
PREFAZIONE

Il lavoro di Enrico Labella si confronta con una tematica, quella delle “pratiche commerciali scorrette”, così come definite dal codice del consumo agli art. 18 ss., che è esattamente l’opposto, e in controtendenza, rispetto alla tematica degli atti e negozi con la quale si confronta solitamente il civilista.

Non basta probabilmente, come ritiene ottimisticamente Labella, che qui sia sufficiente cambiare l’angolo di visuale, che non è più quello del singolo atto o negozio ma quello dell’*attività*, ossia di una sequenza di comportamenti, se non si aggiunge con più vigore che siffatti comportamenti non sono già formalizzati in fattispecie ma importati *tout court* dalla realtà economica, espressa dal mercato. Non dovrà allora sorprendere più di tanto che si abbia a parlare di «comportamento economico» (art. 20, comma 3) o di «decisioni di natura commerciale» (art. 21, comma 1), dove la categoria referenziale è quella complessiva di «pratiche commerciali tra professionisti e consumatori», ove per “pratiche” è da intendere «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità o la commercializzazione del prodotto» (art. 18, lett. d).

Il linguaggio dunque non osserva più il medio del diritto ma quello dell’economia di mercato, nelle sue varie forme e manifestazioni. Il che del resto, come spiega l’Autore, è anche all’origine del metodo prescelto dal legislatore europeo e poi da quello italiano, che non è quello di descrivere la fattispecie della “pratica commerciale corretta” ma il suo opposto e cioè quella della “pratica scorretta”. Sicché si può dire che ad essere confermato è l’insegnamento kelseniano, secondo cui è dalla violazione del comportamento che è consentito desumere la regola di diritto.

La curiosità di un civilista, come il nostro Autore, non poteva logicamente non incontrarsi con il paradosso e/o l’ambiguità di un modello legi-

slativo che se, da un lato, sembra privilegiare il metodo della “clausola generale”, e tale è quello delineato dall’art. 20, comma 2, immediatamente sconfessa tale metodo, indicando fattispecie tipiche di “pratiche scorrette”. E l’A. si trova a dover fare i conti con incisi che lasciano dubbi più che risposte. Se, nell’un caso, l’inciso “in particolare”, usato dall’art. 20, comma 4, sembra far propendere per l’elenco di “ipotesi esemplificative” di quanto enunciato nella clausola generale, l’inciso «in ogni caso», presente nell’art. 23, fa pensare che la clausola generale sia messa da parte in favore di fattispecie che ne fanno a meno.

Non è facile districarsi tra le diverse letture proposte. Il nostro Autore saggiamente preferisce non schierarsi per riconoscere, al di là di ogni ragionevole dubbio, che, l’elencazione di *fattispecie tipiche* di pratiche scorrette ha l’innegabile significato di agevolare il consumatore nella prova di dover dimostrare che quel singolo comportamento del professionista ha falsato la sua libertà di scelta in ordine al “se” e al “come” della negoziazione.

Ma resta sempre che la funzione della clausola generale è di lasciare la porta aperta a tutte quelle fattispecie che, nel corso del tempo, potranno allontanarsi da quelle tipiche previste ma che però abbiano in se stesse il “DNA della scorrettezza” tale da falsare la scelta del consumatore.

La *pars construens* del lavoro segue la triade classica, incentrata sulle *fattispecie*, sui *soggetti*, sulle *tutele*.

La descrizione delle fattispecie non riserva grandi sorprese. Il linguaggio economico del mercato, trapiantato nel campo del diritto, ha preteso di dividere le pratiche scorrette in pratiche *ingannevoli* e *aggressive*. Ed è da chiedersi se fosse veramente meritevole di figurare, quale autonoma fattispecie, un’azione ingannevole, recante «informazioni non rispondenti al vero e seppure di fatto corretta [...] induce o è idonea a indurre in errore il contraente medio» (art. 21) nonché quella di «omissioni ingannevoli» (art. 22).

Solo un legislatore preso da un *raptus* tassonomico poteva stabilire gli “elementi” in presenza dei quali misurare la rilevanza anziché affidarsi alla valutazione in concreto da parte dell’interprete. È ciò che segnala il nostro Autore. Del resto, l’esistenza di una *black list* di pratiche commerciali, considerate *in ogni caso* ingannevoli, poteva essere sufficiente (art. 23). Ma, anche in tal caso, è dato osservare l’ambiguità del metodo usato. Sembra che la fattispecie “azioni ingannevoli” debba nutrirsi positivamente, più che delle informazioni false, della omissione di quelle necessarie od oppor-

tune, cosicché l'art. 22 viene a sovrapporsi all'art. 21. Fa dunque bene il nostro Autore a dire che «il contenuto della disciplina è un “obbligo positivo”, ossia comportamentale in senso lato» (p. 37).

Quanto invece alle pratiche commerciali aggressive (art. 24 ss.) fa capolino il metodo della valutazione *in concreto* e cioè tenuto conto «delle caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestia, coercizione» e quant'altro (art. 24).

Forse qui il nostro Autore sembra invano voler inseguire il significato della espressione “molestia”, traducendola in «disturbo, patimento, turbamento o fastidio particolarmente incisivo» (p. 41). Tanto val dire che qui «l'indebito condizionamento si pone come fattispecie di chiusura» (p. 41).

Ma il vero e proprio *leit-motiv* del lavoro è nella qualificazione dei “soggetti” delle pratiche scorrette. Qui lo spazio non è più dominato dal linguaggio del mercato ma dalla valutazione dell'interprete. E la valutazione del nostro Autore, che segue l'insegnamento del suo Maestro, il prof. Salvatore Mazzamuto, è che il consumatore non è più, secondo il linguaggio pauperistico, il contraente debole, che bisogna soccorrere, ma «l'agente economico razionale del mercato». È una logica da *input-output*: il mercato produce regole ma si serve del consumatore per verificarne l'applicazione. E siffatta qualificazione trova conferma, oltre che più in generale in una *lettura oggettivistica* della nozione di consumatore recata dall'art. 3 del codice del consumo, nell'art. 18, lett. a), il quale, definendo il consumatore come «qualsiasi persona fisica» dimostra di voler spersonalizzare al massimo il rapporto tra professionista e consumatore.

La conclusione del nostro Autore è che il consumatore non è più «il soggetto da tutelare nel rapporto con il professionista» ma «l'agente del quale deve essere protetta la capacità di compiere scelte economiche razionali, scevre da condizionamenti esterni troppo incisivi» (p. 52). Ed è qui che lo stesso concetto di “consumatore medio” è destinato a cedere ad una valutazione in concreto, che sappia tenere conto anche «di fattori propri della singola pratica [...] e dei fattori esterni – le “singole circostanze” – in cui essa si manifesta» (p. 55). Ma in ciò non si tradisce il circolo virtuoso stabilito tra la figura del consumatore-agente del mercato e questo stesso, perché il mercato non può essere inteso in senso statico ma in senso dinamico nella misura in cui è attento «anche ai singoli consumatori, sempre meglio selezionati» (p. 55).

Quanto ai «piani di tutela», segue l'analisi della tutela amministrativa,

di quella penale, di quella collettiva e di quella individuale. Quest'ultima è quella che riserva un maggior numero di problemi dacché non v'è alcuna norma che stabilisce quali effetti può avere la singola "pratica scorretta" sulla validità del singolo negozio o contratto a valle. Se è vero che il divieto di pratiche commerciali scorrette costituisce una norma imperativa, non derogabile e quindi evocante un'ipotesi di nullità virtuale *ex art. 1418*, comma 1, c.c., è anche vero che il contratto a valle non presenta alcun vizio strutturale.

Ma è più che evidente che qui la fattispecie più vicina al caso di specie è quella della responsabilità precontrattuale e cioè della responsabilità in cui si incorre per violazione scorretta di una regola di comportamento che precede la conclusione del contratto. E verso tale forma di responsabilità *ex art. 1337 c.c.* che mostra inizialmente propensione il nostro Autore, specie ancorandola a quell'ipotesi di vizio incompleto o di dolo incidente (perché incidente sulle condizioni del contratto) dell'*art. 1440 c.c.*

Senonché ancora una volta l'interprete non può non nutrire qualche dubbio circa l'applicazione di un rimedio, quello della *culpa in contraendo*, che difficilmente si coniuga con l'invasività della "pratica commerciale scorretta", la quale si estende all'intero arco della "decisione commerciale" presa dal consumatore, fino alla esecuzione del contratto, e che, si è detto, ha a monte un obbligo comportamentale del professionista derivante dall'attività che esso svolge e a prescindere dal rapporto intrattenuto con il singolo consumatore. Ma, in tal caso, proprio muovendo dal tipo di danno che può subire il consumatore, e che può non essere solo quello "meramente economico" ma consistente anche nella compromissione della sua libertà di scelta, possono rinvenirsi apparenti analogie o assonanze con il danno aquiliano, la cui "ingiustizia" del resto, come ha luogo nella fattispecie della concorrenza sleale *ex art. 2598 c.c.*, non risiede nella lesione del credito o della proprietà ma nella violazione di un obbligo di lealtà e correttezza, a protezione della sfera giuridica altrui. E tale è anche la fattispecie delle pratiche commerciali scorrette ove ad essere chiamato in causa è l'obbligo (comportamentale) di protezione a tutela (della sfera giuridica) del consumatore, obbligo per alcuni di natura aquiliana, pur specificato con riguardo al ruolo del professionista, ma non assimilabile del tutto agli obblighi derivanti dal contratto. Ed è la violazione di tale obbligo che consente di estendere il risarcimento anche ad un interesse, privo di rilevanza economica, del consumatore. Lo stesso Autore parla addirittura della possibilità «di una alterazione del programma di vita dell'individuo» (p. 146),

ove la decisione del consumatore abbia effetti che si protraggano nel tempo.

Il nostro Autore è di opinione contraria, pur riconoscendo tuttavia che «obblighi di protezione possono scaturire anche al di fuori di rapporti obbligatori tradizionalmente intesi» (p. 145). Ma, in tal caso, resta da chiedersi se vi residua uno spazio per gli obblighi di natura aquiliana.

Il lavoro di Labella si segnala dunque per il suo rigoroso impianto e per la sua completezza. È anche il segno della difficoltà in cui può trovarsi lo studioso di sani principi a tradurre nelle categorie del diritto civile una materia che è a dir poco “liquida”, o idonea a liquefarsi, perché importata *tout court* dalla magmatica realtà economica offerta dal mercato, ove predominano comportamenti, strategie e quant’altro, non riducibili ad atti e tali da influenzare le decisioni economiche dei consumatori verso esiti che non sempre corrispondono alla razionalità, alla quale si intende che anche il mercato deve sottostare, ove voglia difendere la legittimità di se stesso. E a difesa della razionalità serve anche il consumatore.

Prof. Adolfo di Majo

INTRODUZIONE

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette è stata studiata dalla dottrina quasi esclusivamente da punti di vista settoriali o comunque con una specola piuttosto limitata. Ci sono, ovviamente, delle autorevoli eccezioni¹, ma in generale la civilistica italiana non ha dedicato alla materia in esame quell'attenzione che invece avrebbe meritato², soprattutto all'indomani dell'entrata in vigore della direttiva europea 05/29 e della normativa di recepimento, sotto molteplici punti di vista, da quello schiettamente privatistico a quello economico e di regolazione del mercato.

L'importanza della disciplina delle pratiche commerciali scorrette si coglie soprattutto in relazione alla disciplina *antitrust*: esse rappresentano due facce di un'unica medaglia. Entrambe costituiscono e completano, infatti, la normativa di regolazione del mercato ed entrambe concorrono a costruire quelle condizioni economiche tese alla concorrenza perfetta, situazione ideale e di per sé irraggiungibile, ma alla quale occorre provare almeno ad avvicinarsi.

La *ratio* della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette non è disvelata appieno se l'analisi non muove da un assunto: solo la libera e consapevole scelta economica degli operatori, siano essi consumatori o professionisti, consente di individuare modelli razionali di comportamento e, quindi, di

¹ V. gli studi compiuti da Giovanni De Cristofaro, i quali costituiscono il più completo esempio di interpretazione della disciplina in esame, e Liliana Rossi Carleo, alla quale si deve una delle prime intuizioni sulla specola dell'attività economica come chiave di lettura del fenomeno.

² L. ROSSI CARLEO-E. MINERVINI, *Premessa*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI-L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007, XV, evidenziano una sorta di «congiura del silenzio» rilevando come la dottrina non avesse compreso appieno l'importanza della nuova disciplina al contrario della dottrina straniera (su cui v. tra i tanti AA.VV., *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*, a cura di G. HOWELLS-H.W. MICKLITZ-T. WILHELMSSON, Ashgate, 2006, *passim*).

definire senza indebite influenze la domanda di prodotti o servizi offerti (determinando un'efficiente allocazione di risorse nella produzione). Un professionista che adotta tecniche di commercializzazione corrette, che non generano distorsioni nella scelta economica dei consumatori, concorre alla realizzazione di un mercato concorrenziale e quindi al raggiungimento di livelli di benessere più elevati per tutti.

Sia quella sulle pratiche commerciali scorrette sia quella *antitrust* sono normative di disciplina dell'attività economica dei "professionisti" tramite le quali l'ordinamento interviene nel regolare tutto il mercato. La protezione del consumatore (o della microimpresa) costituisce, dunque, il mezzo per raggiungere lo scopo di regolazione del mercato e in ciò rileva secondariamente, ma senza dimenticanze, il destino dei negozi conclusi a valle di una pratica commerciale scorretta. Se è vero che la normativa in discorso è una disciplina dell'attività e non dell'atto, è altrettanto vero che il negozio costituisce lo strumento tramite il quale il consumatore o la microimpresa concretizzano quelle scelte economiche che il legislatore europeo cerca di mantenere il più possibile libere da condizionamenti eccessivi da parte dei professionisti. Merita attenzione, quindi, il destino del negozio concluso a valle di una pratica commerciale scorretta – senza giungere a determinare un'applicazione generalizzata delle fattispecie invalidatorie – per individuare una dimensione ulteriore di tutela degli operatori economici.

Questi sono i confini tracciati di un'indagine che – giova evidenziare sin da ora – non può considerarsi giunta a un approdo sicuro, ma che può costituire un tentativo di ordine delle diverse opinioni espresse sul tema e dei problemi applicativi riscontrati in questi oltre dieci anni di vigenza.

Alcune delle riflessioni svolte sono state anticipate in due saggi, uno sui rimedi negoziali alle pratiche commerciali scorrette e uno sulla tutela della microimpresa, ma l'occasione ha consentito di rivedere alcune delle posizioni già espresse e in parte manifestate in un contributo nel trattato di prossima pubblicazione su "Concorrenza, Mercato e Diritto dei consumi" per i tipi della Utet (a cura di Giuseppe Cassano, Renato Clarizia e Antonio Catricalà).

L'interesse al tema è stato suscitato dalla lettura di un saggio di Giovanni De Cristofaro all'inizio del percorso dottorale³. I suoi continui contributi sull'argomento costituiscono un presupposto inevitabile per chi si accosta

³G. DE CRISTOFARO, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali nei paesi UE*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 880 s.

al tema delle pratiche commerciali scorrette in pressoché tutti i suoi ambiti applicativi.

L'attenzione al tema si è acuita poi con la lettura, sempre nello stesso periodo, di un saggio di Fabrizio Piraino sulla ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette⁴, di un saggio di Liliana Rossi Carleo sul consumatore, consumatore medio, investitore e cliente⁵, e – verso la fine del corso di dottorato – di un saggio di Giuseppe Grisi sul rapporto di consumo⁶, tutti apparsi in quella fucina di idee che è la rivista *Europa e diritto privato* diretta da Carlo Castronovo e Salvatore Mazzamuto.

Proprio al prof. Salvatore Mazzamuto va il ringraziamento per i suoi consigli, non solo in ambito giuridico, e per l'inaspettata pazienza che ha dimostrato e che dimostra quotidianamente, nonché per il ruolo di guida che ha assunto negli anni, anche senza volerlo.

Roma, 10 maggio 2018

EL

⁴F. PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 1117 s.

⁵L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: funzionamento e sintesi della disciplina delle pratiche scorrette*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 685 s.

⁶G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Europa dir. priv.*, 2013, 1 s.

CAPITOLO I

COMUNICAZIONE E INTERAZIONE TRA
PROFESSIONISTI, CONSUMATORI E MICROIMPRESE

SOMMARIO

1. La comunicazione commerciale e le informazioni. – 2. Gli obiettivi perseguiti dalla direttiva europea 05/29. – 2.1. Il divieto di pratiche commerciali scorrette. – 3. I decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2007.

1. *La comunicazione commerciale e le informazioni.*

La fase della comunicazione ha da sempre ricoperto un ruolo fondamentale nel processo di commercializzazione di beni e servizi giacché gli operatori non si limitano a rendere un'informazione agli utenti, ma, tramite modalità e contenuto del messaggio da diffondere, si inseriscono nel processo decisionale del destinatario inducendolo a compiere una scelta volta non solo alla conclusione o meno di negozi giuridici, ma più in generale ad assumere decisioni che coinvolgono anche le sue abitudini di vita¹. La potenza della comunicazione commerciale si può spingere, dunque, fi-

¹ A. MONTI, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, in *I fondamenti cognitivi del diritto*, a cura di R. CATERINA, Milano, 2008, 15 s. La comunicazione commerciale inerisce, quindi, a ogni settore del mercato, da quelli regolamentati come il settore bancario, finanziario e assicurativo a quelli in cui la regolazione normativa è minima. Cfr. E. CORVI, *La comunicazione commerciale nelle banche*, in *Bancaria*, 2000, 30 s.; G. CHIAPPETTA, *Il rapporto da comunicazione commerciale ed il principio di autodeterminazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 639; A. ZANACCHI, *Diritti dei consumatori e comunicazione commerciale*, in *Salesianum*, 2008, 775 s.; A. STAZI, *La comunicazione commerciale in rete: peculiarità, tipologie e disciplina*, in *Dir. e prat. soc.*, 2009, 19 ss.; M. MAGGI, *Pubblicità legale e comunicazione commerciale*, in *Dir. ind.*, 2012, 363 s.

anche alla generazione di un bisogno che, prima dell'arrivo del messaggio, il destinatario dello stesso non provava².

La comunicazione rappresenta, dunque, un tema che coinvolge diverse discipline quali l'economia, la sociologia, la psicologia e il diritto, anche se, come è stato efficacemente evidenziato³, la locuzione "comunicazione commerciale" tradizionalmente sembra fare riferimento al solo settore delle vendite.

La comunicazione commerciale ha assunto, perciò, il ruolo di pilastro su cui l'Unione europea fonda il mercato unico, posto che – secondo il Libro verde sulla comunicazione commerciale – essa «può rivelarsi un potente fattore di integrazione dei mercati nazionali», avendo il ruolo di «promuovere l'identità di una marca e di informare i clienti potenziali, rafforzando il "posizionamento" desiderato per la marca o la società nonché fornendo informazioni adeguate sul prodotto o sul servizio offerto»⁴.

Un primo problema è quello di delineare i confini del concetto di comunicazione commerciale che il Libro verde riconduce a ogni attività pubblicitaria, forma di *marketing*, promozione o sponsorizzazione e messaggi che in qualche modo siano legate alla presentazione o pubblicizzazione di beni e servizi.

Di primo acchito appare evidente come i confini del concetto stesso di comunicazione commerciale non possano essere marcati con precisione. La vaghezza dello stesso è determinata dalla varietà delle sfaccettature che contraddistinguono l'attività economica dei tempi moderni, caratterizzata soprattutto dalla continua evoluzione degli scambi commerciali e dall'avvento di canali interattivi sempre più variegati tramite i quali veicolare il messaggio pubblicitario.

La comunicazione è soltanto uno degli aspetti che contraddistinguono l'attività commerciale, ma essa ricopre un ruolo centrale nel Libro verde soprattutto nel suo aspetto fondamentale per il mercato, ossia la pubblicità intesa non come concetto analizzato con riguardo a singoli rapporti bensì

²G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2002, 114.

³C.A. PRATESI, *Marketing sleale e tutela giuridica dei consumatori*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. MINERVINI-L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007, 191 s.

⁴Libro verde della Commissione «La comunicazione commerciale nel mercato interno» – COM (96), 192 definitivo. Cfr. anche L. ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO, Milano, 2008, t. III, 439.

come fenomeno parte dell'attività economica esercitata. Ciò che rileva è, infatti, l'interazione tra il fenomeno pubblicitario e l'attività economica⁵ posto che, nel mondo globalizzato e contraddistinto soprattutto dalla c.d. commercializzazione di massa, il messaggio pubblicitario assume una funzione basilare nell'economia d'impresa. 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 per la quale occorre ripensare l'approccio dogmatico del giurista allo strumento di diffusione di informazioni quali elementi di base nelle scelte negoziali⁶.

La disciplina della pubblicità commerciale deve essere perciò considerata come parte del diritto dell'attività commerciale e, dunque, come naturale completamento della disciplina *antitrust*.

La comunicazione rappresenta, quindi, il momento più importante della commercializzazione dei prodotti o dei servizi offerti, capace di influenzare le decisioni degli altri operatori del mercato – consumatori e operatori – e, dunque, di modificare il gioco del mercato fino a distorcerlo⁷.

Accanto al Libro verde sulla comunicazione commerciale, la Commissione europea ha presentato il Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea⁸. Entrambi i Libri, unitamente alle relazioni, alle risoluzioni, ai gruppi di studio ecc.⁹, costituiscono la base sulla quale il Parlamento europeo e il Consiglio hanno approvato la direttiva 11 maggio 2005, n. 29 relativa alle «pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno»¹⁰, modificando la direttiva CEE 84/450 del Consiglio e le direttive CE 97/7, CE 98/27 e CE 2002/65 del Parlamento europeo e del Consiglio, nonché il Reg. CE 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio. Il quadro normativo si è poi arricchito anche della direttiva 25

⁵ L. ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali*, cit., 440.

⁶ S. ORLANDO, *Le informazioni*, Padova, 2012, 1 s.

⁷ K. TENTORI, *Scienze cognitive e tutela del consumatore: il caso dell'effetto attrazione*, in *I fondamenti cognitivi del diritto*, cit., 33 s.

⁸ Bruxelles, 2 ottobre 2001 COM (2001), 531 def.

⁹ Si veda, ad esempio, la Risoluzione del Parlamento europeo del 15 luglio 1997, in g.u.u.e. C 286, 22 settembre 1997.

¹⁰ In g.u.u.e. n. L 149, 11 giugno 2005, 22 s.

ottobre 2011, n. 83 (c.d. Direttiva *consumer rights*) che ha disciplinato, in particolare, taluni aspetti della comunicazione in fase precontrattuale¹¹.

Tramite la comunicazione sono veicolate delle informazioni che assumono un carattere rilevante nella fase del contatto tra professionista e consumatore o in quella immediatamente successiva.

Il diritto privato, soprattutto di stampo europeo, dedica molta attenzione al momento informativo del rapporto contemplando degli obblighi di *disclosure* sia nella fase precontrattuale sia in quella di perfezionamento dell'accordo e finanche in quella di esecuzione¹².

La previsione di obblighi di informazione in campo contrattuale mira a cercare di colmare l'asimmetria di potere negoziale che contraddistingue il rapporto tra professionisti e consumatori o più in generale, seppur con accenti doverosamente diversi, con altri operatori più deboli.

La comunicazione, specialmente di massa, stimola e influenza il bisogno consumeristico addirittura facendolo sorgere quando i destinatari del messaggio di *marketing* non ritengono nemmeno di averlo. Le informazioni fornite durante o dopo la preliminare spinta alla scelta commerciale hanno la funzione di far raggiungere un apprezzabile grado di consapevolezza nella scelta commerciale da intraprendere per i suddetti destinatari.

In altre parole, con la comunicazione si determina il contatto tra professionisti e altri operatori mentre con le informazioni si determina la scelta commerciale da intraprendere, che ben può essere quella di non compiere alcun atto negoziale, di compierlo secondo talune modalità ovvero di compierlo nei confronti di un operatore diverso da quello da cui proviene la comunicazione commerciale.

Questi due "momenti economici" (la comunicazione commerciale e la resa di informazioni) si svolgono all'interno di un mercato che l'ordinamento europeo spinge sempre più verso una dimensione di trasparenza e di correttezza in cui non rileva l'atto negoziale in sé quanto l'attività commerciale svolta dagli operatori.

La trasparenza rappresenta, anzi, il primo elemento della correttezza che

¹¹ V. tra i tanti R. CALVO, *Consulenza e informazione nella prospettiva delle imprese e dei consumatori*, in *La direttiva consumer rights. Impianto sistematico della direttiva di armonizzazione massima*, a cura di C. GIUSTOLISI, Roma, 2017, 69-70; E. BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 927 s.; S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, ivi, 2011, 861 s.

¹² S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*³, Torino, 2017, 226 s.

deve animare l'attività economica assurgendo a modalità operativa dell'esercizio dell'impresa¹³. Ciò soprattutto nei settori regolamentati del mercato in cui lo squilibrio di informazioni e conoscenze tra chi offre particolari beni e servizi – quali ad esempio gli strumenti finanziari – e chi ne fruisce è fisiologico. L'esigenza di un approccio corretto e trasparente al mercato è, tuttavia, maggiormente sentita nel mercato dei beni di consumo e in quello dei beni necessari per l'esercizio dell'attività di impresa dei piccoli e medi professionisti. Questi ultimi svolgono, infatti, un ruolo fondamentale nel mercato pur non essendone dei protagonisti¹⁴.

L'assunto che giustifica l'adozione di doveri di informazione, di *disclosure* e più in generale di correttezza nel comportamento economico sin dalla fase di comunicazione commerciale è quello per il quale un operatore, sia esso un consumatore o un professionista "debole", che compie una scelta libera, consapevole ed effettivamente volta alla soddisfazione di un reale bisogno (anche di carattere voluttuario, purché genuinamente sorto) contribuisce alla formazione di un mercato concorrenziale che tende al funzionamento efficiente.

La normativa sulla comunicazione commerciale, sulle informazioni veicolate tramite tale comunicazione, e più in generale le norme sul comportamento economico da tenere fin dal primo contatto con i destinatari dei beni e dei servizi oggetto della comunicazione, integra una regolazione del mercato dal basso. Lo strumento di correzione delle distorsioni di mercato è affidato, infatti, agli operatori finali e, quindi, a quelli numericamente più diffusi. Ciò sul presupposto che una scelta libera e consapevole è anche razionale ed è, dunque, una scelta che contribuisce a determinare modelli economici efficienti come un modello "capitalistico" (fondato sulla regolazione dei comportamenti degli operatori economici nella determinazione di cosa produrre, in quale quantità e con quale prezzo) che valica i confini della disciplina delle informazioni. Il dato cognitivo – basato di per

¹³ M.C. VENUTI, *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 1084 s.

¹⁴ A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017, 82, muovendo dall'indagine critica compiuta dalla dottrina tedesca (cfr. soprattutto B. DAUNER-LIEB, *Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher: systemkonforme Weiterentwicklung oder Schrittmacher der Systemveränderung?*, Berlino, 1983, *passim*), fa riferimento alla "sovranità del consumatore" capace di intervenire – in misura significativa – sulla produzione di beni e servizi.

sé su una consapevolezza raggiunta grazie alle informazioni assunte e interpretate – è, però, essenziale proprio perché qualunque decisione commerciale viene presa sulla scorta della volontà negoziale formatasi in base a quanto recepito in questa fase¹⁵.

2. *Gli obiettivi perseguiti dalla direttiva europea 05/29.*

La direttiva europea 05/29 si prefigge l'obiettivo di tutelare i consumatori e la loro libertà di scelta e, tramite ciò, anche quello di favorire la libera concorrenza. Il secondo obiettivo non è, però, diretto giacché la direttiva riguarda, infatti, il rapporto instaurato tra imprese e consumatori a seguito di pratiche commerciali sleali, ma è evidente come distorcere la libertà di decisione dell'operatore economico più importante significa di fatto falsare il gioco della concorrenza e, in ultima analisi, alterare le condizioni del mercato. La base giuridica della direttiva viene individuata nel solo art. 95 TCE (ora art. 114 TFUE) e ciò ne rivela l'obiettivo dello strumento legislativo: il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri al fine di assicurare il conseguimento di un elevato livello di protezione del consumatore e di consentire l'instaurazione e il mantenimento del completo e corretto funzionamento del mercato interno (art. 1 dir.), obiettivi raggiungibili solo tramite lo sviluppo di pratiche commerciali leali (considerando n. 1).

Le pratiche commerciali sleali (e la frammentaria disciplina dei singoli Stati membri) si pongono, a parere della Commissione, come un ostacolo alla libera negoziazione e commercializzazione di beni e servizi determinando un'alterazione della concorrenza, del buon funzionamento del mercato

¹⁵ L'assolvimento del dovere di informazione va valutato non solo nel suo aspetto statico (scrutinio sul se la doverosa informazione è stata comunicata), ma anche nel suo aspetto dinamico, ossia a proposito delle modalità, della qualità e dell'efficacia della comunicazione affinché l'informazione resa per la formazione della volontà commerciale sia effettivamente funzionale al compimento di una scelta consapevole e utile alla soddisfazione del bisogno. Cfr. G. GRISI, *Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi*, in *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, a cura di G. ROJAS ELGUETA e N. VARDI, Roma, 2015, 62-63; ID., voce *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. Dir. Annali*, IV, Milano, 2011, *passim*, spec. 595 s. Cfr. anche il recente A. IULIANI, *Note minime in tema di trattamento dei dati personali*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 293 s., a proposito del capitalismo cognitivo come «passaggio [...] dall'economia materiale al ruolo capitale svolto dalla conoscenza, dall'informazione, dall'affettività e dalla comunicazione».

comune e finanche un *vulnus* alla certezza del diritto¹⁶. 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.

Come già accennato, poi, le diverse discipline sulle pratiche commerciali sleali (o meglio, le conseguenti disequaglianze di trattamento per gli operatori del mercato europeo) si pongono come un concreto ostacolo alla libera circolazione di beni e servizi. Lo strumento di armonizzazione minima utilizzato per lungo tempo dal legislatore europeo ha mostrato, dunque, tutta la sua inadeguatezza alla realizzazione di una disciplina unitaria nel mercato comune¹⁷, sia per quanto riguarda i consumatori nel caso di negoziazioni transfrontaliere, sia per quanto riguarda i rapporti tra professionisti per il versante della disciplina sulla pubblicità ingannevole.

Dall'armonizzazione delle discipline sulle pratiche commerciali sleali deriva «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'Unione europea. 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» (considerando n. 12)¹⁸.

Mentre il grado di armonizzazione delle legislazioni nazionali consumeristiche prospettato dalla Commissione in occasione del Libro Verde sulla tutela dei consumatori dell'Unione europea era minimo, la direttiva impo-

¹⁶ S. PERUGINI, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Diritto dei consumi. Soggetti, atto, attività, enforcement*, a cura di L. ROSSI CARLEO, Torino, 2015, 162.

¹⁷ S. AUGENHOFER, *Ein Flickenteppich oder doch der große Wurf? Überlegungen zur neuen RL über unlautere Geschäftspraktiken*, in *ZfRV*, 2005, 205.

¹⁸ G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/Ce*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2008, 6, evidenzia condivisibilmente che le profonde differenze tra gli ordinamenti impediscono agli operatori di adottare pratiche commerciali (e soprattutto campagne pubblicitarie) uniformi, costringendoli così a realizzare pratiche diversificate con il conseguente aggravio di costi e di rischi. Parimenti, per i consumatori la disarmonia tra le varie legislazioni si pone come un ostacolo alla contrattazione transfrontaliera dato che è impossibile per loro conoscere appieno i vari ordinamenti e, soprattutto, i vari strumenti di tutela.

ne, al contrario, un'armonizzazione massima arenatasi, però, sul versante della tutela individuale del consumatore che ha compiuto delle scelte commerciali sotto l'influenza di pratiche commerciali sleali.

La direttiva si compone di venticinque considerando – in cui si evidenziano le notevoli differenze tra le discipline degli Stati membri in ordine alle pratiche commerciali e alla pubblicità ingannevole –, ventuno articoli e due allegati, questi ultimi rispettivamente sulle pratiche commerciali reputate in ogni caso sleali e sulle disposizioni di diritto comunitario (*recte*, ora di diritto unitario o, più semplicemente, di diritto europeo) che stabiliscono norme in materia di pubblicità e comunicazione commerciale.

La tecnica legislativa adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio si concreta nel delineare disposizioni precettive negative, ossia di divieto, descrivendo le pratiche ritenute sleali di diritto o fino a prova contraria, le regole di individuazione degli elementi indiziari della slealtà di una pratica commerciale e gli strumenti che rendano effettivo tale precetto. La direttiva non identifica, dunque, la pratica “leale”, neanche tramite l'individuazione di elementi che evidenzino la sua correttezza, né descrive fattispecie derogatorie al generale divieto.

Il sistema delineato dal legislatore europeo è fondato sul generale divieto di porre in essere pratiche commerciali sleali, intendendo la slealtà come contrarietà alle norme di diligenza professionale e idoneità a falsare in misura rilevante il comportamento economico di un consumatore medio o di un determinato gruppo di consumatori ben individuabile e particolarmente vulnerabile. Va sottolineato come la nozione di “pratiche commerciali tra imprese e consumatori nel mercato interno” (rubrica della direttiva) sia talmente ampia da ricomprendere una qualsiasi attività posta in essere dal professionista verso la potenziale clientela e che temporalmente si colloca dalla fase del mero contatto tra i due operatori economici (tramite ad es. la *réclame*) a quella dell'esecuzione del contratto stipulato sotto l'influenza della pratica medesima.

Nel tentativo di dare un ordine sistematico al contenuto precettivo della direttiva, il legislatore europeo opera una sorta di *summa divisio* tra le pratiche commerciali che basano la loro slealtà sull'inganno e quelle che la fondano sull'aggressività della condotta del professionista, ma tale declinazione appare più di carattere descrittivo che sostanziale atteso che le pratiche del commercio sono sempre più variegate.

Se, dunque, il tecnicismo e la puntigliosità dell'aspetto più sostanziale della normativa appare non lasciare margini di manovra per i legislatori

nazionali in sede di recepimento, la stessa cosa non può dirsi per la parte procedimentale. Essa si caratterizza per la convivenza di strumenti inibitori e sanzionatori accanto alla disciplina dei codici di condotta. L'aspetto più controverso appare essere però la mancanza anche solo di un accenno ai rimedi privatistici individuali per i quali il considerando n. 9 sancisce che l'adozione della direttiva non tocca la disciplina contrattuale vigente nei singoli ordinamenti, lasciando così ai legislatori nazionali la libertà di scelta del rimedio individuale da predisporre per il consumatore che ha compiuto negozi giuridici sotto l'influenza di pratiche sleali. Questa libertà ha prodotto, come si vedrà *infra*, un risultato ben lungi da quello di armonizzazione massima voluto dal legislatore europeo.

La già richiamata vastità del tema affrontato dalla direttiva accentua un suo punto debole, ossia il mancato coordinamento tra gli artt. 1-13 dir. e il resto del diritto europeo¹⁹. Il legislatore unitario ha già disciplinato in diversi e specifici campi le limitazioni a condotte tenute dagli operatori nell'attività di commercializzazione dei loro prodotti e servizi, adottando un approccio "verticale", ossia rivolgendosi a determinati settori, ovvero determinate categorie di beni e servizi. La dir. 05/29 ha, invece, un approccio "orizzontale", avendo come contenuto quello generale della disciplina delle pratiche commerciali sleali²⁰, assurgendo, quindi, a "direttiva quadro"²¹. Da qui, dunque, la questione del coordinamento con le norme speciali la cui soluzione è relegata dalla direttiva al solo considerando n. 10 che limita l'applicabilità della stessa ai casi in cui i settori non siano già disciplinati da norme specifiche.

La dir. 05/29 fa riferimento alle pratiche commerciali sleali verso i consumatori e non tra professionisti. Per ciò che concerne i rapporti tra imprese, la direttiva disciplina solo il fenomeno della pubblicità ingannevole mentre, per le c.d. professioni regolamentate, l'art. 3, comma 8, dir. autorizza gli Stati membri a mantenere le disposizioni già esistenti contemplando la possibilità di introdurre deroghe più protettive nei riguardi dei consumatori nei settori dei servizi finanziari e dei beni immobili (art. 3, comma 9, dir.)²².

¹⁹ Problema segnalato da DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/Ce*, cit., 29 s.

²⁰ PERUGINI, *Le pratiche commerciali scorrette*, cit., 162.

²¹ O. SOSNITZA, *Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, in *WRP*, 2008, 2 s.

²² AA.VV., *Pratiche commerciali scorrette (2008 e primo semestre 2009)*, in *Conc. merc.*, 2010, a cura di A.M. GAMBINO-V. FALCE-A. STAZI, 223 s.

Le disposizioni appena descritte hanno il pregio di evidenziare, dunque, quanto già anticipato in ordine al fatto che la direttiva si propone il raggiungimento di un grado di armonizzazione massimo e completo, non consentendo perciò una deroga *in melius* a tutela del consumatore²³, ma che l'obiettivo appare ben lungi dall'essere stato raggiunto.

2.1. *Il divieto di pratiche commerciali scorrette.*

La direttiva sulle pratiche commerciali sleali ha rappresentato, all'indomani della sua entrata in vigore, un elemento di autentica novità nel panorama legislativo europeo, sia perché disciplina un fenomeno così vasto da ricomprendere ogni comportamento deputato alla commercializzazione di prodotti e servizi ai consumatori, sia per alcuni aspetti che sono stati definiti non solo innovativi, ma addirittura rivoluzionari²⁴.

La dimensione soggettiva della direttiva appare l'elemento più importante. Essa mette al centro non direttamente il mercato (e la finalità di tendere il più possibile alla concorrenza perfetta), ma il suo operatore economico più importante, ossia il consumatore. Più in particolare, la direttiva, imponendo un *duty of care* nei confronti dei consumatori, specialmente se vulnerabili, dà rilevanza giuridica esterna al comportamento commerciale degli operatori commerciali che trascende (e prescinde) dal rapporto diretto professionista-singolo consumatore²⁵ e che impone di sanzionare il primo per il sol fatto di aver posto in essere una pratica sleale.

Perché il *duty of care* imposto dalla direttiva sia concreto ed efficace, occorre definire il concetto stesso di pratica commerciale sleale, partendo proprio dalla sua qualificazione, ovvero la "slealtà".

È stata già evidenziata la difficoltà di ridurre ad un *unicum* la figura di

²³ V., tra i tanti, L.G. VIGORITI, *Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 522 o, nella letteratura straniera, J. STUYCKE-E. TERRYNT. VANDYCK, *Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*, in *Common Market L.R.*, 2006, 107 s.

²⁴ ORLANDO, *Le informazioni*, cit., 96.

²⁵ ORLANDO, *op. cit.*, 99, definisce questo fenomeno come "dimensione meta-individuale" della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette. V. anche A. FACHECHI, *La pubblicità, le pratiche commerciali e le altre comunicazioni*, in *Diritti e tutele dei consumatori*, a cura di G. RECINTO-L. MEZZASOMA-S. CHERTI, Napoli, 2014, 46-47.

pratica commerciale sleale data la vastità del comportamento che il legislatore europeo vuole sanzionare. Se non è possibile partire “dal basso”, ossia dalla sintesi delle pratiche commerciali oggetto del divieto, l’unica via praticabile per giungere a un accettabile grado di certezza giuridica nell’interpretazione del fenomeno è quella di delineare il più precisamente possibile il concetto di slealtà.

Come già anticipato, secondo l’art. 5, comma 2, dir., una pratica commerciale è sleale se è contraria alle norme di diligenza professionale e se è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio.

Appare del tutto evidente che una pratica commerciale è efficace se influenza la scelta del consumatore indirizzandola verso l’acquisto di beni o la fruizione di servizi di chi pone in essere la pratica. Questo quadro è volutamente approssimativo poiché le dinamiche commerciali sono assai più complesse, ma aiuta a comprendere che l’oggetto della direttiva non sono le pratiche commerciali in quanto tali (del resto la capacità di influenzare è il cuore del *marketing*²⁶), ma sono solo quelle che raggiungono un grado di incisività tale da “distorcere”, tramite un comportamento contrario alla diligenza professionale, la capacità decisionale del consumatore facendogli assumere una decisione che, in mancanza dell’elemento di “disturbo”, sarebbe stata diversa.

Il quadro appena delineato rievoca il dibattito intorno al rapporto tra *dolus malus* e *dolus bonus* giacché, anche in questo caso, il *discrimen* tra la condotta sanzionata con il rimedio invalidatorio e quella tollerata appare essere quello del grado di incisività della condotta stessa.

Il considerando n. 6 espressamente evidenzia come la dir. 05/29 lasci impregiudicate le pratiche pubblicitarie «generalmente ammesse», riproponendo il ricorso alla prassi commerciale come criterio di valutazione della slealtà della pratica (come per la valutazione in campo contrattuale del *dolus bonus*), includendo in questo gruppo il *product placement* consentito (ossia il posizionamento del prodotto in scene cinematografiche o televisive, previo avviso alle utenze della presenza di questa pratica) e la differenziazione del marchio.

Il legislatore europeo, avendo ben chiaro che le moderne pratiche commerciali si concretano in una serie di attività, protocolli ecc., tese a influen-

²⁶ Cfr. G. ALPA, *Considerazioni conclusive*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, cit., 363.

zare il comportamento economico dei consumatori²⁷, ha inteso sanzionare solo quelle pratiche “eccessivamente incisive”, ossia che raggiungono il risultato distorsivo tramite un comportamento contrario alla diligenza professionale.

3. I decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2007.

La direttiva sulle pratiche commerciali sleali è stata recepita dal legislatore nazionale con il d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146 tramite la modifica degli artt. dal 18 al 27 cod. cons. (che prima accoglievano le norme in materia di pubblicità ingannevole ora disciplinate dal d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145²⁸) e l'introduzione degli artt. 27-*bis*, *ter* e *quater*. La scelta di espungere dal codice del consumo le norme sulla pubblicità ingannevole che avevano come destinatari non i consumatori bensì le imprese ha l'effetto di sanare la loro originaria collocazione sistematica nel d.lgs. n. 206/2005 che appariva non corretta²⁹.

L'opzione del legislatore nazionale di sostituire le disposizioni sulla pubblicità ingannevole con quelle sulle pratiche commerciali scorrette persegue la *ratio* di disciplinare separatamente un fenomeno almeno in parte coincidente in funzione dei diversi destinatari dello stesso. Dopo l'entrata in vigore dei dd.lgs. nn. 145 e 146 del 2007, infatti, la pubblicità ingannevole, se rivolta esclusivamente ai professionisti, è disciplinata dal d.lgs. n. 145/2007 mentre, se rivolta ad un consumatore, rientra nella novella del codice del consumo integrando quei comportamenti contrari alla diligenza professionale e idonei a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico di un consumatore medio ovvero di un gruppo di consumatori particolarmente sensibili in relazione al prodotto che essi intendono acquistare³⁰.

²⁷ P. KOTLER-K. KELLER, *Marketing management*¹², a cura di W.G. SCOTT, trad. it. a cura di F. SARPI, Milano, 2007, 7 s.

²⁸ Sul rapporto tra le due discipline v. C. PIAZZA, *Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali sleali. Tutela amministrativa e giurisdizionale*, in *Dir. informaz. informat.*, 2008, 1 s.

²⁹ Per C. GRANELLI, *Il codice del consumo a cinque anni dall'entrata in vigore*, in *Obbl. contr.*, 2010, 731, tale scelta si è rilevata quanto meno opportuna e pone rimedio a una “frattura” evidenziata da diversi commentatori riguardo a una normativa non direttamente finalizzata alla tutela del consumatore.

³⁰ R. DI RAIMO, *La nuova disciplina della pubblicità commerciale*, in *Pratiche commer-*

L'atto di recepimento modifica, inoltre, la qualificazione originaria adottata dalla direttiva da pratica commerciale "sleale" a pratica commerciale "scorretta" al fine di evitare una possibile (ma invero improbabile) confusione con la disciplina dettata in materia di concorrenza sleale dagli artt. 2598 s. c.c.³¹

La materia ha subito una modifica assai significativa, che ha riservato delle ricadute notevoli di chiave sistematica, ad opera dell'art. 7, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012 n. 27, il quale ha esteso il divieto di pratiche commerciali scorrette oltre i rapporti tra professionisti e consumatori includendovi anche quelli tra professionisti e "microimprese"³².

Viene introdotto sulla scena del diritto dei consumatori un nuovo attore

ciali scorrette e codice del consumo, cit., 480 s., spec. 483, invero, evidenza come una così netta divisione sul piano meramente soggettivo non corrisponda a una divisione sul piano dell'interesse protetto. I diversi interessi dei destinatari (consumatori – e microimprese – e professionisti) sono assorbiti dal prevalente e unitario interesse che la disciplina in esame intende tutelare, ossia quello del corretto funzionamento del mercato concorrenziale. Secondo tale condivisibile lettura, l'applicazione di una disciplina rispetto all'altra sarebbe un problema di legittimazione ad agire per la tutela dell'interesse leso.

³¹ V. le prime riflessioni sulla portata della normativa di E. BATTELLI, *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in *Contr.*, 2007, 1113 s., e anche in *Codice del consumo*², a cura di E.M. TRIPODI-E. BATTELLI, Milano, 2008, 153 s.

³² Il legislatore nazionale è intervenuto sulla disciplina delle pratiche commerciali scorrette altre volte: con l'art. 22 l. 23 luglio 2009, n. 99, è stato introdotto l'art. 22-*bis* cod. cons. che specificamente disciplina la pubblicità ingannevole nelle tariffe marittime; con il d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni con la l. 22 dicembre 2011, n. 214 (poi ancora modificato con il d.l. n. 1/2012) è stato aggiunto il comma 3-*bis* all'art. 21 cod. cons. per cui è considerata scorretta la pratica commerciale di una banca o intermediario finanziario che pone come condizione dell'apertura di un conto corrente bancario la sottoscrizione di una polizza assicurativa stipulata con la stessa banca; con il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni con la l. 17 dicembre 2012, n. 221, è stato introdotto il comma 4-*bis* sempre all'art. 21 cod. cons. secondo cui è considerata scorretta l'applicazione di un sovrapprezzo per la conclusione di transazioni elettroniche; con il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, è stata modificata la lett. f) dell'art. 26, comma 1, cod. cons. per cui ora si ritiene aggressiva la fornitura di beni non richiesti; con il d.lgs. 21 dicembre 2014, n. 21 è stato inserito il comma 1-*bis* all'art. 27 cod. cons. a proposito della competenza dell'Autorità *antitrust* in caso di pratiche commerciali scorrette in settori di mercato sottoposti al controllo di altre autorità indipendenti; con il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 è stato modificato il comma 13 del medesimo art. 27 cod. cons. in materia di sanzioni comminabili dall'AGCM.

identificato dal d.l. n. 1/2012 con le «entità, società di persone o associazioni, che, a prescindere dalla forma giuridica esercitano un'attività economica anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'art. 2, § 3, dell'allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003»³³.

Con una novella apparentemente semplice il legislatore italiano ha esteso la tutela consumeristica alle piccole imprese (*rectius*: microimprese) che finora dottrina e giurisprudenza si erano spesi per escludere, salvo che per le sole ipotesi espressamente previste come l'abuso di posizione dominante e il ritardo dei pagamenti nelle transazioni commerciali³⁴.

³³ Come si avrà modo di evidenziare *infra*, l'art. 7 d.l. n. 1/2012 *ante* conversione con modificazioni recava una definizione di microimpresa ben più ampia, limitandosi a descrivere questo nuovo soggetto come delle «entità, società di persone o associazioni, che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica artigianale e altre attività a titolo individuale o familiare» senza predisporre alcuna specificazione di carattere qualitativo o di fatturato/bilancio annuo, specificazione poi avvenuta in sede di conversione in legge. Il riferimento alla «microimpresa» non è del tutto sconosciuto all'ordinamento italiano essendo stato già utilizzato, ad es., in tema di credito al consumo e alle imprese. Sulle microimprese in generale v. G. MORELLI, *Credito e imprese – credito e microimpresa: le esperienze di tre provincie italiane*, in *Riv. banc.*, 2006, 30 s.; L. BENVENUTO, *La nozione di “microimpresa”, di “piccola” e di “media impresa” negli aiuti alle attività produttive*, in *Corriere trib.*, 2005, 2213 s.; G.R. STUMPO, *La definizione di microimpresa e Pmi*, in *Dir. prat. soc.*, 2003, 43 s.; sulle microimprese nel diritto dei consumatori v. S. PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 409 s., spec. 431 s.; G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e «microimprese»*, in *Leggi civ. comm.*, 2014, 3 s.; E. BACCIARDI, *La limitazione del recesso delle microimprese tra pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole*, in *Nuova giur. comm.*, 2014, 239; E. LABELLA, *Tutela della microimpresa e “terzo contratto”*, in *Europa dir. priv.*, 2015, 857 s.; F. TRUBIANI, *La microimpresa dentro e fuori il Codice del consumo*, in *Studium iuris*, 2016, 1151 s.

³⁴ Il dibattito, in realtà, è più complesso e lo si è tratteggerà *infra*. Si pensi alla sentenza Corte cost. 22 novembre 2002, n. 469, su cui si tornerà a breve, che ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 33 cod. cons. nella parte in cui non equipara al consumatore le piccole imprese e quelle artigiane reputando le stesse idonee a contrarre su un piano di formale parità con i professionisti. L. MEZZASOMA, *Consumatore e Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 319 (anticipato in ID., *La protección del contratante débil en la legislación italiana*, in *Rev. Jur. Daños*, 2012, 1 s.), evidenzia come la condizione di debolezza di un soggetto non può essere oggetto di una presunzione assoluta basata sulla qualificazione soggettiva, ma, la sua variabilità e mutevolezza do-

Alla luce del citato intervento novellativo, il sistema delineato dai dd.lgs. nn. 145 e 146 del 2007 appare il seguente: a) una qualsiasi pratica commerciale (comprendente anche la pubblicità) che coinvolge i consumatori è disciplinata dal Titolo III del codice del consumo; b) una pratica commerciale che si concreta nella pubblicità e che coinvolge le microimprese è disciplinata dal d.lgs. n. 145/2007; c) una pratica commerciale diversa dalla pubblicità e che coinvolge le microimprese è disciplinata dal Titolo III del codice del consumo³⁵; d) una pratica commerciale che si concreta nella pubblicità e che coinvolge solo operatori professionisti è disciplinata dal d.lgs. n. 145/2007.

Secondo la nuova formulazione del Capo II del codice del consumo, il comportamento del professionista contrastato dall'ordinamento non si concreta più solamente nella diffusione della pubblicità ingannevole, ma ingloba una gamma ben più ampia di azioni e di omissioni quali, ad esempio, dichiarazioni commerciali o contegni tenuti dal professionista o dai suoi commessi, institori, procacciatori d'affari ecc., al fine di promuovere e vendere un prodotto o un servizio a un consumatore, ovvero a un gruppo di consumatori, e a una microimpresa.

Anche in sede di recepimento, dunque, la differenza con la disciplina previgente è lampante: ora la specola non è più quella esclusiva del messaggio pubblicitario (che continua, comunque, a rivestire un'importanza primaria), ma quella di un "qualsiasi comportamento" positivo o negativo, attivo o passivo, idoneo a falsare in maniera rilevante le scelte di un soggetto che, non entrando in contatto con il commerciante come suo pari ma come un consumatore di media accortezza e conoscenza, può non avere quella dimestichezza con le pratiche del commercio che gli consentirebbero una serena ed obiettiva scelta sul "se" contrarre e a quali condizioni³⁶.

vrebbe spingere a spostare l'asse del sistema verso una presunzione relativa. Con il ricorso alla presunzione relativa si toglierebbe la tutela al c.d. consumatore esperto, ossia un consumatore che possiede un'adeguata conoscenza del settore in cui compie l'attività consumeristica, ma ciò innanzitutto discosterebbe il sistema italiano da quello del resto dei Paesi europei che hanno recepito rigorosamente la direttiva sulle clausole abusive e aprirebbe le porte a un (ulteriore) ricorso al contenzioso il cui sol pericolo scoraggerebbe molti consumatori dall'invocare la tutela di cui hanno diritto.

³⁵ Riguardo alle lett. b) e c), il coinvolgimento della microimpresa rileva solo se essa è destinataria della pratica e non già il soggetto che la adotta.

³⁶ Cfr. F. SEBASTIO, *I consumatori di fronte alle pratiche commerciali delle imprese*, in *Disc. comm.*, 2007, 37 s.

