

PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE: TUTELE INDIVIDUALI

Proprio il giorno, 6 settembre 2007, in cui veniva pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il D.Lgs. n. 146/2007 – che, in attuazione della direttiva 2005/29/CE, introduceva nel codice del consumo, con la tecnica della novella, la disciplina nazionale delle “pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori” – avevo la ventura di svolgere, in occasione di un convegno camerte, una relazione incentrata giusto sul tema dei rimedi civilistici accessibili al singolo consumatore rimasto concretamente vittima di una pratica commerciale scorretta posta in essere da un professionista ¹.

* * *

Punto di partenza delle mie riflessioni di allora era l’osservazione che la direttiva 2005/29/CE – se *sul versante sostanziale* era “impostata sull’armonizzazione completa”²; con la conseguenza che il legislatore nazionale non avrebbe potuto discostarsi dalle sue statuizioni né per abbassare, ma neppure per innalzare la soglia di tutela riservata ai consumatori – *sul piano rimediabile* [sul piano, cioè, delle “sanzioni da irrogare in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in applicazione della presente direttiva” (art. 13 Dir. 2005/29/CE), così come sul piano dei procedimenti destinati alla loro concreta adozione] la stessa si rimetteva invece ampiamente ai legislatori nazionali: da un lato, demandando loro il compito di determinare le “sanzioni da irrogare” (seppure nel rispetto del principio per cui le stesse “devono essere effettive, proporzionate e dissuasive”) (art. 13 Dir. 2005/29/CE); da altro lato, investendo però i singoli Stati membri del compito di “assicurare che esistano mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali” (art. 11, par. 1, Dir. 2005/29/CE), concretamente individuando tali “mezzi” (se “un’azione giudiziaria”, ovvero il “giudizio di un’autorità amministrativa” o – in aggiunta ai primi – “altri mezzi”), la relativa legittimazione attiva e passiva (art. 11, par. 1, Dir. 2005/29/CE), i poteri attribuiti, in via d’urgenza e in sede di

(¹) Relazione pubblicata con il titolo *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l’attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, pp. 776 ss.

(²) Così, testualmente, il suo “Considerando 14”. V. anche il “Considerando 15”.

merito, all’Autorità (giudiziaria e/o amministrativa) competente (art. 11, par. 2, Dir. 2005/29/CE), ecc.

Con il senno di poi – ma la circostanza era facilmente prevedibile già *ex ante* – la scelta operata dalla direttiva europea si è dimostrata foriera di una differenziazione particolarmente accentuata nelle tutele dai diversi ordinamenti nazionali riservate al consumatore leso da una pratica commerciale scorretta; con la conseguenza di un sostanziale ridimensionamento – Giovanni De Cristofaro parla, senza inutili eufemismi, di “esito fallimentare” – “dell’ambizioso tentativo di armonizzare in modo ‘completo’ e ‘totale’ le legislazioni nazionali compiuto attraverso l’adozione della direttiva 2005/29/CE”³.

Di ciò sembrano aver ora preso coscienza anche le Istituzioni dell’Unione.

Infatti, nella recentissima risoluzione, approvata dal Parlamento Europeo in data 17 aprile 2019, sulla proposta di modifica (anche) della direttiva 2005/29/CE, così si legge testualmente: “le attuali norme nazionali in materia di sanzioni sono molto diverse nell’Unione. (...) Pertanto, le norme esistenti in materia nella direttiva (...) 2005/29/CE (...) dovrebbero essere migliorate” (“Considerando 5”); in particolare, “dovrebbero essere introdotti criteri comuni non esaustivi e indicativi di applicazione delle sanzioni” (“Considerando 7”). Quanto poi alla tutela individuale dei consumatori lesi da una pratica commerciale scorretta – se è vero, sottolinea la medesima risoluzione, che “l’Unione ha già adottato una serie di misure (...) per rafforzare l’attuazione dei diritti dei consumatori e dei rimedi” – non è men vero che “restano tuttavia delle carenze nelle legislazioni nazionali per quanto riguarda (...) rimedi individuali insufficienti per i consumatori danneggiati da violazioni della legislazione nazionale che recepisce la direttiva 2005/29/CE” (“Considerando 3”).

Potremmo trovarci, quindi, alla vigilia di una modifica non marginale della direttiva 2005/29/CE, che imporrebbe ai singoli Stati membri un correlativo obbligo di adeguamento della propria normativa interna di recepimento.

* * *

⁽³⁾ Così, testualmente, G. DE CRISTOFARO, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diversi diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 903, cui si rinvia senz’altro per un’analisi ampia ed articolata delle soluzioni variamente adottate, in attuazione della direttiva 2005/29/CE, nei diversi Stati dell’Unione.

La *seconda osservazione* che facevo allora era che, nel dar attuazione alla direttiva europea, il legislatore italiano si era mosso nell’ottica di predisporre “sanzioni” e “mezzi” volti non tanto alla *tutela dei singoli consumatori* concretamente lesi da una pratica commerciale scorretta, quanto piuttosto alla *tutela del mercato* (e con esso, da un lato, dei consumatori *collettivamente* considerati e, da altro lato, sempre *collettivamente*, dei concorrenti corretti che su detto mercato operano) ⁴.

In quest’ottica veniva a collocarsi, in particolare, il principale e più innovativo dei rimedi introdotti dalla novella per contrastare il fenomeno delle pratiche commerciali scorrette: quello dell’attribuzione ad un’Autorità indipendente – l’AGCM – del potere, da un lato, di inibire la diffusione o la continuazione di pratiche commerciali siffatte (art. 27, commi 2 e 8, cod. cons.) e, da altro lato, di comminare al professionista che le avesse adottate una sanzione amministrativa pecuniaria, commisurata alla gravità ed alla durata della violazione (art. 27, comma 9, cod. cons.) ⁵.

Con il senno di poi, tale ultima affermazione merita una (seppur marginale) puntualizzazione.

Nella prassi, infatti, l’intervento dell’AGCM si è talora risolto, in concreto, (anche) in un beneficio per i consumatori *uti singuli*.

Mi spiego.

L’art. 27, comma 7, cod. cons. – è a tutti ben noto – prevede testualmente 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, valutata l’idoneità di tali impegni, può renderli obbligatori per il professionista e definire il procedimento *senza* procedere all’*accertamento dell’infrazione*”. Ed è altrettanto noto che quello della chiusura del procedimento istruttorio avviato dall’AGCM per pratiche commerciali scorrette attraverso il meccanismo degli “impegni” costituisce – oggi – ipotesi statisticamente tutt’altro che marginale: così, ad es., su 117 procedimenti dall’AGCM definiti nel 2017 in tema di pratiche commerciali scorrette (pubblicità ingannevole e comparativa, diritti

⁽⁴⁾ V. “Considerando 8”.

⁽⁵⁾ Sui limiti e sulle criticità dell’intervento dell’AGCM in tema di pratiche commerciali scorrette mi ero soffermato in *Il codice del consumo a cinque anni dall’entrata in vigore*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, pp. 737 s.

dei consumatori) ben 24 – oltre il 20%, dunque – risultano chiusi proprio facendo ricorso allo strumento degli “impegni”⁶.

Ora, negli ultimi anni spazio sempre crescente sembrano aver trovato, nella prassi, “impegni” in forza dei quali il professionista si obbliga non solo a desistere, per il futuro, da una pratica commerciale della cui correttezza vi è ragione di dubitare, ma si obbliga altresì a porre in essere condotte tese ad elidere, in toto o almeno in parte, gli effetti negativi che la stessa dovesse aver anteriormente già prodotto in danno di singoli consumatori.

Così, ad es., con il provvedimento n. 26081– emesso in data 11.10.2017 in esito ad un procedimento (PS 10593), nell’ambito del quale Poste Italiane s.p.a. era 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”, che da gratuita era stata resa a pagamento – l’AGCM ha accettato l’“impegno” del professionista di (tra l’altro) “rimborsare il costo del canone della carta Postamat a tutti i clienti” cui era stato già addebitato.

Del pari, con i provvedimenti nn. 26790, 26791 e 26792 – emessi in data 27.9.2017 in esito a tre distinti procedimenti (PS 10548, 10614, 10694), nell’ambito dei quali tre fra i maggiori produttori di grandi elettrodomestici (Whirlpool, titolare dei marchi Indesit, Ariston, Ignis, Bauknecht, Kitchen Aid, Scholtes e Whirlpool; Candy Hoover, titolare dei marchi Candy, Hoover e Zerowatt; ed Elettrolux, titolare dei marchi AEG, Elettrolux, Rex, Zanussi e Zoppas) 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” – l’AGCM ha accettato l’“impegno” dei professionisti di (tra l’altro) riconoscere specifiche misure compensative a favore dei singoli consumatori, ai quali era stato richiesto il pagamento del contestato “diritto di chiamata”.

In casi come quelli appena ricordati, i professionisti hanno evidentemente trovato conveniente formulare una proposta di “impegni” che, in concreto, importava (anche) un beneficio diretto per i singoli consumatori rimasti vittima della pratica commerciale sospettata di essere “scorretta”, piuttosto che rischiare una probabile censura da parte dell’AGCM, normalmente destinata a riflettersi negativamente sulla loro immagine

⁶) Dati riportati nella *Relazione annuale sull’attività svolta* nel 2017 dall’AGCM, p. 193; in decisa crescita rispetto a quelli fatti registrare nell’anno precedente, in cui erano stati definiti a mezzo di accettazione di “impegni” 11 procedimenti a fronte di un totale di 93 (dati, questi ultimi, riportati nella *Relazione annuale sull’attività svolta* nel 2016 dall’AGCM, p. 227).

commerciale, e contestualmente evitare una possibile sanzione amministrativa pecuniaria, di entità spesso tutt'altro che trascurabile. Si ricordi, a quest'ultimo riguardo, che l'AGCM, nel 2017, ha irrogato sanzioni amministrative pecuniarie per il complessivo importo di oltre 78 milioni di euro; con un *trend* decisamente in crescita – del 47% – rispetto a quello dell'anno precedente, quando si era attestato attorno ai 53 milioni di euro ⁷.

Né va dimenticato che, al di fuori di qualsiasi previsione a livello di legge ordinaria, il regolamento sulle procedure istruttorie in materia (anche) di pratiche commerciali scorrette, dall'AGCM adottato con deliberazione 1.4.2015, n. 25411, prevede – al suo art. 4, comma 5 – che, “ad eccezione dei casi di particolare gravità, qualora sussistano fondati motivi tali da ritenere che (...) la pratica commerciale costituisca (...) una pratica commerciale scorretta, il responsabile del procedimento, dopo averne informato il Collegio, può invitare il professionista, per iscritto, a rimuovere i profili (...) di possibile scorrettezza di una pratica commerciale (*moral suasion*)”. Anche siffatto strumento di definizione dei procedimenti in materia di pratiche commerciali scorrette, che ne importa l'*archiviazione* addirittura *già in fase pre-istruttoria* (art. 5, comma 1 lett. *d*, deliberaz. n. 25411/2015), ha fatto registrare – come noto – un progressivo, crescente successo: si pensi che, a fronte dei 117 procedimenti dell'AGCM definiti con provvedimento nell'anno 2017, le archiviazioni per esito positivo della *moral suasion* sono state ben 76 ⁸. Ora, anche in quest'ultimo caso – esattamente come in quello degli “impegni” – la definizione del procedimento fa “leva sulla disponibilità degli interlocutori” ⁹ (cioè, dei professionisti), che dunque, pur di chiudere *in limine* il procedimento che li vede coinvolti, ben potrebbero aver interesse a rimuovere non solo i possibili profili di scorrettezza di una data pratica commerciale, ma ad altresì eliminarne gli effetti negativi fino a quel momento prodottisi in danno dei singoli consumatori.

Resta l'ipotesi (per così dire) ordinaria: quella, cioè, in cui il procedimento aperto dall'AGCM si chiude, dopo regolare istruttoria, con un provvedimento che accerta l'illegittimità di una determinata pratica commerciale ¹⁰. Con riferimento a tale

(⁷) Dati riportati nella *Relazione annuale sull'attività svolta* nel 2017 dall'AGCM, p. 194.

(⁸) Dati riportati nella *Relazione annuale sull'attività svolta* nel 2017 dall'AGCM, pp. 193 s.; in decisa crescita rispetto a quelli fatti registrare nell'anno precedente, in cui, a fronte di un totale di 112 procedimenti definiti con provvedimento, quelli archiviati in esito ad un'opera di *moral suasion* erano stati 51 (dati, questi ultimi, riportati nella *Relazione annuale sull'attività svolta* nel 2016 dall'AGCM, p. 228).

(⁹) Così si esprime la *Relazione annuale sull'attività svolta* nel 2017 dall'AGCM, p. 198.

eventualità, l’Autorità – seppure l’art. 27, comma 2, cod. cons. la legittimi espressamente all’adozione di un provvedimento che non solo “inibisca la continuazione” della pratica commerciale giudicata “scorretta”, ma altresì “*ne elimini gli effetti*” – ritiene di non poter, in tale ultima direzione, andar oltre l’imposizione di quella “pubblicazione della delibera, anche per estratto, ovvero di un’apposita dichiarazione rettificativa, in modo da impedire che le pratiche commerciali scorrette continuino a produrre effetti”, che è testualmente prevista nel comma 8 dello stesso art. 27.

Nonostante ciò, è talora accaduto che da un provvedimento sanzionatorio adottato dall’AGCM sia derivato un qualche beneficio anche per il consumatore singolo.

Si pensi, ad es., ai ben noti provvedimenti nn. 26757 e 26758 – emessi in data 20.9.2017 in esito a due procedimenti (PS 10677 e PS 10678) nell’ambito dei quali a due dei principali 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.) ed a quattro importanti istituti di credito che costituivano il principale canale di vendita dei preziosi commercializzati dai due operatori (rispettivamente, Unicredit e Banco BPM per IDP; Intesa Sanpaolo e Monte dei Paschi di Siena per DPI) era contestata la presentazione decettiva dei diamanti come investimento in un bene rifugio, in grado di conservare il valore del capitale investito, grazie alla loro sicura redditività e facile liquidabilità – in forza dei quali l’AGCM, ritenendola ingannevole, 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.

Ora, senza che fossero a ciò obbligate dal provvedimento dell’Autorità, le banche interessate – a tutela della loro immagine commerciale, non poco offuscata dal coinvolgimento nella clamorosa vicenda – si sono *autonomamente* orientate ad assumere misure concretamente rivolte a ridurre l’impatto negativo che l’acquisto dei diamanti aveva determinato sul patrimonio dei clienti che li avevano comprati ¹¹.

⁽¹⁰⁾ Il numero dei procedimenti dell’AGCM, che si concludono con l’accertamento della “non violazione” della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette, risulta estremamente ridotto (oggi, in percentuale di circa il 3% sul totale): esito, quest’ultimo, frutto della “scelta dell’Autorità, in un’ottica di efficienza ed efficacia, di concentrare gli interventi sui casi che già *prima facie*, in fase di avvio, appaiono presentare una maggiore pericolosità (...), oltre che di focalizzare le istruttorie su condotte di particolare gravità” (così si legge, testualmente, a p. 196 della *Relazione annuale sull’attività svolta* nel 2017 dall’AGCM).

⁽¹¹⁾ Peraltro, non sempre gli istituti di credito sono riusciti a trovare una soluzione bonaria con la clientela: v. Trib. Verona (ord.) 23.5.2019, in *Quotidiano giuridico*, che ha condannato la banca a corrispondere al

Peraltro – e concludendo sul punto – allo stato, non è certo sull'intervento dell'AGCM che i singoli consumatori vittima di una pratica commerciale scorretta possono far *generalizzato* affidamento.

E ciò anche per il fatto che il già citato regolamento sulle procedure istruttorie, che la stessa Autorità si è dato, la autorizza – “in ragione degli obiettivi di razionalizzazione, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa” – da un lato, a fissare “le priorità di intervento che intende perseguire” e, da altro lato, a chiudere con un “non luogo a provvedere”, senza neppure avviare la fase istruttoria, le “richieste di intervento relative a condotte isolate ovvero non rientranti tra le priorità di intervento dell'Autorità” (così si esprime l'art. 5, comma 1 lett. f, delib. n. 25411/2015). Con il risultato che attualmente l'AGCM definisce non più di 60/80 procedimenti all'anno relativamente a pratiche commerciali sospettate di essere “scorrette”¹², previamente selezionate fra quelle in cui “la condotta del professionista non sia rivolta ad un numero determinato di destinatari, bensì ad una platea (anche solo astrattamente) indefinita di consumatori”¹³; con l'esito – come già altra volta ho avuto modo di sottolineare – che è più facile ritrovare, fra i professionisti sanzionati dall'Autorità, esponenti del *gotha* della grande imprenditoria italiana e non solo (specie dei settori dell'energia, dell'industria, delle comunicazioni, del credito, delle assicurazioni, dei trasporti, della farmaceutica, dell'alimentazione) piuttosto che piccoli o medi imprenditori o esercenti le professioni liberali¹⁴.

A dispetto delle aspettative suscitate dai primi provvedimenti giudiziari adottati sul tema specifico¹⁵, nell'esperienza di questi ultimi anni praticamente inesistenti si sono

cliente, a titolo risarcitorio, un importo pari alla differenza fra il corrispettivo pagato per l'acquisto dei diamanti ed il loro valore effettivo.

(¹²) Nell'arco di tempo – 7 anni – in cui l'AGCM è stata presieduta da Giovanni Pitruzzella sono stati conclusi 646 procedimenti per pratiche commerciali scorrette (il dato è tratto dalla *Relazione Annuale* del Presidente dell'AGCM in data 12.7.2018, p. 18).

(¹³) Così si esprime il provvedimento AGCM n. 18995 in data 16.10.2008 (procedimento PS 19).

(¹⁴) Cfr. C. GRANELLI, *Il codice del consumo a cinque anni dall'entrata in vigore*, cit., p. 736; ID., “*Diritti dei consumatori*” e tutele nella recente novella del Codice del consumo, in *I Contratti*, 2015, pp. 66 s.

(¹⁵) Cfr. Trib. Roma, 30.4.2008, in *Foro it.*, 2008, I, 2688 ss., in forza della quale il giudicante – premesso che doveva ritenersi pratica commerciale ingannevole (ai sensi dell'art. 21 cod. cons.) la condotta tenuta da Sky nel comunicare in termini poco trasparenti ai propri clienti che, se non le avessero dato tempestiva disdetta dal servizio, sarebbe stato loro addebitato, in futuro, un corrispettivo per l'invio di una rivista, contenente il palinsesto delle trasmissioni dei canali satellitari Sky, che fino a quel momento era stata loro spedita gratuitamente – aveva ordinato all'impresa di “riaccreditare in unica soluzione, in occasione della prima fatturazione successiva al presente provvedimento, in favore di tutti gli abbonati (...), cui sino ad oggi sia stato addebitato un costo (...) per la spedizione delle riviste ‘Sky magazine’ o ‘Sky life’, l'intera somma percepita oltre interessi legali dalle date di ogni addebito”: ora, è evidente che un siffatto provvedimento, pur concepito “a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti” (art. 140,

rivelati invece i benefici derivati, sia pur in via indiretta e riflessa, ai singoli consumatori concretamente lesi da una pratica commerciale scorretta dal ricorso all'altro strumento dal codice del consumo contemplato a presidio degli interessi *collettivi* dei consumatori: quello – azionabile avanti all'AGO – oggi disciplinato dall'art. 140 cod. cons. Sebbene il 1° comma di detto articolo legittimi il giudice, adito da una delle associazioni dei consumatori di cui all'art. 139 cod. cons., non solo ad “inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti” e ad “ordinare la pubblicazione del [relativo] provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate” (art. 140, comma 1 lett. *a e c*, cod. cons.), ma anche ad “adottare le *misure idonee a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate*” (art. 140, comma 1 lett. *b*, cod. cons.), la (peraltro significativamente poco numerosa) giurisprudenza formatasi al riguardo appare decisamente orientata a ritenere – come si esprime una recente decisione della sezione imprese del Tribunale di Milano ¹⁶ – che non possa essere “accolta la domanda svolta dalla [associazione dei consumatori] ricorrente di condanna della convenuta [impresa] al risarcimento del danno in favore dei consumatori (...) ¹⁷, posto che tale domanda – che *non* potrebbe di per sé collocarsi nel novero delle misure che il giudice potrebbe pronunciare al fine di correggere od eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate – appare estranea all'ambito proprio del procedimento in questione. La questione di un eventuale risarcimento del danno in favore dei singoli consumatori appare riconducibile all'ambito delle azioni individuali di

comma 1°, cod. cons.), si risolveva, in concreto, in una sorta di ripristino della situazione in cui i singoli consumatori si sarebbero trovati, ove la pratica commerciale scorretta non fosse stata posta in essere; in buona sostanza, in una sorta di tutela – oltre che degli interessi dei consumatori collettivamente considerati – anche degli interessi dei consumatori *uti singuli*.

(¹⁶) V. Trib. Milano, 3.7.2017, in *Leggi d'Italia*.

(¹⁷) Nel caso di specie – censurata la condotta di un professionista che aveva “applicato percentuali di sconto sui prezzi dei capi di abbigliamento [messi in vendita nel periodo dei saldi] mediante l'apposizione sui medesimi di un bollino indicante il prezzo di listino del capo, la percentuale di sconto applicata e il prezzo finale risultante di detto sconto”, celando però che “in realtà il prezzo di listino era originariamente inferiore a quello riportato sul bollino autoadesivo e sul quale era applicato lo sconto”; con il risultato che, in concreto, era stato “applicato un sconto mendace, idoneo a trarre in inganno il consumatore ed a falsare la sua scelta di acquisto, in quanto esso dall'esame del bollino ha tratto la convinzione di conseguire un vantaggio in termini economici sulla base di un presupposto errato (il costo originario del capo)” – l'associazione attrice aveva chiesto che il Tribunale, oltre che inibire “la prosecuzione dell'attività lesiva posta in essere dalla convenuta”, volesse “provved[ere] ad eliminare gli effetti lesivi della stessa condannando [l'impresa convenuta] al risarcimento del danno per gli importi indebitamente pagati dai consumatori”.

pertinenza di ciascuno di essi o a quella prevista dall'art. 140-*bis* D.lgs. n. 206 del 2005"¹⁸.

Nè vi è motivo di ritenere che un siffatto indirizzo abbia a modificarsi significativamente a seguito dell'entrata in vigore, a far tempo dal 19 aprile del prossimo anno, del nuovo art. 840-*sexiesdecies* cod. proc. civ. – introdotto con L. 12.4.2019, n. 31, con correlativa abrogazione degli artt. 139 e 140 cod. cons. (v. art. 5 L. n. 31/2019) – che, pur allargando significativamente l'ambito di applicazione dell'azione inibitoria collettiva e la relativa legittimazione sia attiva che passiva, non pare tuttavia destinata ad incidere sostanzialmente sul contenuto del provvedimento attraverso di essa conseguibile: (i) "l'ordine di cessazione o il divieto di reiterazione della condotta omissiva o commissiva" posta "in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti" (art. 840 *sexiesdecies*, commi 1 e 6, cod. proc. civ.); (ii) la "condanna [del]la parte soccombente a dare diffusione del provvedimento, nei modi e nei tempi definiti nello stesso, mediante utilizzo di mezzi di comunicazione ritenuti più appropriati" (art. 840 *sexiesdecies*, comma 8, cod. proc. civ.); nonché – non diversamente da quanto fin qui previsto dal morituro art. 140 cod. cons. – (iii) l'ordine "che la parte soccombente adotti le *misure idonee ad eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate*" (art. 840 *sexiesdecies*, comma 7, cod. proc. civ.).

Un significativo "cambio di passo" potrebbe essere invece imposto – come vedremo fra un momento – dalla già richiamata direttiva *in itinere* di modifica della direttiva 2005/29/CE.

* * *

La *terza osservazione* che facevo nel mio più volte ricordato intervento camerte si incentrava sulla constatazione che, in ordine ai rimedi accessibili al *singolo* consumatore leso da una pratica commerciale scorretta, il legislatore italiano aveva serbato il più rigoroso silenzio, se si eccettua l'evanescente previsione – pedissequamente mutuata dall'art. 3, par. 2, direttiva 2005/29/CE – secondo cui la disciplina in tema di pratiche

⁽¹⁸⁾ V. anche Trib. Milano 4.6.2018, in *Leggi d'Italia*, che – con riferimento alla nota vicenda della "fatturazione 28 giorni", che aveva visto protagonista un noto operatore telefonico – ha reputato "che le misure che appaiono nel caso meglio a «correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate» risultino, congiuntamente, di ordinarsi al professionista sia di inviare a ciascun contraente consumatore (...) un avviso che lo informi, ora per allora, della pratica commerciale scorretta qui accertata (...) e delle conseguenze pregiudizievoli della stessa, e sia di esporre sulla *home page* del sito un avviso dello stesso tenore".

commerciali scorrette “non pregiudica (...) l’applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità ed efficacia del contratto” (art. 19, comma 2 lett. *a*, cod. cons.).

Di qui l’ovvia conclusione – successivamente condivisa dalla dottrina unanime – che la novella aveva finito con l’addossare integralmente all’interprete il compito (delicato, ma proprio per questo ancor più stimolante) di coordinare, per quel che riguarda il rapporto fra professionista e consumatore, il generale principio secondo cui “le pratiche commerciali scorrette sono vietate” (art. 20, comma 1, cod. cons.) con il sistema dei rimedi (contrattuali e non) quale emerge dal nostro sistema, complessivamente considerato.

Proprio muovendosi in tale ultima direzione, la dottrina ha cominciato con il distinguere fra, da un lato, “rimedi risarcitori” (sia con riferimento all’ipotesi in cui consumatore e professionista non siano addivenuti alla stipula di un contratto, sia con riferimento all’ipotesi opposta) e, da altro lato, “rimedi caducatori”, intesi in senso lato, con correlati eventuali effetti restitutori (in riferimento, ovviamente, alla sola ipotesi in cui fra consumatore e professionista si sia giunti al perfezionamento di un accordo). Con la comune precisazione – sia con riferimento all’una che all’altra tipologia di rimedi – che, ove non dovessero, nel caso concreto, ricorrere i presupposti di alcuno di essi, nessuna tutela potrebbe essere invocata dal consumatore.

Quanto ai “rimedi risarcitori”, si è poi evidenziato come gli stessi siano da ricondurre talora nell’ambito della responsabilità contrattuale, talaltra nell’ambito della responsabilità precontrattuale, altra volta nell’ambito della responsabilità *ex art. 1440* cod. civ., altra volta ancora nell’ambito della responsabilità civile extracontrattuale *ex artt. 2043 ss.* cod. civ.; con quel che ne consegue a livello di disciplina.

Del pari, quanto ai “rimedi caducatori” accessibili al singolo consumatore che abbia stipulato con il professionista un contratto in presenza di una pratica commerciale scorretta, si è – dai più – fatto rilevare come gli stessi siano destinati a variare a seconda delle diverse circostanze: potendosi, volta a volta, realizzare i presupposti della nullità codicistica, totale o parziale, del contratto, ovvero della nullità c.d. “di protezione”, ovvero del diritto di recesso spettante al consumatore, ovvero della annullabilità del contratto per errore, o per dolo, o per violenza, ovvero dell’annullabilità per incapacità naturale, ovvero della risoluzione per inadempimento, ovvero della modificazione del regolamento contrattuale attraverso l’intervento ortopedico-taumaturgico del giudice, ecc.; anche qui con quel che ne consegue a livello di disciplina applicabile.

Ventaglio – multiforme ed articolato – di soluzioni che dipende, da un lato, dall’ampiezza del concetto di “pratica commerciale” (che comprende condotte dal professionista “poste in essere prima, durante e dopo un’operazione commerciale”: condotte, cioè, tenute quando ancora non esiste contatto alcuno fra professionista e consumatore; condotte poste invece in essere quando già siffatto contatto si è realizzato; condotte che sfociano nella stipula di un contratto che il consumatore non avrebbe stipulato in assenza della pratica commerciale scorretta; condotte che sfociano nella stipula di un contratto che il consumatore avrebbe comunque stipulato, ma a condizioni diverse da quelle che si è determinato ad accettare in presenza della pratica commerciale scorretta; condotte che si collocano nella fase esecutiva del contratto; condotte poste in essere dal professionista che ha stipulato il contratto con il consumatore; condotte poste in essere da un soggetto diverso dal professionista che ha stipulato il contratto con il consumatore; ecc.), da altro lato, dal parametro – quello del “*consumatore medio*” – alla luce del quale deve apprezzarsi l’eventuale “scorrettezza” di una determinata pratica commerciale (con correlativa irrilevanza, in sé, del fatto che la stessa abbia o meno falsato o fosse idonea a falsare il comportamento contrattuale del singolo *concreto* consumatore) e, da altro lato ancora, dal ventaglio di rimedi dall’ordinamento variamente previsti, a seconda delle ipotesi, a tutela del contraente; rimedi, a loro volta, non di rado differenziati a seconda che quest’ultimo rivesta o meno la qualifica di “consumatore” (significativo al riguardo è, ad es., il fatto che, su 61 violazioni alla normativa in tema di pratiche commerciali scorrette dall’AGCM accertate nel 2017, ben 10 importassero la *contestuale* violazione anche di altri – diversi – diritti dei consumatori, che l’Autorità è pure legittimata a sanzionare *ex artt. 37-bis e 66 cod. cons.*).

Comunque sia di ciò, un punto merita di essere segnalato: a fronte di un vero e proprio profluvio di contributi della dottrina dedicati al tema delle tutele individuali accessibili al consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta – si contano addirittura quattro contributi monografici in argomento¹⁹ – molto raramente il problema è approdato all’attenzione dell’AGO²⁰.

(¹⁹) Cfr. A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, 2012; S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell’attività negoziale*, Bari, 2012; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Torino, 2018; T. FEBBRAJO, *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, Napoli, 2018.

(²⁰) V. peraltro Trib. Bolzano, 19.9.2018, in *Leggi d’Italia*; Trib. Benevento, 21.12.2017, *ivi*; Trib. Livorno, 8.7.2016, *ivi*; Trib. Ascoli Piceno, 23.6.2016, *ivi*. Talora l’asserita violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette è approdata avanti ad organismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie: cfr. Arbitro Controversie Finanziarie, 5.6.2017, n. 5, in *Nuova*

Già in altra occasione avevo richiamato l'attenzione sul fatto che “il vero (...) problema delle tutele *individuali* del consumatore contro le condotte illegittime del professionista è non solo e non tanto quello della loro *idoneità* allo scopo, quanto quello della loro *appetibilità* per chi dovrebbe servirsene”²¹.

Invero – fin quando il consumatore non avrà a disposizione procedimenti *semplici, rapidi, efficaci e poco costosi* per la definizione delle controversie che lo contrappongono ad un professionista – il continuare ad enunciare solennemente i diritti sul piano sostanziale rischia la sorte delle grida di manzoniana memoria: “non va mai dimenticato, infatti, che proclamare i diritti del consumatore sul piano sostanziale non è, di certo, sufficiente, se contestualmente non si apprestano per essi efficienti strumenti di protezione”²².

Ora, l'esperienza insegna che la rilevanza economica normalmente modesta (quando non addirittura irrisoria) della vertenza, gli ostacoli procedurali, la necessità di munirsi di un difensore (con i relativi costi), le difficoltà probatorie, la durata dei nostri procedimenti civili, il rischio-lite inevitabilmente immanente a qualsiasi contenzioso giudiziale hanno fin qui indotto molti consumatori a rinunciare alla tutela dei propri diritti.

Sarebbe ingeneroso non riconoscere che qualche passo nella direzione di una più appetibile tutela giudiziale dei diritti del consumatore è stato – non sempre con grande successo, per la verità (penso, in particolare, all'“azione di classe” contemplata nell'ormai morituro dell'art. 140-*bis* cod. cons.) – compiuto negli ultimi anni; e che altri se ne annunciano in un futuro prossimo (penso, in particolare, ai “procedimenti collettivi”, la cui disciplina è destinata dal 12 aprile del prossimo anno ad essere consegnata agli artt. 840-*bis* ss. del codice di rito).

Quel che è certo, tuttavia, è che – per le caratteristiche sue proprie – il contenzioso che vede contrapposto il singolo consumatore ad un professionista non può che essere canalizzato verso strumenti (ad es., sistemi di conciliazione paritaria, ADR, ecc.) *alternativi* rispetto a quello tradizionale del ricorso all'AGO, che – seppur necessariamente sempre accessibile – risulta, per il consumatore, concretamente *appetibile* solo in un numero particolarmente limitato di casi.

giur. civ. comm., 2017, p. 1521, con commento di M. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e annullabilità: la posizione dell'Arbitro per le controversie finanziarie*, *ivi*, pp. 1516 ss.

(²¹) Così mi esprimevo in *Il Codice del consumo a cinque anni dall'entrata in vigore*, cit., p. 735.

(²²) Così ancora mi esprimevo in *Il Codice del consumo a cinque anni dall'entrata in vigore*, cit., p. 736.

* * *

Ciò premesso con riferimento all'esperienza fin qui maturata in punto di tutela individuale del consumatore rimasto concretamente vittima di una pratica commerciale scorretta, è finalmente giunto il momento di rivolgere lo sguardo al futuro.

E, nel nostro caso, il futuro più immediato potrebbe essere quello dischiuso dal disegno di legge-delega recentemente presentato dal Governo in tema di “revisione e integrazione del codice civile”.

Detto disegno di legge vorrebbe infatti delegare al Governo il compito – tra gli altri – di “disciplinare i casi in cui pratiche negoziali ingannevoli, aggressive, o comunque scorrette (...) determinano l'invalidità del contratto concluso” (art. 1, comma 1 lett. g).

Credo che sia mio compito svolgere talune – seppur rapide – considerazioni in ordine alle scelte al riguardo operate da detto progetto.

o o o

Prima considerazione.

L'art. 1, comma 1 lett. g, del disegno di legge-delega in questione affida al Governo il compito – come appena ricordato – di “disciplinare i casi in cui pratiche *negoziali* ingannevoli, aggressive, o comunque scorrette (...) determinano l'invalidità del contratto concluso”.

Ora, né la normativa europea né quella domestica conoscono la locuzione “pratiche *negoziali* scorrette”; mentre ben conoscono, l'una e l'altra, quella di “pratiche *commerciali* scorrette” – o “sleali”, nel linguaggio europeo – e, come tali, puntualmente definite dall'art. 2, lett. d, direttiva 2005/29/CE e dall'art. 18, comma 1 lett. b, cod. cons.

Perché, allora, non chiamare le cose con il loro nome?

O forse con la locuzione “pratiche *negoziali* scorrette” si intende far riferimento a qualcosa di diverso dalle “pratiche *commerciali* scorrette”?

Il dubbio potrebbe riuscire rafforzato dalla constatazione che il medesimo disegno di legge-delega demanda al legislatore delegato anche il compito di “disciplinare i casi in cui (...) la *situazione di dipendenza di una parte* rispetto all'altra determinano l'invalidità del contratto concluso”. Ora, anche la locuzione “*situazione di dipendenza di una parte* rispetto all'altra” è ignota al nostro lessico giuridico; che conosce, invece, quella di “*stato*

di dipendenza economica”, come tale puntualmente definita dall’art. 9, comma 1, L. n. 192/1998. “*Stato di dipendenza economica*”, per di più, non giuridicamente rilevante in sé, ma solo nell’ipotesi in cui lo stesso si traduca in un suo “abuso” ad opera di una parte (impresa) in danno dell’altra (“impresa cliente o fornitrice”).

Ed il discorso potrebbe ripetersi, in qualche misura, anche con riferimento alla locuzione, pur essa ricorrente nel testo dell’art. 1, comma 1 lett. g, del disegno di legge-delega in esame, di “casi in cui (...) circostanze quali la *distanza tra le parti*, la *sorpresa* (...) determinano l’invalidità del contratto concluso”.

È a tutti evidente che, se le locuzioni appena ricordate dovessero essere intese non come mero richiamo – tecnicamente imperfetto, ma pur sempre un richiamo – a fattispecie definite altrove, ma come espressione di concetti nuovi, le conseguenze sarebbero dirimpenti. Basti pensare, ad esempio, che, ove dovesse accedersi a tale ultima interpretazione, inapplicabili risulterebbero – quantomeno in punto di validità/invalidità del contratto stipulato *inter partes* – i *limiti soggettivi* che oggi circoscrivono l’ambito di applicazione della disciplina “speciale” che assiste “le pratiche commerciali scorrette *tra professionisti e consumatori*” ovvero “*tra professionisti e microimprese*”, così come “l’abuso da parte di *una o più imprese* dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una *impresa cliente o fornitrice*”, ecc.

In altri termini, in una prospettiva di tal fatta il legislatore dovrebbe ritenersi legittimato alla “revisione e integrazione” della disciplina codicistica della *parte generale* del contratto: oggetto della delega risulterebbe infatti, in buona sostanza, la regolamentazione della validità/invalidità del c.d. “contratto asimmetrico” in genere, piuttosto che talune sue manifestazioni particolari già oggi destinatarie di un regime speciale proprio in ragione delle loro peculiarità.

In un’ottica siffatta, però, occorrerebbe seriamente interrogarsi – sul piano della tecnica normativa – in ordine alla adeguatezza della formulazione adottata dal legislatore delegante ad un disegno di tale portata e – sul piano della legittimità – in ordine al rispetto dei limiti (in particolare, quello della “definizione dell’oggetto” e quello della “determinazione di principi e criteri direttivi”) entro cui l’art. 76 Cost. consente che “l’esercizio della funzione legislativa possa esser delegata al governo”.

Per mia fortuna, la Commissione Cultura della nostra Associazione ha abbracciato un’interpretazione (per così dire) “correttiva” del testo del disegno di legge-delega in esame, affidandomi il compito di trattare non già delle “pratiche *negoziali* scorrette”, bensì delle “pratiche *commerciali* scorrette”.

A tale ultima indicazione mi atterro – ben volentieri – scrupolosamente.

Tanto più che anche la relazione che accompagna il disegno di legge-delega in discussione parrebbe confermare la volontà di intervenire proprio sulla disciplina delle “pratiche *commerciali* scorrette”, di cui alla direttiva 2005/29/CE ²³ [anche se non manca, nel testo di detta relazione, l’anodina affermazione, secondo cui “l’obiettivo è quello di

(²³) Si riporta, per comodità, quanto è dato leggere, sul punto, nella relazione che accompagna il disegno di legge-delega in discussione:

« In merito ai principi e criteri direttivi di cui all'articolo 1, comma 1, lettera g), va ricordato come la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, ingannevoli aggressive si rinviene nel codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, articoli da 18 a 27-*quater*. Come è noto il codice del consumo non dispone in merito ai rimedi contrattuali esperibili dal singolo consumatore, per il solo fatto di essere stato vittima di una pratica commerciale scorretta.

D'altronde, la direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, forniva un'indicazione che concedeva un ampio margine di discrezionalità ai legislatori nazionali, in quanto l'articolo 3, paragrafo 2, nel definire l'ambito di applicazione, affermava che “la presente direttiva non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale in particolare delle norme sulla formazione, validità e efficacia di un contratto”.

La norma in questione quindi, pur non escludendo a priori qualsiasi forma di incidenza della violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette sul rapporto contrattuale, non imponeva al legislatore nazionale di prevedere specifici rimedi privatistici sul piano della validità e dell'efficacia del contratto.

Pertanto il legislatore italiano (diversamente da altri legislatori nazionali), in sede di recepimento, con l'articolo 19 del codice, nel dare attuazione all'articolo 3 della direttiva, si è limitato a riprodurne sostanzialmente il contenuto.

Analogamente è a dirsi per i contratti a distanza e per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali, per i quali il codice del consumo prevede specifici obblighi informativi precontrattuali, specifici requisiti formali e il rimedio tipico del diritto di recesso, rinviando l'articolo 67, per quanto non previsto dalle sezioni da I a IV del capo, alle disposizioni del codice civile in tema di validità, formazione o efficacia dei contratti. Da qui il dibattito in merito al cosiddetto doppio binario di tutele, che ha coinvolto prevalentemente la dottrina nell'individuazione della sorte del contratto a valle della pratica negoziale scorretta e dei rimedi esperibili, variamente configurati.

Per contro la giurisprudenza prevalente ha confermato la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità per contrarietà a norme imperative (in difetto di espressa previsione in tal senso: cosiddetta “nullità virtuale” *ex* articolo 1418, primo comma, del codice civile) e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti, la quale, ricorrendone i presupposti, può essere fonte di responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto, o può dar luogo, invece, a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le obbligazioni contrattuali (a far data dalla citata sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione n. 26724 del 2007, con la giurisprudenza successiva conforme). Il disegno di legge delega mira a colmare le evidenziate lacune nell'apparato rimediabile risultante dall'attuale rapporto tra la disciplina del codice civile e la disciplina del codice del consumo. L'obiettivo è quello di fornire al consumatore (o comunque alla parte contrattuale che si trovi in una situazione di asimmetria “di fatto”) un rimedio di natura contrattuale per reagire alla pratica negoziale scorretta o alla situazione di “distanza tra le parti (...) sorpresa (...) dipendenza di una parte rispetto all'altra”.

Il rimedio è previsto con portata caducatoria (“invalidità del contratto concluso”) a tutela dei singoli, fermi restando gli strumenti preventivi di tutela affidati all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, così come le forme di tutela collettiva di cui agli articoli 139 e seguenti del codice del consumo.

Essendo riconosciuta la diversità dei piani delle due forme di tutela, civilistica e amministrativa, la previsione di invalidità di cui all'articolo 1, comma 1, lettera g), del disegno di legge delega verrebbe ad aggiungersi ai rimedi civilistici ordinari, previa identificazione delle regole rilevanti sul piano del mercato la cui violazione produca siffatta conseguenza anche sul piano del contratto, per il fatto che una delle parti sia stata vittima di pratiche negoziali ingannevoli, aggressive o scorrette o si sia trovata in una delle circostanze specificate. L'invalidità potrà peraltro atteggiarsi, nella normativa delegata, come nullità testuale ai sensi dell'articolo 1418, terzo comma, del codice civile o come annullabilità del contratto concluso “a valle” ».

fornire al consumatore (o *comunque alla parte contrattuale che si trovi in una situazione di asimmetria «di fatto»*) un rimedio di natura contrattuale per reagire alla pratica negoziale scorretta o alla situazione di «distanza tra le parti (...) sorpresa (...) dipendenza di una parte rispetto all'altra»²⁴].

o o o

Seconda considerazione.

Il disegno di legge-delega in discussione mira alla “revisione e integrazione del codice civile”.

Ora, le pratiche commerciali scorrette sono attualmente disciplinate – come a tutti noto – non già nel codice civile, bensì nel *codice del consumo*.

Perché mai, allora, voler collocare una frazione – peraltro di importanza pratica non secondaria – della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel codice civile?

Perché mai la regolamentazione delle pratiche commerciali scorrette dovrebbe essere “spezzettata” tra codice civile e codice del consumo?

o o o

Terza considerazione.

Come già ricordato, il disegno di legge-delega accosta – all’interno della medesima lett. g del comma 1 del suo art. 1 – ai fini della “revisione e integrazione” della rispettiva disciplina in punto di validità/invalidità – l’ipotesi del “contratto concluso” in presenza di “pratiche negoziali (...) scorrette” ad ipotesi rispetto ad essa del tutto eterogenee: quella del “contratto concluso” in presenza di (abuso di) una “situazione di dipendenza di una parte rispetto all'altra” e quella del “contratto concluso” in presenza di “circostanze quali la distanza fra le parti, la sorpresa”.

Innanzitutto, perché mai – e mi ricollego all’osservazione precedente – portare all’interno del codice civile un segmento, ed un segmento soltanto, della regolamentazione di fattispecie che, per il resto, trovano la loro disciplina *altrove*?

(²⁴) Corsivo aggiunto.

In secondo luogo, perché mai accostare fattispecie che (come accade per il “contratto concluso” in presenza di “pratiche negoziali (...) scorrette”) oggi *non* sono oggetto, in punto di tutele individuali del soggetto leso, di una disciplina speciale a fattispecie che invece, sul punto, già oggi fruiscono di una disciplina *ad hoc* (come accade per il “contratto concluso” in presenza di una “situazione di dipendenza di una parte rispetto all’altra”, relativamente al quale l’art. 9, comma 3, L. n. 192/1998 già ora statuisce espressamente che “il patto attraverso il quale si realizzi l’abuso di dipendenza economica è nullo”; o come accade per il “contratto concluso” in presenza di “circostanze quali la distanza fra le parti, la sorpresa”, relativamente al quale già oggi dispongono gli artt. 48 ss. cod. cons.)?

o o o

Quarta considerazione.

Nel 2012 la disciplina dal codice del consumo dettata in tema di “pratiche commerciali scorrette tra professionisti e *consumatori*” è stata (almeno parzialmente ²⁵) resa applicabile – peraltro al di fuori di qualsiasi indicazione in tal senso proveniente dal legislatore comunitario – anche alle “pratiche commerciali scorrette tra professionisti e *microimprese*” (art. 19, comma 1, cod. cons.) ²⁶.

Ora, il disegno di legge-delega in gestazione non fa alcuna distinzione fra “pratiche commerciali scorrette tra professionisti e *consumatori*” e “pratiche commerciali scorrette tra professionisti e *microimprese*”.

La delega al Governo parrebbe, dunque, avere ad oggetto ambedue le ipotesi.

Si porrà allora il problema se sia o meno opportuno dettare, in punto di validità/invalidità del contratto stipulato in presenza di una pratica commerciale scorretta, una disciplina identica per entrambe dette ipotesi; tenendo altresì conto che la normativa europea è destinata ad imporsi ai legislatori nazionali solo per quanto riguarda la prima (“pratiche commerciali scorrette tra professionisti e *consumatori*”) e non per la seconda (“pratiche commerciali scorrette tra professionisti e *microimprese*”).

⁽²⁵⁾ “Per le microimprese – puntualizza l’art. 19, comma 1, cod. cons. – la tutela in materia di pubblicità ingannevole e di pubblicità comparativa illecita è assicurata in via esclusiva dal decreto legislativo 2 agosto 2017, n. 145”.

⁽²⁶⁾ Sul punto cfr. G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e “microimprese”*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, pp. 3 ss.

Quinta considerazione.

Il disegno di legge-delega che ci occupa pare limitare rigorosamente gli spazi entro cui il Governo è abilitato ad operare una “revisione e integrazione” della vigente normativa in tema di tutele individuali accessibili al singolo soggetto vittima di una pratica commerciale scorretta.

Ne rimangono innanzitutto *esclusi*, ad es., i c.d. “rimedi risarcitori”, per i quali permarranno quindi intatti, sul piano teorico, tutti i problemi fin qui evidenziati dalla dottrina e, sul piano operativo, tutti gli ostacoli che ad oggi hanno dissuaso la più parte dei consumatori dal farvi praticamente ricorso. Persino inutile sottolineare, a quest’ultimo proposito, che del tutto estraneo ai poteri che si intendono conferire al legislatore delegato risulta altresì qualsiasi intervento volto ad agevolare il consumatore, che voglia agire per il risarcimento del danno che lo stesso lamenta di aver sofferto a seguito di una determinata pratica commerciale scorretta, nell’assolvimento dei (pesanti) oneri probatori sullo stesso gravanti (com’è, invece, di recente avvenuto – grazie alla L. 19.1.2017, n. 3 – con riferimento alle azioni risarcitorie promosse da chi abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto alla concorrenza).

In secondo luogo, i c.d. “rimedi demolitori”, fra i quali soltanto il legislatore delegato parrebbe legittimato ad operare le proprie scelte, risultano ridursi, in buona sostanza, a quelli riconducibili alla nozione di “invalidità”²⁷, con conseguente *esclusione* della possibilità di optare per *strumenti diversi*, quand’anche gli stessi – rendendo fortemente rischiosi o addirittura sicuramente svantaggiosi gli affari conclusi in presenza di una pratica commerciale scorretta – dovessero efficacemente valere a rendere

(²⁷) “L’invalidità – sottolinea la relazione che accompagna il disegno di legge-delega – potrà peraltro atteggiarsi, nella normativa delegata, come nullità testuale ai sensi dell’articolo 1418, terzo comma, del codice civile o come annullabilità del contratto concluso ‘a valle’”.

Come già altra volta avevo avvertito (in *Il codice del consumo a cinque anni dall’entrata in vigore*, cit., p. 736; e in *“Diritti dei consumatori” e tutele nella recente novella del Codice del consumo*, cit., p. 66), peccherebbe di scarso senso pratico chi volesse individuare in quello della “nullità” il rimedio maggiormente funzionale ad una tutela efficiente della vittima di un’altrui pratica commerciale scorretta solo perché lo stesso, per operare, non richiede un intervento giudiziale, mentre quello dell’“annullabilità” presuppone necessariamente l’intermediazione di una sentenza costitutiva (di annullamento) da parte del giudice. Infatti – se è vero che, stando almeno alle regole codicistiche, l’annullamento del contratto passa inevitabilmente attraverso un intervento giudiziale – non è men vero che, in ipotesi di nullità, la necessità di un intervento del giudice è scongiurato solo laddove la controparte contrattuale non contesti la ricorrenza, nel caso di specie, dei presupposti della nullità (e delle correlate richieste restitutorie e risarcitorie), mentre in tutti gli altri casi il contrasto sarà comunque destinato a sfociare in un contenzioso giudiziale.

quest'ultima poco attrattiva per il professionista e, in tal modo, dissuaderlo dal farvi ricorso.

Penso ad esempio – peraltro rifacendomi a soluzioni già adottate in altri Paesi dell'Unione – all'attribuzione alla vittima di una pratica commerciale scorretta del diritto di recesso; del diritto a ritenere non vincolante l'accordo o una sua clausola; del diritto alla riduzione del prezzo; del diritto alla riparazione o sostituzione del bene; del diritto di rifiutare il pagamento del corrispettivo previsto in contratto (o di pretendere il rimborso della somma eventualmente già corrisposta), a fronte del mantenimento del potere di conseguire la prestazione contrattualmente promessa dal professionista; del diritto alla pura e semplice eliminazione delle (sole) clausole il cui inserimento nel regolamento negoziale sia stato influenzato dalla pratica commerciale scorretta; del diritto ad ottenere una modifica/correzione del contenuto del regolamento contrattuale; del diritto di ritenere contrattualmente vincolanti le affermazioni ingannevoli contenute nelle comunicazioni commerciali poste in essere dal professionista, ancorché le stesse non abbiano poi trovato riscontro nel tenore testuale del contratto; del diritto di risolvere il contratto, magari in forza di una semplice dichiarazione unilaterale di volontà dal consumatore indirizzata al professionista; del diritto di ottenere la condanna del professionista ad una prestazione pecuniaria sanzionatoria; ecc.

o o o

Sesta considerazione.

Il disegno di legge-delega in esame trascura completamente la possibilità che una tutela *individuale* del singolo leso da una pratica commerciale scorretta possa, in concreto, utilmente conseguire ad un uso accorto di strumenti di tutela degli interessi *collettivi* dei consumatori.

L'esperienza – sopra ricordata – delle “intese”, in forza delle quali già oggi possono definirsi i procedimenti istruttori dinanzi all'AGCM, potrebbe offrire più di qualche suggerimento al riguardo.

o o o

Settima considerazione.

Come già accennato, a livello europeo è in fase di avanzata gestazione una direttiva destinata ad incidere profondamente sulla direttiva 2005/29/CE, cui il legislatore ha dato attuazione con il D.Lgs. 146/2007, introducendo nel codice del consumo gli artt. 18 ss.

Siffatto progetto di direttiva pare volto a modificare non solo la *disciplina sostanziale* delle pratiche commerciali scorrette – in particolare, ampliando il novero delle pratiche che dovrebbero qualificarsi tali e, di conseguenza, ritenersi vietate; e ciò, al fine di adeguarne la nozione all’evolversi, specie in taluni settori (ad es., in quello del commercio *on line* ²⁸), delle tecniche di comunicazione commerciale ²⁹– ma anche la *disciplina delle relative tutele*, sia collettive che individuali, con l’obiettivo di rendere antieconomico, per il professionista, il farvi ricorso.

Sul piano delle *tutele collettive*, il progetto di direttiva mira, da un lato, ad incrementare sensibilmente le “sanzioni pecuniarie” da comminare al professionista che adotti pratiche commerciali scorrette ³⁰, in modo da aumentarne l’efficacia dissuasiva ³¹, e, da altro lato, a far sì che la loro concreta quantificazione avvenga, nei diversi Stati membri, sulla base di “*criteri comuni*” (quali la “natura, gravità, entità e durata della violazione”, le “eventuali violazioni commesse in precedenza dal professionista”, i “benefici finanziari conseguiti o le perdite evitate dal professionista in conseguenza della violazione”, ecc. ³²).

(²⁸) V. “Considerando 24” e ss..

(²⁹) V. “Considerando 17” e ss..

(³⁰) V. “Considerando 10”, ove si legge che, “per garantire l'effetto deterrente delle sanzioni pecuniarie, gli Stati membri dovrebbero fissare nel loro diritto nazionale la sanzione pecuniaria massima per tali infrazioni a un livello che è pari almeno al 4 % del fatturato annuo del professionista nello Stato membro interessato o negli Stati membri interessati”.

(³¹) V. “Considerando 5”, “Considerando 10”, “Considerando 12”, “Considerando 13”.

(³²) V. “Considerando 7”, ove si legge che, “per facilitare un'applicazione più coerente delle sanzioni, in particolare in caso di infrazioni intra-UE, di infrazioni diffuse e di infrazioni diffuse aventi una dimensione unionale di cui al regolamento (UE) 2017/2394, dovrebbero essere introdotti criteri comuni non esaustivi e indicativi di applicazione delle sanzioni. Tali criteri dovrebbero includere, ad esempio, la natura, la gravità, l'entità e la durata dell'infrazione, e anche un'eventuale azione di riparazione proposta dal professionista al consumatore per il danno causato. Le infrazioni reiterate da parte dello stesso soggetto dimostrano una propensione a commettere tali violazioni e sono pertanto un indice significativo della gravità del comportamento e quindi dell'esigenza di aumentare il livello della sanzione per conseguire un reale effetto dissuasivo. Qualora siano disponibili dati al riguardo, si dovrebbero prendere in considerazione i benefici finanziari conseguiti o le perdite evitate in virtù della violazione. Si può inoltre tener conto anche di altri fattori aggravanti o attenuanti applicabili alle circostanze del caso”.

Ora, tra siffatti “criteri comuni”, cui i singoli legislatori nazionali *dovranno* necessariamente adeguarsi, figura anche – evidentemente, nell’ottica di una riduzione della sanzione pecuniaria da applicare, in concreto, al professionista – quella delle “eventuali *azioni intraprese dal professionista per attenuare il danno subito dai consumatori* o per porvi rimedio” (art. 13, par. 2 lett. *b*, direttiva 2005/29/CE come risultante dalla modifica contemplata nella direttiva *in itinere*). In altre parole, il legislatore europeo intende indurre il professionista a valutare attentamente la convenienza economica (e non solo) di un “sacrificio” a favore dei *singoli* consumatori rimasti lesi da una pratica commerciale scorretta allo stesso imputata, pur di lucrare il “beneficio” di un contenimento dell’ammontare della sanzione pecuniaria che altrimenti rischia di vedersi applicata. Il progetto di direttiva, dunque, persegue l’obiettivo di assicurare, per quanto possibile, una tutela *individuale* ai consumatori (anche) attraverso uno strumento primariamente volto alla tutela dei loro interessi *collettivi*.

Quanto poi alle *tutele individuali*, il progetto di direttiva *in itinere* vorrebbe introdurre nella direttiva 2005/29/CE un art. 11-*bis*, volto a demandare ai singoli Stati membri il compito di mettere a disposizione dei consumatori lesi da una pratica commerciale scorretta “*rimedi proporzionati ed effettivi*”, fra i quali vengono espressamente menzionati “il *risarcimento del danno* subito dal consumatore e, se pertinenti, la *riduzione del prezzo* o la *risoluzione del contratto*”³³; con l’ulteriore precisazione che i singoli legislatori nazionali, da un lato, “possono stabilire le condizioni per l’applicazione e gli effetti di tali rimedi” e, da altro lato, “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”, peraltro senza pregiudizio per “l’applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell’Unione e del diritto nazionale”.

Ora, evidente – e clamorosa – appare la distanza fra, da un lato, l’*impostazione minimalista ed anelastica* che caratterizza il disegno di legge-delega di cui stiamo discutendo (invalidità sì/invalidità no del contratto stipulato in presenza di una pratica commerciale scorretta; quale tipo di invalidità rendere eventualmente applicabile) e, da altro lato, il *quadro complesso, articolato e coordinato* di rimedi proposto a livello di normativa europea. Quadro nell’ambito del quale alle *tutele collettive* – volte (anche) ad incentivare il professionista a procedere “spontaneamente” al ripristino della posizione

(³³) V. “Considerando 16”

del singolo consumatore rimasto vittima della pratica commerciale scorretta allo stesso imputata – si affiancano *tutele individuali*, che mirano ad operare sia sul piano risarcitorio, sia sul piano dell’“incidenza” sul rapporto contrattuale eventualmente instaurato tra consumatore e professionista; “incidenza” – è bene sottolinearlo – che il legislatore comunitario immagina proiettata, piuttosto che verso la “caducazione” del contratto (attraverso la previsione di qualche sua forma di invalidità “speciale”) verso, ove possibile, un suo “recupero” (attraverso, ad es., la riduzione del prezzo, la riparazione o sostituzione del bene, ecc.).

Tutto ciò induce ad interrogarsi sull’opportunità di intervenire *oggi*, a livello di legislazione interna, sulla vigente normativa nazionale – di certo inadeguata – in punto di (sola) validità/invalidità del contratto stipulato con un professionista in presenza di una pratica commerciale scorretta; con il rischio di dover, a breve, nuovamente – e più articolatamente – intervenire sul tema, in sede di adattamento della normativa italiana ad un intervento europeo che si preannuncia non lontano nel tempo.

Osservazione, quest’ultima, che non vale per le altre due ipotesi previste dall’art. 1, comma 1 lett. g, del disegno di legge-delega in esame – quella dei contratti stipulati in presenza di una “situazione di dipendenza di una parte rispetto all’altra” e quella dei contratti stipulati in presenza di “circostanze quali la distanza fra le parti, la sorpresa” – che non risultano coinvolte dal progetto di direttiva *in itinere* di cui stiamo parlando.

o o o

Ottava – e ultima – considerazione.

Il disegno di legge-delega che stiamo esaminando non si occupa dei *procedimenti* attraverso cui il consumatore può far valere i propri diritti (nel caso di specie, invocare l’eventuale invalidità del contratto stipulato in presenza di una pratica commerciale scorretta).

E *giustamente* non se ne occupa!

Tale ultimo profilo riguarda, infatti, non già la (sola) tutela del consumatore leso da una pratica commerciale scorretta, bensì la tutela dei diritti del consumatore *in generale*.

Resta però il fatto che, fin quando il problema generale non verrà risolto in modo efficace ed efficiente, anche il problema particolare della tutela individuale contro le pratiche commerciali scorrette non potrà trovare effettiva e soddisfacente soluzione.

Carlo Granelli