrato soltanto attraverso le azioni risarcitorie, individuali o collettive, intraprese dai privati. Un sistema che si avvallesse solo di strumenti di *public enforcement*, abdicerebbe *a priori* ad ogni proposito di istituire un sistema sanzionatorio dissuasivo e proporzionato».

complementarietà degli strumenti di *public* e *private enforcement*, tanto da essere stata definita come una importante occasione offerta dal legislatore comunitario di incrementare il ricorso al *private enforcement* e colmare il *gap* con le giurisdizioni di altri Paesi al fine di garantire un uniforme «*level playing field*» per le azioni di risarcimento del danno³⁰⁸, sul convincimento che la repressione dei condotte anticoncorrenziali possa meglio essere perseguita se, accanto agli strumenti di diritto pubblico, siano facilitate le azioni civili dirette ad ottenere il risarcimento del danno provocato dalla violazione della normativa antitrust.³⁰⁹

Nell'ottica di rafforzare tale esigenza di cooperazione, la nuova disciplina interviene innovativamente sul rapporto tra processo civile e Autorità garante, riconoscendo al provvedimento definitivo con cui l'Autorità Antitrust accerti

³⁰⁸ Chieppa R., *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, Diritto industriale, 2016, 321: « Si dice che “... anche un lungo viaggio inizia con un passo”. Penso che questa Direttiva è forse più di un passo, certamente non è un punto di arrivo ma un punto di partenza in quanto ancora molta strada deve essere affrontata dagli *enforcers* (e ovviamente dal legislatore in sede di recepimento) per rendere davvero effettivo il *private enforcement*. Il viaggio per rendere effettivo il *private enforcement* in Europa, e in particolare in Italia, è sicuramente ancora lungo». Già in precedenza e in diverse occasioni la Corte di Giustizia europea ha evidenziato la possibilità di estendere l'ambito dei soggetti tutelati dalla normativa della concorrenza, attribuendo ad essi il diritto al ristoro dei danni subiti, allo scopo di rendere il risarcimento del danno un potente mezzo deterrente in grado di mantenere effettiva la struttura competitiva del mercato. Ci si riferisce alla sentenza *Courage* (Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, C-453/1999) in cui si legge che «la piena efficacia dell'art. 85 del Trattato (attuale art. 105 TFUE, rispetto delle discipline in materia di intese e abusi di posizione dominante) e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. Un siffatto diritto rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulate, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità».

³⁰⁹ Così Villa G., *L'attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, Corriere Giuridico, 2017, 441.

l'esistenza dell'infrazione valore di prova vincolante per il giudice civile.³¹⁰ È noto che, antecedentemente al recepimento della Direttiva, l'orientamento maggioritario negava la sussistenza di una pregiudizialità amministrativa tra provvedimento dell'Autorità antitrust e giudizio civile, pur riconoscendo al primo il valore di prova privilegiata. In sede di attuazione della direttiva e, precisamente, con l'art. 7 del d. lgs. n. 3/2017, è stato invece espressamente previsto che il provvedimento con cui l'Autorità Antitrust accerti la violazione della normativa sulla concorrenza costituisca prova legale vincolante della sussistenza della condotta vietata, con la conseguenza che su tale accertamento l'Autorità Giudiziaria Ordinaria innanzi alla quale è incardinata la causa risarcitoria non ha cognizione.³¹¹

Tale intervento si fa dunque espressione di un netto ripensamento tra i due sistemi di tutela esaminati, tanto da esserne derivato non solo un modello di *private enforcement* basato sul rimedio risarcitorio in funzione totalmente compensativa, ma altresì un modello di *private enforcement* destinato ad operare in stringente accordo con il *public enforcement*. Un ripensamento di cui, a ben vedere, si fanno espressione anche i recenti interventi in merito al cosiddetto caso

³¹⁰ Per maggiori approfondimenti, si rinvia nuovamente a Chieppa R., *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, cit., 314. Si tratta di una scelta analoga a quanto previsto dall'art. 16 del Regolamento UE 1/2003 in merito alle decisioni definitive della Commissione. Tale disposizione, nel sancire la c.d. «regola della supremazia», mira a realizzare nell'ambito dei procedimenti risarcitori diversi obiettivi, quali la non duplicazione dell'attività istruttoria e della valutazione giuridica, già condotta dall'autorità pubblica specializzata, l'alleggerimento dell'onere probatorio a carico della vittima dell'illecito antitrust, la riduzione dei costi e delle tempistiche delle azioni *follow on* e il contenimento del rischio di accertamenti contrastanti.

³¹¹ Pasquarelli F., *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*, *Rivista di diritto industriale*, 2016, 252.

«Dieselgate», una vicenda che pone la necessità di un breve cenno in tema di responsabilità sociale d'impresa.³¹² La *Corporate Social Responsibility* (CSR) attiene alle implicazioni di natura etica all'interno della visione strategica d'impresa e si manifesta nella volontà di contribuire al benessere collettivo. In altri termini, essa si sostanzia nella autonoma e volontaria sottoposizione delle organizzazioni ad un modello di comportamento anche più rigido delle imposizioni di fonte normativa, mediante adozione di codici etici e fissazione di standard comportamentali. La valida predisposizione di una strategia di responsabilità sociale consente all'impresa predisponente di conseguire un beneficio reputazionale, con conseguente fidelizzazione del cliente finale e dei partner commerciali, nonché di attuare una *moral suasion* nei confronti degli altri *stakeholders*, i quali potrebbero essere indotti ad assumere a loro volta comportamenti socialmente responsabili; di contro, ad una scorretta politica di responsabilità sociale ovvero ad attività di *greenwashing* - vale a dire la strategia di comunicazione di imprese, organizzazioni o istituzioni politiche finalizzata a costruire un'immagine di sé ingannevolmente positiva sotto il profilo dell'impatto ambientale - farà seguito una perdita reputazionale.³¹³

³¹² Cfr. *amplius* Febbrajo T., *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, cit., 123.

³¹³ Per un'ampia e puntuale ricostruzione del fenomeno si veda Ballucchi F. - Furlotti K., *La responsabilità sociale delle imprese. Un percorso verso lo sviluppo sostenibile*, Torino, 2019; Sacconi L., *Responsabilità sociale come Governance allargata d'impresa: un'interpretazione basata sulla teoria del contratto sociale e della reputazione*, Liuc Papers n. 143, Etica, Diritto ed Economia 11, 2014: il concetto di CRS inizia ad affermarsi negli anni Trenta quando, a seguito della crisi di Wall Street, maturò l'idea della sussistenza di obblighi sociali manageriali ulteriori rispetto alla mera realizzazione del profitto, ritenendosi necessario tenere conto anche degli effetti che l'attività d'impresa produceva nei confronti della società in cui risultasse inserita. Da tanto ne è derivato il successivo prodursi di studi economico-sociali volti a valorizzare l'impegno delle imprese a dover considerare gli interessi di tutti gli *stakeholders*, mirando al conseguimento di un equilibrio

Integra un chiaro esempio dell'importanza dell'etica d'impresa il caso *Dieseldgate*, una vicenda che invero pone altresì, come accennato, la necessità di talune riflessioni in relazione al grado di *deterrence* dei sistemi di *private* e *public enforcement* nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette. Il caso in esame muove dalla scoperta nel settembre del 2015 della falsificazione dei dati relativi alle emissioni prodotte dai motori diesel delle autovetture della casa automobilistica Volkswagen vendute negli Stati Uniti d'America e in Europa.³¹⁴

nel soddisfacimento di interessi di carattere economico, sociale e ambientale, impegno in linea con una rinnovata visione etica dell'attività d'impresa, tenuta ad agire correttamente senza danneggiare alcun soggetto. Nel diritto europeo, un primo intervento sul tema si è avuto a partire dalla Strategia di Lisbona del 2000, volta a rendere l'economia dell'Europa maggiormente competitiva e dinamica. Ad essa ha fatto seguito, nel 2001, l'adozione di un Libro Verde da parte della Commissione europea allo scopo di promuovere un vero e proprio quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese, evidenziando la duplice incidenza di tale responsabilità: interna, in relazione alla gestione delle risorse umane, della salute e della sicurezza nel lavoro; esterna, rilevando l'interazione tra CSR e comunità locali, nazionali ed internazionali. Successivamente, nel 2011 la Commissione ha adottato la «Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese» in cui, a fronte della iniziale rimessione della tematica della responsabilità sociale all'arbitrio delle imprese, la Commissione ha maggiormente evidenziato la natura multidimensionale della RSI, in particolare incoraggiando le imprese ad un comportamento responsabile. Con la direttiva n. 2014/95/UE, in relazione alla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario, è stato imposto alle imprese europee di maggiore interesse pubblico di rendicontare le informazioni «non finanziarie» non collocabili nei bilanci di esercizio in quanto riguardanti «le informazioni ambientali, sociali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani, la lotta alla corruzione attiva e passiva in misura necessaria alla comprensione dell'andamento dell'impresa, dei suoi risultati, della sua situazione e dell'impatto della sua attività»: in sede di recepimento, il legislatore italiano (D.lgs. 30 dicembre 2016, n. 254) ha imposto la verifica da parte di un revisore legale delle modalità e dei contenuti delle dichiarazioni di carattere non finanziario.

³¹⁴ A partire dall'anno 2009 si è assistito alla commercializzazione di autoveicoli e veicoli commerciali, con motorizzazioni sia diesel che benzina, con emissioni inquinanti non conformi ai valori dichiarati in sede di omologazione, la cui omologazione era stata ottenuta attraverso l'utilizzo di un software nella centralina di controllo del motore (cosiddetto “impianto di manipolazione” o *defeat device*), in grado di far sì che il comportamento del veicolo fosse diverso durante i test di banco per il controllo delle emissioni rispetto al normale impiego su strada. In particolare, Volkswagen aveva installato un sistema di ricircolo dei gas di scarico negli autoveicoli del Gruppo con motorizzazione diesel EA 189 EU5 (definito sistema EGR, *exhausted*

In particolare, tale procedimento prende origine da una *notice of violation* emanata dalla *Environmental Protection Agency* (l'agenzia federale americana sull'ambiente) nei confronti di Volkswagen AG, Audi AG e Volkswagen Group of America per aver installato un *software* di manipolazione (*defeat device*) su alcuni motori diesel del Gruppo in grado di diminuire le emissioni inquinanti di questi motori in sede di omologazione rispetto alle normali condizioni di marcia, così eludendo le normative ambientali sulle emissioni di NOx (ossido di azoto) e di inquinamento da gasolio. Pubblicata la notizia anche sul sito italiano del gruppo, l'Autorità Antritrust ha avviato un procedimento istruttorio per possibile violazione degli articoli 20, 21, comma 1, lettera b), 22, nonché 23, comma 1, lettera d), del Codice del Consumo; a ciò ha fatto seguito la presentazione di impegni da parte del Gruppo volti a rimuovere i profili di scorrettezza della pratica commerciale oggetto di contestazione, tuttavia rigettati dall'Autorità sul presupposto dell'interesse all'accertamento dell'eventuale infrazione da parte dell'Autorità medesima nonché in ragione del fatto che gli impegni presentati risultavano relativi a condotte che, ove accertate, potevano integrare fattispecie di pratiche commerciali «manifestamente scorrette e gravi», per le quali è noto che l'articolo 27, comma 7 Cod. Cons. non può trovare applicazione.

gas recirculation) in grado di ridurre i valori delle emissioni inquinanti NOx in sede di prove di omologazione, alterandone i risultati. Oltre alla condotta posta in essere, in relazione a tale vicenda hanno inoltre assunto rilevanza le informazioni pubblicitarie rese dai professionisti in merito ai vanti ecologici e alle indicazioni circa la conformità degli stessi ai parametri concernenti le emissioni inquinanti e ambientali, avendo il gruppo costruito la propria campagna promozionale proprio sui valori della tutela ambientale e della responsabilità sociale, presentando i propri modelli come prodotti particolarmente eco-compatibili.

All'esito dell'istruttoria, vista la particolare gravità e durata della pratica commerciale, l'Autorità ha condannato in solido le società Volkswagen Group Italia S.p.A. e Volkswagen AG, fissando l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria al massimo edittale di cinque milioni di euro.³¹⁵ Muovendo dall'assunto che per consolidata giurisprudenza le pratiche commerciali scorrette si configurano come illeciti di pericolo (dunque, configurabili sulla base della idoneità della condotta ad incidere anche solo potenzialmente sulle scelte dei consumatori)³¹⁶, l'Autorità Antitrust ha rilevato la scorrettezza nell'idoneità della condotta tenuta dai professionisti ad incidere - attraverso la campagna pubblicitaria - sulla libertà di scelta del consumatore.³¹⁷ E tuttavia è stata la stessa Autorità a rilevare l'inadeguatezza della irrogata sanzione in relazione alle dimensioni economiche del Gruppo, rappresentando essa una percentuale ampiamente inferiore all'1% dei fatturati complessivi delle società, rispettivamente per Volkswagen AG lo 0,0068% del fatturato e per Volkswagen Italia lo 0,12%.

³¹⁵ PS 10211 - Volkswagen - emissioni inquinanti autoveicoli diesel, provvedimento n. 26137, Boll. n. 28 del 8 agosto 2016, provvedimento confermato dal Tar Lazio, 7 dicembre 2016, n. 7872, con ordinanza reperibile sul sito web www.giustizia-amministrativa.it.

³¹⁶ La stessa Autorità, nel provvedimento in esame, richiama all'uopo le seguenti pronunce: Consiglio di Stato, 22 luglio 2014, n. 3896 e 10 dicembre 2014, n. 6050; Tar Lazio, 5 giugno 2012, n. 5101; Tar Lazio, 14 novembre 2012, n. 9349 e 15 febbraio 2012, n. 1575.

³¹⁷ Garaci I., *Il Dieselgate. Riflessioni sul private e public enforcement nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, Diritto industriale, 2018, 66: «è del resto nota la rilevanza oggi rivestita dai c.d. *claims* ambientali (detti anche *green claims* o *environmental claims*), che, riferendosi alle modalità con cui il bene è stato prodotto confezionato, distribuito, utilizzato, consumato e/o smaltito, lasciano intendere il minore o ridotto impatto ambientale del prodotto o del servizio offerto. Tali caratteristiche possono apparire nella confezione del prodotto, nonché nel materiale pubblicitario e nei punti vendita e promozionali, rappresentando pertanto uno strumento in grado di orientare considerevolmente le scelte di acquisto, sfruttando la crescente e diffusa sensibilità ambientale dei consumatori».

Tale analisi ripropone le riflessioni innanzi esposte in merito alla oggettiva difficoltà di ipotizzare un sistema di *enforcement* pienamente autosufficiente: a ben guardare, infatti, la possibilità di una repressione effettiva della descritta e accertata pratica commerciale scorretta non può prescindere dal ricorso a strumenti di *private enforcement* tali da consentire a tutti i consumatori lesi di agire in giudizio. In tale solco si colloca l'azione di classe *follow on* promossa dalla associazione Altroconsumo³¹⁸ a seguito dell'intervento sanzionatorio dell'Autorità Antitrust, mediante la quale è stato consentito ai consumatori che abbiano acquistato - nel periodo compreso tra il 2009 ed il 2015 - un'autovettura della citata casa automobilistica di chiedere sia il risarcimento del danno patrimoniale (quantificato in misura pari al 15% del valore del veicolo) che il risarcimento del danno non patrimoniale per condotta ingannevole lesiva di diritti costituzionalmente garantiti, quali ambiente e salute.³¹⁹

³¹⁸ L'azione è stata promossa innanzi al Tribunale di Venezia, foro competente ai sensi dell'art. 140 *bis*, comma 4 Cod. Cons. Il Tribunale di Venezia si è pronunciato favorevolmente rispetto all'ammissibilità di detta azione rilevando (al pari di quanto già fatto dall'Autorità Antitrust, trattandosi di una cd. *follow-on action*) sia la omogeneità dei diritti che non manifesta infondatezza della domanda. La decisione è stata inoltre confermata dalla Corte d'Appello di Venezia con ordinanza del 15 ottobre 2017. Cfr. Tribunale di Venezia, 25 maggio 2017, Foro it., 2017, I, c. 2432, nonché Tribunale di Venezia, 12 gennaio 2016, Foro it., 2016, I, c. 1017.

³¹⁹ Febbrajo T., *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, cit., 124: l'A., ipotizzando prudentemente un risarcimento medio pari ad euro 1.500 per acquirente ed omettendo di considerare il danno non patrimoniale (ritenuto dallo stesso discutibile), rileva che il gruppo Volkswagen, in caso di soccombenza dell'azione di classe, sarebbe chiamato a risarcire danni per euro 135.000.000, cifra ritenuta più proporzionata rispetto alla natura e portata dell'illecito e dalla efficacia dissuasiva molto maggiore rispetto alle sanzioni amministrative pecuniarie comminate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Nel saggio di Garaci I., *Il Dieseldgate. Riflessioni sul private e public enforcement nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., 70, si evidenzia la controversa configurabilità della lesione di un diritto inviolabile della persona umana a seguito della lesione del diritto di informazione del consumatore: in senso favorevole, viene richiamato Gentili A., *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina*

A ben guardare, invero, uno dei principali limiti dell'*enforcement* privato, ancorchè coordinato con l'*enforcement* pubblico, si registra proprio in relazione alla funzione puramente compensativa della responsabilità civile, non consentendo al sistema di tutela privatistico di svolgere un'adeguata funzione di deterrenza degli illeciti commessi dalle imprese: ancorata al principio di integrale riparazione del danno, la responsabilità civile così delineata non solo non consente risarcimenti superiori a quelli subiti, ma vale altresì ad escludere la risarcibilità di quei danni non facilmente dimostrabili, quale ad esempio il danno da inquinamento che non si traduca in una lesione immediata e certa alla salute o ad un diritto reale.³²⁰

Il sistema previsto da Legislatore - prima europeo, poi nazionale - è difatti ben diverso da quello previsto nell'ordinamento americano, in cui la previsione dei danni punitivi ha il particolare fine di consentire al sistema risarcitorio di svolgere

giuridica, cit., 65 per il quale il danno non patrimoniale causato da una pratica commerciale scorretta si ravvisa nella lesione dell'autenticità della scelta negoziale del consumatore. In senso contrario, viene fatto rinvio alla sentenza della Corte di Cassazione, 30 aprile 2009, n. 10120, in cui si legge che, in caso di azione risarcitoria da pubblicità ingannevole (nella specie danni conseguenti alla apposizione su prodotti da fumo della annotazione *lights*), salvo che non venga accertato il danno alla salute, «il danno lamentato ha come referente costituzionale più prossimo solo l'art. 41 Cost., il quale garantisce la libertà dell'iniziativa economica privata e l'autodeterminazione delle scelte in materia. Tale norma tuttavia appartiene alla sfera dei rapporti economici e non dei diritti inviolabili della persona, con la conseguenza che l'evento lesivo che attinge la posizione tutelata dall'art. 41 Cost. non può dar luogo, in assenza di una specifica norma, a danno non patrimoniale».

³²⁰ In relazione alla funzione compensativa della responsabilità civile, si veda il *considerando* 13 Direttiva 2014/104/UE, in base al quale è previsto che «fatto salvo il risarcimento del danno da perdita di opportunità, il pieno risarcimento a norma della presente direttiva non dovrebbe comportare una sovracompensazione, che sia a titolo di risarcimento punitivo, multiplo o di altra natura». Si veda anche l'art. 3 della citata direttiva, rubricato «Diritto a un pieno risarcimento», al cui comma 3 si legge: «Il pieno risarcimento ai sensi della presente direttiva non conduce a una sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura». La scelta in tal senso da parte del Legislatore comunitario si giustifica, in particolare, per il timore di una incidenza negativa sul mercato di meccanismi di *overdeterrence*.

una efficace funzione dissuasiva. Orbene, è noto che in una recente pronuncia le Sezioni Unite, ammettendo la riconoscibilità delle sentenze straniere contenenti tale tipologia di danni, abbiano riconosciuto la compatibilità della funzione di deterrenza di tali danni con i principi generali del nostro ordinamento³²¹, ma altrettanto noto è che tale ammissibilità non implica un automatico riconoscimento dell'istituto in esame nel nostro ordinamento, essendo in ogni caso necessario un intervento normativo *ad hoc*.³²²

Come ovviare a tali limiti?

In merito, è stata ipotizzata l'applicazione analogica del rimedio della restituzione dei profitti ottenuti mediante condotte illecite prevista dall'art. 125 del Codice di Proprietà industriale: muovendo dalla funzione polifunzionale della responsabilità civile³²³, il ricorso allo strumento della reversione degli utili

³²¹ In relazione all'istituto dei danni punitivi, *ex multis* Sirena P., *Il risarcimento dei danni c.d. punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, Rivista di diritto civile, 2006, 531. In merito alla pronuncia delle Sezioni Unite (Cass. civ., s.u., 5 luglio 2017, n. 16601), Ponzanelli G., *Polifunzionalità fra diritto internazionale privato e diritto privato*, Danno e Responsabilità, 2017, 435.

³²² *Amplius* Garaci I., *Il Dieselgate. Riflessioni sul private e public enforcement nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., 73, la quale sottolinea che nella pronuncia in esame le Sezioni Unite si sono limitate ad ammettere la delibazione delle sentenze straniere che contengono la condanna al risarcimento dei danni punitivi, sul presupposto che la condanna si fondi su una espressa previsione legislativa nel Paese di origine. Attraverso una definizione evoluta di ordine pubblico che tiene conto del recepimento del diritto sovranazionale, le Sezioni Unite hanno consentito la riconoscibilità delle sentenze straniere che contengono danni punitivi, affermando il principio che la funzione deterrente e sanzionatoria dei danni punitivi non è più incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento e così uniformandosi alle posizioni assunte già da alcuni paesi europei. In particolare, la Corte ha affermato che «accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo-riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza) è emersa una natura polifunzionale, che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente le principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatoria-punitiva».

³²³ In termini di natura polifunzionale della responsabilità: Pardolesi P., *Risarcimento del danno, reversione degli utili e deterrenza: il modello nord-americano e quello europeo*, Diritto Industriale, 2012, 143;

potrebbe integrare uno strumento in grado di rendere effettivo l'*enforcement* privato anche nell'ambito del fenomeno delle pratiche commerciali scorrette, tenuto conto della idoneità di tali pratiche a dare luogo a rilevanti profitti per le imprese a fronte di danni individuali di lieve entità o comunque difficilmente accertabili, anche in ragione del carattere talvolta diffuso degli interessi lesi.³²⁴

Una soluzione condivisibile, alla quale si ritiene di dover agganciare le riflessioni precedentemente formulate in merito alla inadeguatezza del vigente sistema di *opt-in*, in quanto la scelta verso un sistema che vincola al giudicato solo coloro che hanno assunto l'iniziativa o aderito all'azione di classe si è rivelata nel caso *Dieselpgate* fortemente limitante, soprattutto in ragione delle difficoltà di gestione emerse in sede di ricezione degli atti di adesione da parte di migliaia di *class members*. Il che, ad avviso di chi scrive, dovrebbe piuttosto indurre ad un ripensamento orientato verso un sistema di *opt-out* non solo allo scopo di ovviare

Garaci I., *La reversione degli utili, fra tecniche risarcitorie e restitutorie*, Rivista di diritto industriale, 2017, 313.

³²⁴ Garaci I., *Il Dieselpgate. Riflessioni sul private e public enforcement nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit. 74: «Si consideri a questo proposito che il Libro Verde del 2005, nell'ambito delle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, nel prospettare diversi modelli economici sviluppati per calcolare il risarcimento in situazioni complesse, fra le varie opzioni prende in considerazione sia il criterio che definisce il risarcimento in funzione del profitto illecito realizzato dall'autore della violazione (restituzione del profitto illecito), sia il criterio del doppio risarcimento in caso di cartelli orizzontali. L'opzione è stata abbandonata ma il tema della restituzione del profitto ottenuto mediante condotte illecite e della relativa collocazione della disciplina della restituzione degli utili, catalizza l'attenzione degli studiosi in diversi Paesi, non essendo ancora prevista una normativa di carattere generale che obblighi alla restituzione degli utili conseguiti illecitamente». Il *disgorgement of profits* cui si riferisce l'A. è un rimedio di rendicontazione e di reversione del profitto elaborato dall'*equity* nel diritto inglese, sia pure limitatamente ai casi in cui l'autore dell'illecito sia legato al soggetto leso da un dovere di segretezza (*duty of confidence*) o di fiducia (*fiduciary duty*), sebbene si sia dalla stessa dottrina inglese evidenziata l'opportunità di una sua estensione in tutte le ipotesi di comportamenti illeciti commessi intenzionalmente.

alle difficoltà appena evidenziate, ma soprattutto - per quanto qui ci occupa - al fine di consentire una più efficace repressione di condotte scorrette e di responsabilizzare maggiormente le imprese, tenuto conto che il grado di deterrenza dipende fortemente dal numero di aderenti.³²⁵

³²⁵ Sottolinea l'inadeguatezza del sistema di *opt-in* in relazione al caso *Dieselpgate*, cfr. De Santis A.D., *L'azione di classe a dieci anni dalla sua entrata in vigore*, Foro it., 2019, VI, c. 2180.

Conclusioni

Nonostante l'indubbia centralità del ruolo acquisito dalle Autorità Amministrative Indipendenti nella regolazione dei rapporti contrattuali, nelle pagine che precedono si è avuto modo di constatare come, nei casi di pratiche commerciali scorrette, non sia possibile pensare a sistemi di *enforcement* completamente autosufficienti, essendo al contrario necessario che accanto ai rimedi di *public enforcement* sussista altresì la possibilità di ricorrere a rimedi negoziali idonei a svolgere una funzione di deterrenza per le imprese nonchè, al contempo, a rispondere alle istanze di tutela dei consumatori. Tuttavia, se da un lato vi è stato un recente intervento da parte del Legislatore in relazione alla tutela collettiva, dall'altro permane ancora come punto nodale della questione l'individuazione del rimedio contrattuale esperibile dal singolo.

Che allo stato attuale il risarcimento costituisca il principale strumento di tutela per il consumatore non vi è dubbio, in particolare se si tiene conto della sua adattabilità alle singole circostanze concrete, ma questo non può in ogni caso esimere dall'interrogarsi in merito a quale possa essere il rimedio contrattuale applicabile. L'idea maggiormente condivisa è quella della contestualizzazione del rimedio in relazione al caso concreto, nell'ottica di favorire la scelta del rimedio più adeguato mediante una valutazione caso per caso, con la conseguenza che quello che era stato stigmatizzato dalla dottrina come «clamoroso silenzio» del Legislatore in punto di rimedi privatistici finirebbe, invece, per rivelarsi una scelta

oculata in quanto volta a consentire una individuazione del rimedio che tenga conto della specifica istanza di tutela.³²⁶

È noto che la complessità del sistema delle fonti non consente di affrontare la questione su un piano meramente interno, essendo necessario tenere conto della particolare risonanza più volte evidenziata degli interventi comunitari in punto di tutela dei consumatori. Basti pensare alla citata Direttiva 2019/2161/UE con la quale il Legislatore europeo, nell'ottica di migliorare e modernizzare le norme relative alla protezione dei consumatori, è di recente intervenuto ad imporre agli Stati membri di mettere a disposizione dei consumatori vittime di pratiche scorrette rimedi - contrattuali ed extracontrattuali - idonei ad eliminare gli effetti pregiudizievoli prodotti dalla pratica, prevedendo inoltre che detti rimedi debbano consistere almeno nel diritto di porre fine unilateralmente al rapporto contrattuale instaurato e nel diritto di ottenere il risarcimento del danno.³²⁷ Intervento, quest'ultimo, che a ben guardare conferma la particolare attualità del

³²⁶ Sul punto, si rinvia *funditus* a Febbrajo T., *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, cit.

³²⁷ Si legga in particolare il *considerando* 16, nel quale è previsto che «Gli Stati membri dovrebbero garantire la disponibilità di rimedi per i consumatori danneggiati da pratiche commerciali sleali per eliminare tutti gli effetti di tali pratiche scorrette. L'adozione di un quadro ben preciso per i rimedi individuali faciliterebbe l'esecuzione a livello privato. Il consumatore dovrebbe poter ottenere il risarcimento dei danni e, se pertinente, una riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, in modo proporzionato ed efficace. Agli Stati membri non dovrebbe essere impedito di mantenere o introdurre il diritto ad altri rimedi, come la riparazione o la sostituzione, per i consumatori danneggiati da pratiche commerciali sleali per garantire l'eliminazione totale degli effetti di tali pratiche. Agli Stati membri non dovrebbe essere impedito di stabilire le condizioni per l'applicazione e gli effetti dei rimedi per i consumatori. Nell'applicare tali rimedi si potrebbe tener conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito dal consumatore e di altre circostanze pertinenti, quali la condotta scorretta del professionista o l'inadempimento del contratto».

diritto europeo dei contratti dei consumatori, sempre più orientato verso una armonizzazione completa ed esaustiva.

Sul piano interno, si è visto come la ricostruzione della disciplina del *private enforcement* non possa essere risolta mediante l'automatico ricorso alle categorie tradizionali dell'ordinamento nazionale, aspetto di tutta evidenza all'attenzione del Legislatore nel citato disegno di legge-delega in tema di revisione ed integrazione del codice civile (DDL S. 1151). In relazione alle pratiche commerciali scorrette e ai rimedi negoziali azionabili dal singolo consumatore, il Legislatore, lungi dal voler optare per rimedi di natura esclusivamente risarcitoria, è espressamente orientato verso la previsione di rimedi che potranno atteggiarsi tanto come nullità testuale ai sensi dell'articolo 1418, comma 3 c.c., tanto come annullabilità del contratto concluso in ragione di una pratica scorretta, tanto ancora come nullità di protezione, intendendo a tal proposito estendere tale rimedio oltre l'ambito delle specifiche previsioni variamente presenti nell'ordinamento. Ulteriormente, muovendo dalla prassi diffusa nella pratica degli affari di inserire nei contratti obbligazioni di rinegoziazione equiparabili alle clausole di *hardship* per fronteggiare eventuali sopravvenienze, all'attenzione del Legislatore vi è altresì la previsione di un rimedio che risulti idoneo a ristabilire l'equilibrio economico del contratto e che consenta al consumatore non solo la possibilità di pretendere la rinegoziazione del contratto secondo buona fede in ogni ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta, ma altresì di chiedere - in caso di

mancato accordo - l'intervento del giudice per ottenere l'adeguamento delle condizioni contrattuali.³²⁸

L'approccio adottato dal Legislatore non pare, dunque, essere rivolto solo alla previsione di rimedi demolitori, ma anche di strumenti di manutenzione (con conseguente conservazione) del contratto, quali per l'appunto la nullità di protezione e la rinegoziazione. A ben guardare, infatti, la parzialità e relatività della prima e la funzione ri-equilibrativa della seconda consentirebbero non solo il rafforzamento dell'interesse del consumatore, permettendogli di raggiungere il risultato ottimale della conservazione del contratto, ma anche la protezione del mercato, in particolare dell'impresa predisponente che sarebbe così posta al riparo dal rischio di perdita della clientela e di esborso economico connesso ad eventuali obblighi di restituzione.³²⁹

In ragione della idoneità della pratica scorretta ad incidere tanto in maniera determinante quanto meramente incidente sul rapporto di consumo, la sensazione dunque è che il Legislatore sia orientato non verso la individuazione di un unico e generalizzato rimedio, bensì verso la ricerca del rimedio che si riveli giusto per il caso concreto, un rimedio dunque volto a rimuovere gli effetti

³²⁸ Analogo rimedio è stato proposto nella Relazione n. 56 del 2020, pubblicata dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, avente ad oggetto le novità normative del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale. Per un commento critico alla opzione prospettata, si rinvia a Briguglio A., *Novità sostanziali del diritto "emergenziale" anti-covid. Contro il paternalismo giudiziario a spese della autonomia dei privati*, www.giustiziacivile.com, 2020, 10.

³²⁹ Cfr. Guizzi G., *Diritto delle imprese, Manuale breve*, Milano, 2012, 167. Il medesimo A. offre riflessioni in termini di azione di correzione giudiziale del contratto mediante azione *ad instar* della riduzione ad equità del contratto di cui all'art. 1450 c.c. nel saggio *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza. Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti*, Milano, 2018, 55 (spec. 103).

prodotti dalla pratica e che risulti adeguato rispetto all'interesse che - bilanciato con quelli ulteriormente coinvolti nella vicenda - sia risultato quello maggiormente meritevole di tutela. Scelta, questa, che, ove non si traduca nella previsione normativa di rimedi specifici, imporrà la necessaria rilettura dei presupposti e dei contenuti degli strumenti rimediali previsti dal codice civile alla luce del diritto dei consumi, sull'assunto che la flessibilità della tutela rimediale rappresenti il miglior modo per contemperare i diritti e gli interessi di tutti i soggetti coinvolti all'interno del mercato.

Bibliografia

- Aa.Vv., *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. Le metamorfosi del contratto*, a cura di Gitti G., Bologna, 2006;
- Aa.Vv., *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di De Cristofaro G., Torino, 2007;
- Aa.Vv., *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini configgenti?*, a cura di Amato G., Denozza F., Schweitzer H., Nicita A., Stallibrass D., Mercato Concorrenza Regole, 2009;
- Aa.Vv., *Diritto delle imprese. Manuale Breve*, a cura di Abriani N., Calvosa L., Ferri G. jr, Giannelli G., Guerrera F., Guizzi G., Motti C., Notari M., Paciello A., Piscitello P., Regoli D., Rescio G.A., Rosapepe R., Rossi S., Stella Richter M. jr, Toffoletto A., Milano, 2012;
- Addis F., *Diritto comunitario e "riconcettualizzazione" del diritto dei contratti: accordo e consenso*, *Obbligazioni e contratti*, 2009, 11, 689;
- Albanese A., *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contraendo alla violazione degli obblighi di protezione*, *Europa e diritto privato*, 2017, 3, 1129;
- Alpa G., *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, *Corriere giuridico*, 1993, 635;
- Alpa G., *I diritti dei consumatori e il "Codice del consumo" nell'esperienza italiana*, *Contratto e impresa/Europa*, 2006, 1, 1;
- Alpa G., *L'azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, *Contratti*, 2008, 6, 545;
- Angelone M., *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012;
- Azzarri F., *Ricodificazione del diritto dei contratti: il ruolo della parte generale e l'influenza delle discipline di settore*, *Contratto e impresa*, 2019, 571;
- Bacciardi E., *La limitazione del recesso delle microimprese tra pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole*, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, 3, 244;
- Ballucchi F. - Furlotti K., *La responsabilità sociale delle imprese. Un percorso verso lo sviluppo sostenibile*, Torino, 2019;
- Barengi A., *Diritto dei consumatori*, Milano, 2017;

Bartolomucci P., *Le pratiche commerciali scorrette ed il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, Contratto e impresa, 2007, 6, 1416;

Bertani M., *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Milano, 2016;

Bertani M., *Pratiche commerciali scorrette e violazione della regolazione settoriale tra concorso apparente di norme e concorso formale di illeciti*, Nuova giurisprudenza civile commentata, 2018, 4, 926;

Bianca C. M., *Diritto civile 3 - Il contratto*, Milano, 2019;

Bonomi M. S., *Tutela del consumatore, pratiche commerciali scorrette e riparto di competenze tra autorità indipendenti*, Giornale di diritto amministrativo, 2016, 6, 793;

Briguglio A., *Novità sostanziali del diritto "emergenziale" anti-covid. Contro il paternalismo giudiziario a spese della autonomia dei privati*, www.giustiziacivile.com, 2020, 10;

Calvo R., *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico e il sonno della ragione*, Contratto e impresa/Europa, 2003, 8, 715;

Camardi C., *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, Europa e diritto privato, 2001, 3, 703;

Camardi C., *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, Obbligazioni e contratti, 2010, 6, 408;

Camardi C., *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, Jus civile, 2013, 6, 305;

Camilleri E., *Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, Nuove leggi civili commentate, 2018, 1, 143;

Capo G., *Codice del consumo*, Enciclopedia del diritto, Annali VII, 2014, 211;

Carbone V., *La tutela del consumatore: le clausole abusive*, Corriere giuridico, 1996, 3, 248;

Caringella F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016;

Castronovo C., *Profili della disciplina nuova delle clausole cd. vessatorie cioè abusive*, Europa e diritto privato, 1998, 1, 5;

Castronovo C., *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, Europa e diritto privato, 2008, 1, 1;

- Castronovo C., *Del non risarcibile aquiliano, danno meramente patrimoniale, cd. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, Europa e diritto privato, 2008, 2, 315;
- Castronovo C., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, Europa e diritto privato, 2011, 1, 55;
- Caterina R., *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, Analisi giuridica dell'economia, 2012, 1, 67;
- Cheli E., *L'innesto costituzionale delle autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, www.astrid-online.it;
- Chieppa R., *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, Diritto industriale, 2016, 4, 314;
- Chinè G., *Consumatore (contratti del)*, Enciclopedia del diritto, agg. IV, 2000, 432;
- Cian G., *Alcune riflessioni in tema di rettifica*, Rivista di diritto civile, 2018, 1, 1;
- Cintioli F., *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, www.giustizia-amministrativa.it;
- Colangelo G., *Il caso Adalat*, Mercato concorrenza regole, 2004, 1, 183;
- Collins H., *The unfair commercial practices directive*, ERCL, 2005, 1 (4), 417;
- Consolo C., *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dell'opt-in anziché quella danese dell'opt-out e di filtro ("l'inutil precauzione")*, Corriere giuridico, 2008, 1, 5;
- Consolo C., *Tutela giurisdizionale dei crediti per "adesione" ossia senza domanda giudiziale dei singoli consumatori*, Responsabilità civile e previdenza, 2008, 9, 1701;
- Consolo C., *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140bis e la class action consumeristica*, Corriere giuridico, 2009, 10, 1297;
- Consolo C., *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*, Corriere giuridico, 2019, 6, 737;
- Contartese M., *Evoluzione degli obblighi di informazione*, Diritto mercato e tecnologia, 5, 2011;
- Correra A., *La CGUE sulla tutela del consumatore nella repressione delle pratiche commerciali scorrette*, DPCE on line, 2019, 4;

Cuffaro V., *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, Corriere giuridico, 2014, 5, 597;

D'Amico G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, Contratti, 2010, 1, 5;

D'Amico G., *Direttiva sui diritti dei consumatori e regolamento sul diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, Contratti, 2012, 7, 611;

Davola A., *Bias cognitivi e contrattazione standardizzata: quali tutele per i consumatori*, Contratto e impresa, 2017, 2, 637;

De Cristofaro G., *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori (D. Lgs. 2 agosto 2007, n. 146 e artt. 2, 4 e 8 D.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221)*, Nuove leggi civili commentate, 2008, 5, 1057;

De Cristofaro G., *La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali*, Nuova giurisprudenza civile commentata, 2009, 11, 1061;

De Cristofaro G., *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali nei paesi UE*, Rassegna di diritto civile, 2010, 3, 880;

De Cristofaro G., *Pratiche commerciali scorrette*, Enciclopedia del diritto, Annali V, 2012, 1079;

De Cristofaro G., *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, Nuove leggi civili commentate, 2014, 5, 917;

De Cristofaro G., *Pratiche commerciali scorrette e microimprese*, Nuove leggi civili commentate, 2014, 1, 3;

De Cristofaro G., *40 anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future*, Contratti, 2019, 2, 177;

De Cristofaro M., *L'azione collettiva risarcitoria "di classe": profili sistematici e processuali*, Responsabilità civile e previdenza, 2010, 10, 1932;

De Santis A. D., *L'azione di classe a dieci anni dalla sua entrata in vigore*, Foro italiano, 2019, VI, c. 2180;

Del Prato E., *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, Rivista di diritto privato, 2001, 3, 515;

- Di Bona L., *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, Napoli, 2008;
- Di Cataldo V., *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato a vent'anni dalla sua istituzione. Appunti critici*, Concorrenza e mercato, 2010, 467;
- Di Cataldo V., *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, Giurisprudenza commerciale, 2011, 6, 803;
- Di Majo A., *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009;
- Di Nella L., *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, Contratto e impresa/Europa, 2007, 1, 39;
- Di Raimo R. - Ricciuto V., *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia: il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006;
- Fachechi A., *Pratiche commerciali scorrette e (apparente) gap normativo: il "sistema" dei rimedi negoziali*, Studium iuris, 2015, 2, 181;
- Fachechi A., *Gli orientamenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di pratiche commerciali scorrette (anni 2014-2015)*, Concorrenza e mercato, 2016, 23, 497;
- Faucegna D., *Il contenuto minimo e il problema dell'integrazione dei contratti di utenza telefonica*, Europa e diritto privato, 2019, 2, 519;
- Fazio E., *La tutela consumeristica e l'acquisto per fini promiscui*, Europa e diritto privato, 2007, 153;
- Febbrajo T., *L'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori ed il suo impatto sulle tutele contrattuali*, Contratto e impresa/Europa, 2015, 2, 479;
- Febbrajo T., *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, Napoli, 2018;
- Filice M., *Gli sviluppi del controllo giurisdizionale sull'attività delle Autorità indipendenti*, Giornale di diritto amministrativo, 2018, 6, 787;
- Fiorentino L., *Le pratiche scorrette*, Obbligazioni e contratti, 2011, 3, 165;
- Freni E., *Pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole*, Giornale di diritto amministrativo, 2008, 3, 271;
- Fusaro A., *La portabilità dei mutui nel testo unico bancario*, Contratto e impresa, 2011, 6, 1422;

- Fusi M., *Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolatoria*, Rivista di diritto industriale, 2009, 1, 5;
- Gabrielli E., *Sulla nozione di consumatore*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2003, 4, 1149;
- Gambini M., *Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole*, Giurisprudenza di merito, 2004, 12, 2605;
- Garaci I., *La reversione degli utili, fra tecniche risarcitorie e restitutorie*, Rivista di diritto industriale, 2017, 6, 313;
- Garaci I., *Il Dieselgate. Riflessioni sul private e public enforcement nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, Rivista di diritto industriale, 2018, 2, 61;
- Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019;
- Genovese A., *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, Giurisprudenza commerciale, 2008, 4, 762;
- Genovese A., *Pratiche sleali, diligenza professionale e regola de minimis*, Contratti, 2015, 8-9, 770;
- Gentili A., *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, Rivista di diritto privato, 2004, 3, 555;
- Gentili A., *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, Contratti, 2006, 2, 159;
- Gentili A., *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, Rivista di diritto privato, 2010, 3, 37;
- Gentili A., *La “nullità di protezione”*, Europa e diritto privato, 2011, 1, 77;
- Gentili A. - Cintio V., *I nuovi “vizi del consenso”*, Contratto e impresa, 2018, 1, 148;
- Giuggioli P.F., *L’azione collettiva risarcitoria: una prima lettura*, Corriere giuridico, 2008, 3, 430;
- Granelli C., *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l’attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, Obbligazioni e contratti, 2007, 10, 776;
- Granelli C., *Pratiche commerciali scorrette: le tutele individuali nel disegno di legge-delega di riforma del codice civile*, Contratti, 2019, 5, 493;

- Granelli C., *Pratiche commerciali scorrette: tutele individuali*, Nuova giurisprudenza civile commentata, 2019, 5, 1074;
- Grisi G., *Informazione (obblighi di)*, Enciclopedia del diritto, Annali IV, 2011, 595;
- Grisi G., *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, Jus civile, 2013, 5, 295;
- Grondona M., *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancora) aperto*, Corriere giuridico, 2013, 5, 603;
- Grundmann S., *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, Europa e diritto privato, 2001, 2, 257;
- Guerinoni E., *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, Contratti, 2007, 2, 173;
- Guizzi G., *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti*, Milano, 2018;
- Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, Contratto e impresa, 2013, 3, 688;
- Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Torino, 2018;
- Lande R. H. - Averitt N. W., *Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*, Antitrust law journal, 1997, 65, 713;
- Libertini M., *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, Giurisprudenza commerciale, 2009, 5, 880;
- Libertini M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, Contratto e impresa, 2009, 1, 73;
- Libertini M., *Concorrenza*, Enciclopedia del diritto, Annali III, 2010, 191;
- Marino G., *Scorrettezza della pratica e abusività nella disciplina del contratto del consumatore*, Contratto e impresa/Europa, 2014, 1, 137;
- Maugeri M. R., *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale sui contratti, I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di Genovese A., Padova, 2008;
- Mazzamuto S., *Libertà contrattuale e utilità sociale*, Europa e diritto privato, 2011, 2, 365;

Minervini E., *Tutela dei consumatori e libera concorrenza nel nuovo approccio dell'Unione europea: significato ed implicazioni dell'«armonizzazione massima» in materia di pratiche commerciali sleali*, Foro amministrativo, 2010, 10, 1169;

Monti S. - Castelli L., *Opt-out e diritto italiano: non c'è incompatibilità*, Danno e responsabilità, 2019, 5, 703;

Mosca V., *Verso un equilibrio nel riparto di competenze per la tutela del consumatore*, Giornale di diritto amministrativo, 2019, 2, 195;

Nava G., *Il legislatore interviene nuovamente sul riparto di competenze tra Agcom e Autorità di settore in merito all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva?*, Diritto mercato e tecnologia, 2014, 51;

Navarretta E., *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, Rivista di diritto civile, 2014, 3, 547;

Nicolussi A., *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, Europa e diritto privato, 2007, 4, 901;

Nicolussi A., *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, Europa e diritto privato, 2006, 1, 83;

Nobile A., *Le tutele civilistiche avverso le pratiche commerciali scorrette*, Contratto e impresa/Europa, 2014, 1, 180;

Occhipinti C. - Del Stabile F., *Il decreto sviluppo 2011: rinegoziazione e portabilità dei mutui*, Immobili e proprietà, 2011, 9, 572;

Pagliantini S., *Nullità virtuali di protezione?*, Contratti, 2009, 11, 1040;

Pagliantini S., *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, Rivista del diritto commerciale, 2010, 2, 409;

Pagliantini S., *L'incerta disciplina del nuovo ius variandi bancario: tracce per una lettura sistematica*, Nuove leggi civili commentate, 2012, 1, 119;

Pagliantini S., *Modificazione unilaterale del contratto*, Enciclopedia del diritto, Annali VI, 2013, 487;

Pardolesi P., *Risarcimento del danno, reversione degli utili e deterrence: il modello nord-americano e quello europeo*, Diritto industriale, 2012, 2, 133;

- Pardolesi P., *Responsabilità precontrattuale oltre la culpa in contraendo: riflessioni comparative*, Foro italiano, 2016, 5, I, 1703;
- Pardolesi R., *La classe in azione. Finalmente*, Danno e responsabilità, 2019, 3, 301;
- Pasquarelli F., *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*, Rivista di diritto industriale, 2016, 3, 252;
- Patti F. P., *Dai «contratti standard» al «contratto asimmetrico». Considerazioni su metodo e obiettivi delle ricerche di Vincenzo Roppo*, Jus civile, 2018, 2, 226;
- Patti S., *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, Giustizia civile, 2016, 2, 241;
- Pennisi R., *Considerazioni in merito alle pratiche commerciali ingannevoli*, Giurisprudenza commerciale, 2012, 5, 653;
- Pepe V. - Colella L., *Le autorità amministrative indipendenti nella comparazione giuridica. Esperienze europee ed extraeuropee*, Napoli, 2011;
- Pera A., *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali tra tutela del consumatore e disciplina della concorrenza*, Rivista di diritto civile, 2008, 1, 485;
- Petrazzini B., *Diamanti da investimento: la responsabilità della banca collocatrice*, Giurisprudenza italiana, 2019, 11, 2452;
- Piraino F., *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette*, Europa e diritto privato, 2010, 4, 1117;
- Piraino F., *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, Contratti, 2017, 1, 35;
- Ponzanelli G., *Polifunzionalità fra diritto internazionale privato e diritto privato*, Danno e responsabilità, 2017, 4, 435;
- Prosperi F., *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, Contratto e impresa, 2008, 4-5, 936;
- Punzi A., *“Ragionevolmente attento ed avveduto”. Note sulla responsabilità del consumatore nell'economia della conoscenza*, Scritti in onore di Marcello Foschini, Milano, 2011;

Reich N., *Il consumatore come cittadino - Il cittadino come consumatore: riflessioni sull'attuale stato della teoria del diritto dei consumatori nell'Unione Europea*, Nuova giurisprudenza civile commentata, 2004, 2, 345;

Rende F., *Le regole d'informazione nel diritto europeo dei contratti*, Rivista di diritto civile, 2012, 2, 185;

Ricciuto V., *Regolazione del mercato e "funzionalizzazione" del contratto*. Studi in onore di Giuseppe Benedetti, Napoli, 2008;

Rinaldi F., *L'allargamento della nozione di consumatore: una questione di eguaglianza?*, Nuova giurisprudenza civile commentata, 2009, 1, 39;

Rodotà S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004;

Roppo V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, Rivista di diritto privato, 2001, 4, 769;

Roppo V., *Il contratto, e le fonti del diritto*, Politica del diritto, 2001, 4, 529;

Roppo V., *La tutela del risparmiatore tra nullità, risoluzione e risarcimento, ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali*, Contratto e impresa, 2005, 3, 896;

Roppo V., *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, Politica del diritto, 2007, 3, 451;

Roppo V., *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza «Rordorf»*, Danno e responsabilità 2008, 536;

Roppo V., *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, Rivista di diritto privato, 2010, 3, 19;

Roppo V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2011;

Rossi Carleo L., *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, Europa e diritto privato, 2010, 3, 685;

Sacconi L., *Responsabilità sociale come Governance allargata d'impresa: un'interpretazione basata sulla teoria del contratto sociale e della reputazione*, Liuc Papers n. 143, Etica, diritto ed economia 11, 2014;

Sangiovanni V., *Le modifiche unilaterali dei contratti bancari fra recenti riforme e decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, Obbligazioni e contratti, 2012, 3, 208;

- Scuffi M., *Riflessioni a margine della Dir. 104/2014 (e del D.lgs. 3/2017) sull'azione di classe*, Diritto industriale, 2017, 1, 5;
- Sica T., *Autorità indipendenti e autonomia privata: le soluzioni del Consiglio di Stato*, Giurisprudenza italiana, 2019, 11, 2497;
- Sirena P., *Il risarcimento dei danni c.d. punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, Rivista di diritto civile, 2006, 6, 531;
- Sirena P., *La partecipazione dei soggetti interessati ai procedimenti innanzi alle Autorità indipendenti*, Nuova giurisprudenza civile commentata, 2012, 6, 442;
- Tedioli F., *Azione collettiva risarcitoria. La class action all'italiana: alcuni spunti critici in attesa del preannunciato intervento di restyling*, Obbligazioni e contratti, 2008, 10, 831;
- Tedioli F., *Tra nuove regole e vecchi problemi la class action trova collocazione nel codice di procedura civile*, Studium iuris, 2019, 12, 1413;
- Tenella Sillani C., *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, Obbligazioni e contratti, 2009, 10, 775;
- Tomaselli A., *Profili critici della tutela del consumatore nel Diritto dell'Unione europea*, Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione, 2016, 4, 1;
- Tommasi S., *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012;
- Valentino D., *Timeo danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, Rivista di diritto civile, 2013, 1157;
- Velluzzi V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010;
- Venosta F., *Contratti regolati e rimedi civilistici*, Osservatorio del diritto civile e commerciale, 2016, 1, 95;
- Venuti M. C., *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, Europa e diritto privato, 2000, 4, 1049;
- Verdesca A., *Pratiche commerciali scorrette e tutela dei consumatori: tra conformazione del contratto e poteri delle Authorities*, Corriere giuridico, 2019, 7, 943;
- Vettori G., *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, Rivista di diritto privato, 2003, 2, 241;
- Vettori G., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle sezioni unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, Obbligazioni e contratti, 2008, 2, 104;

Vigoriti V., *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro*, Contratto e impresa, 2008, 3, 729;

Villa G., *L'attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, Corriere giuridico, 2017, 4, 441;

Viti V., *Carattere partecipato dell'attività regolativa delle authorities e autonomia privata. Elementi di "neocorporativismo" tra suggestioni e contestualizzazioni*, Contratto e impresa, 2020, 1, 64;

Zarro M., *Poteri indipendenti e rapporti civili*, Napoli, 2015;

Zorzi Galgano N., *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Contratto e impresa, 2010, 2, 433;

Zorzi Galgano N., *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, Contratto e impresa, 2011, 4-5, 921.