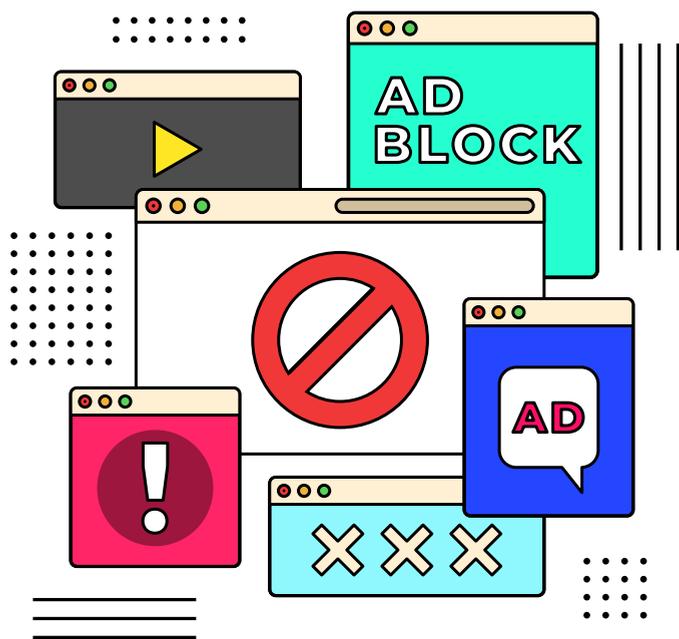


PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE NEL CONTESTO DIGITALE:

UNA ANALISI COMPARATIVA FRA ORDINAMENTO
ITALIANO E SPAGNOLO

EDOARDO VINCHESI

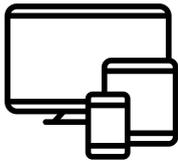




¡Gracias por confiar en nosotros!

La obra que acaba de adquirir incluye de forma gratuita la versión electrónica. Acceda a nuestra página web para aprovechar todas las funcionalidades de las que dispone en nuestro lector.

Funcionalidades eBook



Acceso desde cualquier dispositivo con conexión a internet



Idéntica visualización a la edición de papel



Navegación intuitiva



Tamaño del texto adaptable

Síguenos en:



**PRATICHE COMMERCIALI
SCORRETTE NEL
CONTESTO DIGITALE:**

**una analisi comparativa fra
ordinamento italiano e spagnolo**

**PRATICHE COMMERCIALI
SCORRETTE NEL
CONTESTO DIGITALE:
una analisi comparativa fra
ordinamento italiano e spagnolo**

Edoardo Vinchesi

COLEX 2025

Copyright © 2025

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial.

© Edoardo Vinchesi

© Editorial Colex, S.L.
Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)
A Coruña, 15004, A Coruña (Galicia)
info@colex.es
www.colex.es

SOMMARIO

INTRODUZIONE	11
-------------------------------	----

CAPITOLO I

LA NORMATIVA EUROPEA SULLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE: LA DIRETTIVA 29/2005 CE E LA DIRETTIVA 2161/2019

1. Premessa	17
1.1. Ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE e le modifiche apportate dalla direttiva 2019/2161/UE.	21
1.2. L'obiettivo di tutela	25
1.3. La pratica commerciale scorretta disciplinata dalle Direttiva 2005/29/CE e 2019/2161/UE	26
1.4. Classificazioni delle condotte ingannevoli e delle pratiche commerciali aggressive e scorrette, le azioni ingannevoli nella pratica commerciale	30
1.4.1. Le pratiche commerciali aggressive.	31
1.4.2. La disciplina delle pratiche commerciali scorrette	31
1.5. L'individuazione delle pratiche commerciali sleali	32
1.5.1. La pratica è contraria all'obbligo della diligenza professionale	32
1.5.2. La pratica falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio	33
1.5.3. La lista nera delle pratiche commerciali sleali.	33
1.6. L'impostazione dottrina e giurisprudenziale nell'attuazione della direttiva.	37
1.7. La centralità della buona fede oggettiva	40
1.8. Il recepimento delle direttive in Italia, fra applicazione della direttiva e nozione di consumatore medio.	46
1.8.1. Il recepimento delle direttive in Italia	46
1.8.2. Analisi sistematica della nozione di consumatore medio, dal D.Lgs. n. 146/2007 all'evoluzione della nozione secondo la giurisprudenza	50
1.8.3. Il sistema di protezione del consumatore fra codici di condotta e sanzione amministrativa	59
1.8.4. Analisi sistematica del D.Lgs. n. 146/2007: le pratiche "aggressive"	64
1.8.5. Analisi sistematica del D.Lgs. n. 146/2007: il sistema rimediabile (cenni) alla luce dell'evoluzione normativa	68

CAPITOLO II

**IL CONCRETO RECEPIMENTO DELLA NORMATIVA, IL CASO SPAGNOLO
E IL RAPPORTO TRA UTENTI E MEZZI DI COMUNICAZIONE E DI
VENDITA NELLA REALTÀ DELLE PIATTAFORME DIGITALI**

1. Primi cenni di comparazione: la normativa spagnola	79
1.1. Cenni di comparazione: il recepimento e l'attuazione della direttiva 29/2005 CEE in Spagna attraverso la Legge 29/2009 e l'attuazione della direttiva 2019/2161 attraverso il Real Decreto- Ley 24/2021	79
1.1.1. Cenni di comparazione: il regime delle pratiche commerciali " <i>Un- fair</i> " in Spagna	85
1.2. Cenni di comparazione: recepimento e attuazione delle Direttive 29/2005 e 2019/2161 CEE negli altri Paesi europei il caso del Portogallo come modello di impatto delle direttive in ambito contrattuale	95
1.2.1. L'approccio portoghese	98
2. La concreta applicazione, a tutela degli utenti, della normativa contro le pratiche commerciali scorrette	102
2.1. L'ambito di applicazione soggettivo.	105
2.2. L'ambito di applicazione oggettivo	107
2.2.1. L'ambito di applicazione oggettivo: considerazioni critiche e l'inter- vento della direttiva 2019/2161	109
3. Il divieto di pratiche commerciali scorrette: la clausola generale di cui all'art. 20	114
3.1. Struttura ed elementi costitutivi della fattispecie generale	116
3.2. La contrarietà alla diligenza professionale	117
3.3. Il rapporto tra la diligenza secondo il Codice del Consumo e la diligenza secondo il Codice Civile	119
3.4. L'idoneità a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore	120
4. Dalla normativa europea sulla protezione del consumatore alle piattafor- me digitali	124
4.1. Applicabilità al settore <i>online</i>	124
4.2. Le piattaforme digitali.	125
4.2.1. Le novità introdotte dalla Direttiva 2019/2161	130
4.3. Articolo 14, paragrafo 1 della direttiva 2000/31. La Direttiva sul com- mercio elettronico: " <i>Hosting</i> "	132
4.4. Articolo 15, paragrafo 1 della direttiva 2000/31. La Direttiva sul com- mercio elettronico: assenza dell'obbligo generale di sorveglianza	133
4.5. Le piattaforme di commercio elettronico.	136
4.6. L'Appstore	139
5. Economia collaborativa: cenni	141
6. I motori di ricerca	142
7. Gli strumenti di confronto	144
8. Gli strumenti di recensione degli utenti	149
9. La diffusione dei <i>social media</i>	154

SOMMARIO

10. Le piattaforme di acquisto collettivo	157
11. La tariffazione dinamica	158
11.1. La discriminazione dei prezzi	159
11.2. I prezzi personalizzati	160
11.3. Le attività di <i>marketing</i> e i prezzi personalizzati	162
12. Settori specifici: il settore dei viaggi e dei trasporti	163
12.1. Gli aspetti trasversali, prime considerazioni sulla protezione del consumatore nell'ambito digitale rispetto al contratto di trasporto	163
13. Gli <i>Influencer</i> e la protezione dell'utente digitale, brevi cenni sul quadro giuridico italiano	167
14. Ulteriori pronunce giurisprudenziali sulle pratiche commerciali scorrette	170
15. Brevi considerazioni sull'intreccio dello <i>status</i> di consumatore e interessato al trattamento dati, il tema dell'assetto rimediabile	173

CAPITOLO III

I RIMEDI DELL'ORDINAMENTO ALLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE E LA PROTEZIONE DEL CONSUMATORE - UTENTE, DAL RISARCIMENTO DEL DANNO AGLI INTERVENTI DELLE AUTHORITY, FRA PRIVATE E PUBLIC ENFORCEMENT

1. Il ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel complesso delle attribuzioni delle Autorità amministrative indipendenti e nei rapporti con le autorità di settore: generalità.	177
1.1. Il rapporto tra la tutela del consumatore e la tutela della concorrenza, il caso dell'utente digitale	181
1.2. <i>Privacy</i> e concorrenza nella competenza delle Authority, sinergia fra protezione dei dati dell'utente e tutela della concorrenza	184
1.3. Richiamo al principio di legalità per le Autorità Indipendenti.	188
2. Analisi critica delle soluzioni per rimediare ad una pratica commerciale scorretta e sorti del contratto a valle: generalità	190
2.1. L'evoluzione dottrinale sui profili rimediali e i poteri dell'AGCM	192
2.2. Ancora sull'AGCM, facoltà di indennizzo e dialogo con l'Autorità	195
2.3. Le conseguenze della condotta del professionista e della non collaborazione di esso	196
2.4. La Direttiva n. 2019/2161/UE: l'ampliamento del perimetro delle pratiche commerciali scorrette e l'applicabilità della disciplina consumeristica all'utente digitale	196
2.4.1. La tutela del consumatore nella disciplina spagnola, uno sguardo d'insieme sulla direttiva 2019/2161	202
2.4.2. La disciplina di <i>public enforcement</i> in Spagna	209
2.4.3. La direttiva 770/2019, la sua attuazione in Spagna e l'incremento di protezione per il consumatore spagnolo.	212
2.4.4. Le azioni a tutela del consumatore e dell'utente digitale nell'ordinamento spagnolo, gli artt. 117 ss. della TRLGCU: fra dati personali e rapporto contrattuale.	217

SOMMARIO

2.4.5. Gli <i>influencer</i> nella normativa spagnola, cenni sulla normativa pubblicitaria.	222
2.4.6. Il consumatore medio come <i>vulnus</i> al <i>public enforcement</i> , focus sull'ordinamento spagnolo	228
2.5. Segue: la nuova disciplina rimediale a tutela della collettività dei consumatori e l'attuazione della direttiva 2169/2019 in Italia.	231
2.6. Segue: la nuova disciplina rimediale a tutela dei singoli consumatori.	235
2.7. La direttiva (c.d. " <i>green</i> ") 827/2024: prime considerazioni.	236
2.7.1. La direttiva (c.d. " <i>green</i> ") 827/2024: gli effetti sulla disciplina vigente	239
2.7.2. La direttiva (c.d. " <i>green</i> ") 827/2024: profili rimediali, criticità e questioni aperte.	242
2.7.3. La direttiva (c.d. " <i>green</i> ") 827/2024: brevi riflessioni comparate	244
3. L'annullabilità del contratto.	245
4. La nullità del contratto e la nullità parziale della clausola frutto della pratica commerciale scorretta, il caso del contratto "a valle" di un accordo anticoncorrenziale	248
5. Il risarcimento del danno.	251
5.1. Il rimedio risarcitorio dell'utente digitale e l'insufficienza del rimedio rispetto ai provvedimenti di <i>public enforcement</i> : il caso della cancellazione del profilo digitale	252
6. Pratiche commerciali scorrette, condizioni generali di contratto e clausole vessatorie: classificazione e atipicità delle clausole	254
6.1. Gli oneri imposti	261
6.2. Effetti del contratto concluso mediante clausole unilateralmente predisposte e profili di tutela	264
7. Sull'inefficacia della dichiarazione di pratica commerciale scorretta nel rapporto privatistico, fra ordinamento spagnolo e italiano: riflessione comparata	271
CONCLUSIONI	277
BIBLIOGRAFIA	283

INTRODUZIONE

Negli ultimi decenni, la trasformazione digitale dei mercati e l'incremento esponenziale della circolazione di beni e servizi attraverso canali online hanno posto nuove e complesse sfide al diritto dei consumatori. L'evoluzione delle pratiche commerciali, sempre più sofisticate, personalizzate e – in alcuni casi – opache, ha reso necessario un continuo aggiornamento degli strumenti giuridici di tutela. In questo senso, l'intervento del legislatore europeo è stato straordinariamente prezioso, a dimostrazione della formidabile opportunità che l'armonizzazione sovranazionale può rappresentare per regolare in modo efficace fenomeni così recenti e innovativi. In questo contesto, la disciplina delle pratiche commerciali sleali ha assunto un ruolo centrale, rappresentando un punto di intersezione tra la tutela del consumatore, la regolazione del mercato e la garanzia del corretto funzionamento della concorrenza.

Il presente lavoro si propone di analizzare in maniera sistematica e approfondita la disciplina delle pratiche commerciali sleali così come configurata dalla Direttiva 2005/29/CE, oggetto di una revisione significativa ad opera della Direttiva (UE) 2019/2161, nonché le modalità con cui tale disciplina è stata recepita e applicata negli ordinamenti nazionali, in particolare in Italia e in Spagna. L'indagine si estende anche all'impatto delle pratiche sleali nei contesti digitali, con attenzione alle piattaforme online, ai social network, agli influencer, e si offriranno brevi cenni sui sistemi di fissazione algoritmica dei prezzi e di profilazione.

L'obiettivo principale della ricerca è duplice: da un lato, ricostruire il quadro normativo e giurisprudenziale europeo e nazionale in materia di pratiche commerciali sleali, mettendo in rilievo le criticità nell'applicazione, le evoluzioni interpretative e le prospettive di riforma; dall'altro, analizzare le connessioni tra tutela del consumatore, enforcement pubblico e diritto della concorrenza, con particolare riferimento alla protezione dell'utente digitale. Una parte rilevante del lavoro è inoltre dedicata allo studio dei rimedi contrattuali disponibili in caso di violazione delle norme sulle pratiche sleali e al ruolo delle autorità indipendenti (come l'AGCM e l'AGCOM nel diritto italiano; l'autorità di regolazione del mercato nell'ordinamento spagnolo, dove peraltro sussiste la particolarità di autorità di carattere locale) nel sistema multilivello di enforcement.

La metodologia seguita è di tipo qualitativo e comparato: si è proceduto a una ricostruzione dogmatica delle norme europee e nazionali, accompagnata dall'analisi critica della giurisprudenza e della dottrina più rilevante; inoltre, è stato adottato un approccio comparativo, con particolare attenzione al modello spagnolo e al caso portoghese, considerato un esempio paradigmatico nell'attuazione delle direttive europee in materia di consumo. A questa ricostruzione normativa e sistematica si aggiunge una riflessione sull'effettività della tutela, soprattutto nei contesti digitali, dove la vulnerabilità del consumatore risulta accresciuta dalla complessità degli strumenti tecnologici e informativi.

Il primo capitolo dell'opera si propone di offrire una ricostruzione sistematica della disciplina delle pratiche commerciali sleali nell'ordinamento dell'Unione europea, soffermandosi in particolare sull'evoluzione normativa rappresentata dalla Direttiva 2005/29/CE (denominata "Direttiva sulle pratiche commerciali sleali") e sulle modifiche introdotte dalla Direttiva (UE) 2019/2161, che ha aggiornato numerosi strumenti di protezione del consumatore nell'ambito del pacchetto legislativo "New Deal for Consumers".

Dopo una premessa generale, il capitolo si apre con una sezione dedicata all'ambito di applicazione della Direttiva 2005/29/CE e alle modifiche introdotte dalla Direttiva 2019/2161/UE. Qui si mette in rilievo l'estensione del campo di operatività della disciplina, in particolare per quanto riguarda le pratiche commerciali digitali, la trasparenza nelle interfacce online, la personalizzazione dei prezzi e la visibilità delle recensioni. L'analisi ha come obiettivo mostrare come l'evoluzione normativa rifletta l'intenzione dell'Unione di rafforzare la fiducia dei consumatori nei mercati digitali, garantendo al contempo una maggiore certezza giuridica per i professionisti.

Segue una ricostruzione dettagliata dell'obiettivo di tutela perseguito dal legislatore europeo: non solo la protezione del consumatore in senso tradizionale, ma anche la salvaguardia del corretto funzionamento del mercato e la promozione di pratiche leali tra operatori economici. La dimensione assiologica della normativa, basata sul principio di buona fede oggettiva e sulla tutela dell'autonomia decisionale del consumatore, costituisce l'asse teorico attorno al quale ruota l'intero impianto della disciplina.

Ampio spazio è dedicato alla definizione di pratica commerciale sleale, così come delineata da entrambe le direttive, nonché alla distinzione tra le diverse tipologie di condotte vietate. In particolare, si approfondiscono le pratiche ingannevoli, le azioni ingannevoli, le omissioni ingannevoli e le pratiche aggressive, attraverso una classificazione sistematica delle condotte e una riflessione sulle ipotesi previste dalla normativa.

L'analisi prosegue con l'esame dei criteri giuridici utilizzati per identificare una pratica commerciale sleale, soffermandosi su tre aspetti fondamentali: 1) la contrarietà alla diligenza professionale; 2) l'idoneità a falsare in maniera rilevante il comportamento economico del consumatore medio; 3) l'inclu-

sione nella cosiddetta "lista nera" delle pratiche vietate in ogni caso, indipendentemente dalla valutazione concreta dell'effetto.

Un paragrafo specifico è poi dedicato all'approccio dottrinale e giurisprudenziale nell'attuazione della direttiva, con particolare attenzione all'evoluzione interpretativa operata dalla giurisprudenza nazionale e dalla Corte di Giustizia. In questo contesto, si evidenzia la centralità del principio di buona fede oggettiva, come criterio di valutazione della correttezza delle pratiche commerciali e come parametro per l'applicazione della clausola generale dell'articolo 5 della Direttiva 2005/29/CE.

Una parte sostanziale del capitolo è infine riservata al recepimento delle direttive in Italia, con un focus sul Decreto Legislativo n. 146/2007, che ha introdotto nel Codice del Consumo italiano la disciplina delle pratiche commerciali sleali. L'analisi si concentra su alcune nozioni chiave, come quella del consumatore medio, e sul modo in cui la giurisprudenza e la prassi amministrativa ne hanno progressivamente delineato i contorni applicativi.

Si esaminano poi le pratiche aggressive, il sistema sanzionatorio e i codici di condotta, nonché i rimedi previsti, anche alla luce della recente evoluzione normativa. Infine, si propone un'analisi sistematica del Decreto Legislativo n. 146/2007, con l'obiettivo di mostrare la coerenza – o l'eventuale scostamento – tra il diritto interno e gli obiettivi perseguiti a livello europeo.

Il secondo capitolo si apre con una breve analisi comparativa della disciplina delle pratiche commerciali sleali nei principali ordinamenti europei, concentrandosi in particolare sul caso spagnolo (e con alcuni riferimenti al modello portoghese), con l'obiettivo di individuare affinità, divergenze e possibili buone pratiche nell'attuazione delle Direttive 2005/29/CE e 2019/2161/UE.

La prima sezione è dedicata alla Spagna, dove la disciplina delle pratiche commerciali sleali è stata recepita tramite la Legge 29/2009, che ha modificato il testo della Legge sulla Concorrenza Sleale, e successivamente integrata dal Real Decreto-ley 24/2021, strumento di recepimento della Direttiva 2019/2161. L'analisi si concentra su come l'ordinamento spagnolo abbia integrato il divieto di pratiche ingannevoli e aggressive nel proprio sistema di concorrenza sleale, sottolineando la duplice matrice della disciplina spagnola, nella quale le pratiche sleali vengono valutate anche in funzione del pregiudizio alla concorrenza e non soltanto della libertà decisionale del consumatore.

Segue un confronto con altri ordinamenti europei, tra i quali spicca il Portogallo, il cui approccio è considerato emblematico per l'attenzione dedicata alla dimensione contrattuale delle pratiche commerciali sleali. In particolare, il sistema portoghese è analizzato per la sua capacità di integrare in maniera organica la protezione del consumatore, la disciplina contrattuale e la repressione delle condotte sleali, anticipando alcune delle soluzioni adottate a livello europeo con la Direttiva 2019/2161. Qui si propongono ricostruzioni generali utili a livello comparativo, mentre sull'ordinamento spagnolo – soprattutto

per quanto riguarda l'applicabilità della disciplina nel contesto digitale – si tornerà ampiamente nel terzo capitolo.

Il secondo capitolo passa poi all'applicazione concreta della disciplina nell'ordinamento italiano, con una revisione sistematica dell'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione delle norme, anche alla luce delle innovazioni introdotte dalla direttiva del 2019. Si esamina il ruolo del professionista e quello del consumatore, nonché la possibile estensione della tutela a soggetti vulnerabili o "deboli" che non rientrano nella nozione tradizionale di consumatore. L'ambito oggettivo è analizzato criticamente con riferimento alle condotte nuove o ibride, spesso legate all'ambiente digitale, e si mettono in evidenza le difficoltà di adattamento della disciplina tradizionale a fenomeni emergenti come la personalizzazione algoritmica, la presentazione ingannevole dell'interfaccia o l'uso strategico dell'informazione asimmetrica.

La seconda parte del capitolo è dedicata al tema dei rimedi disponibili di fronte a una pratica commerciale sleale e alle conseguenze giuridiche che ne derivano, con un'analisi articolata dei profili sostanziali e processuali. Si ripercorre l'evoluzione dottrinale in materia di poteri dell'AGCM, con riferimento alla possibilità – diretta o indiretta – di ottenere un risarcimento, all'effettività delle misure sanzionatorie e all'importanza del dialogo tra autorità amministrative e giurisdizionali. Si mette in evidenza il problema della mancata collaborazione del professionista, che può aggravare l'infrazione e incidere sull'entità della sanzione, oltre a generare ulteriori effetti pregiudizievoli per il consumatore.

Segue un'analisi dettagliata delle novità introdotte dalla Direttiva (UE) 2019/2161 in materia di estensione del perimetro delle pratiche commerciali sleali e di applicazione della disciplina al consumatore digitale, che ha condotto a una riformulazione di certi strumenti giuridici sia a livello europeo sia negli ordinamenti nazionali. Si analizzano le misure adottate in Italia per dare attuazione alla direttiva, con attenzione ai nuovi rimedi collettivi, all'informazione precontrattuale, ai meccanismi di controllo delle interfacce digitali e alla trasparenza delle recensioni online.

Si riserva, tuttavia, ampio spazio all'esperienza spagnola, dove sono state introdotte importanti innovazioni normative con un impatto rilevante sul public enforcement. In particolare, si analizza il recepimento della Direttiva 770/2019 sulla fornitura di contenuti e servizi digitali, e il modo in cui questa ha rafforzato la protezione del consumatore spagnolo, anche nei casi in cui la controprestazione è rappresentata da dati personali. Si esaminano con speciale attenzione gli articoli 117 e seguenti della Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGCU), che delineano le azioni di tutela dell'utente digitale, in un contesto in cui si accentua la relazione tra profilazione e rapporto contrattuale, incrociando l'analisi con la protezione offerta nell'ordinamento spagnolo dalla Legge sulla Concorrenza Sleale.

Un ulteriore approfondimento è dedicato alla disciplina pubblicitaria e alla responsabilità degli influencer alla luce della normativa spagnola, mettendo

in rilievo le criticità relative alla trasparenza, all'identificabilità della comunicazione commerciale e all'effettività dei controlli. Si analizza altresì la figura del consumatore medio come possibile punto critico dell'attuale sistema di enforcement, in particolare quando la soglia di tutela rischia di risultare troppo elevata rispetto alla reale vulnerabilità dell'utente digitale.

La parte finale del capitolo esamina in dettaglio il tema dei rimedi contrattuali e risarcitori. Si discutono le condizioni per l'annullabilità del contratto, la nullità nei casi di accordi "a posteriori" derivanti da pratiche anticoncorrenziali, e la possibilità di ottenere un risarcimento per danni e pregiudizi, inclusi quelli derivanti dalla chiusura ingiustificata di un profilo digitale. Si tratta inoltre la questione delle clausole abusive, delle condizioni generali di contratto e degli oneri informativi imposti unilateralmente, nel tentativo di individuare strumenti interpretativi e sistematici in grado di rafforzare la protezione del consumatore in un ecosistema digitale sempre più asimmetrico e complesso. In sintesi, al termine dell'esposizione si cerca di mettere sulla bilancia la relazione concreta tra gli effetti rimediali del public e del private enforcement, potendosi anticipare una chiara maggiore apprezzabilità dei primi.

Alla luce della breve introduzione esposta in precedenza, la presente opera si propone di offrire un contributo originale alla riflessione giuridica sul tema delle pratiche commerciali sleali, collocandosi all'incrocio tra diritto dei consumatori, diritto della concorrenza, diritto privato e diritto dell'Unione europea, con particolare attenzione alle sfide imposte dalla transizione digitale dei mercati.

Attraverso l'analisi integrata di fonti normative, giurisprudenza nazionale ed europea, atti delle autorità amministrative e dottrina, il lavoro intende mettere in rilievo le tensioni sistemiche e i nodi interpretativi che ancora oggi caratterizzano l'applicazione concreta della disciplina, in particolare per quanto riguarda: 1) il concetto di pratica sleale e la sua evoluzione nei contesti digitali; 2) la relazione tra tutela individuale e collettiva; 3) la funzione dell'enforcement pubblico affidato alle autorità indipendenti; 4) l'effettività dei rimedi contrattuali e risarcitori.

L'approccio comparato consente di osservare come l'attuazione delle direttive europee non sia stata uniforme nei diversi ordinamenti, e come l'esperienza spagnola, così come quella portoghese, possa offrire spunti di riforma o di riequilibrio per il legislatore italiano, soprattutto in settori come il commercio elettronico, la pubblicità digitale o l'uso dei dati personali come controprestazione nei rapporti contrattuali.

Un elemento di particolare rilevanza è costituito dall'indagine sul ruolo del consumatore digitale, figura oggi centrale ma ancora scarsamente tutelata nelle sue specificità. In ambienti dominati da algoritmi, strategie di personalizzazione, filtri opachi e segmentazione comportamentale (targeting), emerge con forza la necessità di una tutela più avanzata e dinamica, capace di superare il modello "standard" del consumatore medio e di tenere conto della vulnerabilità contestuale e dell'asimmetria informativa strutturale.

Infine, il lavoro aspira a valorizzare il ruolo delle autorità di enforcement, in particolare delle autorità di concorrenza (Antitrust), non soltanto come soggetti repressivi, ma anche come attori centrali nella promozione della legalità economica, nella tutela della concorrenza leale e nella protezione della fiducia del consumatore nel mercato, sia fisico sia digitale.

In questo quadro, l'opera intende offrire strumenti concettuali e interpretativi utili, contribuendo alla costruzione di una disciplina delle pratiche commerciali sleali come strumento sostanzialmente adeguato alle trasformazioni del mercato contemporaneo.

CAPITOLO I

LA NORMATIVA EUROPEA SULLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE: LA DIRETTIVA 29/2005 CE E LA DIRETTIVA 2161/2019

1. Premessa

La Direttiva 2005/29/CE dell'11 maggio 2005 del Parlamento Europeo e del Consiglio Europeo, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio Europeo e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio Europeo ed il Regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio Europeo. Si sottolinea che la presente normativa, al fine di modernizzare le norme attualmente in vigore sulla base degli sviluppi digitali e di rafforzare i meccanismi di tutela dei diritti dei consumatori¹, è stata oggetto di significative modifiche da parte della direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 (cd. Direttiva Omnibus)². Nel dettaglio, si tratta della prima azione legislativa che fa parte del «*New deal for consumers*» presentato dalla Commissione UE in data 11 aprile 2018. Questo pacchetto di misure, indica la volontà della politica europea di fare una svolta rispetto al passato, occupandosi nuovamente dei diritti dei consumatori dopo un periodo di silenzio. Per questo motivo, nel corso della presente trattazione, sarà doveroso tenere in debita considerazione queste novelle, anche considerando che il legislatore italiano ha dovuto – a sua volta – modificare e integrare il Decreto Legislativo 6 settembre 2005,

1 S.M. GÓMEZ, «La directiva 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019, sobre mejora en la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión», in *Publicaciones jurídicas*, 2020, p. 2, secondo cui lo si evince chiaramente anche dal considerando n. 60 della stessa direttiva 2019/2161.

2 Precisamente la Direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori.

n. 206 (Codice del Consumo) per estendere la tutela garantita ai consumatori, in linea con le disposizioni contenute nella citata direttiva, a mezzo del con il D.Lgs. n. 26 del 7 marzo 2023³.

L'adozione della direttiva 2005/29/CE⁴, «relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno» è stata accolta con entusiasmo dagli operatori del settore in tutta l'Unione Europea, stanti la rilevante portata innovativa e il forte impatto sistematico della disciplina da essa recata. Da alcuni è stata significativamente accolta come «*the most exciting event*» degli ultimi anni nel campo del diritto della tutela dei consumatori e del diritto della concorrenza sleale.

La direttiva si suddivide in due parti.

La prima parte della Direttiva 2005/29/CE, in particolare, dall'art. 2 all'art. 13, contiene la regolamentazione delle pratiche commerciali sleali, suscettibili di essere ricomprese nella nozione di pratiche commerciali tra imprese e consumatori. La direttiva ha lo scopo di imporre agli imprenditori degli Stati membri il divieto generalizzato di porre in essere pratiche commerciali lesive degli interessi economici dei consumatori, e qualificate "sleali". In secondo luogo, la Direttiva 2005/29/CE delinea un complesso sistema di valutazione per introdurre a livello europeo un insieme di parametri uniformi al fine di stabilire se una pratica commerciale possa o meno considerarsi lecita. Infine, essa affida agli Stati membri il compito di predisporre i mezzi adeguati a prevenire e reprimere le pratiche commerciali sleali, e quindi un sistema di sanzioni nei confronti dei professionisti che dovessero farne ricorso, rafforzato dalla direttiva (UE) 2019/2161.

3 D. Lgs. N. 26 del 7 marzo 2023, recante "Attuazione della direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori".

4 La Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 (relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio), c.d. «direttiva sulle pratiche commerciali sleali», in *G.U.C.E.*, n. L. 149 dell'11 giugno 2005, pp. 22 ss. I lavori preparatori iniziarono con il *Green Paper on Consumer Protection: COM(2001) 531* (2 ottobre 2001); cui seguì la *Commission's Follow-up Communication to the Green Paper on EU Consumer Protection* dell'11 giugno 2002: COM(2002) 289. Essa si compone di due parti. La prima (artt. 2-13) contiene la nuova disciplina delle pratiche commerciali sleali; la seconda prevede l'introduzione di una serie di modifiche a provvedimenti comunitari già vigenti: precisamente, alla direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità ingannevole e comparativa (art. 14), alle direttive 97/7/CE e 2002/65/7CE in materia di contratti conclusi a distanza (art. 15), alla direttiva 98/27/CE in tema di provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori e al regolamento CE n. 2006/2004 «sulla cooperazione per la tutela dei consumatori» (art. 16).

La seconda parte della direttiva 2005/29/CE introduce una serie di modifiche ai provvedimenti comunitari già in vigore: direttiva n. 1984/450/CE e n. 1997/55/CE (art.14), alle direttive n. 1997/7/CE, 2002/65/CE e n. 98/27/CE.

L'attuazione delle norme, come noto, è compito delle autorità competenti per la protezione dei consumatori e dei tribunali nazionali. La direttiva 2005/29/CE impone agli Stati membri di comminare sanzioni efficaci ai professionisti che violano la legge attuando pratiche commerciali sleali.

In tale contesto, va osservato che la direttiva in esame ha introdotto nell'ordinamento europeo il diritto «generale» delle pratiche commerciali sleali, attribuendo «unità» ed «identità» ad una materia disorganica, frammentaria e, fino alla sua entrata in vigore, organizzata in modo poco sistematico. Questa materia precedentemente era stata fatta oggetto di sole normative settoriali, tutte disciplinanti, attraverso specifici obblighi o divieti, le condotte imprenditoriali che, nei diversi settori merceologici del mercato, influenzano i comportamenti economici dei consumatori durante la conclusione ed esecuzione dei contratti con i professionisti. L'intervento del legislatore comunitario è stato mosso dall'obiettivo di realizzare un «diritto uniforme» sulle pratiche commerciali sleali, la cui esigenza era stata fortemente avvertita poiché vi erano rilevanti difformità caratterizzanti tali discipline settoriali nei diversi ordinamenti nazionali.

«Le leggi degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali», come chiarisce il considerando 3 della direttiva, «erano caratterizzate da differenze notevoli che potevano provocare sensibili distorsioni della concorrenza e costituire ostacoli al buon funzionamento del mercato interno», giacché rappresentavano, si afferma all'art.4 della direttiva, «fonte di incertezza per quanto concerne le disposizioni nazionali da applicare alle pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori», generando significativi ostacoli sia alle imprese, per le quali risultava «più oneroso l'esercizio delle libertà del mercato interno, soprattutto ove tali imprese intendessero effettuare attività di marketing, campagne pubblicitarie e promozioni delle vendite transfrontaliere», sia ai consumatori, che vedevano sacrificati i propri diritti.

La Direttiva 29/2005/CE, pertanto, ha introdotto una disciplina generale, un corpus normativo unitario, armonizzando le legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali fra professionisti e consumatori ed è indispensabile per rimuovere gli ostacoli che impediscono le negoziazioni transfrontaliere, il cui incremento qualitativo e quantitativo costituisce una condizione imprescindibile per il raggiungimento dell'obiettivo di armonizzazione dei prezzi praticati all'interno del mercato europeo per i medesimi beni o servizi e quindi dell'ampliamento e la diversificazione dell'offerta di prodotti e servizi da parte dei consumatori. Un'offerta che consente a questi ultimi di accedere a beni o servizi qualitativamente migliori o più innovativi rispetto a quelli offerti dai loro Paesi, e stimola una maggiore e più efficace concorrenza tra

le imprese⁵. Ecco che l'eliminazione delle differenze fra le legislazioni nazionali e la creazione di un quadro giuridico europeo uniforme, sono apparse al legislatore comunitario le soluzioni migliori per promuovere le negoziazioni tra i diversi Stati membri. È precluso a questi ultimi non solo ridurre il livello di protezione assicurata dalla direttiva ai consumatori, ma anche incrementarlo, mantenendo o introducendo disposizioni più favorevoli.

Come si è riportato sin da subito, la direttiva 2005/29/CE è stata modificata nel 2019 e, tra gli interventi operati dal legislatore europeo, vi è anche quello relativo all'art. 2. Come è noto, normalmente le direttive europee includono una disposizione che fornisce le definizioni dei termini e dei concetti chiave utilizzati dal legislatore, diretto a stabilire un linguaggio comune tra gli Stati membri dell'UE ed a garantire che l'interpretazione della normativa sia coerente e uniforme in tutta l'Unione. Questo caso non fa eccezione.

Così, una modifica alle definizioni produce un impatto sull'applicazione della direttiva, in quanto ne influenza la corretta interpretazione da parte degli Stati membri e dei loro tribunali nazionali. La modifica dell'art. 2, difatti, come sarà ulteriormente evidenziato nel proseguo, ha influenzato l'applicazione e l'interpretazione delle successive disposizioni contenute nella direttiva 2005/29/CE (alcune delle quali sono state a loro volta oggetto di modifica).

Procedendo con ordine, occorre evidenziare che al fine di tenere in considerazione gli sviluppi tecnologici degli ultimi anni⁶, e per includere prodotti che non esistevano al momento dell'emanazione della direttiva del 2005, la nuova definizione di «prodotto» prevede al suo interno i concetti di «servizi digitali» e «contenuti digitali».

Si tratta di una modifica significativa perché l'inclusione di questi due concetti significa che esistono nuovi tipi di beni e servizi che possono essere soggetti a pratiche commerciali sleali e, pertanto, il legislatore europeo ha sentito l'esigenza di aggiornare la normativa europea, ma anche le leggi nazionali esistenti per garantire che tali pratiche siano proibite e sanzionate adeguatamente in tutto il territorio dell'UE⁷. In altri termini, l'obiettivo della

5 Cfr. la Relazione illustrativa della Proposta di direttiva relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, in COM 2003, 356, presentata dalla Commissione il 18 giugno 2003, p.2.

6 Il secondo periodo del considerando n. 17 della Direttiva (UE) 2019/2161 recita difatti «*Dal momento che gli strumenti digitali sono in continua evoluzione, è necessario adattare il diritto dell'Unione sulla tutela dei consumatori*».

7 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, in particolare ove l'A. afferma infatti che si tratta di un modo per riparare «all'ambizioso tentativo di armonizzare in modo 'completo' e 'totale' le legislazioni nazionali compiuto attraverso l'adozione della direttiva 2005/29/CE».

modifica è quello di migliorare la protezione dei consumatori nell'era digitale e di garantire che le regole siano aggiornate e pertinenti per le nuove realtà del commercio elettronico.

Sempre con l'obiettivo di aggiornare un quadro normativo divenuto ormai obsoleto alla luce delle innovazioni tecnologiche degli ultimi anni, sono state inserite nell'art. 2 altre due definizioni, prima totalmente assenti nel tessuto normativo del 2005, ossia quella di «classificazione» (lett. m) e di «mercato online» (lett. n). Come si avrà modo di constatare, si tratta di due concetti chiave della direttiva 2019/2161/UE in quanto uno dei suoi obiettivi principali è quello di garantire, da un lato, la corretta classificazione dei prodotti offerti in vendita online e, dall'altro, regolamentare in maniera più puntuale il mercato per assicurare una maggiore trasparenza e protezione per i consumatori. La classificazione e il mercato online sono quindi strettamente legati al fine di proteggere i consumatori e garantire la concorrenza leale nel commercio *online*.

1.1. Ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE e le modifiche apportate dalla direttiva 2019/2161/UE

La direttiva 2005/29/CE si applica a qualsiasi «pratica commerciale», qualunque sia la natura del bene e del servizio che costituisce oggetto dell'operazione economica cui la pratica si riferisce e qualunque sia la causa dei contratti alla cui conclusione essa è diretta o che si trovano a «valle» della pratica stessa⁸. La direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali si applica a quasi tutti i settori, con l'esclusione di alcuni settori specifici come gli enti pubblici e le imprese. È neutrale dal punto di vista della tecnologia ove deve applicarsi, e quindi può dispiegare i suoi effetti in relazione alla pubbli-

8 La direttiva 2005/29/CE trova applicazione anche al settore dei prodotti alimentari, come risulta dal considerando 5 del Regolamento UE 1169/2011, là dove viene precisato che le norme ivi contenute in materia di fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori costituiscono «norme specifiche» che vanno a integrare i «principi generali» sulle pratiche commerciali sleali. Sono altresì soggetti alla disciplina della direttiva 2005/29/CE i servizi di comunicazione elettronica, come precisato dalla sentenza della Corte di Giustizia UE, Sez. III, 11 marzo 2010, causa C-522/08, reperibile in <http://eur-lex.europa.eu/>, e come ricavabile dall'art. 1, para 4, della direttiva 2002/22/CE, per il quale «Le disposizioni della presente direttiva relative ai diritti degli utenti finali si applicano fatte salve le norme comunitarie in materia di tutela dei consumatori, in particolare le direttive 93/13/CEE e 97/7/CE, e le norme nazionali conformi al diritto comunitario». La direttiva 2005/29/CE trova infine applicazione a tutti i servizi finanziari, quali i servizi di investimento, assicurativi, bancari e di pagamento, come risulta senza margini di dubbio dall'art. 3, para 9 della stessa direttiva che espressamente autorizza gli Stati membri a prevedere in tale settore regole più rigorose.

cià sleale in ogni mezzo di comunicazione. Tuttavia, se taluni aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali sono regolati da altre norme comunitarie, prevalgono le norme specifiche del settore⁹.

La Direttiva 2019/2161/UE agisce invece sostanzialmente in due direzioni: l'espansione del perimetro delle pratiche commerciali considerate "scorrette" e quindi "proibite", così come una disciplina più precisa sui rimedi disponibili in caso di pratica commerciale scorretta.

Nella prima direzione il legislatore europeo si è concentrato principalmente sulle problematiche emergenti nei settori in rapida evoluzione delle ricerche *online*, delle offerte commerciali e dei mercati digitali. Per affrontare queste problematiche, la Direttiva 2019/2161/UE amplia il perimetro delle pratiche commerciali considerate scorrette e proibite e, come si è anticipato nel paragrafo precedente, fornisce una definizione precisa di «mercato online» (art. 2, par. 1 lett. n) inserito dalla Dir. 2019/2161/UE) inteso come un "servizio" di commercio elettronico che si avvale di *software*, come siti *web* o applicazioni, proposti dal professionista o da terzi su sua delega, che consente ai consumatori di stipulare contratti a distanza con altri professionisti o consumatori. Sempre su questa direzione, il legislatore europeo ha ampliato il novero delle «informazioni rilevanti» ai fini della qualificazione come «ingannevole» di una pratica commerciale scorretta (art. 7, parr. 4, lett. f, 4-*bis* e 5, Dir. 2005/29/CE, così come modificata dalla Dir. 2019/2161/UE).

In particolare: a) prevedendo l'inserimento nella *black list* delle pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli - oggi elencate, a livello interno, nell'art. 23 c. cons. - anche il «fornire risultati di ricerca in risposta a una ricerca online del consumatore senza che sia chiaramente indicato ogni eventuale annuncio pubblicitario a pagamento o pagamento specifico per ottenere una classificazione migliore dei prodotti all'interno di tali risultati»; b) il «rivendere ai consumatori biglietti per eventi, se il professionista ha acquistato tali biglietti utilizzando strumenti automatizzati per eludere qualsiasi limite imposto riguardo al numero di biglietti che una persona può acquistare o qualsiasi altra norma applicabile all'acquisto di biglietti»; c) l'«indicare che le recensioni di un prodotto sono inviate da consumatori che hanno effettivamente utilizzato o acquistato il prodotto senza adottare misure ragionevoli e proporzionate per verificare che le recensioni provengano da tali consumatori»; d) «l'invviare, o incaricare un'altra persona giuridica o fisica di inviare, recensioni di consumatori false o falsi apprezzamenti o di fornire false informazioni in merito a recensioni di consumatori o ad apprezzamenti sui media sociali, al fine di promuovere prodotti» (nn. 11-*bis*, 23-*bis*,

9 Per esempio, la direttiva sull'etichettatura, che contiene una disposizione specifica sulla pubblicità ingannevole di prodotti alimentari. Direttiva 2000/13/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 marzo 2000, relativa al riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità, GU L 109, del 6.5.2000, pag. 29.

23-ter, 23-quater dell'allegato I, Dir. 2005/29/CE, così come modificata dalla Dir. 2019/2161/UE).

A ciò si deve aggiungere che, in generale, ci sono previsioni che giustificano l'inclusione di disposizioni nelle leggi nazionali per proteggere i diritti dei consumatori dalle pratiche commerciali o di vendita aggressive o ingannevoli, come quando un professionista si reca presso la casa del consumatore senza essere stato invitato o organizza escursioni che non sono state richieste (art. 3, par. 5, Dir. 2005/29/CE, così come modificata dalla Dir. 2019/2161/UE).

Tali disposizioni sembrano dunque volte a tutelare maggiormente i legittimi interessi dei consumatori, così come quelle dirette a proteggere i consumatori dalle pratiche di marketing ingannevoli, comprese quelle che pubblicizzano prodotti come identici a quelli venduti in altri Paesi, quando invece possiedono una composizione o caratteristiche significativamente diverse, a meno che ciò sia giustificato da fattori legittimi e oggettivi (art. 6, par. 2, lett. c) Dir. 2005/29/CE, così come modificata dalla Dir. 2019/2161/UE).

In conseguenza di ciò, gli Stati membri non possono superare il livello di protezione previsto dalla direttiva, altrimenti non sarà possibile usufruire dei benefici insiti nell'avere un insieme di norme comuni nel mercato interno. Inoltre, le differenze residue tra gli ordinamenti nazionali nell'area armonizzata non potranno essere utilizzate per compromettere la libera circolazione delle merci o dei servizi. La clausola di mutuo riconoscimento presente nella direttiva impedisce alle autorità competenti per la protezione dei consumatori o ai tribunali nazionali di applicare norme nazionali volte a vietare una pratica commerciale transfrontaliera proveniente da un altro Stato membro qualora essa sia conforme alla direttiva. Questi meccanismi contribuiscono a realizzare un'attuazione ed un'applicazione uniformi nonché la certezza del diritto, ovvero elementi fondamentali sia per i professionisti sia per i consumatori.

La direttiva contiene, inoltre, disposizioni che hanno lo scopo di prevenire lo sfruttamento dei consumatori più vulnerabili.

La definizione di consumatore "vulnerabile" dipende dalla pratica commerciale in questione. Un consumatore può essere vulnerabile alla pratica a causa di infermità mentale o fisica, dell'età o dell'ingenuità, come nel caso di bambini o anziani, in un modo che il professionista può ragionevolmente prevedere. Nella direttiva 2005/29/CE vengono proibite determinate pratiche commerciali, che sono considerate sleali e, come tali, possono condizionare soprattutto i consumatori vulnerabili. Ecco alcuni esempi di tali pratiche:

- Affermare che alcuni prodotti possono facilitare la vincita nei giochi d'azzardo;
- Affermare falsamente che un prodotto ha la capacità di curare malattie, disfunzioni o malformazioni;
- Includere in un messaggio pubblicitario un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri adulti ad acquistare i prodotti reclamizzati ("il potere dei capricci").

Nella direttiva è presente una “clausola di salvaguardia” per tutelare in particolare i consumatori più vulnerabili: i professionisti non possono eludere le disposizioni in materia di pratiche commerciali sleali adottando delle pratiche suscettibili di indurre in errore soltanto dei consumatori particolarmente vulnerabili, anche laddove non sia possibile provare che queste pratiche si rivolgano direttamente a tale gruppo. I consumatori vulnerabili possono beneficiare della nozione di riferimento del c.d. “consumatore medio”¹⁰.

Le pratiche commerciali che possono falsare in misura rilevante il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista può ragionevolmente prevedere, sono valutate nell’ottica del membro medio di tale gruppo. Ciò lascia impregiudicata la pratica pubblicitaria comune e legittima, consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera (“iperbole pubblicitaria”¹¹).

Proprio su questo tema, si rileva la portata innovatrice della Direttiva 2019/2161 che al considerando n. 54 afferma che le vendite negoziate fuori dai locali commerciali costituiscono un canale lecito e consolidato. Ciononostante, alcune attività, in particolare quelle aggressive o fuorvianti, possono esercitare una forte pressione sui consumatori, in particolare sugli anziani o sui vulnerabili, spingendoli ad acquistare beni o servizi che altrimenti non avrebbero comprato ovvero ad acquistare a prezzi eccessivi con pagamento immediato. Tali attività si riferiscono alle vendite concluse nelle visite non richieste di un professionista presso l’abitazione del consumatore o durante escursioni organizzate con l’obiettivo o l’effetto di promuovere o vendere prodotti ai consumatori.

Per contrastare tali attività di *marketing*, il legislatore europeo modifica le due direttive: non introduce misure *ad hoc*, ma autorizza gli Stati membri a farlo nei rispettivi ordinamenti, con un’innovazione che è solo indiretta.

In particolare, l’art. 3, Dir. 2005/29, sull’ambito di applicazione, al riformato comma 5, precisa (ora) che la fonte comunitaria sulle pratiche commerciali sleali «non osta a che gli Stati membri adottino disposizioni per tutelare i legittimi interessi dei consumatori rispetto a pratiche commerciali o di vendita aggressive o ingannevoli» nel contesto di visite non richieste o di escursioni organizzate. E così l’art. 9, Dir. 2011/83, sul diritto di recesso, al comma 1-*bis*, consente agli Stati membri di prolungare il periodo di recesso, normalmente di quattordici giorni, a trenta giorni, nel caso di contratti stipulati con le suddette tecniche di *marketing*. E ancora l’art. 16, Dir. 2011/83, al nuovo comma 2, dispone: gli Stati membri possono derogare alle eccezioni al diritto di recesso

10 Si tornerà ampiamente sulla definizione nel proseguo.

11 Si confronti l’articolo 5 della direttiva.

del comma 1, lett. a), b), c) ed e), per i contratti che siano stati conclusi all'esito di visite non richieste o di escursioni organizzate. Gli ordinamenti nazionali potranno, dunque, in via del tutto eccezionale, prorogare il diritto di recesso e/o ammetterlo, laddove normalmente escluso.

1.2. L'obiettivo di tutela

La direttiva tutela solo gli interessi economici (o, se vogliamo, informativo-economici) del consumatore e non si occupa di altri temi quali la salute o la sicurezza. Inoltre, non rientrano nello scopo di applicazione della direttiva i concetti di gusto e decenza. Non rientrano nel campo di applicazione della direttiva pratiche che costituiscono concorrenza sleale in alcuni Stati membri ma non ledono gli interessi economici dei consumatori, come l'imitazione servile (ovvero la riproduzione indipendentemente da qualsiasi rischio di confusione del consumatore) e la denigrazione di un concorrente. Tali pratiche rimangono regolate dalla direttiva sulla pubblicità ingannevole e comparativa. Rientrano invece nel campo di applicazione della direttiva quelle pratiche commerciali lesive degli interessi economici dei consumatori, come le promozioni che generino un effetto di confusione.

La direttiva non si occupa di diritto della concorrenza, e quindi di accordi anticoncorrenziali, di abuso di posizione dominante, di fusioni e di acquisizioni. Anche il diritto contrattuale è escluso dall'ambito della direttiva, la quale non incide sulle condizioni di formazione, validità o efficacia del contratto. A tal proposito, è interessante notare che ciò viene indicato anche dall'art. 3, par. 2 della direttiva 2019/2161/UE stabilendo espressamente tale norma che «La presente direttiva non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto». Ciò viene ribadito al successivo paragrafo della medesima disposizione facendo riferimento alle «disposizioni comunitarie o nazionali relative agli aspetti sanitari e di sicurezza dei prodotti». In tal senso però l'articolo 3 della nuova direttiva modifica l'articolo 11 bis di quella precedente, imponendo il diritto del consumatore leso da una pratica commerciale scorretta "ad una tutela piena ed effettiva". In questo senso è agevole intendere la disposizione europea come un invito agli operatori nazionali di assicurare una tutela proporzionata (ci si chiede se ciò valga anche per il giudice in sede di misura e importo del danno) ed effettiva (forse da intendersi come un dovere del legislatore di consentire la risoluzione del contratto?).

La direttiva si applica solo alle pratiche commerciali, tra imprese e consumatore finale, e non copre le pratiche commerciali tra imprese, come i boicottaggi e il rifiuto di eseguire forniture. La direttiva sarà applicata laddove non esistono disposizioni specifiche che regolano le pratiche commerciali sleali in normative specifiche di settore. Dove tali disposizioni specifiche sono presenti, esse avranno la precedenza sulla direttiva. Laddove una normativa specifica per il settore regola solo alcuni aspetti delle pratiche commerciali,

per esempio il contenuto degli obblighi di informazione, la direttiva entrerà in gioco per gli altri elementi: per esempio, se le informazioni obbligatorie nella normativa specifica per il settore sono presentate in maniera ingannevole.

1.3. La pratica commerciale scorretta disciplinata dalle Direttiva 2005/29/CE e 2019/2161/UE

Sulla base di queste premesse, quindi, è possibile sottolineare che la direttiva in esame aspira a porsi come “direttiva-quadro”, e ciò si riflette nella definizione data dall’art. 2, lett. d) della direttiva, successivamente recepita sia nell’ordinamento italiano che in quello spagnolo, sulla “pratica commerciale” tra professionisti e consumatori¹². Come si approfondirà nel proseguo, si tratta di una definizione dalla portata molto ampia, che fa rientrare nell’ambito di applicazione della normativa qualsiasi azione, omissione, condotta, dichiarazione e comunicazione commerciale, comprese la pubblicità e le attività di commercializzazione del prodotto, ovvero il marketing, poste in essere da un professionista e connesse alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori.

Peraltro, è del tutto irrilevante la circostanza che la condotta professionale sia stata attuata una sola volta e abbia interessato un solo consumatore: in tal senso, «infatti, ha osservato la stessa Corte di Giustizia, né le definizioni fornite agli articoli 2, lettere c) e d), 3, paragrafo 1, nonché 6, paragrafo 1, della direttiva sulle pratiche commerciali sleali né quest’ultima, contengono indizi secondo cui l’azione o l’omissione da parte del professionista dovrebbe presentare carattere reiterato o riguardare più di un consumatore»¹³. La nozione

12 La bibliografia sul punto è vastissima, si confrontino fra gli altri, C. CAMARDI, «Pratiche commerciali scorrette e invalidità», in *Obbl. e contr.*, 2010, VI, p. 408 ss.; C. CAMARDI, «La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo», in *Jus Civile*, V, 2013, p. 305 ss.; E. BATTELLI, «Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità», in *Europa e Diritto Privato*, II, 2016, p. 425 ss.; G. DE CRISTOFARO, «La nozione generale di pratica commerciale “scorretta”», in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, 2008, p. 143 ss.; A. NOBILE, «Le tutele civilistiche avverso le pratiche commerciali scorrette», in *Contr. Impr. Europa*, 2014, pp. 180-199; A. FACHECHI, «Pratiche commerciali scorrette e (apparente) “gap” normativo: il “sistema” dei rimedi negoziali», in *Studium iuris*, 2015, I, p. 181 ss.; A. P. SEMINARA, «La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette», in *I contratti*, VI, 2018 p. 689 e ss. Recentissima è la ricostruzione di S. Monti, *Le decisioni dell’AGCM e il danno da illecito anticoncorrenziale*, in *I Contratti*, III, 2022, p. 299 ss., si confronti altresì sul punto F. PASQUARELLI, «Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell’AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE», in *Dir. ind.*, 2016, p. 252 ss.

13 Sentenza della Corte di Giustizia UE, Sez. I, 16 aprile 2015, causa C-388/13, para 42, reperibile in <http://curia.europa.eu/>. Si veda anche la nota sentenza della Corte di Giustizia UE, 15 marzo 2012, causa C-453/10, in <http://curia.europa.eu/>, ove è stata qualificata come pratica commerciale sleale la condotta consistente nell’inserimento in un contratto sot-

di pratica commerciale va considerata anche sul piano temporale, ovvero nel momento in cui le condotte sono poste in essere. Come disposto dall'art. 3, paragrafo 1 della direttiva e dal corrispondente art. 19, comma 1 del Codice del Consumo la nozione di pratica commerciale investe l'intero arco temporale dell'attività di consumo, comprendendo tutte le condotte poste in essere antecedentemente, contestualmente o successivamente alla conclusione dell'«operazione commerciale». Letta l'attuale formulazione dell'art. 18, lett. d) del Codice del Consumo, la dottrina ha ritenuto che la nozione di «pratica commerciale» sia – almeno in parte – mutuata, anche confrontando la disposizione con l'art. 2 lett. d) della direttiva 2005/29/CE.

Si ritiene in tal senso che nel novero siano dunque ricomprese: tutte le pratiche connesse direttamente o indirettamente (il legislatore italiano utilizza, a differenza di quello europeo, la locuzione «in relazione»¹⁴) alla promozione, alla vendita o alla fornitura di un prodotto. Pertanto, rientrano anche tutte quelle condotte poste in essere, come i messaggi pubblicitari, per promuovere la conclusione del contratto¹⁵.

Un recente provvedimento dell'AGCM ha, a tal proposito, visto protagonisti la nota influencer Chiara Ferragni e Balocco S.p.A., per una vicenda riguardante una serie di condotte scorrette quali: 1) aver lasciato intendere ai consumatori, nel pubblicizzare un pandoro “griffato” dall'influencer, *che comperandolo avrebbero contribuito ad effettuare una donazione all'Ospedale Regina Margherita di Torino*; 2) aver diffuso informazioni false mediante apposizione di un cartiglio su ciasun pandoro, circa il fatto che l'acquisto del prodotto avrebbe contribuito alla donazione pubblicizzata; 3) aver pubblicato post e stories sui canali social dell'influencer dove si dichiarava che l'acquisto del pandoro avrebbe contribuito alla donazione cui la Ferragni avrebbe direttamente partecipato, mentre la donazione, pari a 50 mila euro, era stata precedentemente effettuata dalla sola Balocco.

toscritto da un singolo consumatore dell'indicazione di un TAEG non corrispondente al complesso dei costi dell'operazione di finanziamento: la Corte non si è cioè preoccupata di accertare se il testo fosse o meno impiegato in maniera sistematica per la stipulazione di una pluralità di contratti. In realtà, la questione non è sempre stata pacifica per la giurisprudenza amministrativa italiana: talvolta è stato ritenuto che la condotta dovesse essere reiteratamente posta in essere con carattere di apprezzabile omogeneità (così TAR Lazio-Roma, 6/4/2009, n. 3692, in <http://pluriscedam.utetgiuridica.it>), ovvero che si inserisse in una più ampia «prassi», tale essendo il significato da attribuire al termine «pratica» (Cons. Stato, 7/11/2012, n. 4753, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>); in altri casi, è stata considerata irrilevante la significatività statistica del dato numerico dei consumatori interessati dalla pratica commerciale (TAR Lazio-Roma, 11/6/2009, n. 5570, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>).

14 R. ANGELINI, «Art. 18», in C. CUFFARO (a cura di), *Codice del Consumo*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 120.

15 S. TOMMASI, *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*, Cacucci, Roma, 2012, p. 57.

Dall'operazione de quo emergeva che le società riconducibili alla Ferragni avevano incassato oltre 1 milione di euro, senza versare nulla.

L'AGCOM, sanzionava¹⁶ le società Fenice S.r.l. e TBS Crew S.r.l., che gestiscono i marchi e i diritti relativi alla personalità e all'identità personale dell'influencer Chiara Ferragni, rispettivamente per 400 mila euro e per 675 mila euro, e Balocco S.p.A. per 420 mila euro.

La dottrina ha inoltre ritenuto rientrante nella nozione di «pratica commerciale» tutte le condotte, sia dichiarazioni che comportamenti materiali (azioni od omissioni)¹⁷, della fase precontrattuale propriamente intesa, a partire cioè dall'instaurazione del contatto iniziale con il consumatore fino al momento della conclusione del contratto¹⁸, oltre ad ogni altra condotta connessa alla fase esecutiva o di cd. post-vendita¹⁹.

In sintesi, la definizione spazierebbe dal mero contatto sociale della pubblicità alla fase precontrattuale, alla stipula e all'esecuzione del contratto²⁰.

Tuttavia, è necessario che la condotta del professionista sia posta in essere in relazione con la promozione e/o commercializzazione di un prodotto o un servizio, potendo poi incidere indifferentemente sulla «percezione dei beni e dei servizi», ovvero sulla percezione dei contratti e/o dei «diritti contrattuali». Un ambito di applicazione così vasto della nuova disciplina sotto il profilo oggettivo trova un limite funzionale, che non è indicato nella definizione di «pratica commerciale». Infatti, è stato osservato che la direttiva 2005/29/CE non si occupa di qualsiasi condotta commerciale connessa alla promozione e/o commercializzazione di un bene o servizio, bensì delle sole pratiche commerciali sleali che, oltre a caratterizzarsi nei termini appena descritti, influenzano il comportamento economico dei consumatori. Ciò risulta inequivocabilmente dall'art.7 della direttiva 2005/29/CE, in cui si afferma che «la presente direttiva riguarda le pratiche commerciali il cui intento diretto è quello di influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori relative a prodotti», nonché indirettamente dall'art.6 della medesima direttiva, in cui si precisa che non sono proibite le pratiche pubblicitarie e di marketing «in grado di incidere legittimamente sulla percezione dei prodotti da parte dei consumatori e di influenzarne il comportamento senza però limitarne la

16 AGCOM, Prov. del 14 dicembre 2023, in www.agcm.it

17 E. BARGELLI, «Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori : la direttiva 2005/29/ Ce e il diritto italiano», in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese e consumatori*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 9.

18 E. MINERVINI, «Il codice del consumo e la direttiva delle pratiche commerciali sleali», in E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali: direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 77.

19 Ibidem.

20 L. DI NELLA, «Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive», in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, p. 49.

capacità di prendere una decisione consapevole». Il legislatore europeo, in sostanza, ha disciplinato le sole pratiche commerciali che presentano tale attitudine, nella consapevolezza che di essa gli imprenditori spesso abusano al fine di indurre il consumatore a compiere una scelta commerciale che altrimenti non avrebbe compiuto. Lo scopo della direttiva è quello di stabilire «a quali condizioni influenzare è legittimo e a quali condizioni diventa illegittimo o sleale», ovvero stabilire quando la pratica commerciale non solo influenza, ma falsa il comportamento economico del consumatore. E dunque sostanzialmente, sotto il profilo soggettivo, la direttiva 2005/29/CE regola le pratiche commerciali poste in essere tra «professionisti» e «consumatori». Quanto alla categoria del «consumatore», l'art. 2, lett. a) della direttiva 2005/29/CE riferisce ai «fini» per cui il consumatore agisce con maggiore precisione: il «consumatore» è colui che agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività «commerciale, industriale, artigianale o professionale». Per quanto riguarda, invece, la categoria del «professionista», quest'ultimo è disciplinato in modo più ampio nella direttiva, ma nel Codice del consumo trova comunque la medesima definizione agli artt. 3, lett. c) e 18, lett. b). Tuttavia, appare necessaria una precisazione: nella prospettiva europea la disciplina sulle clausole abusive e quella sulle pratiche commerciali abusive hanno un coincidente ambito di operatività soggettivo, altrettanto non può invece dirsi avendo riguardo alla normativa nazionale. In quest'ultima, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette è stata estesa oltre ai rapporti tra professionisti e consumatori. Con il Decreto Legge del 24 gennaio 2012, n. 1 (art. 7), convertito con modificazioni con la Legge del 24 marzo 2012, n. 27, il Titolo III, Parte II del Codice del consumo, è divenuto applicabile anche «alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese» (art. 19, comma 1), per tali ultime intendendosi (art. 18, lett. d-bis) tutte le «entità, società o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003». In verità, il legislatore italiano non ha esteso l'intera disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette a tutte le pratiche tra professionisti e microimprese, giacché la tutela di quest'ultime «in materia di pubblicità ingannevole e di pubblicità comparativa illecita è assicurata in via esclusiva dal decreto legislativo del 2 agosto 2007, n. 145», in particolare, dall'art. 19, comma 1, Codice del consumo. Ciò significa che quando la pratica posta in essere dal professionista nei confronti della microimpresa debba qualificarsi come pubblicità, ai sensi dell'art. 2, lett. a), D.Lgs. n. 145/2007, ad essa non si applicano gli artt. 21-23 del Codice del consumo, in quanto riguardano le pratiche commerciali ingannevoli e dovendo l'ingannevolezza del messaggio pubblicitario essere valutata ai sensi dell'art. 2, lett. b) e 3 D.Lgs. n. 145/2007.

Per quanto invece concerne il recepimento della direttiva 2019/2161/UE in Spagna, si rinvia agli approfondimenti svolti nei successivi paragrafi.

1.4. Classificazioni delle condotte ingannevoli e delle pratiche commerciali aggressive e scorrette, le azioni ingannevoli nella pratica commerciale

Le omissioni fanno riferimento al fatto che, per poter prendere delle decisioni consapevoli, i consumatori hanno bisogno di informazioni. Un professionista deve fornire le informazioni rilevanti di cui ha bisogno il consumatore medio.

Sarà ingannevole una pratica commerciale che:

- Ometta informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole;
- Occulti o presenti in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti;
- Non indichi l'intento commerciale della pratica stessa, qualora non risulti già evidente dal contesto.

Nella valutazione delle pratiche di omissione è necessario considerare i seguenti aspetti:

- Ciò che conta è l'effetto della pratica commerciale nella sua interezza, compresa la presentazione;
- Le informazioni devono essere espone in maniera chiara: una presentazione oscura è equivalente a un'omissione delle informazioni;
- La direttiva non include una lista di tutte le informazioni rilevanti. Le autorità competenti per la protezione dei consumatori e i tribunali nazionali definiranno caso per caso quali sono le informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno tenendo in considerazione il contesto. Gli obblighi di informazione stabiliti in altre direttive comunitarie equivalgono alle informazioni rilevanti. Una lista non esaustiva, riportata nell'allegato II della direttiva, include le disposizioni comunitarie contenenti gli obblighi di informazioni rilevanti (per esempio, la direttiva sui contratti a distanza obbliga il professionista a fornire le informazioni preliminari e una conferma scritta di tali informazioni);
- Il mezzo utilizzato per comunicare le pratiche commerciali può imporre delle restrizioni in termini di spazio o tempo. Dette restrizioni e qualunque misura adottata dal professionista per mettere le informazioni a disposizione dei consumatori con altri mezzi, saranno tenute in considerazione;
- Un novero limitato di informazioni essenziali sono richieste quando il professionista "invita all'acquisto" (per esempio, caratteristiche del prodotto, indirizzo e identità del professionista e prezzo comprensivo delle imposte). Le forme di marketing finalizzate a sviluppare la conoscenza di un marchio in generale o di un prodotto non devono necessariamente contenere queste informazioni.

1.4.1. Le pratiche commerciali aggressive

Secondo quanto previsto dagli artt. 24 ss. seguenti della direttiva 2005/29/CE, una pratica commerciale deve considerarsi aggressiva quando la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio è considerevolmente limitata da essa. La direttiva contiene una lista di criteri che aiutano a determinare se una pratica commerciale comporti molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento. L' "Indebito condizionamento" consiste nello "sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza ricorso alla forza fisica o alla minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole."

1.4.2. La disciplina delle pratiche commerciali scorrette

La disciplina delle pratiche commerciali recata dalla direttiva 2005/29/CE non impone ai professionisti obblighi di contenuto positivo, rinunciando a individuare gli elementi al ricorrere dei quali una pratica venga definita «leale». La direttiva, al contrario, pone un unico divieto generale: il divieto di ricorrere a pratiche commerciali «sleali»²¹, cui segue la fissazione dei criteri e dei parametri in applicazione dei quali può stabilirsi se e in quale misura detto divieto debba considerarsi violato²². A tale fine, il legislatore europeo ha fatto proprio il modello tedesco, mutuando, in particolare, l'approccio adottato dal legislatore teutonico nel "*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*" (UWG) del 2004, recante la disciplina della concorrenza sleale²³. Alla stessa stregua di tale disciplina²⁴, invero, anche la direttiva 2005/29/CE ha adottato una struttura normativa a piramide, detta anche a cerchi concentrici, comprendente una clausola generale («*grand general clause*», art. 5, para 2) che fornisce la definizione dell'intera categoria di pratica commerciale «sleale», e due ulteriori clausole definite «*small general clauses*» e disciplinate dall'art. 5, paragrafo 4 della direttiva 2005/29/CE relative ad altrettante sottocategorie di pratiche commerciali sleali, ovvero «ingannevoli» di cui agli artt. 6-7, ed «aggressive» di cui agli artt. 8-9.

21 Art. 5, par. 1, della direttiva: «Le pratiche commerciali sleali sono vietate».

22 G. DE CRISTOFARO, «La direttiva 2005/29/CE», in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo - Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di ID., cit., p. 11.

23 Segnala però S. ORLANDO, o.u.c., pp. 181-182, che il test di slealtà previsto dalla disciplina tedesca è più ampio, contrastando essa tanto le pratiche commerciali lesive degli interessi dei concorrenti, quanto le pratiche commerciali lesive degli interessi dei consumatori.

24 Cfr. § 3 contenente la clausola generale di «slealtà» («*Grosse Generalklausel*») che vieta le pratiche commerciali sleali in danno dei consumatori e dei concorrenti e §§ 5 e 7 («*Kleine Generalklausel*») relativi, rispettivamente, alle pratiche commerciali «ingannevoli» («*Irreführend*») e alle pratiche commerciali «moleste» («*Belästigung*»)

La definizione generale di pratica commerciale sleale è stata concretizzata dagli organi comunitari individuando un divieto generale per tutte quelle pratiche commerciali che rientrano nella definizione di slealtà, ideando e realizzando due liste nere, definite black list: una lista che riporta esempi tangibili e chiari riguardanti le pratiche considerate «in ogni caso sleali», o scorrette²⁵, ovvero ingannevoli ed aggressive²⁶ ed individuando in modo analitico e puntuale le singole fattispecie concrete di pratiche commerciali sleali, elencate nella lista nera, le quali sono considerate in ogni caso sleali dall'Allegato I della Direttiva 2005/29/CE, integrato successivamente dalla direttiva 2019/2161 così come sarà illustrato nel proseguo²⁷.

1.5. L'individuazione delle pratiche commerciali sleali

Il procedimento da seguire per stabilire se una determinata pratica commerciale abbia o meno natura sleale, dovrà articolarsi in diversi passaggi. In primo luogo, occorre stabilire se la pratica si presti o meno a essere inquadrata in una delle previsioni delle liste nere contenute negli allegati e, se questo ha esito positivo, la pratica viene considerata sleale. Qualora la singola pratica non sia compresa in una delle categorie contemplate negli elenchi degli Allegati, si tratterà di appurare se siano in essa ravvisabili gli estremi di una pratica commerciale ingannevole ovvero una pratica commerciale aggressiva. Pertanto, una pratica commerciale è considerata sleale, e quindi vietata, se soddisfa entrambi i due criteri esaminati nei seguenti paragrafi.

1.5.1. La pratica è contraria all'obbligo della diligenza professionale

La diligenza professionale è la misura della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente ci si deve aspettare da parte di un professionista conformemente ai requisiti dell'onesta pratica di mercato e/o del principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista.

Tale nozione corrisponde al concetto di correttezza nella condotta professionale presente nella maggior parte degli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Il concetto di diligenza professionale riflette quello di pratiche di mercato oneste e di buona fede.

25 E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali*, cit., p. 30.

26 Cfr. M. LIBERTINI, «Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette», in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette – Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. GENOVESE, cit., pp. 28- 29; ID., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 73-74.

27 Si rinvia al successivo paragrafo 1.5.3 del presente capitolo.

1.5.2. La pratica falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio

Il criterio di “falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori” significa utilizzare una pratica commerciale al fine di alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

1.5.3. La lista nera delle pratiche commerciali sleali

La lista nera delle pratiche sleali è stata redatta per avere la certezza che i professionisti abbiano chiaro cosa sia proibito. Le pratiche commerciali della lista nera sono sleali in ogni circostanza, ovvero senza che sia necessaria una valutazione *ad hoc* sulla scorta delle disposizioni della direttiva. La lista può essere modificata soltanto attraverso una revisione della direttiva ad opera del Parlamento Europeo e del Consiglio Europeo.

La lista nera delle pratiche commerciali sleali è contenuta nell'Allegato I della direttiva 2005/29/CE²⁸, la quale è stata modificata dalla direttiva del

28 «Pratiche commerciali ingannevoli

1) Affermazione, da parte di un professionista, di essere firmatario di un codice di condotta, ove egli non lo sia; 2) Esibire un marchio di fiducia, un marchio di qualità o un marchio equivalente senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione; 3) Asserire che un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura, ove esso non la abbia; 4) Asserire che un professionista (incluse le sue pratiche commerciali) o un prodotto è stato approvato, accettato o autorizzato da un organismo pubblico o privato quando esso non lo sia stato o senza rispettare le condizioni dell'approvazione, dell'accettazione o dell'autorizzazione ricevuta; 5) Invitare all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo senza rivelare l'esistenza di ragionevoli motivi che il professionista può avere per ritenere che non sarà in grado di fornire o di far fornire da un altro professionista quei prodotti o prodotti equivalenti a quel prezzo entro un periodo e in quantità ragionevoli in rapporto al prodotto, all'entità della pubblicità fatta dal prodotto e al prezzo offerti (bait advertising ovvero pubblicità propagandistica); 6) Invitare all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo e successivamente: a) rifiutare di mostrare l'articolo pubblicizzato ai consumatori, oppure b) rifiutare di accettare ordini per l'articolo o di consegnarlo entro un periodo di tempo ragionevole, oppure c) fare la dimostrazione dell'articolo con un campione difettoso, con l'intenzione di promuovere un altro prodotto (bait and switch ovvero pubblicità con prodotti civetta); 7) Dichiarare falsamente che il prodotto sarà disponibile solo per un periodo molto limitato o che sarà disponibile solo a condizioni particolari per un periodo di tempo molto limitato, in modo da ottenere una decisione immediata e privare i consumatori della possibilità o del tempo sufficiente per prendere una decisione consapevole; 8) Impegnarsi a fornire l'assistenza post-vendita a consumatori con i quali il professionista ha comunicato prima dell'operazione commerciale in una lingua diversa dalla lingua ufficiale dello Stato membro in cui il professionista è situato e poi offrire concretamente tale servizio soltanto in un'altra lingua, senza chiaramente comunicarlo al consumatore prima che questi si sia impegnato a concludere l'operazione; 9) Affermare o generare comunque l'impressione che la vendita del prodotto è lecita, ove non lo sia; 10) Presentare i diritti

2019 al fine di vietare specificamente quelle pratiche commerciali in cui un

conferiti ai consumatori dalla legge come una caratteristica propria dell'offerta fatta dal professionista; 11) Impiegare contenuti redazionali nei media per promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati sostenuti dal professionista senza che ciò emerga chiaramente dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore (advertorial ovvero pubblicità redazionale). Tale disposizione è senza pregiudizio della direttiva 89/552/CEE; 12) Formulare affermazioni di fatto inesatte per quanto riguarda la natura e la portata dei rischi per la sicurezza personale del consumatore o della sua famiglia se egli non acquistasse il prodotto; 13) Promuovere un prodotto simile a quello fabbricato da un particolare produttore in modo tale da fuorviare deliberatamente il consumatore facendogli credere che il prodotto è fabbricato dallo stesso produttore mentre invece non lo è; 14) Avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti; 15) Affermare che il professionista sta per cessare l'attività o traslocare, ove non stia per farlo; 16) Affermare che alcuni prodotti possono facilitare la vincita in giochi d'azzardo; 17) Affermare falsamente che un prodotto ha la capacità di curare malattie, disfunzioni o malformazioni; 18) Comunicare informazioni di fatto inesatte sulle condizioni di mercato o sulla possibilità di ottenere il prodotto allo scopo d'indurre il consumatore ad acquistare il prodotto a condizioni meno favorevoli di quelle normali di mercato; 19) Affermare in una pratica commerciale che si organizzano concorsi o promozioni a premi senza attribuire i premi descritti o un equivalente ragionevole; 20) Descrivere un prodotto come gratuito, senza oneri o simili se il consumatore deve pagare un sovrappiù rispetto all'inevitabile costo di rispondere alla pratica commerciale e ritirare o farsi recapitare l'articolo; 21) Includere nel materiale promozionale una fattura o analoga richiesta di pagamento che dia al consumatore l'impressione di aver già ordinato il prodotto in commercio mentre non lo ha fatto; 22) Falsamente dichiarare o dare l'impressione che il professionista non agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, o presentarsi falsamente come consumatore; 23) Dare la falsa impressione che i servizi post-vendita relativi a un prodotto siano disponibili in uno Stato membro diverso da quello in cui è venduto il prodotto.

Pratiche commerciali aggressive

24) Creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto; 25) Effettuare visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale; 26) Effettuare ripetute e sgradite sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale, fatti salvi l'articolo 10 della direttiva 97/7/CE e le direttive 95/46/CE (2) e 2002/58/CE; 27) Imporre al consumatore che intenda presentare una richiesta di risarcimento in virtù di una polizza di assicurazione di esibire documenti che non potrebbero ragionevolmente essere considerati pertinenti per stabilire la validità della richiesta, o omettere sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza, al fine di dissuadere un consumatore dall'esercizio dei suoi diritti contrattuali; 28) Includere in un messaggio pubblicitario un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri adulti ad acquistare loro i prodotti reclamizzati. Questa disposizione non osta all'applicazione dell'articolo 16 della direttiva 89/552/CEE, concernente delle attività televisive; 29) Esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto, salvo nel caso dei beni di sostituzione di cui all'articolo 7, paragrafo 3, della direttiva 97/7/CE (fornitura non richiesta); 30) Informare esplicitamente il consumatore che se non acquista il prodotto o servizio sarà in pericolo il

professionista fornisce informazioni sotto forma di risultati di ricerca a un consumatore senza rivelare la presenza di pubblicità a pagamento o il pagamento specifico per ottenere una classificazione migliore dei prodotti nei risultati di ricerca (considerando n. 20).

In pratica, il legislatore europeo, sempre per stare al passo coi tempi e con l'evoluzione della tecnologia, ha voluto garantire una maggiore trasparenza sulle pratiche commerciali online, in modo che i consumatori possano compiere scelte informate su ciò che comprano senza essere ingannati da informazioni fuorvianti o non trasparenti. Sempre facendo riferimento al considerando n. 20 della direttiva 2019/2161, si evince come il legislatore europeo abbia posto particolare attenzione a queste pratiche commerciali *online* sostenendo che se un professionista paga il fornitore di funzionalità di ricerca online per ottenere una classificazione migliore del proprio prodotto all'interno dei risultati (c.d. *query*) della ricerca, quest'ultimo debba darne accurata informazione ai consumatori, apparendo ciò indispensabile per consentirgli di comprendere la natura della ricerca *online* e di fare scelte di acquisto informate, evitando di essere influenzati da pratiche commerciali ingannevoli.

A tal proposito, viene evidenziato come il pagamento da parte del professionista possa essere diretto o indiretto e che possa inoltre verificarsi in diverse forme, ad esempio, attraverso l'accettazione di obblighi aggiuntivi nei confronti del fornitore o l'utilizzo di sistemi di compenso specifici che aumentano la commissione per ogni transazione. Ad esempio, in caso di annunci pubblicitari su Google Ads, è necessario che sia indicata in modo specifico la presenza di "Annunci" o "Pubblicità" o simili, in modo da distinguere i risultati della ricerca organica da quelli pubblicitari, evitando di ingannare i consumatori e di causare loro conseguenze negative.

Alla luce di queste considerazioni, l'allegato I della direttiva 2005/29/CE è stato integrato dalla direttiva del 2019 con ulteriori pratiche commerciali da ritenersi sleali.

Nel dettaglio, debbono qualificarsi come pratiche commerciali ingannevoli tutte quelle condotte con cui un professionista fornisce informazioni a un consumatore sotto forma di risultati di ricerca in risposta a una ricerca online del consumatore senza rivelare l'esistenza di pubblicità a pagamento o di un pagamento destinato specificamente a ottenere una classificazione migliore dei prodotti all'interno dei risultati della ricerca (punto 11 inserito alla lett. a) dalla Dir. 2019/2161). Questa modifica, come già anticipato, mira a garantire la trasparenza sulle pratiche commerciali online, in modo che i consumatori

lavoro o la sussistenza del professionista; 31) Dare la falsa impressione che il consumatore abbia già vinto, vincerà o vincerà compiendo una determinata azione un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti: - non esiste alcun premio né vincita equivalente, oppure - qualsiasi azione volta a reclamare il premio o altra vincita equivalente è subordinata al versamento di denaro o al sostenimento di costi da parte del consumatore».

possano fare scelte informate su ciò che comprano senza essere ingannati da informazioni fuorvianti o non trasparenti.

Inoltre, la direttiva 2019/2161 ha introdotto ulteriori migliorie prevedendo l'aggiunta di alcune fattispecie di «pratiche commerciali aggressive» sempre nell'allegato I della direttiva 2005/29/CE.

In particolare, la fattispecie di pratica commerciale descritta nell'art. 23-*bis* riguarda la rivendita di biglietti per eventi da parte di un professionista che li ha acquistati utilizzando strumenti automatizzati per eludere i limiti imposti sul numero di acquisti contestuali ammessi. Questa pratica commerciale viene considerata sleale dal momento che le persone che effettivamente vogliono godersi quello specifico evento potrebbero ritrovarsi senza alcuna possibilità di farlo, a causa dell'acquisto massivo di biglietti da parte di terzi, altrimenti trovandosi costretti all'acquisto "secondario" (c.d. *secondary ticketing*) a prezzi maggiorati, generandosi in definitiva un notevole aumento dei costi per il consumatore.

L'art. 23-*ter* riguarda invece l'indicazione da parte di un professionista che le recensioni di un prodotto sono state effettivamente rese da consumatori che hanno utilizzato o acquistato tale prodotto, senza adottare adeguate misure di verifica per garantire l'affidabilità delle recensioni stesse. Si tratta di una innovazione legislativa significativa perché tiene effettivamente conto del fenomeno delle recensioni false che si è ampliato a macchia d'olio in diversi settori commerciali, soprattutto per i prodotti venduti *online*. Ci sono stati casi in cui i professionisti, per promuovere i loro prodotti, utilizzano recensioni false, ovvero recensioni positive scritte da loro o da persone che hanno ricevuto un incentivo per scrivere la recensione (come ad esempio uno sconto sul prodotto o un regalo). Inoltre, ci sono stati anche casi in cui i professionisti ingaggiano terze parti per scrivere recensioni positive dei loro prodotti, anche se queste persone non hanno effettivamente acquistato e utilizzato il prodotto²⁹. Questo è stato finalmente considerato e disciplinato dal legislatore europeo come un comportamento scorretto e ingannevole in quanto induce il consumatore in errore nella valutazione del prodotto e può portare a decisioni di acquisto sbagliate.

Infine, l'art. 23-*quater* riguarda l'invio o la pubblicazione di false informazioni o recensioni di consumatori o di apprezzamenti sui social media al fine di promuovere un prodotto, considerata una pratica commerciale sleale in quanto induce il consumatore in errore e può portare a decisioni di acquisto sbagliate.

29 In realtà, vi sono stati casi persino in cui alcuni professionisti hanno fatto uso di recensioni negative false scritte sui prodotti della concorrenza, nel tentativo di screditarli e di aumentare la propria reputazione. Si confronti in generale sul tema A. KLUN, R. SPAGNESI, *recensioni su tripadvisor*, Milano, 2018, *passim*.

1.6. L'impostazione dottrina e giurisprudenziale nell'attuazione della direttiva

La medesima impostazione è stata seguita anche dal legislatore italiano che, nel dare attuazione alla direttiva, ha previsto un divieto generale di porre in essere pratiche commerciali «scorrette» per come previste dall'art. 20, comma primo del Codice del consumo, cui seguono: una clausola generale di «scorrettezza» prevista dall'art. 20, comma 2 del Codice del consumo, due clausole più circoscritte disciplinate dall'art. 20, comma 4 del Codice del consumo relative alle pratiche commerciali «ingannevoli» previste dagli artt. 21 ss. del Codice del consumo ed «aggressive» di cui agli artt. 24 ss. del Codice del consumo, nonché due liste di pratiche considerate «in ogni caso ingannevoli» e previste dall'art. 23 del Codice del consumo ed «in ogni caso aggressive» secondo l'art. 26 del Codice del consumo. Secondo l'interpretazione prevalente della dottrina, con una tale architettura la direttiva, invece di raggiungere l'obiettivo di creare un diritto generale e uniforme delle pratiche commerciali sleali, non avrebbe però introdotto un concetto unitario di slealtà. Infatti, è stato ritenuto che le liste nere delle pratiche commerciali vietate in «ogni caso» e che le due più circoscritte fattispecie di pratiche commerciali «ingannevoli» e «aggressive» sarebbero del tutto autonome rispetto al divieto generale di pratica commerciale «sleale» o «scorretta» prevista dall'art. 5, paragrafo 2 della direttiva 2005/29/CE e dall'art. 20, comma 2 del Codice del consumo. Pertanto, dette disposizioni, recherebbero delle norme speciali rispetto al più generale divieto di pratica commerciale «sleale»/«scorretta».

Quanto appena affermato comporterebbe due conseguenze:

- Se si accertasse che una pratica rientri in una delle fattispecie considerate nelle liste nere, siffatta pratica sarebbe senz'altro vietata, senza che sia ammessa la possibilità di valutare se ricorrano o meno i requisiti per considerarla ingannevole ai sensi degli artt. 6-7 della direttiva e 21-22 del Codice del consumo, aggressiva ai sensi degli artt. 8-9 della direttiva e 24-25 del Codice del consumo o «generalmente sleale» ai sensi degli artt. 5, paragrafo 2 della direttiva e 20, comma 2 del Codice del consumo;
- Se una pratica, pur non rientrando tra le ipotesi di pratiche sleali, presenti i requisiti per essere definita «ingannevole» o «aggressiva», sarebbe irrilevante se essa abbia o meno i requisiti per essere considerata «generalmente sleale», ovvero se sia contraria alla diligenza professionale e idonea a falsare il comportamento del consumatore medio³⁰.

30 In questi termini, G. ABBAMONTE, «The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition», in *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Direc-*

In sostanza, la clausola generale di cui agli artt. 5, paragrafo secondo della direttiva e 20, comma 2, del Codice del consumo avrebbe un valore normativo solamente residuale, essendo destinata solo alle pratiche commerciali non generalmente o tipicamente ingannevoli e aggressive, ovvero quelle che il legislatore non è stato in grado di prevedere, e quindi per consentire alla direttiva di superare "the test of the time"³¹.

Altra parte della dottrina, invece, ha ritenuto di non potere leggere nella clausola generale di cui all'art. 5, paragrafo 2 della direttiva 2005/29/CE, una mera norma di chiusura del sistema, in quanto, difetta di «coerenza sistematica». La connessione tra i diversi precetti appare palese già dal paragrafo 4 dell'art. 5 della direttiva in esame, nonché dal comma 4 dell'art. 20 del Codice del consumo, che considera le pratiche ingannevoli e le pratiche aggressive come esemplificazioni della più ampia e generale categoria di pratica commerciale sleale. In ogni caso, non è adeguato il richiamo al principio di specialità cui rimanda l'orientamento maggioritario, poiché l'architettura della direttiva 2005/29/CE non prevede un'antinomia tra norme diverse "caratterizzate da parziale sovrapposizione delle fattispecie e da diversità di san-

tive 2005/29. New Rules and New Techniques, a cura di S. WEATHRILL – U. BERNITZ, cit., p. 20 ss.; G. DE CRISTOFARO, «La direttiva 2005/29/CE», in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo – Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di ID., cit., pp. 12 e 139 ss.; ID., «La direttiva 2005/29/Ce. Contenuti, rationes, caratteristiche», in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di ID., p. 12; C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, cit., p. 777; J. STUICK, E. TERRY E T. VAN DYCK, o.u.c., pp. 132- 133, i quali, peraltro, ritengono che tanto dovesse avvenire anche nella disciplina tedesca della concorrenza sleale UWG del 2004 (p. 124, nota 81). In questa direzione sembrerebbe orientata anche la Corte di Giustizia: *Corte di Giustizia EU (ECLI:EU:C:2009:244)*, 23.04.2009, C-261/07 e C-299/07, disponibile in <http://curia.europa.eu/>, par. 56, ove così si legge: "La direttiva redige anche, al suo allegato I, un elenco esaustivo di 31 pratiche commerciali che, conformemente all'art. 5, n. 5, della direttiva, sono considerate sleali «in ogni caso». Conseguentemente, come espressamente precisato dal diciassettesimo 'considerando' della direttiva, si tratta delle uniche pratiche commerciali che si possono considerare sleali senza una valutazione caso per caso ai sensi delle disposizioni degli articoli da 5 a 9 della direttiva"; *Corte di Giustizia EU (ECLI:EU:C:2010:12)*, 14.01.2010, C-304/08, disponibile in <http://curia.europa.eu/>, para 45; *Corte di Giustizia EU (ECLI:EU:C:2013:574)*, 19.09.2013, C-435/11, disponibile in <http://curia.europa.eu/>, che ha concluso che la direttiva 2005/29/CE deve essere interpretata nel senso che "nell'ipotesi in cui una pratica commerciale soddisfi tutti i criteri enunciati all'articolo 6, paragrafo 1, di detta direttiva per poter essere qualificata come pratica ingannevole nei confronti del consumatore, non occorre verificare se tale pratica sia parimenti contraria alle norme di diligenza professionale ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera a), della direttiva medesima perché essa possa essere legittimamente ritenuta sleale e, pertanto, essere vietata ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, della stessa direttiva".

31 Così la Commissione nel MEMO/07/572, Bruxelles, 12 dicembre 2007, the *Unfair commercial practices Directive. Questions and answers*, para 2-3, consultabile in <http://europa.eu/>.

zioni³², piuttosto ordina in modo sistematico fattispecie appartenenti allo stesso *corpus* normativo e tra loro accomunate dal medesimo elemento caratterizzante, ovvero l'attitudine a «falsare» le decisioni commerciali del consumatore medio. Questa lettura interpretativa appare più convincente. Inoltre, è proprio la comune attitudine ad alterare le capacità decisionali dei consumatori, così da indurli a compiere scelte economiche che altrimenti non avrebbero compiuto, a costituire l'elemento decisivo che induce a preferire una lettura di insieme delle varie fattispecie, ravvisando, così, nella clausola generale una norma di principio disciplinante le pratiche commerciali scorrette rispetto alla quale le clausole particolari e le liste speciali concernenti pratiche commerciali scorrette costituiscono norme esemplificative³³. Questo tratto qualifica tutte le pratiche commerciali sleali/scorrette e da un lato è riassunto come l'idoneità a falsare "in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio" mentre dall'altro è richiamato nelle stesse clausole «intermedie» di slealtà, con varie formule: idoneità "a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso" di cui agli artt. 6 e 7 con riferimento alle azioni e omissioni ingannevoli; come idoneità a "limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, ad indurlo ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso" di cui all'art. 8 con riferimento alle pratiche commerciali aggressive; ovvero come idoneità a "limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole" di cui all'art. 2, lett. j), con riferimento alla definizione di indebito condizionamento.

A decretare la natura unitaria delle pratiche commerciali scorrette è intervenuto il Consiglio di Stato, attraverso la sentenza n. 2414 del 14 aprile 2020³⁴, con cui ha disposto che "la lettura sistematica del titolo III della Parte seconda del codice del consumo rende certi che le "pratiche commerciali scorrette" costituiscono un *genus* unitario di illecito, i cui elementi costitutivi sono definiti dall'art. 20, comma 2". Il legislatore, per finalità di semplificazione probatoria, all'interno di questa fattispecie generale ha individuato due sottotipi "(e all'interno di ciascuno di essi, due ulteriori fattispecie presuntive), id est le pratiche ingannevoli e quelle aggressive, che si pongono in rapporto di specialità (per specificazione) rispetto alla prima". Pertanto, dalla lettura della recente sentenza, si può dedurre che le pratiche commerciali scorrette, e quindi illecite, comprendono sia i comportamenti ingannevoli, sia quelli aggressivi attuati dal professionista nei confronti del consumatore. Tali pratiche commerciali scorrette si pongono in un rapporto di specialità rispetto ad un illecito generale, e pertanto, prevalgono.

32 S. ORLANDO, o.u.c., pp. 141 ss; S. TROIANO, o.u.c., p. 1701; M LIBERTINI, o.u.c., pp. 80 ss.

33 S. ORLANDO, o.u.c., pp. 141 ss; S. TROIANO, o.u.c., p. 1701; M LIBERTINI, o.u.c., pp. 80 ss.

34 In *Banca dati Pluris*.

1.7. La centralità della buona fede oggettiva

Falsare il comportamento economico del consumatore significa abusare del potere, da parte del professionista, di influenzare il comportamento economico dei consumatori³⁵. Ciò trova conferma in un dato che accomuna le pratiche commerciali scorrette previste dal legislatore attraverso la clausola generale della contrarietà alla buona fede oggettiva richiesta al professionista. Tale condotta è qualificabile come sleale, scorretta e contraria a buona fede. L'attuazione del rapporto obbligatorio è dominata dalla stessa regola che scandisce tutto l'iter contrattuale: la correttezza di cui all'art. 1375 c.c. o buona fede oggettiva³⁶. Infatti, l'art. 1375 c.c. statuisce l'esecuzione del contratto secondo buona fede. La Direttiva in esame, pur essendo volta ad ampliare la tutela del consumatore, fornisce a quest'ultimo un insieme di caratteristiche che, per volontà dello stesso legislatore europeo, estendono in alcuni casi ad enti e persone giuridiche tale qualifica. Un primo criterio per poter apprezzare la buona fede oggettiva, deve trarsi dal raccordo tra la clausola generale e i principi costituzionali, specificatamente, dal principio di uguaglianza sostanziale. Emerge così la necessità di misurare la forza o la debolezza delle parti, avendo riguardo allo specifico contesto di riferimento. In secondo luogo, la buona fede indica la necessaria considerazione sia di parametri normativi, sia delle circostanze del caso concreto. Lo squilibrio nell'esercizio dell'autonomia privata va ricostruito ponderando sia indici normativi sia elementi di fatto avendo riguardo allo specifico ambito in cui si colloca la contrattazione, a partire dalla basilare distinzione tra accordi conclusi dentro e fuori il mercato dei rapporti commerciali. Dal recepimento della direttiva in poi, si aggiungono anche i criteri relativi alla valutazione della bontà di pratiche commerciali utilizzate per carpire il consenso dei consumatori ed utenti. Nel contratto contrario alla buona fede, e quindi iniquo, viene perseguito non un contenuto contrario alla buona fede, ma una condotta contraria alla buona fede che si ripercuote su un contenuto non illecito, bensì squilibrato in senso normativo e, dunque, non coerente con i risultati a cui avrebbe dovuto condurre una contrattazione conforme a correttezza.

Tracciando i tratti caratteristici del concetto di buona fede oggettiva, si può affermare che, nonostante sia un valore antico come lo è la contrattazione

35 Si è visto *ut supra* che le pratiche commerciali destinarie della disciplina recata dalla direttiva 2005/29/CE sono unicamente le pratiche che presentano l'idoneità a influenzare il comportamento economico dei consumatori (considerando 6-7) e che la finalità della stessa direttiva è di stabilire quando suddetto «influenzare» diviene, nella sua connotazione illegittima, un «falsare».

36 Fra gli altri si confrontino sul punto M. BARCELLONA, «L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico», in *Riv. Dir. Civ.*, II, 2014, p. 467 ss.; F. Di Ciommo, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Contratti*, 2000, p. 1111 ss.,

privata, ha una forte capacità di rinnovamento e si adatta alle più recenti ed innovative evoluzioni³⁷.

Dunque, la buona fede oggettiva, categoria sempre più penetrante sul piano operativo, libera dai vincoli ideologici del passato e con una precisa vocazione europea, non perde la sua identità, ma si rinnova, dando voce ad una nuova assiologia che aggrega i paesi europei nella quale si rispecchia un'Europa complessa, che guarda non soltanto al mercato e all'efficienza, ma anche al piano dei valori. A tale panorama normativo nuova ampiezza assume l'art. 1175 c.c. in cui si stabilisce che: «Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza». La correttezza guarda in questo caso non a valori pubblicistici, bensì di rispetto della controparte in un'ottica di simmetria contrattuale. Questi si coniugano in maniera spontanea con le principali tendenze europee, che spingono verso l'armonizzazione delle discipline giuridiche, ivi compreso il diritto privato dei contratti. Bisogna rilevare che la buona fede è il criterio cardine cui i professionisti devono adeguare la propria condotta, rappresentando esso il discrimine tra un influenzare legittimo e un influenzare illegittimo³⁸. Tale principio esprime un dovere di solidarietà cui i professionisti sono tenuti nei confronti dei consumatori, garantendo una tutela elevata nelle scelte economiche. Infatti, il legislatore italiano, da un lato, all'art. 2, comma 2, lett. c-bis), del Codice del consumo ha riconosciuto il diritto fondamentale dei consumatori e utenti «all'esercizio delle pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà», e, dall'altro, all'art. 39 del Codice del consumo, ha sancito che tutte le attività commerciali «sono improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutate alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie dei consumatori»³⁹. Pertanto, si può affermare che⁴⁰ la "scorrettezza" di una pratica commerciale prevista dagli artt. 20 ss. del Codice del consumo esprime la non rispondenza di tale pratica ai "principi di buona fede, correttezza e lealtà" di cui all'art. 39 del Codice del consumo⁴¹, nonché

37 M. BARCELLONA, *ibidem*; si veda ampiamente sul punto S. PAGLIANTINI (a cura di) *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, *passim*.

38 S. ORLANDO, o.u.c., p. 143, gli attribuisce "valore ermeneutico ordinante all'interno del sistema della nuova disciplina".

39 Le nozioni di «lealtà» e «correttezza» vengono utilizzate sempre in combinazione con la «buona fede», di cui, in definitiva, rappresentano solamente particolari articolazioni dai medesimi significati e portata.

40 G. DE CRISTOFARO, sub art. 39, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 435-436, il quale correttamente osserva, a bontà della lettura qui sostenuta, che alla norma in commento non possa essere attribuita «"a funzione di individuare parametri di valutazione della liceità delle condotte dei professionisti diversi e ulteriori rispetto a quelli dettati dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette contenuta negli artt. 18 ss."».

41 Nella relazione illustrativa del D.lgs. n. 206/2005 (Codice del consumo) si legge invero che la disposizione dell'art. 39 "introduce regole generali nelle attività commerciali, conformi ai principi generali di diritto comunitario in tema di pratiche commerciali sleali".

la contestuale violazione del corrispondente diritto fondamentale del consumatore di cui all'art. 2, comma 2, lett. c-*bis*) affinché la pratica commerciale scorretta risponda a tali requisiti⁴².

Il contratto tra il consumatore ed il professionista deve essere eseguito con la diligenza professionale o qualificata di cui all'art. 1176 c.c. che recita come segue: «*Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata*». In particolare, il professionista viola il precetto della diligenza professionale o qualificata di cui all'art. 1176, comma 2 c.c., ogni qual volta ponga in essere una condotta ingannevole o aggressiva⁴³, ovvero quando commette un'azione ingannevole (fornendo informazioni non corrispondenti al vero o comunque inducendo in errore il consumatore medio circa gli elementi essenziali per prendere una decisione consapevole), un'omissione ingannevole (omettendo informazioni rilevanti), una condotta aggressiva (esercitando violenza, coercizione, indebito condizionamento o forza fisica), ovvero ponendo in essere le condotte passate in rassegna nelle liste di pratiche in ogni caso «*ingannevoli e aggressive*»⁴⁴. Una rilevante novità della Direttiva 2005/29/CE è costituita proprio dalla rivisitazione della «diligenza professionale» di cui all'art. 1176, comma 2 c.c., istituito che accoglie, nella prospettiva delle pratiche commerciali, una modulazione relazionata proprio al criterio della "correttezza" che, la dottrina citata identifica come "squilibri non fisiologici nell' esercizio dell' autonomia privata" e sarà al tempo stesso «*canone di interpretazione che accerta l' abuso nella determinazione del contenuto del contratto*».

42 Anche la relazione al D.lgs. n. 221/2007 - che ha introdotto la lett. c bis) all'art. 2, comma 2 - evidenzia come il richiamo ai principi di correttezza e buona fede sia stato introdotto in conformità ai principi sanciti dalla direttiva 2005/29/CE e dal D.lgs. 147/2007 che a quella ha dato attuazione.

43 In tale ottica, è stato evidenziato come la connessione tra norma generale e norme esemplificative deve essere apprezzata sotto il profilo interpretativo, nel senso che le fattispecie previste dagli artt. 21, 22, 24 e le più analitiche fattispecie di cui alle liste nere devono essere lette alla luce dei parametri su si fonda la clausola generale ex art. 20 (M LIBERTINI, o.u.c., p. 85; S. ORLANDO, o.u.c., pp. 142-144; S. TROIANO, o.u.c., p. 1701). Anzi, detta inscindibile connessione deve essere intesa come "reciproca" (così S. TROIANO, o.u.c., pp. 1701-1702), ovvero operante "in due direzioni di chiarimento" (così S. ORLANDO, o.u.c., p. 144), nel senso che anche le figure particolari di p.c. scorrette possono contribuire a definire il significato della clausola generale (in questo senso anche L. DI NELLA, «Le pratiche commerciali sleali "aggressive"», in *Le pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori - La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di G. DE CRISTOFARO, cit., p. 221).

44 S. ORLANDO, o.u.c., p. 142: «[...] deve ritenersi che i comportamenti ingannevoli e aggressivi, come rappresentati nelle fattispecie generali degli artt. 21, 22 e 24 Codice del consumo e nelle fattispecie tipiche di cui alle liste nere degli articoli 23 e 26 Codice del consumo, sono comportamenti vietati come p.c. scorrette in quanto ritenuti dal legislatore contrari per definizione alla diligenza professionale».

Per quanto riguarda l'ordinamento spagnolo, il principio della buona fede trova il suo principale riferimento normativo nell'art. 1258 del Codice civile secondo cui i «*Contratti sono perfezionati con il semplice consenso, e da allora vincolano le parti, non solo all'esecuzione delle questioni esplicitamente pattuite, ma anche a tutte le conseguenze che, secondo la loro natura, sono conformi alla buona fede, alle consuetudini e alla legge*». In altri termini, le parti di un qualsiasi accordo si obbligano non solo all'esecuzione degli obblighi stabiliti nell'accordo medesimo, ma anche a qualsiasi conseguenza che ne derivi, quindi include anche quell'obbligo implicito in capo a tutti i contraenti di eseguire qualsiasi azione necessaria per raggiungere lo scopo dell'accordo, anche se non espressamente previsto. Come affermato dalla dottrina, la buona fede rappresenta infatti il «*principio ispiratore di perfezione destinato a informare il contratto*»⁴⁵ che impone altresì di evitare l'inserimento di clausole abusive, le quali possono portare a uno squilibrio significativo tra i diritti e gli obblighi delle parti del contratto, o rendere il contratto stesso di difficile comprensione a causa di formulazioni poco chiare⁴⁶.

In questo modo, la buona fede dell'art. 1258 del Codice civile, come evidenziato da altra parte della dottrina⁴⁷, diventa una norma modellante del contenuto del contratto, in grado non solo di integrarne il contenuto, ma anche di ridimensionare la portata delle clausole contrattuali che siano contrarie alla buona fede⁴⁸.

Questo principio trova applicazione anche nell'ambito della disciplina relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, tanto che nel preambolo del R.D.L. n. 1/2007 (parte II) il legislatore spagnolo precisa che uno degli obiettivi da perseguire è quello di evitare che ai consumatori siano imposti degli ostacoli onerosi o sproporzionati per l'esercizio dei diritti riconosciuti dal contratto e, in conformità con quanto previsto nella Direttiva 2005/29/CE, sono state vietate tutte quelle clausole contrattuali che stabiliscono tali limitazioni, in particolare, una durata eccessiva dei termini di contratto o delle restrizioni che escludono o ostacolano il diritto del consumatore di porre fine al contratto.

A tal proposito, il legislatore spagnolo, alla luce delle pratiche commerciali che si sono registrate nell'ultimo periodo, ha previsto nel R.D.L. n. 1/2007, sia per la fase di informazione preliminare che per quella di formalizzazione del contratto, la procedura attraverso cui il consumatore può esercitare il diritto

45 J.R. ESPINOSA, «Principi romanistici della contrattazione a distanza nell'UE», in *Vergentis. Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III*, n. 14, 2022, p. 109.

46 Ivi, p. 123.

47 F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Buena fe ex art. 1.258 cc y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios», in *InDret*, n. 4, 2016, p. 12.

48 F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Navarra, 2004, p. 107.

di risoluzione, assicurandosi che quest'ultimo lo possa fare nella stessa forma in cui ha sottoscritto il contratto, senza sanzioni o oneri aggiuntivi.

Una disciplina che deve necessariamente dirsi completa anche alla luce del principio di buona fede oggettiva ex art. 1258, come intepretato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, dal momento che, come è stato affermato sul punto, tale tipologia di contratto - al pari di qualsiasi altro accordo - «non è *integrato solo dalle pattuizioni, ma anche dalle norme che derivano da tutte le fonti di integrazione da considerare, secondo la gerarchia che esiste tra di esse*»⁴⁹.

Oltretutto, un'interpretazione restrittiva dell'espressione «conforme a quanto pattuito nel contratto» non sarebbe applicabile nell'ordinamento giuridico spagnolo, poiché è sempre necessario considerare le fonti di integrazione del contenuto contrattuale degli artt. 1255 (integrazione negativa) e 1258 (integrazione positiva) del codice civile. Ritenerne che il consumatore non possa rivendicare i propri diritti nei confronti del professionista in ipotetici casi in cui la prestazione del bene o servizio sia stata eseguita in conformità a quanto stabilito nel contratto, ma in cui sia stata violata una (diversa) norma, imperativa, di buona fede, di usi o comunque fonte di integrazione apparirebbe in definitiva illogico dal punto di vista sostanziale, prima ancora che giuridico.

Ciò trova conferma anche nell'art. 4.1 della l. n. 3/1991 sulla concorrenza sleale, così come novellato dalla L. n. 29/2009 in quanto originariamente ciò era previsto nell'art. 4⁵⁰, secondo cui: «*Si reputa sleale qualsiasi comportamento che risulti oggettivamente contrario alle esigenze della buona fede. Nelle relazioni con i consumatori e gli utenti, si considera contrario alle esigenze della buona fede il comportamento di un imprenditore o professionista contrario alla diligenza professionale, intesa come il livello di competenza e cure speciali che ci si aspetta da un imprenditore in conformità alle pratiche oneste del mercato, che distorce o può distorcere in modo significativo il comportamento economico del consumatore medio o del membro medio del gruppo destinatario della pratica, se si tratta di una pratica commerciale rivolta a un gruppo specifico di consumatori*».

Da quanto riportato, si comprende come la buona fede sia un vero e proprio principio generale del diritto che richiede che le parti agiscano in modo onesto e leale, senza cercare di trarre vantaggio a scapito dell'altra: un principio che cerca non solo di ispirare l'intero sistema, ma «*aspira a essere - e quindi è redatto come - una norma giuridica nel senso tecnico del termine, da cui derivano doveri giuridici per i suoi destinatari (...), in modo che la sua violazione sia un atto di concorrenza sleale e sia possibile l'esercizio delle azioni pertinenti*»⁵¹.

49 J.V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *El crédito al consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 115.

50 In particolare, tale novella è stata operata per adeguarlo all'art. 6 della direttiva 2005/29/CE. In tale senso, si veda M.J.M. ALMARAZ, «La modificación de la Ley de Consumidores. Changes in Consumer Law», in *Ars Iuris Salmanticensis*, n. 2, 2014, p. 14.

51 F. MARTÍNEZ SANZ, *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 64-65.

La giustificazione e la finalità di questa clausola sono altresì presenti nel preambolo della LCD (sezione 3.2), «*l'effettiva repressione della sempre mutevole fenomenologia della concorrenza sleale*», e la conseguenza che ne deriva è che si tratta di una norma sostanziale propria ed indipendente dai comportamenti descritti originariamente negli articoli 5 e seguenti della LCD. Pertanto, quando un comportamento è contrario alle esigenze della buona fede o della diligenza professionale distorcendo o potendo distorcere il comportamento economico dei consumatori, potrebbe dar luogo all'esercizio delle azioni corrispondenti per concorrenza sleale.

Tutto ciò è stato messo in evidenza anche dalla giurisprudenza del Tribunale Supremo come, ad esempio, nella sentenza del 14 novembre 2012 in cui evidenzia come «*l'articolo 5 della LCD (l'attuale articolo 4 della LCD), quando prescrive che "si reputa sleale ogni comportamento che risulti oggettivamente contrario alle esigenze della buona fede", non formula un principio generale oggetto di sviluppo e concretizzazione negli articoli successivi della stessa Legge*» (sentenza del 24 novembre 2006, n. 1169 e sentenza dell'11 febbraio 2001, n. 19), bensì lo riconosce come un comportamento specifico, dotato di rilevanza autonoma rispetto alle altre pratiche di concorrenza sleale descritti nella legge medesima (sentenza del 23 marzo 2007, n. 311 e sentenza dell'8 ottobre 2007, n. 1032). Di conseguenza, la sua applicazione per giustificare l'esistenza di un atto di concorrenza sleale non può essere fatta d'ufficio, in virtù del principio *iura novit curia*, ma dovrà essere specificatamente richiesta nell'atto di domanda, poiché costituisce una *causa petendi* differente, in quanto si basa su una ragione diversa rispetto alle altre condotte denunciate (induzione alla violazione contrattuale, violazione dei segreti, atti di denigrazione e l'uso di regali e premi per indurre in errore).

Una posizione che è stata ulteriormente avallata dalla giurisprudenza della Corte Suprema ribadendo che «*attraverso la clausola generale contenuta nell'art. 5 della Legge 3/1991 del 10 gennaio, sono vietate tutte quelle attività di concorrenza sleale che, soddisfacendo i requisiti dell'art. 2 - attività svolta sul mercato a scopo di concorrenza -, non trovano alloggio nei casi espressamente tipizzati negli articoli da 6 a 17 svolgendo una funzione autoregolatoria del sistema per garantire il controllo della dislealtà di futuri o nuovi comportamenti di concorrenza che non abbiano avuto spazio nei tipi espressamente tipizzati dal legislatore, ma non può essere invocata insieme alle norme che configurano in particolare atti di concorrenza sleale con lo scopo di integrare o completare gli elementi richiesti dalla rispettiva tipizzazione*»⁵².

La riforma operata con la Legge del 2009 non ha modificato la caratterizzazione dell'atto di concorrenza sleale come indicata dalla giurisprudenza e

52 Così richiamata da J.A. GARCÍA-CRUCES, «La formación del derecho represor de la competencia desleal», in GARCÍA-CRUCES J.A. (a cura di), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 1172.

dalla dottrina alla luce di come era stata originariamente definita nella LCD del 1991, tuttavia, rispetto alla formulazione originaria⁵³, il principio della buona fede oggettiva non è più una clausola di chiusura, ma è posta all'inizio del precetto, in modo tale che la messa in pericolo della libertà di scelta del consumatore ed il funzionamento competitivo del mercato venivano considerati specifici casi contrari alla buona fede.

Inoltre, con l'incorporazione del secondo comma dell'art. 4.1 della LCD, si rafforza tale caratterizzazione poiché, da un lato, un atto sarà considerato sleale se è contrario alla diligenza professionale che un imprenditore deve seguire, cioè si trascura l'intenzionalità o la colpa dell'agente e si concentra solo sull'elemento oggettivo della diligenza. D'altra parte, l'idea che non sia necessario un effettivo danno per considerare l'atto sleale è ancora presente, ed è basata sulla presunta sufficienza a configurare l'illecito che l'atto sia anche solo in grado di distorcere in modo significativo il comportamento economico del consumatore, non richiedendosi una distorsione effettiva del comportamento.

Significative sono anche le disposizioni relative dettate in tema di protezione degli interessi economici legittimi dei consumatori e degli utenti contenute nel Capitolo V del TRLGDCU e, in particolare, gli artt. 19, 20 e 20-bis.

Si tratta di disposizioni che riguardano la pubblicità ingannevole, le pratiche commerciali scorrette e il diritto di recesso dei consumatori e, sebbene il principio di buona fede – a differenza di quanto previsto dall'art. 4.1 LCD – non è stato inserito in maniera espressa, è sotteso in tali disposizioni, che mirano a garantire la protezione dei consumatori e degli utenti contro le pratiche commerciali sleali e contro gli abusi delle imprese nei loro confronti.

1.8. Il recepimento delle direttive in Italia, fra applicazione della direttiva e nozione di consumatore medio

1.8.1. Il recepimento delle direttive in Italia

Per quanto concerne il recepimento della direttiva 2005/29/CE, gli organi comunitari hanno previsto un doppio termine. L'art. 19 della direttiva 2005/29/CE obbligava gli Stati membri ad adottare e pubblicare entro il 12 giugno 2007 le disposizioni legislative necessarie per conformare gli ordinamenti ai contenuti dei provvedimenti comunitari e nel contempo statuiva che gli Stati

53 Il testo originario formulato nel 1991 considerava sleale «ogni comportamento che metta significativamente in pericolo la libertà decisionale del consumatore o il funzionamento concorrenziale del mercato, o che, in qualsiasi altro modo, risulti oggettivamente contrario alle esigenze della buona fede».

membri applicassero le disposizioni entro il 12 dicembre dello stesso anno. Da tale data è diventato pienamente operante il nuovo sistema comunitario di regolamentazione e controllo delle pratiche commerciali, poste in essere da imprenditori e liberi professionisti, nell'esercizio delle rispettive attività professionali. Si trattava di un sistema binario centrato su due testi normativi. Infatti, da un lato vi è la direttiva n. 2005/29/CE, contenente la regolamentazione applicabile a tutte le condotte direttamente connesse con rapporti contrattuali instaurati tra professionisti e consumatori, strumentale alla protezione degli interessi economici dei consumatori nei confronti delle pratiche commerciali sleali. Dall'altro lato invece, vi è la direttiva n. 2006/114/CE recante la disciplina generale della pubblicità commerciale rivolta ad impedire che messaggi pubblicitari ingannevoli vengano utilizzati e diffusi per promuovere beni o servizi offerti ad imprenditori o liberi professionisti, nonché a regolamentare la pubblicità comparativa prevedendo e sanzionando il ricorso a pubblicità comparative illecite. In Italia il recepimento della Direttiva 2005/29/CE è avvenuto attraverso due distinti Decreti Legislativi: il D.Lgs. n. 145 ed il D. Lgs. n. 146 del 2 agosto 2007 cui si aggiungono gli artt. 2, 4 e 8 del D.Lgs. 23 ottobre 2007, n. 221 contenente le disposizioni correttive e integrative del Codice del consumo. In virtù di quest'ultimo decreto è stata ricondotta nell'ambito del Codice la disciplina riguardante la commercializzazione a distanza dei servizi finanziari (artt. 67-*bis* ss.), precedentemente contenuta nel D.Lgs. 19 agosto 2005, n. 190, abrogato dall'art. 21 del decreto correttivo.

Successivamente, il Governo è stato delegato con la legge 25 gennaio 2006, n. 29 («Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee») ad adottare entro il termine di diciotto mesi dalla sua entrata in vigore, i decreti legislativi recanti le disposizioni necessarie per dare attuazione nell'ordinamento italiano ad una serie di direttive CEE. La delega conferita dalla Legge comunitaria 2005 è stata esercitata dal Governo con i decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007. In particolare, il D.Lgs. n. 145/2007 contiene la disciplina generale della pubblicità ingannevole e illecita nei rapporti tra i professionisti e segnatamente le norme della direttiva n. 84/450/Cee, come modificata dalla direttiva n. 97/55/CE e dall'art. 14 della stessa direttiva 2005/29/CE.

Il secondo decreto di recepimento è il D.Lgs. n. 146/2007 riguardante la disciplina delle pratiche commerciali scorrette che sono state inserite agli artt. 18-27-*quater*, Titolo III, Capo II del medesimo Codice del consumo. Il D.Lgs. n. 146/2007 ha introdotto nell'ordinamento italiano una articolata disciplina riguardante le pratiche commerciali scorrette. La normativa nazionale non si discosta dalla direttiva 2005/29/CE, di cui è una fedele riproduzione. Lo stesso uso del termine «scorrette» impiegato dal legislatore nazionale, al posto del termine «sleali» non può configurare una discrasia sostanziale, essendo stato dettato solo per evidenziare le diversità di ratio, obiettivi di tutela ed ambito di applicazione delle nuove disposizioni rispetto alla disciplina generale della concorrenza sleale di cui agli artt. 2598 ss. c.c.

Il 24 gennaio 2012 è entrato in vigore il c.d. “decreto-legge liberalizzazioni”⁵⁴, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività. In particolare, l’art. 4 introduce alcune norme di tutela della concorrenza in ambito regionale e negli enti locali.

L’articolo, in attuazione dell’articolo 120, c. 2, della Costituzione in materia di potere sostitutivo straordinario del Governo nei confronti degli organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni, attribuisce alla Presidenza del Consiglio dei Ministri il compito di monitorare la normativa regionale e locale, per verificare, anche su segnalazione dell’AGCOM, che detta normativa non sia in contrasto con la tutela o la promozione della concorrenza.

La legge n. 31/2019⁵⁵ introduce nell’ordinamento italiano l’azione di classe (la c.d. “class action”).

Il nuovo strumento giudiziale può essere attivato mediante iscrizione presso i registri giudiziari civili dei procedimenti collettivi ex art. 840 bis c.p.c. e ss. introdotti dalla nuova legge.

La class action può essere esperita nei confronti di imprese o di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, in relazione ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle proprie rispettive attività, ferme restando le norme vigenti tema di ricorso per l’efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici.

Si rammentano inoltre La L. n. 8/2020⁵⁶, il D.L. n. 137/2020⁵⁷, L. n. 176/2020⁵⁸, ed il D. LGS. n.28/2023⁵⁹

Non si può dimenticare che con l’art. 2, comma 446 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, poi novellata dalla legge 23 luglio 2009, n. 99, è stata intro-

54 D. L. n. 1 del 24/01/2012, recante “Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività”.

55 L. 31 del 12 aprile 2019, recante “Disposizioni in materia di azione di classe”.

56 L. n. 8 del 28 febbraio 2020, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 162, recante “disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica”.

57 D.L. n. 137 del 28 ottobre 2020, recante “Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all’emergenza epidemiologica da Covid-19”.

58 L. n. 176 del 18 dicembre 2020, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, recante “ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19”.

59 D. LGS. n. 28 del 10 marzo 2023, di Attuazione della direttiva (UE) 2020/1828 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2020, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE.

dotta la class action con l'inserimento, nel Codice del consumo, dell'art. 140-*bis* che ammette l'azione di classe per l'accertamento delle responsabilità e la condanna al risarcimento del danno ed alle restituzioni nei confronti di coloro che hanno violato i diritti dei consumatori.

Il D.Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, in attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, opera una modifica del Capo I del Codice del consumo, prevedendo in capo al professionista un dovere generale di informativa precontrattuale anche nelle ipotesi in cui i contratti non siano conclusi a distanza o negoziati al di fuori dei locali commerciali, andando così a rafforzare la previsione di dovere informativo circa le caratteristiche del bene oggetto del rapporto, prevedendo che il professionista fornisca al consumatore in modo chiaro e comprensibile tutte i dati principali inerenti il contratto. Il medesimo decreto regola la materia dei contratti stipulati a distanza ovvero fuori dai locali commerciali, prevedendo la possibilità per il consumatore di recedere entro 14 giorni dalla conclusione del contratto e senza dover addurre alcuna giustificazione.

Con il D.Lgs. 6 agosto 2015, n. 130 è stata data attuazione alla direttiva 2013/11/UE sulle risoluzioni alternative delle controversie dei consumatori: in particolare, l'art. 1 inserisce un nuovo Titolo II-*bis*, rubricato «Risoluzione extragiudiziale delle controversie» e composto dagli artt. dal 141-*bis* al 141-*decies*, e mira alla creazione di una disciplina uniforme delle varie procedure ADR (*Alternative Dispute Resolution*), ovvero le procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie esperibili in ambito consumeristico ed eseguite da un organismo ADR (con esclusione delle norme in materia di mediazione obbligatoria ex D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e di ADR in materia di comunicazioni elettroniche ai sensi della legge 14 novembre 1995, n. 481).

Il primo comma dell'art. 1 del D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 8 sancendo che tutte le violazioni per le quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammonda non costituiscono reato e sono soggette alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, incide sul terzo comma dell'art. 112 del Codice del consumo («Sanzioni»), depenalizzando la responsabilità del produttore e del distributore che non ottemperano ai provvedimenti preventivi adottati dalle Pubbliche Amministrazioni nelle ipotesi in cui i prodotti immessi sul mercato possano essere pericolosi ovvero presentare rischi in determinate condizioni o per determinati soggetti (art. 107 cod. cons.). Inoltre, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1, comma 5, lett. c) del medesimo decreto, la pena pecuniaria massima per la violazione di cui all'art. 112, comma 3 cod. cons. passa da 25.000 a 50.000 euro.

Infine, occorre rilevare che la direttiva 2005/29/CE è stata modificata ed integrata dalla direttiva 2019/2161/UE in quanto si sono resi necessari dei cambiamenti per tenere conto dello sviluppo del mercato digitale e delle pratiche commerciali ingannevoli che si verificano in questo contesto.

La modifica principale apportata dalla direttiva da ultimo menzionata riguarda l'introduzione di nuove disposizioni sulla trasparenza delle piattaforme online, al fine di garantire che i consumatori siano informati in modo chiaro ed efficace riguardo a quale ente sia responsabile delle informazioni pubblicate su una determinata piattaforma digitale.

Inoltre, la direttiva 2019/2161/EU ha rafforzato le disposizioni sulla protezione dei consumatori per quanto riguarda le pratiche commerciali ingannevoli, l'uso di tecniche aggressive e le pratiche commerciali sleali.

In Italia, la direttiva 2019/2161/EU è stata recepita con il decreto legislativo 21 febbraio 2020, n. 11, che ha modificato il Codice del consumo, inserendo disposizioni riguardanti la trasparenza delle piattaforme online, il blocco delle chiamate commerciali indesiderate, la tutela dei consumatori nel commercio elettronico transfrontaliero e la sanzione penale per le pratiche commerciali scorrette.

Successivamente, il D. Lgs. N. 26/2023 di attuazione della Direttiva Omnibus introduce nuove tipologie di pratiche ingannevoli, le cui principali novità riguardano le informazioni relative alle funzioni di ricerca prodotti e alle recensioni presenti sui siti e-commerce

1.8.2. Analisi sistematica della nozione di consumatore medio, dal D.Lgs. n. 146/2007 all'evoluzione della nozione secondo la giurisprudenza

Ai sensi dell'art. 18, lett. a) per *consumatore* si intende "qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale". Il recepimento della direttiva n. 2005/29/CE ha determinato una restrizione dell'ambito di applicazione della definizione di consumatore, rispetto alla definizione generale di cui all'art. 3 che si estendeva anche ai professionisti includendo la "persona giuridica cui sono dirette le comunicazioni commerciali o che ne subisce le conseguenze".

In sede di attuazione del testo comunitario, il legislatore ha scorporato dal Codice del Consumo la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa relative ai rapporti tra imprese concorrenti (d.lgs. n. 145/2007), recependo in esso la disciplina destinata a tutelare il consumatore, non solo dalla pubblicità ingannevole ma da ogni pratica commerciale scorretta. La normativa posta in attuazione della direttiva ha considerato come parametro di riferimento della scorrettezza delle pratiche commerciali il "consumatore medio" definito come "normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici", secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia⁶⁰

60 La nozione di consumatore medio è stata elaborata dalla Corte di Giustizia nel "Considerando n.18" della direttiva.

La Commissione⁶¹ ha precisato che “il criterio del consumatore medio costituisce espressione del principio di proporzionalità e si applica quando una pratica si rivolge a o raggiunge la maggior parte dei consumatori”. In conformità con i considerando 18-19 del provvedimento comunitario, l'art. 20, comma 3 del Codice che dispone che qualora le pratiche commerciali siano idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo.

La determinazione della figura del consumatore medio, “normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto”, è una scelta fondamentale per definire il punto di equilibrio tra la libertà delle imprese di impostare le più efficaci strategie di comunicazione e il diritto dei consumatori.

Per individuare il consumatore medio, la Direttiva n. 2005/29/CE esclude che si debba considerare un profilo quantitativo, inducendo a considerare, invece il livello medio di informazione e attenzione e avvedutezza. La differenza tra un approccio e l'altro consiste in questo: una nozione basata su un dato statistico sarebbe influenzata dalla consistenza dei sottogruppi in cui si possono individuare i consumatori. In altre parole, in un contesto in cui la maggior parte dei consumatori è prevalentemente disinformata, disattenta o sprovvista, la soglia della tutela dovrebbe essere abbassata. Al contrario, dover considerare il consumatore normalmente informato, attento e avveduto, porta ad escludere ogni influenza del dato numerico isolando un modello di consumatore medio nel gruppo di riferimento.

In dottrina si è osservato, in tal senso, come i termini utilizzati dal legislatore comunitario al fine di dare dei parametri per la definizione di consumatore medio appaiano, per loro stessa natura, duttili, a cominciare dalla considerazione del fatto che l'incidenza dei fattori sociali, culturali e linguistici richiamati dal considerando 18 si presta già a mutare grandemente i connotati della figura tra un soggetto e l'altro⁶².

È stata, poi, posta fortemente in dubbio la vincolatività delle affermazioni contenute nel *considerando* 18, soprattutto nei confronti delle autorità giu-

61 Il riferimento è alla Relazione della Commissione alla proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori COM (2003) 356.

62 ROSSI CARLEO L., «Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette», in *Europa e diritto privato*, 2010, p. 690; DE CRISTOFARO G., «Art. 20 cod. Cons.», in De Cristofaro e Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)*, Padova, 2014, p. 161.

diziarie e amministrative nazionali: la rilevanza giuridica dei *considerando* delle direttive dell'Unione è, infatti, tema fortemente dibattuto in dottrina⁶³. Inoltre, gli stessi concetti di «attenzione e avvedutezza», i quali esprimono «la vigile consapevolezza dei propri interessi, comprensiva dello spirito critico e della capacità di vagliare, selezionare e valutare le informazioni in modo non superficiale né distratto»⁶⁴ sembrano indicazioni di scarsa univocità. Si consideri, infine, che la stessa nozione di consumatore medio è dotata di un'intrinseca variabilità anche a seconda dell'eventuale prospettazione di un insieme di consumatori di riferimento: in relazione infatti alle pratiche dirette in particolare ad un gruppo definito di consumatori, dispone l'art. 20 comma 2, la nozione di consumatore medio andrà determinata avendo riguardo al «membro medio» di tale gruppo, comportando un necessario adattamento del parametro alle specifiche caratteristiche del gruppo di consumatori in esame.

Con particolare riferimento a questo aspetto è stato altresì osservato come, data la naturale tendenza espansiva di una pratica commerciale – suscettibile, pur essendo originariamente predisposta nei confronti di un gruppo specifico, di essere tendenzialmente estesa alla grande platea dei consumatori – sia difficile valutare se questa si sia effettivamente manifestata esclusivamente ad uno specifico gruppo di consumatori, ignorandone il potenziale effetto *spill-over*⁶⁵. Ciò è confermato dalla grande diversità di interpretazioni della figura e della sua ampiezza che si rinvengono nel panorama europeo, e che di fatto ci consegna una visione del consumatore medio pluriforme, la quale varia grandemente a seconda degli interessi in gioco nei singoli casi concreti⁶⁶. Si è conseguentemente ritenuto, forse a ragione, che più che di consumatore medio fosse opportuno parlare di «consumatore relativamente medio»⁶⁷, rifiutandosi di conseguenza una valutazione del parametro in astratto a favore di una definizione concreta in relazione al prodotto⁶⁸. Unico

63 TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012.

64 MELI V., «Voce pubblicità ingannevole», in *Eng. giur. Treccani*, 2012, disponibile al sito www.treccani.it.

65 MICKLITZ H.-W., «Unfair Commercial Practices and Misleading Advertising», in AA. VV. *European Consumer Law*, Intersentia, 2014, p. 88; WILHELMSSON T., «The Informed Consumer v. the Vulnerable Consumer in European Trade Practices Law – a Comment», in *Yearbook of Consumer Law*, 2006, p. 211.

66 WEATHERILL S., «Who is the 'Average Consumer'?', in AA. VV., *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Hart Publishing, 2007, p. 119; MAK V., «Standards of Protection: In Search of the 'Average Consumer' of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive», in *Tisco Working Paper Series on Banking, Finance and Services*, 4, 2010, pp. 1-16; VAN DAM C., «The Average Consumer – a pluriform phenomenon», in *Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, 3, 2009, p. 11 ss.

67 GUERINONI E., *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Giuffrè, 2010, cit. p. 111.

68 Su tale opinione vi è consenso pressoché unanime in dottrina: v. INCADORNA R., PONCIBÒ C.,

elemento pacifico è che il parametro del consumatore medio, lungi dall'individuare un contraente debole, dovrà indicare sempre colui il quale è già di per sé in grado di sviluppare e mantenere una soglia di attenzione sufficiente a selezionare e fronteggiare le proposte commerciali⁶⁹. La dottrina ha dunque sostanzialmente rimesso alla giurisprudenza – alla concreta casistica che si avvicenda nelle fattispecie – il gravoso compito di individuare, caso per caso, se si potesse far riferimento al consumatore medio. Delle principali linee interpretative affermatesi di fronte agli organi giudicanti giova dunque dare brevemente conto.

Il tema delle caratteristiche del consumatore medio⁷⁰, è infatti stato spesso affrontato anche dalla giurisprudenza, comunitaria e nazionale. La definizione del concetto di consumatore medio quale soggetto normalmente informato e ragionevolmente avveduto tenendo conto della diversità dei fattori sociali, culturali e linguistici presenti all'interno del mercato unico, così come accolta dalla direttiva 2005/29/CE, è stata formulata nella sentenza *Gut Springenheide*⁷¹. La giurisprudenza europea ha poi precisato che l'incidenza dei suddetti fattori di variabilità è idonea a determinare, nei limiti del principio di proporzionalità, diverse percezioni del medesimo comportamento dell'imprenditore nei diversi paesi dell'Unione⁷². I giudici amministrativi nazionali, muovendo da tali risultati, hanno altresì puntualizzato che lo standard del consumatore medio, delineato in base ai summenzionati criteri,

«The average consumer, the unfair commercial practice directive, and the cognitive revolution», in *Journal of Consumer Policy*, 2007, p. 21; PONCIBÒ C., «Il consumatore medio», in *Contr. e imp. Europa*, 2007, p. 734; ALVISI C., «Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali», in *Contr. e imp.*, 2008, p. 700; MAYR C.E., «Il parametro del consumatore», in *AIDA*, 2008, p. 274; DENOZZA F., «Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita», in *Atti del convegno "Il diritto dei consumatori nella crisi e prospettive evolutive del sistema di tutela*, 2010, consultabile al sito www.agcm.it.

- 69 CAMARDI C., *La Protezione dei Consumatori tra Diritto Civile e Regolazione del mercato*; PIROUZ D., «The Neuroscience of Consumer Decisionmaking», 2004, consultabile al sito <http://mpira.uibk.ac.at/2181/>; TRZASKOWSKI J., «Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practices Directive», in *Journal of Consumer Policy*, Vol. 34, Iss. 3, 2011, p. 380. «A proposito dei recenti interventi sul Codice del consumo», in *Jus Civile*, vol. 5, 2013 pp. 305-337.
- 70 V. MICKLITZ H.-W., *Unfair Commercial Practices and Misleading Advertising*, op. cit., p. 87.
- 71 Corte di giust., sent. 16 luglio 1998, causa C-210/96, «Gut Springenheide», in *European Court Reports*, I-4657; «la nozione era stata, tuttavia, già prospettata in sent. 6 luglio 1995, causa C-470/93», Mars, in *European Court Reports*, I-923. La nozione, così delineata, è stata poi più volte riconfermata dal giudice europeo. V., ex multis, Corte di giust., sent. 28 gennaio 1999, causa C-303/97, «Sektellerei Kessler», in *European Court Reports*, I-117; sent. 13 gennaio 2000, C-220/98, «Lifting», in *European Court Reports*, I-117; sent. 4 aprile 2000, causa C-465/98, Darbo, in *European Court Reports*, I-2297.
- 72 Corte di giust., sent. 13 gennaio 2000, causa C-220/98, *Estée Lauder Cosmetics GmbH&Co c. Lancaster Group*; sent. 24 ottobre 2002, causa *Gottfried Linhart e Hans Bbifil*, in *Racc.*, I, 2002, p. 9375.

non dovrà essere inteso in termini quantitativi ovvero statistici⁷³: il criterio in base al quale fondare l'aspettativa presunta dell'individuo medio rispetto alla condotta del professionista dovrà essere infatti di tipo giuridico-qualitativo, nonché parametrato sul profilo deontologico misurabile in capo al consumatore⁷⁴.

Con riferimento alla relatività della nozione di consumatore medio qualora la pratica sia diretta non alla generalità dei consociati ma a determinati gruppi di consumatori, la giurisprudenza ha puntualizzato come, in quest'ultimo caso, lo standard di valutazione della pratica andrà conformato alle aspettative presunte di un consumatore tipico di tale categoria, ragionevolmente prevedibili *ex ante* dal professionista e conseguentemente idonee a determinare, eventualmente, un innalzamento del livello di diligenza richiesto⁷⁵; in tali casi, dunque, il parametro di riferimento sarà quello del "consumatore vulnerabile", il cui comportamento sia comunque ragionevolmente avveduto tenendo quale punto di riferimento la specifica categoria considerata⁷⁶.

Questi, dunque, gli approdi recenti della giurisprudenza in tema di consumatore medio. A ben vedere, non sembra che in riferimento a tale profilo si sia giunti ad indicazioni sufficientemente generali, così da pervenire all'individuazione delle caratteristiche della categoria; forse anche in virtù di tale incertezza, a ben vedere il criterio assume spesso valenza pleonastica: l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, infatti, spesso si limita nella pratica ad affermare l'idoneità della condotta ad incidere sul consumatore medio, senza indicare i criteri in base ai quali costui dovrebbe essere individuato. In ogni caso, dall'analisi dei casi, sembra sostanzialmente emergere una soglia piuttosto bassa per attivare la tutela.

Continuando ad analizzare il D. Lgs. 146/2007, la lett. b), art. 18 del Codice del consumo introduce la definizione di professionista definito come "qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale,

73 Tar Lazio, sent. 1° febbraio 2011, n. 894, in *Foro amm.*, 2, 2011, p. 431M Tar Lazio, sent. 29 marzo 2010, n. 4931, in *Dir. Informativa*, 6, 2010, p. 929, con nota di CARUSO: l'A. chiarisce come il concetto di consumatore medio "non può conseguire ad una valutazione condotta in termini meramente statistici o empirici, dovendo invece essere presi in considerazione fattori di ordine sociale, culturale, economico e di mercato nell'ambito del quale il consumatore si trova ad agire".

74 Cons. di Stato, sent. 23 febbraio 2012, n. 1008, in *Foro amm. Cons. di Stato*, 2, 2012, p. 413; Cons. di Stato, sent. 30 giugno 2011, in *Foro amm. Cons. di Stato*, 6, 2011, p. 2118. Del medesimo avviso, in dottrina, ORLANDO S., «Commento agli art. 24-26», in Vettori (a cura di), *Codice del Consumo, Commentario*, Cedam, 2009.

75 Tar Lazio, sent. 8 settembre 2009, n. 8673, in *Mass. repertorio Lex24*; Tar Lazio, sent. 3 luglio 2012, n. 6026, in *Foro amm.*, 7-8, 2012, p. 2314.

76 Tar Lazio, sent. 23 febbraio 2006, n. 1372, in *Foro amm.*, 2, 2006, p. 581.

artigianale o professionale e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista”.

Al momento del recepimento della novella, la definizione ai sensi del titolo relativo alle pratiche commerciali, Pubblicità e altre comunicazioni commerciali si presentava analoga a quella prevista nelle disposizioni generali. La precisazione si pone in linea sia con la definizione di consumatore contenuta nell’art. 18, sia con le modifiche recentemente apportate alla nozione di professionista e consumatore di cui all’art. 3, cui il legislatore ha aggiunto le qualifiche di commerciale e artigianale⁷⁷. L’art. 18 equipara al professionista chiunque agisca in suo nome e per conto. La locuzione, sostanzialmente, coincide con quella dell’intermediario contenuta nell’art. 3 ma è preferibile perché più puntuale e idonea a includere anche figure che non identificano gli intermediari in senso proprio⁷⁸. La definizione di prodotto rilevante ai fini del titolo in oggetto è specifica rispetto a quella generale: la norma dispone letteralmente che per prodotto si intende “qualsiasi bene o servizio, compresi mobili o immobili, di diritti e obbligazioni”. Il nuovo art. 18, lett d), del Codice del consumo introduce nell’ordinamento legislativo italiano la nozione di “pratica commerciale tra professionisti e consumatori” o “pratica commerciale”. Quest’ultima è definita come «una *qualsiasi azione o omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale, ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori*», la quale riproduce quella della direttiva. Questa definizione deve essere combinata con la definizione di “scorrettezza” (contenuta nell’art. 20, comma 2 del Codice del consumo) intesa come contrarietà alla diligenza professionale ed idoneità “a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o a quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori”⁷⁹. Per la determinazione dei tipi di condotte suscettibili di ricadere dentro la sfera di applicazione dell’art. 18, lett. d) (Codice del consumo), è essenziale cogliere il senso della “relazione” fra queste e la promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori. Ulteriori indizi idonei ad orientare l’interprete nella ricerca del significato da assegnare alla pratica commerciale si possono ricavare dalle nozioni di pra-

77 La modifica è stata apportata dal d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221.

78 BARGELLI, «L’ambito di applicazione della direttiva n.2005/29/CE: la nozione di pratica commerciale», in BARGELLI, CALVO, CIATTI, DE CRISTOFARO, DI NELLA, RAIMO, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, DE CRISTOFARO (a cura di), Torino, 2007.

79 DE CRISTOFARO, «Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il d.lgs. n.146/2007, attuativo della direttiva 2005/29/Ce», in *Studium iuris*, 2007, p.1187 ss.

tica commerciale ingannevole o aggressiva⁸⁰ e dalle successive liste di pratiche considerate in ogni caso ingannevoli o aggressive⁸¹.

Dall'insieme di questi dati normativi si ricava che la pratica commerciale comprende comportamenti dei professionisti suscettibili di incidere o di condizionare la capacità di autodeterminazione di consumatori, riguardo ad un'operazione commerciale relativa ad un prodotto o servizio.

Quanto ai caratteri oggettivi della pratica, i comportamenti sono vietati se, oltre a contrastare i canoni della diligenza professionale, sono idonei a falsare il comportamento economico in relazione al prodotto, secondo il parametro del consumatore medio. E dall'analisi di questi elementi si deduce che non rientrano tra le pratiche in esame le attività di diffusione di informazioni volte ad orientare i consumatori nella scelta dei prodotti ed effettivamente idonee ad incidere sulle loro decisioni (per esempio, la pubblicazione di risultati errati di prove comparative di prodotti effettuate da un soggetto estraneo al gioco concorrenziale⁸²). Al contrario, rientrano nell'operatività dell'articolo tutte le forme di promozione e commercializzazione di prodotti, tutte le attività che portano ad una presa di contatto fra le parti fino ad arrivare al posizionamento dell'accordo, così come le pratiche che indicano sui comportamenti economici successivi ad un'operazione commerciale.

Ed in tal senso l'articolo 18, lett. e) riporta: "falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori", "l'impiego di una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso".

La normativa italiana riprende la direttiva 2005/29/CE, sul punto, quasi pedissequamente.

L'idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore, inducendolo ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso, costituisce in tal senso l'elemento caratterizzante delle pratiche scorrette. Per falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore, è necessario alterare sensibilmente la sua capacità a prendere una decisione consapevole, inducendolo ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso. Come emerge si tratta di una definizione estremamente ampia, comprensiva della scelta se accettare o meno di instaurare un determinato rapporto contrattuale con un professionista, relativo ad un certo bene o servizio.

80 Cfr. artt. 21, 22, 25 cod. cons.

81 Cfr. artt. 23 e 25 cod. cons.

82 GHIDINI, «Informazione economica e controllo sociale: il caso del Warentest», in *Pol. Dir.*, 1973, 626.

Sull'argomento è decisamente dirompente la novità introdotta dalla direttiva 2019/2161/UE che ha introdotto il paragrafo 6 all'art. 7 («Omissioni ingannevoli») della direttiva 2005/69/CE, il quale recita quanto segue: «Se un professionista fornisce l'accesso alle recensioni dei consumatori sui prodotti, sono considerate rilevanti le informazioni che indicano se e in che modo il professionista garantisce che le recensioni pubblicate provengano da consumatori che hanno effettivamente acquistato o utilizzato il prodotto».

Una disposizione che ha dunque come obiettivo quello di garantire che le recensioni pubblicate sui prodotti siano autentiche e verificate, al fine di proteggere i consumatori dalle pratiche commerciali ingannevoli. In questo modo, infatti, è possibile finalmente porre fine a quei casi in cui i professionisti pubblicavano recensioni false o non verificate sui loro prodotti con la finalità di ingannare i consumatori e aumentare la loro reputazione sul mercato. Ad esempio, in Italia, l'AGCM (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato)⁸³ ha condannato nel 2014 una società per non essersi attivamente adoperata a verificare l'autenticità delle recensioni pubblicate sui suoi prodotti o ad informare i propri utenti circa l'assenza di idonee garanzie sull'attendibilità delle stesse. Nello specifico, la società condannata sfruttava le recensioni positive, spesso false o non verificate, per aumentare la reputazione dei propri prodotti sul mercato, in modo da indurre i consumatori a effettuare acquisti.

Questo è un chiaro esempio di come la nuova disposizione introdotta dalla direttiva del 2019 (che richiede al professionista di garantire l'autenticità delle recensioni pubblicate) sarebbe stata utile per proteggere i consumatori dalle pratiche commerciali ingannevoli di questa società e di altri operatori sul mercato già in passato.

Si noti, in ogni caso, che la norma in questione non richiede l'implementazione di un sistema di verifica o di certificazione delle recensioni nei processi di raccolta e pubblicazioni, ma si "limita" ad obbligare i professionisti ad informare in modo specifico i consumatori che, non avendo adottato alcun procedimento per verificare l'autenticità e l'attendibilità delle recensioni rese dagli altri utenti, non si possa fornire alcuna garanzia in merito ai loro contenuti (ad esempio, in merito alle caratteristiche, alle funzionalità, ai pregi o persino a difetti che un dato prodotto presenta).

Per ottemperare a questa normativa, gli e-commerce dovranno inserire una dicitura, ad esempio accanto al box delle recensioni e nei termini e condizioni, che specifica l'assenza di garanzie sull'attendibilità delle opinioni degli altri utenti. Seppure questa possa sembrare una operazione "banale", si tratta invece di un significativo passo in avanti per consentire ai consumatori di fare scelte più informate e non essere indotti automaticamente dall'opinione di altre (sconosciute) persone. Ad ogni modo, nulla toglie ai gestori

83 AGCM, 22/12/2004, n. 25237, in *Foro it.*, III, 2015, p. 3 ss.

delle piattaforme *online* di adottare ulteriori misure di controllo, come la verifica delle identità degli acquirenti ed il monitoraggio dei contenuti pubblicati, per garantire la trasparenza e l'affidabilità delle recensioni.

In sintesi, alla luce delle nuove disposizioni introdotte dalla direttiva 2019/2161/UE, si comprende quanto segue:

- È vietata ogni forma di manipolazione delle recensioni, come ad esempio la selezione delle sole recensioni migliori o l'estrapolazione dei commenti e dei *like* dai *social* non verificati;
- Se una recensione è stimolata dalla corresponsione di un premio o di un buono sconto, questo deve essere segnalato nella recensione stessa, inserendo la dicitura tra parentesi;
- Le piattaforme *online* non possono incitare raccomandazioni positive e devono essere in grado di dimostrare, in caso di controllo da parte dell'autorità, che le recensioni pervengono da acquirenti reali;
- È vietato attribuire, o forzare, una recensione positiva su prodotti diversi da quelli a cui era destinata.

Il D. Lgs. n. 26/2023 di attuazione della Direttiva Omnibus ha introdotto alcune modifiche al Codice del Consumo al fine di ampliare la tutela dei consumatori relativamente alla presenza di clausole vessatorie nei contratti, di condotte commerciali scorrette, di concorrenza sleale o di comunicazioni commerciali false, con la relativa modifica della disciplina delle sanzioni pecuniarie amministrative applicabili.

In particolare:

introduzione dell'art 17-*bis* del Codice del Consumo, in materia di annunci di riduzione del prezzo, in base al quale ogni annuncio che pubblicizzi una riduzione del prezzo debba indicare quello praticato nei trenta gg. precedenti a detta riduzione. Sanzione amministrativa d.a Euro 516,45 a Euro 3.098,74

modifica degli artt. 21.23 del Condice del Consumo, in materia di pratiche commerciali sleali, con l'introduzione del divieto di pratiche commerciali ingannevoli che inducono o possono indurre il consumatore medio a prendere decisioni commerciali che non avrebbe preso altrimenti, avutoo particolare riguardo alla promozione di un bene definito identico ad bene commercializzato in altri Stati membri dell'Unione, ma in realtà sostanzialmente diverso.

Introduzione dell'art. 49-*bis* del Codice al Consumo, in materia di trasparenza sui mercati *online*, che prevede alcuni obblighi di informazione supplementare per i contratti conclusi *online*. I

Modifica all'art. 27 del Codice al Consumo, in materia di azioni esperibili direttamente dai consumatori, con l'introduzione della possibilità, per i consumatori lesi da pratiche commerciali sleali, di agire avanti al giudice ordinario a propria tutela, anche ai fini risarcitori.

1.8.3. Il sistema di protezione del consumatore fra codici di condotta e sanzione amministrativa

Proseguendo con l'analisi dell'art. 18 del Codice del consumo, si rileva che le lettere *f* e *g*) introducono poi la definizione di "codice di condotta" (che verrà ripreso nell'art. 27) e "responsabile del codice". Tali definizioni individuano un profilo della disciplina delle pratiche commerciali di estremo interesse: si tratta della normativa relativa ai codici di condotta intesi quali codici di autodisciplina.

Essi, infatti, sono auto-normazioni (o accordi) non imposti dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno stato membro, e che definiscono il comportamento dei professionisti, i quali si impegnano a rispettarlo, in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici. Essi costituiscono un parametro per valutare la scorrettezza di una pratica commerciale. Il "responsabile del codice", alla lett. *g*), sarà "qualsiasi soggetto, compresi un professionista o un gruppo di professionisti, il quale svolga la funzione di responsabile della formulazione e revisione di un codice di condotta ovvero del controllo del rispetto del codice da parte di coloro che si sono impegnati a rispettarlo". La figura del responsabile dovrebbe assolvere anche ad un importante funzione di deterrente rispetto alle azioni giudiziarie o ricorsi amministrativi, conformemente a quanto auspicato dal parere del Comitato economico e sociale europeo. Alla lett. *h*) per "diligenza professionale", il legislatore intende il normale grado di competenza ed attenzione che i consumatori si aspettano dai professionisti, alla luce dei canoni di correttezza e buona fede che il professionista è chiamato ad osservare. Emerge chiaramente il riferimento alla correttezza professionale, espressione più appropriata rispetto a quella di diligenza professionale, il cui uso è frutto di una discutibile traduzione. Il principio di correttezza esprime il cuore della nozione di pratiche commerciali scorrette e permea l'intera disciplina. Un esplicito riferimento alla correttezza emerge dalla definizione di diligenza professionale, in cui il legislatore ha opportunamente provveduto a sostituire il riferimento alle pratiche di mercato oneste⁸⁴ con il canone della correttezza che assieme alla buona fede, costituisce il parametro in base alla quale dovranno essere valutate competenza e attenzione del professionista.

Alla lettera "l", è inserita la definizione di indebito condizionamento inteso come "lo sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o la minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di

84 BARGELLI, «L'ambito di applicazione della direttiva n. 2005/29/CE: la nozione di pratica commerciale», in BARGELLI, CALVO, CIATTI, DE CRISTOFARO, DI NELLA, RAIMO, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, DE CRISTOFARO (a cura di), Torino, Giappichelli Editore, 2007, 123.

prendere una decisione consapevole". Tale definizione è strumentale alla definizione di pratica commerciale aggressiva di cui all'art. 24 Codice del Consumo. La nozione si connota per l'idoneità dal comportamento del professionista ad influenzare in modo pressante la capacità del consumatore pur senza il ricorso alla forza fisica. L'articolo 19 precisa che l'ambito di applicazione dell'intera normativa è quello di qualsiasi pratica commerciale scorretta posta in essere "prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto"⁸⁵.

L'articolo 20 sancisce il divieto generale di pratiche commerciali scorrette e rappresenta la norma cardine di tutto il sistema. Una pratica commerciale è scorretta ai sensi dell'art. 20, comma 2, se "è contraria alla diligenza professionale ed è falsa, o idonea a falsare in misura apprezzabile, il comportamento economico del consumatore medio che essa raggiunge o del membro medio di un gruppo, qualora la pratica commerciale sia diretta ad un determinato gruppo di consumatori". Di fatto si riprende la definizione dell'art.5 della direttiva recepita. La differenza che si ravvisa leggendo i due testi normativi è che, mentre nella normativa dev'essere considerata sleale ogni pratica che "falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio", invece, l'art. 20, comma 2°, cod. cons. stabilisce che una pratica commerciale è scorretta se "(...) è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio".

Appare dunque emergere come la *ratio* del divieto generale di pratiche commerciali scorrette, posto dall'art. 20 del Codice di consumo, sia proprio quella di regolare l'attività commerciale del professionista entro i confini della buona fede e correttezza, in un'ottica di assoluta praticità. Da un punto di vista sistematico, infatti, l'art. 20 Codice di consumo può considerarsi una specificazione dell'art. 2 comma 2 lett. c-bis) del Codice di consumo che enuncia il diritto fondamentale dei consumatori e degli utenti "all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà", nonché dell'art. 39 del Codice di consumo che impronta le pratiche commerciali al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori. La qualificazione in termini di scorrettezza di una pratica commerciale esprime senz'altro la non rispondenza della pratica ai "principi di buona fede, correttezza e lealtà" richiamati dall'art. 2 e dall'art. 39 del Codice di consumo. Tale collegamento evidenzia il nesso esplicito che il legislatore ha inteso concepire tra correttezza, quale parametro di riferimento nella valutazione della pratica commerciale, e buona

85 La pratica commerciale anteriore ad un'operazione comprende situazioni precedenti all'instaurarsi di un contatto fra le parti, purché suscettibili di indurre il consumatore ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso. Le pratiche antecedenti o contestuali ad un'operazione commerciale relativa ad un prodotto sono finalizzate a far acquisire il bene o il servizio indipendentemente dal fatto che ciò avvenga concretamente. Nel caso in cui la pratica viene posta in essere alla conclusione del contratto con il consumatore, rientrano i comportamenti susseguenti ad una presa di contatto fra le due parti: l'esecuzione del contratto e le tutele post-contrattuali.

fede in senso oggettivo⁸⁶, nonché la centralità della buona fede nell'impianto dell'intera disciplina. La sostanziale equivalenza tra correttezza e buona fede, inoltre, pone l'art. 20 del Codice del consumo in stretto rapporto anche con le norme del codice civile che sanciscono l'obbligo di correttezza e buona fede nel rapporto obbligatorio di cui all'art.1175 c.c., nella fase precontrattuale di cui all'art.1337 c.c., nell'interpretazione di cui all'art.1366 c.c. e nell'esecuzione del contratto di cui all'art.1375 c.c.⁸⁷. Quest'ultimo rilievo è ricco di implicazioni ai fini della ricerca del rapporto tra la sanzione delle pratiche commerciali scorrette e la disciplina del contratto di consumo.

Il legislatore, nel recepire la direttiva, opta per una variante lessicale, qualificando le pratiche commerciali oggetto del divieto come "scorrette" anziché "sleali". La spiegazione più plausibile a tale scelta consiste nel fatto che il legislatore abbia voluto evitare la confusione che il termine sleale avrebbe potuto ingenerare rispetto alla disciplina contenuta negli artt. 2598 ss. c.c. che vieta gli atti di concorrenza sleale. In ogni caso, sembra doversi escludere che alla scelta di ricorrere all'aggettivo "scorrette", anziché all'aggettivo "sleale", possano ricollegarsi ripercussioni di qualsiasi rilievo. La nozione di lealtà e quella di correttezza, infatti, sia nell'ambito dell'art. 2598 c.c., sia in quella del Codice di consumo, vengono utilizzate entrambe in correlazione con la nozione di "buona fede" in senso oggettivo, assumendo la stessa portata e significato. In effetti, la buona fede in senso oggettivo costituisce il baricentro dell'intera disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

La definizione generale di pratica commerciale scorretta prevista dall'art. 20 viene concretizzata attraverso due categorie (comma 4): le pratiche ingannevoli (artt. 21-23) e le pratiche aggressive (artt. 24-26), nonché attraverso l'analitica individuazione di singole tipologie di pratiche commerciali considerate "in ogni caso sleali" (artt. 23 e 26, c.cons.122 a cui si aggiungono quelle indicate nei commi 3° e 4° dell'art. 21 c.cons.123). Il tratto caratterizzante della nozione di pratica commerciale scorretta alle diverse pratiche ingannevoli e aggressive è l'attitudine al comportamento tenuto dal professionista ad influenzare il comportamento economico dei consumatori, spingendoli ad assumere decisioni di natura commerciale che altrimenti non avrebbero preso. La scorrettezza di una pratica commerciale comporta dunque l'idoneità (ancora una volta, in concreto) a falsare in misura decisiva le scelte economiche dei consumatori ossia quelle che adottano con riguardo ai rapporti che instaurano e intrattengono con professionisti. Le pratiche ingannevoli

86 Il rinvio alla buona fede è da intendersi in senso oggettivo, come sembra confermato dai lavori preparatori della direttiva. Infatti, benché la versione finale della corrispondente norma comunitaria non indichi nulla in proposito, il Parlamento Europeo, nel parere reso in prima lettura sulla proposta di direttiva della Commissione del 2003, suggerì addirittura di specificare che la buona fede cui si rinviava fosse da intendersi "così come richiamata nella direttiva 93/13 sulle clausole abusive".

87 M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 467 ss.; F. DI CIOMMO, *op. cit.*, p. 1111 ss.

si suddividono al loro interno, poi, in azioni ingannevoli (art. 21) e omissioni ingannevoli (art. 22) Il primo comma dell'art. 21 definisce azione ingannevole, la pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo anche nella sua presentazione complessiva "induce o è idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso", oppure "induce o è idonea ad indurlo in errore con riferimento ad una o più circostanze". Gli elementi che caratterizzano la fattispecie sono infatti la falsità delle informazioni e l'idoneità ad indurre in errore il consumatore medio. Per quanto concerne le circostanze oggetto delle pratiche commerciali su cui il professionista può trarre in errore il consumatore, il legislatore ha provveduto ad indicarle in un apposito elenco (art. 21, comma 1)⁸⁸. L'articolo 22 riporta il comportamento omissivo che il professionista può tenere in relazione ad informazioni rilevanti, allo scopo di indurre il consumatore a prendere delle decisioni commerciali che altrimenti non avrebbe adottato, se fosse stato correttamente informato⁸⁹. L'art. 22, inoltre, semplifica il giudizio di rilevanza del comportamento omissivo che sia desumibile all'interno dell'ambito di applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette tra imprese

88 Il secondo comma precisa, poi, che devono essere considerate ingannevoli, le pratiche che in base a caratteristiche e circostanze del singolo caso, si presentano come decettive, in quanto "inducono o sono idonee ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso". Il terzo comma considera scorretta la pratica che omette di informare il consumatore della pericolosità di determinati prodotti, così da indurlo a non adottare quelle regole di prudenza e vigilanza. Infine, il quarto comma tutela con maggiore attenzione bambini e adolescenti affermando che tale pratica è vietata quando sia idonea a minacciare la sicurezza dei bambini e adolescenti in via indiretta ovvero nelle ipotesi in cui la pratica commerciale sia idonea a danneggiare la sicurezza dei minori e anche quando induca i minori a tenere comportamenti pericolosi per la propria salute.

89 In particolare, il professionista incorre in un'omissione ingannevole se omette informazioni rilevanti per il consumatore medio, inducendolo ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso (comma 1) ovvero occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti o non indica l'intento commerciale (comma 2). A norma dell'art. 22, comma 3 nel caso in cui il mezzo di comunicazione impiegato imponga "restrizioni in termini di spazio o di tempo", se ne terrà conto, così come sarà considerata ogni misura adottata dal professionista per rendere disponibili le informazioni ai consumatori con altri mezzi. Nel caso dell'invito all'acquisto sono rilevanti le caratteristiche principali del prodotto in misura adeguata al mezzo di comunicazione e al prodotto stesso; l'indirizzo geografico e l'identità del professionista, come la sua denominazione sociale, e ove, questa informazione sia pertinente, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale egli agisce, quindi il prezzo comprensivo delle imposte o, se la natura del prodotto comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo e, se del caso, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore. Sono rilevanti anche le modalità di pagamento, consegna, esecuzione e trattamento dei reclami, qualora essi siano difforni da obblighi imposti dalla diligenza professionale; l'esistenza di un diritto di recesso o scioglimento del contratto per i prodotti e le operazioni commerciali che comportino tale diritto.

e consumatori. In questo contesto l'omissione di informazioni indicate nell'articolo o l'attuazione di uno dei comportamenti inerti indicati dalla norma, dovranno considerarsi idonei ad alterare la scelta economica del consumatore, come modificato dal Decreto n. 26/2023.

L'art. 23 comprende una serie di pratiche commerciali "in ogni caso ingannevoli", come modificato dal Decreto n. 26/2023.

Tale articolo comprende le pratiche considerate sempre vietate, a prescindere dalle situazioni in cui si sono svolte tanto che esso non può essere modificato dai parlamenti nazionali ma soltanto dagli organi competenti dell'Unione Europea. Le pratiche ingannevoli descritte nell'elenco possono essere suddivise in due gruppi: pratiche inerenti all'inganno dell'apparenza e pratiche che si fondano sull'ingannevolezza della propaganda.

Per quanto riguarda le prime, si tratta di pratiche con le quali il professionista collega la sua attività a codici di condotta, marchi, organismi pubblici o privati al fine di ottenere, attraverso l'inganno, la fiducia del consumatore; quanto alle seconde, esse si fondano sull'ingannevolezza della propaganda, ossia sono riconducibili a condotte che hanno lo scopo di indurre il consumatore ad effettuare un acquisto, facendo leva su dichiarazioni ingannevoli inerenti al prezzo, alle condizioni di mercato, alla pubblicità. La disciplina in esame ha introdotto anche gli elementi per valutare l'aggressività della pratica. Nella stessa definizione delle pratiche aggressive gli artt. 8 (Direttiva n. 2005/29/CE) e 24 (cod. cons.) fanno espressamente riferimento alla "fattispecie concreta" in cui si esplica la pratica e autorizzano a tener conto "di tutte le caratteristiche e circostanze del caso" ai fini della sua qualificazione. "È considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso". In tali pratiche, l'effetto non è di falsare la corretta rappresentazione da parte del consumatore delle caratteristiche del prodotto o servizio, ma quello di impedire o limitare la libertà di scelta o di comportamento⁹⁰. Sia l'inganno che l'aggressività, influenzano la decisione del consumatore ma mentre l'inganno induce ad assumere decisioni "sfuocando" le caratteristiche del prodotto o servizio anche senza un contatto diretto tra offerente ed acquirente, l'aggressività induce ad assumere decisioni con metodi e strumenti mirati, agendo sul comportamento a livello emotivo.

90 Il considerando n.16 della direttiva n.2005/29/CE prevede che: *"Le disposizioni sulle pratiche commerciali aggressive dovrebbero riguardare le pratiche che limitano considerevolmente la libertà di scelta del consumatore. Si tratta di pratiche che comportano il ricorso a molestie, coercizione, compreso l'uso della forza fisica e indebito condizionamento"*.

1.8.4. Analisi sistematica del D.Lgs. n. 146/2007: le pratiche "aggressive"

In sostanza le pratiche aggressive sono distinguibili in tre tipologie: pratiche moleste, coercitive e indebitamente condizionanti. Tali fattispecie sono accomunate da due elementi costitutivi: il primo è di carattere strutturale, rappresentato dagli atti che consistono in "molestie, coercizioni, compreso il ricorso alla forza fisica o sfruttamento della posizione di potere nei confronti del consumatore" per esercitare pressioni fisiche o psicologiche, e che nella loro portata "limitano o sono idonei a limitare considerevolmente la libertà di scelta consapevole o di comportamento del consumatore medio in relazione al bene o servizio, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso".

Il secondo elemento di carattere funzionale è rappresentato dalla capacità di indurre il "consumatore medio" ad assumere una decisione di natura commerciale o relativa a posizioni contrattuali che non avrebbe altrimenti preso. La disciplina indica inoltre gli elementi da considerare per determinare l'aggressività della pratica.

L'articolo 25 offre un insieme di situazioni, circostanze e fattori rilevanti ai fini del test della limitazione della libertà di scelta o di comportamento del consumatore. Ai sensi dell'articolo, che recepisce l'art. 9 della direttiva 2005/29/CE, nel determinare se una pratica commerciale comporti molestie, coercizione o indebito condizionamento, devono ricorrere i seguenti elementi:

- I tempi, il luogo, la natura o la persistenza del comportamento del professionista;
- Il ricorso alla minaccia fisica o verbale da parte di quest'ultimo;
- Lo sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto;
- Qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di recedere dal contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista;
- Qualsiasi minaccia di promuovere un'azione legale ove tale azione sia manifestamente temeraria o infondata.

Le pratiche moleste si configurano, diversamente, come comportamenti che per modalità, tempo, luogo e durata sono potenzialmente o attualmente idonei a limitare la libertà di scelta o di "comportamento" del consumatore medio in relazione al prodotto ed hanno la capacità di indurre quest'ultimo ad assumere decisioni non volute. La portata limitativa di tali pratiche deve essere considerevole in relazione al consumatore medio. Con detto aggettivo si vuole evitare di qualificare come aggressive tutte quelle condotte partico-

larmente insistenti tenute dal professionista per ottenere il consenso all'acquisto da parte del consumatore. Le pratiche moleste, invasive della sfera privata della vittima, consistono in atti fastidiosi ma spetta alla giurisprudenza l'arduo compito di accertare quando la molestia sia di natura tale da indurre il soggetto nolente a sottoscrivere un contratto e in tale valutazione sarà determinante la considerazione dei tempi, luoghi e persistenza turbativa alla luce dell'art. 25, comma 1, lett. a).

La seconda tipologia in disamina è quella delle pratiche coercitive consistenti in minacce verbali o costrizioni fisiche rivolte ad estorcere una decisione al consumatore. Un ulteriore distinguo è opportuno. Le prime consistono in offese da parte del professionista nei confronti del consumatore, derivanti per non avere acquistato determinati prodotti allo scopo di ridurre o scongiurare determinati rischi definiti gravi, oppure consistono in umiliazioni di fronte ad altri consumatori in contesti pubblici o di vendita o presentazione di prodotti.

Nell'ultima tipologia di pratiche commerciali illecite rientra, infine, l'indebito condizionamento, consistente nello sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o minaccia in modo da limitarne la capacità di prendere una decisione consapevole. Queste pratiche sono integrate dallo sfruttamento di una posizione di potere sia di tipo giuridico sia di mero fatto rispetto al consumatore, per esercitare una pressione indebita nei suoi confronti⁹¹. Una delle concretizzazioni di queste pratiche è lo sfruttamento da parte del professionista di qualche evento tragico o circostanza specifica di rilevante gravità, che comporta l'alterazione della capacità di valutazione da parte del consumatore, al fine della decisione relativa al prodotto⁹².

Per quanto riguarda l'art. 26, esso corrisponde alla seconda parte dell'Allegato I della direttiva 2005/29/CE ed è dedicato alle pratiche considerate "in ogni caso aggressive". Se anche questo tipo di pratiche commerciali ha lo scopo di indurre il consumatore a tenere un comportamento diverso da quello che avrebbe tenuto se si fosse trovato in altre condizioni all'interno della *black-list*, si classificano nello specifico tre tipologie volte a distinguere tale *species* dal più ampio *genus* delle pratiche commerciali illecite: pratiche minatorie (lettere a) e g)), petulanti (lett. b), c), e) ed f)), e defatiganti (lettera g)⁹³.

Le pratiche minatorie comprendono le condotte commerciali che tendono ad intimidire il consumatore, allo scopo di indurlo a tenere un comportamento che diversamente non avrebbe tenuto. Nella fattispecie la lett. a) "Creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commer-

91 V.TREITEL, *The Law of Contract*, 2015., p. 377.

92 Art. 9, lett. c), Direttiva n. 2005/29/CE; art. 25, lett.c), cod.cons.

93 V. D'ANTONIO, G. SCIANCEPORE, «Le pratiche commerciali» in *La tutela del consumatore*, P. Stanzone - A. Musio (a cura di) p. .133-210 TORINO, 2010.

ciali fino alla conclusione del contratto”, avviene quando il consumatore ha l'impressione di non poter uscire dai locali commerciali, senza aver stipulato un contratto, in ragione della condotta del professionista o dei suoi addetti oppure di quanto risulta direttamente o indirettamente dall'ambiente stesso. È importante che la condotta del professionista e dei suoi dipendenti o “intermediari”, condizioni il consumatore. Nella medesima classificazione si inserisce la lett. g): “Informare esplicitamente il consumatore che se non acquista il prodotto o servizio sarà in pericolo il lavoro o la sussistenza del professionista”. Trattasi di pratica consistente indebito condizionamento nella quale il consumatore viene sottoposto ad una pressione di tipo morale mettendo alla prova la sua disponibilità ad aiutare e sostenere chi versa in difficoltà. In riferimento al professionista, il termine non è precluso all'identificazione del solo professionista ma si tratta di un'accezione che comprende altresì ogni dipendente o incaricato che compie l'atto illecito.

Alla seconda fattispecie appartengono ben quattro tipologie di pratiche, attraverso le quali il professionista con atteggiamenti insistenti e comportamenti invadenti, mira a condizionare le scelte negoziali del consumatore. La prima pratica proposta nella lettera b) (“Effettuare visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale”), rappresenta la concretizzazione di un'attività commerciale coercitiva⁹⁴. La seconda lettera (lett. c) trova giustificazione perché l'aggressività è insita nelle attività commerciali e promozionale. “Effettuare ripetute e sgradite sollecitazioni commerciali per telefono, fax, posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di una obbligazione contrattuale, fatti salvi gli artt.58 e 130, d.lgs. n. 196/2003”. In generale, sono proibite le comunicazioni non autorizzate dal consumatore e questo significa che si è in presenza di una pratica molesta ogni qual volta vengano effettuate sollecitazioni commerciali con mezzi ivi indicati, oltre alla lesione del predetto art. 130⁹⁵. La disposizione prevista nella lett. e) prevede che: “Salvo quanto previsto dal D.Lgs. n. 177/2005 e successive modificazioni, includere in un messaggio pubblicitario un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri adulti ad acquistare loro i prodotti reclamizzati”. Essa persegue lo scopo di tutelare

94 In tale contesto non è necessario che il luogo della pratica sia il domicilio o la residenza del consumatore, né che la visita indesiderata sia stata concordata anticipatamente o costituisca una situazione accidentale. L'unico elemento sufficiente, affinché si commetta un illecito, si ha quando il consumatore invita il professionista a lasciare il proprio appartamento e questi non lo assecondi.

95 Non rientrano in questa fattispecie le eventuali richieste di pagamento o, più in generale, di adempimento avanzate ripetutamente, anche con ostinatezza, con mezzi previsti dal professionista creditore al consumatore debitore.

direttamente i bambini e indirettamente i genitori e gli adulti in generale, il cui comportamento economico può essere fortemente influenzato da bambini indotti a sollecitare l'acquisto a mezzo di pratiche scorrette. L'esortazione all'acquisto diretto ai bambini può essere ricondotta, comunque, all'invito all'acquisto di cui all'art. 18, lett. *i*), del Codice di consumo. La lett. *f*) ("Esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto, salvo quanto previsto dall'art.54, comma 2°, secondo periodo") è riconducibile alla tipologia di pratiche moleste e integra la fattispecie della fornitura non richiesta (art.57 Codice di consumo)⁹⁶. Nella fattispecie si intende scoraggiare la tecnica degli operatori commerciali mirata ad influenzare il consumatore, dopo l'invio dei prodotti, che quest'ultimo non ha ordinato facendo insorgere un rapporto obbligatorio "coatto".

Infine, nelle pratiche defatiganti, rientrano le condotte poste in essere dal soggetto professionista allo scopo di "stancare il consumatore, fiaccarne la resistenza, demotivarlo per ottenere una legittima richiesta o un'aspettativa da altri indotta"⁹⁷. La lett. *d*) rientrante in questo ambito afferma che: "Imporre al consumatore che intenda presentare una richiesta di risarcimento in virtù di una polizza di assicurazione di esibire documenti per stabilire la validità della richiesta, omettere sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza, al fine di dissuadere un consumatore dall'esercizio dei suoi diritto contrattuali"⁹⁸.

L'ultima pratica (lett. *h*) potrebbe essere compresa nelle pratiche ingannevoli in quanto consiste nel "dare falsa impressione che il consumatore abbia già vinto, vincerà compiendo una determinata azione, un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti non esiste alcun premio né vincita equivalente, oppure qualsiasi azione volta a reclamare il premio o altra vincita equivalente è subordinata al versamento di denaro o al sostenimento di costi da parte del consumatore". In tale pratica il comportamento del soggetto professionale è svolto unicamente ad imporre una determinata azione al consumatore ma le tecniche illustrate possono dirsi allo stesso tempo ingannevoli ed aggressive, facendola di fatto apparire come vera e propria norma di chiusura dell'intera elencazione. Questa norma differisce comunque da quelle riportate dall'art. 23, lett. *u*), del Codice di consumo, in quanto nella presente viene promessa al

96 DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, cap. XI.

97 DONA, «Le pratiche commerciali sleali», in MINERVINI, ROSSI CARLEO (a cura di), *op. cit.*, 215.

98 In questa fattispecie non è necessario che vi sia una specifica intenzione del professionista di frapporre ostacoli che hanno l'effetto di dissuadere il cliente dal far valere le proprie pretese. Si può discorrere di omissione sistematica della risposta alla corrispondenza quando il professionista non reagisce ad almeno due lettere o documenti analoghi inviati dal consumatore, là dove secondo le circostanze del caso un riscontro entro un certo tempo era possibile e rientrate nella prassi.

consumatore una vincita, mentre in quella ingannevole soltanto la possibilità di vincere un premio.

1.8.5. Analisi sistematica del D.Lgs. n. 146/2007: il sistema rimediabile (cenni) alla luce dell'evoluzione normativa

Per analizzare e comprendere appieno le direttive e la normativa nazionale (sia italiana che spagnola) in merito ai profili rimediali e sanzionatori, è importante prendere in considerazione ogni aspetto con attenzione e procedere sempre per gradi, tenendo conto della successione temporale delle disposizioni normative.

La direttiva 2005/29/CE, in materia di pratiche commerciali sleali, lasciava liberi gli Stati membri di scegliere tra una tutela giudiziaria ed una di tipo amministrativa o persino entrambe, al fine di approntare mezzi adeguati ed efficaci per garantire l'osservanza delle disposizioni sulle pratiche commerciali sleali nell'interesse dei consumatori.

In Italia, il D.Lgs. n. 146/2007, che ha recepito la direttiva 2005/29/CE, ha scelto la via della tutela amministrativa e ha assegnato la competenza all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), confermando, così come rileva la dottrina⁹⁹, la scelta che era già stata compiuta in passato in ordine al recepimento della direttiva del Consiglio n. 84/450/CEE del 10 settembre 1984, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, con l'adozione del D. Lgs. N 26/2023.

È stato inoltre notato che la scelta del legislatore italiano ha tenuto conto della stretta connessione tra la correttezza delle relazioni tra imprese ed i rapporti con i consumatori, piani tra loro legati e che si integrano reciprocamente. Entrambi i corpi normativi costituiscono dunque l'espressione generale delle regole di correttezza che l'Antitrust deve applicare in modo coerente ed unitario¹⁰⁰.

Entrando maggiormente nel vivo dell'analisi, il punto di partenza è senz'altro l'art. 27 del Codice del consumo che proprio al primo comma individua nell'AGCM¹⁰¹ l'Autorità competente per l'applicazione del regolamento

99 A. GENOVESE, «I divieti di pratiche commerciali scorrette, Enforcement e tutele», in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Cedam, Padova, 2008, p. 210, definendo la AGCM come l'autorità amministrativa indipendente di riferimento per la tutela dei consumatori.

100 A. CATRICALÀ, M.P. PIGNALOSA, *Manuale dei diritti dei consumatori*, Dike giuridica, Roma, 2013, p. 66.

101 CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni in Id.-C. Franchini (a cura di), I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 217 ss.; PREDIERI, *L'eromper delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, *passim*; RIC-

n. 2006/2004/CE del 27 ottobre 2004, che disciplina la cooperazione tra le autorità pubbliche designate da ciascun Stato membro come responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori in caso siano poste in essere infrazioni intracomunitarie.

Si segnala che stante l'abrogazione del regolamento n. 2006/2004/CE, il legislatore italiano ha successivamente modificato¹⁰² il primo comma dell'art. 27 del Codice del consumo precisando che l'AGCM deve assicurare il rispetto della disciplina contenuta nel regolamento 2017/2394/UE adottato dal Parlamento europeo e del Consiglio in data 12 dicembre 2017 al fine di rafforzare ulteriormente i meccanismi di cooperazione tra le autorità nazionali, che devono essere poste in grado di individuare e reprimere più agevolmente i casi di infrazioni transfrontaliere e diffuse, nonché valutare quest'ultime in maniera uniforme all'interno del territorio dell'UE.

Di particolare interesse è il comma 1-bis inserito nell'art. 27 per opera del D.Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, con il quale è stata recepita nel nostro ordinamento la direttiva n. 2011/83/UE del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori. La norma, entrata in vigore il 26 marzo 2014, è stata inserita con il preciso scopo di risolvere la complessa questione dell'applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette ai settori regolamentati e al conseguente riparto di competenza tra l'AGCM e le autorità di regolazione¹⁰³. Il comma 1-bis dell'art. 27 stabilisce la competenza esclusiva dell'AGCM di intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta anche nei settori regolati: il Codice del consumo, pertanto non deve trovare applicazione solo laddove esista una norma

CIUTO, «I regolatori del mercato nell'ordinamento italiano. Indipendenza e neutralità delle autorità amministrative indipendenti», in DI RAIMO- RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica ed intervento dello Stato in economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 356 ss.; GITTI-P.SPADA, «La regolazione di mercato come strategia», in GITTI (a cura di), *Il contratto e le autorità indipendenti. La metamorfosi dell'autonomia privata*, Bologna, 2006, p. 15 ss.; ROLLI, «Autorità, libertà e indipendenza. La copertura costituzionale delle autorità indipendenti», in LUCIANI (a cura di), *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Napoli, 2011, p. 174 ss.; Perlingieri (a cura di), *Authorities e tutela della persona*, Napoli, 1999; POLITI, «La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio», in LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009, p. 300 ss. ROFFI, «Sanzioni AGCM - Sindacato giurisdizionale e provvedimenti sanzionatori dell'AGCM», in *Giurisprudenza Italiana*, XI, 2019, p. 2503 ss.; COSTANTINO, «Note su authorities e giurisdizione», in *Riv. Dir. Proc.*, I, 2019, p. 26 ss. Si confrontino altresì sul punto CUNIBERTI, *Autorità Indipendenti e Libertà Costituzionali*, Milano, 2007, *passim*; GIOVAGNOLI, «Autorità Indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale», in *Atti del Convegno "Le Autorità Amministrative Indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati"* presso il Cons. Stato, 28 febbraio 2013.

102 Cfr. Art. 37, comma 1, lett. a) della legge 23 dicembre 2021, n. 238.

103 Per esempio, BANCA D'ITALIA, AGCOM, AEES, IVASS.

di settore speciale, di rango europeo, incompatibile con le norme sulle pratiche commerciali scorrette.

Senza addentrarsi nella spinosa questione interpretativa del criterio di specialità di cui al citato comma 1-*bis*, in questo spazio preme evidenziare che l'art. 27 delinea, in particolare, i tratti fondamentali del procedimento amministrativo diretto all'applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette. Una disciplina che è integrata dal Regolamento interno all'AGCM.

Ancora, va evidenziato che il secondo comma dell'art. 27 stabilisce la possibilità per l'AGCM di procedere anche d'ufficio al fine di accertare l'illiceità delle pratiche commerciali scorrette. Si tratta di un significativo rafforzamento dei poteri di intervento dell'AGCM che, rispetto alla previgente disciplina, poteva essere attivata esclusivamente su istanza di parte.

Competente a tal fine è il responsabile del procedimento, il quale valuta gli elementi in suo possesso e quelli eventualmente portati a sua conoscenza con l'istanza dei soggetti interessati e avvia l'istruttoria volta a verificare l'esistenza di pratiche commerciali scorrette. Per quanto riguarda l'iniziativa, la formulazione dell'art. 27 che rinvia ad ogni soggetto o organizzazione interessati è diversa da quella prevista in precedenza dall'art. 26 del Codice di consumo previgente.

Infatti, il secondo comma dell'art. 27 prevede che devono considerarsi legittimati ad attivare il procedimento tutti coloro che ne abbiano interesse: i consumatori, le imprese concorrenti e ogni altra organizzazione interessata. La fondatezza dell'istanza viene valutata dal Collegio dell'AGCM sulla base degli elementi prodotti e di quanto acquisito dal responsabile del procedimento e nel caso in cui non sussistano i presupposti per un approfondimento istruttorio l'AGCM archivia la richiesta con relativa comunicazione al richiedente. In caso contrario dà avvio all'istruttoria vera e propria, con relativa comunicazione al professionista e ai soggetti che ne abbiano presentato l'istanza di intervento. Dopo l'avvio dell'istruttoria il procedimento deve concludersi entro centoventi giorni, salve disposizioni particolari e la possibilità di proroga. Oltre ai soggetti a cui è stato comunicato l'avvio del procedimento possono partecipare e intervenire "tutti i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui può derivare un pregiudizio dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria".

L'Autorità può avvalersi anche della Guardia di Finanza e dei poteri investigativi ed esecutivi previsti dal regolamento n. 2017/2394/UE per richiedere informazioni e documenti rilevanti anche in merito alle infrazioni transfrontaliere. Assai importante è anche quanto dispone il comma 5 dell'articolo, che consente se giustificato dalle circostanze del caso, di invertire l'onere della prova, ponendo a carico del professionista la dimostrazione dell'esattezza dei dati di fatto connessi alla pratica commerciale.

Nella fase preistruttoria l'AGCM può archiviare istanze infondate e può invitare il professionista a rimuovere le pratiche scorrette. Si deve aggiun-

gere che entro e non oltre trenta giorni dalla ricezione della comunicazione di avvio del procedimento, il professionista può presentare impegni tali da far venir meno i profili di illegittimità della pratica commerciale. Se l'AGCM li ritiene idonei, dispone con provvedimento la loro accettazione, rendendoli obbligatori per il professionista, e chiude il procedimento senza accertare l'infrazione. Altrimenti richiede un'integrazione al professionista o ne delibera il rigetto. L'istituto degli impegni del professionista costituisce una delle novità più importanti introdotte dal d.lgs. n. 146/2007: esso è volto ad incentivare l'eliminazione delle pratiche scorrette tramite la collaborazione con il professionista. Con l'accettazione degli impegni si risparmiano costi e tempi legati all'istruttoria dell'AGCM e il professionista evita l'accertamento dell'infrazione e l'irrogazione delle sanzioni pecuniarie.

Al termine dell'istruttoria l'AGCM adotta il provvedimento definitivo. Se ritiene la pratica scorretta, ne vieta la diffusione o la continuazione con il provvedimento motivato di natura inibitoria e ne dispone la pubblicazione della delibera, a cura e spese del professionista in modo da impedire che le pratiche continuino a produrre effetti. Infine, dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da cinque a cinquecento mila euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione. Nel caso di inottemperanza ai propri provvedimenti l'AGCM applica un'ulteriore sanzione pecuniaria amministrativa e nel caso di reiterata inottemperanza può sospendere l'attività di impresa per un periodo massimo di trenta giorni. Dall'articolo inoltre è previsto che per i provvedimenti dell'AGCM possa essere fatto ricorso al giudice amministrativo, che ha giurisdizione esclusiva (comma 13, art. 27). Il giudice territorialmente competente in primo grado è il TAR del Lazio. Non sono presenti in relazione a tale punto ulteriori elementi di novità: il processo davanti al giudice amministrativo, in assenza di ulteriori specifiche disposizioni, segue i principi generali in materia. Sia nella Direttiva 2005/29/CE sia nelle norme del Codice del Consumo il riferimento ai Codici di Condotta è continuo a partire dall'art. 18 del Codice di consumo, che ne dà la definizione per finire agli artt. 27-*bis*, 27-*ter* e 27-*quater*¹⁰⁴.

104 Di questo si è già accennato, basta in questa sede ricordare che il codice si compone di un elemento positivo e un elemento negativo. L'elemento positivo risiede nel fatto che i codici sono accordi o normative che non sono imposti dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro mentre l'elemento negativo è dato dal fatto che i codici definiscono il comportamento che i professionisti si impegnano a rispettare in relazione a uno o più pratiche commerciali o a uno o più settori imprenditoriali specifici. La formazione dei codici è rimessa alle associazioni e alle organizzazioni imprenditoriali e professionali, mentre al responsabile della formulazione e revisione (responsabile del codice) spetta la conservazione e l'aggiornamento dello stesso. Per quanto riguarda il contenuto si può osservare che i codici devono garantire in ogni caso la protezione dei minori e la salvaguardia della dignità umana; essi pur adattandosi alla specificità del settore professionale in questione, devono dettare regole conformi ai principi delle norme del Codice del Consumo in tema di pratiche commerciali scorrette.

Possono pertanto prevedere regole più severe rispetto a quelle legislative, ma non possono diminuire lo standard di tutela garantito al consumatore. La violazione delle regole contenute nei Codici di condotta può essere oggetto di giudizio davanti al responsabile del codice o davanti all'organismo di controllo previsto, il quale trae la propria natura convenzionale, privata e non pubblica, dalla natura negoziale del codice.

L'art. 27-ter del Codice di consumo prevede espressamente che le parti interessate possono convenire con il professionista di rimettere a detto organo la definizione della controversia volta a vietare o far cessare la continuazione di una pratica commerciale scorretta. La medesima disciplina è molto più dettagliata rispetto all'art. 27 del Codice di consumo, che regolava il ricorso agli strumenti di autodisciplina in tema di pubblicità ingannevole e comparativa. Per quanto riguarda il rapporto tra le pronunce dei vari organismi, l'art. 27-ter, chiarisce che l'esito della pronuncia davanti all'organismo di autodisciplina non pregiudica il diritto ad adire l'AGCM o il giudice competente. Resta il fatto che le regole previste nei Codici di Condotta non sono destinate solo ad essere applicate nell'ambito dell'apposito procedimento davanti all'organismo di autodisciplina; esse infatti si intersecano con la stessa disciplina legislativa delle pratiche commerciali scorrette¹⁰⁵.

Esistono tuttavia casi in cui la discrezionalità dell'Autorità e la normativa di settore invitano a non procedere, stante la limitata dimensione delle imprese coinvolte e sospettate della realizzazione di tali pratiche. E a ben guardare, a sostegno della non applicabilità in tali casi della normativa in materie di pratiche commerciali scorrette depongono diversi indizi. In *primis*, il riferimento è all'estensione alle c.d. microimprese di alcune delle protezioni tipiche del consumatore, quando queste stipulano accordi con imprese più grandi. In tal senso, il *favor legislatoris* pare poter costituire valido elemento per concentrare alcune delle tutele di *public enforcement* verso le imprese di dimensioni più consistenti, non solo in un'ottica di ragionevolezza ed adeguatezza del sistema di protezione dei consumatori da parte dell'Autorità Antitrust, ma per il sostanziale avvicinamento fra la posizione del consumatore e quella delle realtà imprenditoriali più modeste in termini dimensionali, nonché di forza contrattuale¹⁰⁶. Le pratiche commerciali scorrette, infatti, sono in generale rivolte a garantire un corretto andamento del mercato, più che tenere in considerazione l'interesse del consumatore. In tal senso è stato chiarito come l'elemento fondamentale di tale disciplina è costituito dalla "procedura di regolazione, che

105 DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino, Giappichelli Editore, 2007, p. 267. Infatti, indubbia appare la forza ermeneutica delle condotte oggetto di censura già su istanza (o adesione) del professionista, che – stante l'ampio ventaglio di censurabilità delle pratiche commerciali scorrette – dovrà inevitabilmente impostare la propria condotta in modo tale da rispettare anche le norme che si è auto-imposto.

106 Si confronti sul punto F. TRUBIANI, «La microimpresa dentro e fuori il Codice del consumo», in *Studium Iuris*, X, 2016, p. 1151 ss.).

vede protagonista da una parte l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, come soggetto valutatore dei comportamenti delle imprese e assuntore delle decisioni che tali comportamenti riguardano; e dall'altra le imprese, come soggetti chiamati ad interloquire con l'Autorità in merito alla "scorrettezza" della pratica. Mentre il consumatore, o meglio, i consumatori, rimangono sullo sfondo del procedimento, anzi fuori¹⁰⁷. In tal modo, l'Autorità interverrà con i più rilevanti strumenti di *public enforcement*, come le sanzioni pecuniarie in materia di Pratiche Commerciali Scorrette, solo quando il livello dimensionale del professionista possa portare ad una sensibile lesione dell'efficienza del mercato. Pertanto, più che considerare il limitato impatto che tali condotte potrebbero rappresentare verso un ristretto numero di consumatori, pare debba apprezzarsi la tutela del mercato inteso nella sua interezza,

A sostegno di tale tesi, depone altresì la normativa interna dell'Autorità, che disciplina la prassi istruttoria in tali materie. Tali linee guida sembrano limitare la fase istruttoria ai soli comportamenti ritenuti, anche a livello dimensionale, lesivi dell'efficiente attività del mercato. In particolare, meritevole di menzione appare l'art. 5 della Delibera Agcm del 1° aprile 2015, n. 25411 («*regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore*»), in materia preistruttoria.

Orbene, l'Autorità sembra non ritenere il comportamento suscettibile di sanzione qualora l'assetto dimensionale del professionista sia particolarmente contenuto o comunque si tratti di una condotta che, per le sue caratteristiche, non sia idonea «a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio al quale è diretta, anche in ragione della dimensione minima della diffusione di un messaggio o della localizzazione circoscritta di una pratica» (c.d. condotta *de minimis*), come chiariscono i punti d) ed e) dell'art. 5 della delibera summenzionata. L'Autorità in tali casi tende, dunque, ad evitare di intervenire, ritenendo la scarsa lesività della condotta nei confronti del mercato elemento sufficiente per non procedere.

In questo scenario, è fondamentale ricordare che la direttiva 2019/2161/UE ha rafforzato la tutela dei consumatori introducendo un'ulteriore serie di rimedi e strumenti di riparazione privatistici individuali. In particolare, prevede in modo imperativo che gli Stati membri devono garantire che le misure correttive, proporzionate ed efficaci, siano a disposizione dei consumatori danneggiati al fine di proteggerli ed eliminare gli effetti di tali pratiche (art. 11, par. 1 della direttiva 2005/29/CE come modificata dalla direttiva 2019/2161/UE).

Secondo la dottrina¹⁰⁸, il vero elemento di novità è costituito dal nuovo art. 11-*bis* inserito nel *corpus* della direttiva 2005/29/CE secondo cui: «i consu-

107 C. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, op. cit., p. 305 ss.

108 I. SPEZIALE, «La dir. 2019/2161/ue tra protezione dei consumatori e promozione della competitività sul mercato unico», in *Corriere Giur.*, n. 4, 2020, p. 441.

matori lesi (..) devono avere accesso a rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno e, se pertinente, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto».

Questa nuova disposizione costituisce un'evoluzione rispetto all'art. 3 della direttiva 2005/29/CE, che si limitava a consentire «l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto». La versione originaria della direttiva del 2005 non obbligava i legislatori nazionali a modificare le norme interne sulla regolamentazione generale dei contratti, ad esempio definendo come nullo o annullabile un contratto concluso a seguito di una pratica commerciale scorretta. Di conseguenza, gli Stati membri hanno adottato diverse soluzioni in sede di recepimento: alcuni Paesi sono rimasti del tutto neutrali, riproducendo la terminologia generica utilizzata dalla normativa comunitaria, mentre altri hanno preferito non intervenire affatto. Altri ancora hanno adottato soluzioni "negative", affermando che la mera presenza di una pratica commerciale scorretta non invalida necessariamente il contratto tra il professionista e il consumatore. Altri ancora hanno scelto soluzioni "positive", prevedendo l'applicazione di uno o più rimedi civili tradizionali alle attività vietate, compresi quelli specificamente introdotti per affrontare le pratiche commerciali scorrette¹⁰⁹.

A ciò si deve aggiungere che il considerando n. 9 della direttiva 2005/29/CE affermava che la presente normativa «non pregiudica i ricorsi individuali proposti da soggetti che siano stati lesi da una pratica commerciale sleale», portando così a una conseguenza molto precisa: i legislatori nazionali non erano affatto obbligati ad accordare ai consumatori ricorsi individuali *ad hoc*, diversi da quelli già esistenti; né li obbligava a legittimare i singoli soggetti lesi a richiedere in giudizio il risarcimento dei danni subiti (a titolo contrattuale e/o extracontrattuale).

Sebbene la Direttiva 2005/29 non imponesse agli Stati membri di apportare modifiche o deroghe alle discipline interne in materia di contratto e responsabilità civile, ciò non significa che non avesse ripercussioni sui diritti nazionali. Tuttavia, tali modifiche o deroghe non erano né imposte né proibite dalla Direttiva, dando così modo a ciascuno Stato membro di esercitare la propria discrezionalità nell'affrontare il problema delle ripercussioni privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette. Di conseguenza, sono emerse diverse soluzioni in merito alle modalità di applicazione degli strumenti civilistici disponibili per affrontare le pratiche commerciali scorrette.

Dal momento che, nel corso degli ultimi anni, molti consumatori non hanno ricevuto tutele adeguate neppure in quei Paesi che offrivano una qualche

109 G. DE CRISTOFARO, «Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE», in *Rass. dir. civ.*, n. 2, 2010, pp. 880 ss.

forma di riparazione avverso le attività vietate, il legislatore europeo è intervenuto con l'art. 11-*bis* disciplinando due differenti rimedi: il risarcimento del danno o lo scioglimento del vincolo negoziale. La decisione finale riguardo alle "specifiche possibilità da rendere disponibili" in ogni Paese dell'UE rimane però ancora di competenza del legislatore nazionale, senza necessità di uniformarsi a uno standard comune¹¹⁰. Una scelta che, secondo alcuni¹¹¹, si traduce in una mancata armonizzazione completa, ambizione già dichiarata nella direttiva del 2005.

La scelta del legislatore italiano è stata quella di inserire il comma 15-*bis* nell'art. 27 del D.Lgs. n. 206/2005 che esplicita il diritto dei consumatori di adire il giudice ordinario per ottenere rimedi adeguate e proporzionati in caso di pratica commerciale scorretta. I rimedi non si limitano al solo risarcimento del danno, ma possono estendersi alla riduzione del prezzo ed alla risoluzione del contratto (quest'ultimo previsto "ove applicabile"). In ogni caso, la disposizione prevede altresì che ulteriori rimedi possano essere messi a disposizione dei consumatori.

I vantaggi della nuova disposizione sono chiari: essa rafforza la tutela dei diritti dei consumatori, in particolare, aumenta la loro possibilità di ottenere rimedi adeguati in caso di pratiche commerciali scorrette. Inoltre, consente ai consumatori di agire direttamente dinanzi al giudice ordinario senza dover necessariamente ricorrere ad altre forme di risoluzione delle controversie, come la mediazione o l'arbitrato.

Al contrario, uno svantaggio potrebbe essere che i ricorsi giudiziari richiedono tempo e risorse economiche, quindi potrebbero non essere la soluzione più efficiente per risolvere le controversie, dato che le decisioni giudiziarie possono essere soggette ad appello e quindi protrarsi per un periodo di tempo ancora più lungo.

Un ultimo aspetto che va affrontato è quello dell'inasprimento delle sanzioni così come previsto dal nuovo art. 13 della direttiva 2005/29/CE, così come introdotto dalla direttiva 2019/2161/UE. Nel dettaglio, la direttiva Omnibus ha previsto che le sanzioni possono arrivare fino al 4% del fatturato annuo della società responsabile della violazione delle norme (paragrafo 3), o di 2

110 Ivi, p.

111 Documento di lavoro dei servizi della Commissione recante orientamenti per l'attuazione/applicazione della Dir. 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali che accompagna il documento comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni Un approccio globale per stimolare il commercio elettronico transfrontaliero per i cittadini e le imprese in Europa, Bruxelles, 25 maggio 2016, SWD (2016) 163 final, 62-63; Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme in materia di tutela degli alimenti e dei consumatori alle questioni di differenze di qualità dei prodotti - Il caso specifico degli alimenti, Bruxelles, 29 settembre 2017, C/2017/6532; Discorso sullo stato dell'Unione del 13 settembre 2017, in <https://audiovisual.ec.europa.eu/en/video/I-143451>.

milioni di euro nei casi in cui non sono disponibili informazioni sul fatturato (paragrafo 4).

Per il calcolo della sanzione, sono stati previsti dei criteri simili a quelli stabilite dal GDPR. In altre parole, la sanzione viene calcolata in base alla gravità della violazione, alla durata dell'infrazione e alla dimensione dell'azienda (paragrafo 2). Ciò significa che le sanzioni possono essere proporzionate alla gravità della violazione e possono quindi essere dissuasive per le aziende dal non rispettare le norme. Oltre a questi criteri, il legislatore ha previsto che devono essere presi in considerazione ulteriori aspetti, ossia: *«eventuali azioni intraprese dal professionista per attenuare il danno subito dai consumatori o per porvi rimedio; eventuali violazioni commesse in precedenza dal professionista; i benefici finanziari conseguiti o le perdite evitate dal professionista in conseguenza della violazione, se i relativi dati sono disponibili; sanzioni inflitte al professionista per la stessa violazione in altri Stati membri in casi transfrontalieri in cui informazioni relative a tali sanzioni sono disponibili attraverso il meccanismo istituito dal regolamento (UE) 2017/2394 del Parlamento europeo e del Consiglio»*.

Questa nuova formulazione dell'art. 13 ha l'indubbio vantaggio, almeno sulla carta, è che può comportare un aumento dell'adeguatezza e dell'efficacia delle sanzioni, stimolando le aziende a rispettare le norme, nonché il livello di consapevolezza e di rispetto delle regole e delle norme vigenti da parte delle aziende.

Al tempo stesso, sanzioni così elevate possono costituire un costo decisamente elevato per le aziende, impattando negativamente sulla loro capacità di investire e crescere nel proprio mercato di riferimento.

In generale, la disposizione introduce un sistema di sanzioni più rigoroso e proporzionato alle violazioni delle norme che potrebbe contribuire a prevenire comportamenti illeciti da parte delle aziende e in definitiva è rivolta a tutelare maggiormente i consumatori, lasciando comunque agli Stati membri la possibilità di prevedere sanzioni ancora più elevate rispetto a quelle indicate dalla direttiva 2019/2161/UE.

In Italia, infatti, il legislatore ha innalzato vertiginosamente le sanzioni che possono essere inflitte alle imprese che hanno compiuto pratiche commerciali sleali o che hanno inserito clausole vessatorie nei contratti. L'AGCM, ai sensi e per gli effetti del nuovo art. 27 del Codice del consumo può ora applicare una sanzione pecuniaria il cui importo può essere tra i 5.000 euro ed i 10.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione ed anche delle condizioni economiche e patrimoniali del professionista. Nel caso di pratiche commerciali scorrette ex art. 21, commi 3 e 4, la sanzione non può essere inferiore a 50.000 euro.

Inoltre, nelle infrazioni transfrontaliere, la sanzione può arrivare fino al 4% del fatturato annuo del professionista (o 2 milioni di euro, laddove non siano disponibili le informazioni sul fatturato), nell'eventualità che, quindi, il danno

è stato subito da consumatori che risiedono in almeno due Stati membri o in almeno due terzi degli Stati membri rappresentanti almeno i due terzi della popolazione dell'UE. Questa disposizione trova altresì applicazione in caso di sospensione provvisoria o divieto della diffusione delle pratiche commerciali scorrette.

CAPITOLO II

IL CONCRETO RECEPIMENTO DELLA NORMATIVA, IL CASO SPAGNOLO E IL RAPPORTO TRA UTENTI E MEZZI DI COMUNICAZIONE E DI VENDITA NELLA REALTÀ DELLE PIATTAFORME DIGITALI

1. Primi cenni di comparazione: la normativa spagnola

1.1. Cenni di comparazione: il recepimento e l'attuazione della direttiva 29/2005 CEE in Spagna attraverso la Legge 29/2009 e l'attuazione della direttiva 2019/2161 attraverso il Real Decreto- Ley 24/2021

A questo punto della trattazione è interessante svolgere alcuni rilievi di diritto comparato, analizzando il recepimento della direttiva 29/2005 CEE nell'ordinamento spagnolo. Essa, in particolare, è stata recepita attraverso la Legge 29/2009 del 30 dicembre 2009 che modifica il regime giuridico della concorrenza sleale e della pubblicità al fine di migliorare la protezione dei consumatori e degli utenti. Con la Legge 29/2009 sono state modificate quattro importanti leggi dell'ordinamento giuridico spagnolo: la Legge 3/1991 sulla concorrenza sleale (LCD); il Regio decreto legislativo 1/2007 che approva il testo consolidato della legge generale per la difesa dei consumatori e degli utenti e altre leggi complementari (TRLGDCU); la Legge 34/1988, *General Advertising* (LGP); e la Legge 7/1996 sulla gestione del commercio al dettaglio (LCM). La riforma, ad un primo sguardo, sembra suscitare perplessità, soprattutto in termini di confusione.

Ciò perché, tenendo conto del fatto che la direttiva 29/2005 CEE ha optato per la repressione delle pratiche commerciali sleali al fine di tutelare i consu-

matori, si potrebbe pensare che tale repressione sarebbe stata incorporata nel Regio decreto legislativo 1/2007, in particolare, nel primo libro sulle disposizioni Generali, al titolo I, riguardante l'ambito di applicazione ed il diritto dei consumatori e degli utenti, nel capitolo V, dedicato alla tutela dei legittimi interessi economici dei consumatori e degli utenti. In effetti, la regolamentazione sui "principi generali e pratiche commerciali" è inclusa nell'art. 19 del D. Lgs. 1/2007. Tuttavia, la maggior parte delle pratiche commerciali devono essere considerate scorrette, in quanto ingannevoli o aggressive nei confronti dei consumatori, secondo l'articolo 19 del TRLGDCU cui si fa espressamente riferimento. Quest'ultimo articolo richiede per tale qualifica due presupposti: le norme comunitarie sono applicabili alle pratiche commerciali sleali nelle materie di cui all'articolo 19.4 del TRLGDCU e la violazione dell'obbligo delle informazioni necessarie devono essere fornite con l'offerta commerciale di beni e servizi di cui all'articolo 20.2 del TRLGDCU. Va notato che, nella Legge 3/1991 sulla concorrenza sleale (LCD), il legislatore è stato incaricato di proteggere i consumatori da condotte, comportamento o azioni sleali, ed insieme alle ipotesi delineate, solo quelle che sono tipizzate negli articoli 4, 5, 7, 8 e da 19 a 31 della presente legge (art. 19 LCD).

Il fatto che, in Spagna, le Comunità autonome abbiano assunto nello Statuto di autonomia pieni poteri per la tutela normativa in materia di difesa dei consumatori e degli utenti, materia condivisa con lo Stato, ha portato a pronunciarsi su tale situazione normativa la Corte costituzionale, la quale dichiarò, attraverso la sentenza STC 15/1989 del 26 gennaio 1989¹¹², che "questa materia è caratterizzata soprattutto dal suo contenuto multidisciplinare [...] e dalla possibilità che alcuni Statuti dell'Autonomia abbiano assunto la giurisdizione «Esclusiva» su di esso nonché che "La norma costituzionale in virtù della quale la distribuzione dei poteri tra lo Stato e le Comunità autonome è specificata dal gioco combinato con Costituzione, Statuto dell'Autonomia e, in via residuale, dalle Leggi Organiche di cui all'art. 150.2 del E.V.". Le possibili controversie che potrebbero derivare dall'attribuzione della competenza legislativa in materia di difesa dei consumatori, tra lo Stato e le Comunità autonome, non sorgono quando il regolamento riguarda le pratiche commerciali.

La competenza esclusiva dello Stato a legiferare in questo campo, sancita dall'articolo 1.6 della CE, oltre ad essere indiscussa, consente di salvaguardare l'unità legislativa in una materia in cui è coinvolto il settore del mercato, evitando la tentazione che le Comunità autonome, attraverso la propria legislazione, possano ampliare o modificare i campi delle pratiche commerciali sleali. In questo modo, il legislatore statale non solo ha materialmente assunto la competenza sostanziale su questo tema, ma ha anche assunto il compito di definire, con un carattere esclusivo quei comportamenti che costituiscono illeciti amministrativi in materia. Tuttavia, ci si potrebbe chiedere quale sia

112 Reperibile sul sito della Corte, al link <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BO-E-T-1989-4056>.

l'ambito di applicazione della direttiva 25/2009/CE per la tutela degli interessi concreti e particolari del consumatore. Va tenuto presente che tale direttiva sulle pratiche commerciali sleali costituisce una direttiva che mira alla piena armonizzazione, quindi non esiste (o dovrebbe esistere) un livello di protezione maggiore di quello che la norma stessa postula. In tal caso, vale la pena ricordare la pronuncia dello STJUE del 14 gennaio 2010, caso CC 304/08¹¹³, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV e Plus Warenhandels-gesellschaft mbH*, in cui la partecipazione gratuita dei consumatori a una lotteria è stata subordinata all'acquisizione o alla contrattazione di una determinata quantità di beni o servizi¹¹⁴.

La Corte costituzionale spagnola ha ratificato questo stesso criterio. Pertanto, attraverso la sentenza STC 106/2009, del 4 maggio 2009, in merito alla limitazione temporanea degli sconti promozionali stabilita dalla legge commerciale della Cantabria, ha affermato che: «Nella misura in cui un regolamento influisce soprattutto sulla relazione orizzontale tra le società in un'economia di libero mercato e non sulla situazione del consumatore, in quanto destinatario dei prodotti da esse prodotti, l'ente territoriale competente a legiferare nel settore della tutela della concorrenza e delle pratiche commerciali scorrette è lo Stato di cui all'art. 149.1.13 CE».

Come si è più volte sottolineato nel corso del presente elaborato, la direttiva del 2005 è stata modificata ed integrata dalla direttiva 2019/2161/UE, recepita ed attuata in Spagna con il Regio Decreto Legge 2 novembre 2021,

113 Reperibile sul sito della Corte, al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62008CC0304>.

114 Si può notare come secondo tale pronuncia le pratiche commerciali "sono chiaramente iscritti nel quadro della strategia commerciale di un operatore e sono diretti direttamente a promuovere e aumentare le vendite dell'operatore. Ne consegue che costituiscono chiaramente pratiche commerciali ai sensi dell'articolo 2, lettera d), della direttiva 2005/29 e che pertanto rientrano nel suo ambito di applicazione". Inoltre, si afferma che "questa conclusione non può essere messa in discussione dall'argomentazione avanzata dai governi ceco e austriaco, secondo cui le disposizioni dell'UWG di cui al procedimento principale, contrarie a quelle della direttiva 2005/29, non sono dirette a tutelare i consumatori, ma i concorrenti dalle pratiche commerciali sleali attuate da alcuni operatori. Questa è la principale preoccupazione, in modo che tali disposizioni non siano incluse nel campo di applicazione della direttiva". Viene precisato poi che "la direttiva 2005/29 è caratterizzata da un campo di applicazione materiale particolarmente ampio che si estende a qualsiasi pratica commerciale che abbia un legame diretto con la promozione, la vendita o la fornitura di un prodotto ai consumatori. A seguito del sesto "considerando" della presente direttiva, pertanto, solo i regolamenti nazionali sulle pratiche commerciali sleali che "solo" minano gli interessi economici dei concorrenti o che riguardano una transazione tra professionisti sono esclusi dal suo campo di applicazione". Infine, ricorda che "la direttiva 2005/29 effettua una completa armonizzazione a livello comunitario delle norme relative alle pratiche commerciali sleali delle società nelle loro relazioni con i consumatori. Pertanto, come espressamente previsto dall'articolo 4, gli Stati membri non possono adottare misure più restrittive di quelle definite nella Direttiva, neppure per garantire un livello più elevato di protezione dei consumatori (VTB-VAB e Galatea)".

n. 24 modificando, di conseguenza, la Legge n. 3/1991 sulla concorrenza sleale (LCD).

Si tratta di modifiche non di poco conto come si deduce sin dalla lettura del preambolo del RDL n. 24/2021 il quale sintetizza l'approccio adottato, l'oggetto ed il significato della modifica apportata alla legge sulla concorrenza sleale: «Le novità introdotte nella Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 richiedono anche la modifica della Legge n. 3/1991 del 10 gennaio sulla Concorrenza Sleale, qualificando come sleale la commercializzazione di un bene come identico ad un altro commercializzato in un altro Stato membro quando presenta caratteristiche diverse, al fine di combattere il cosiddetto fenomeno della doppia qualità e la discriminazione dei mercati. Allo stesso modo, i comportamenti contrari alle disposizioni sulla informazione nei media per promuovere un prodotto, recensioni e ricerche, sono anche considerati sleali, oltre alla rivendita di biglietti per spettacoli utilizzando mezzi automatizzati per evitare i limiti agli acquisti di massa. A questo riguardo, va sottolineato che il concetto di media comprende un ampio significato del termine che includerebbe, ad esempio, i *social network*, quando agiscono come piattaforme per la pubblicità, il posizionamento dei prodotti e le opinioni dei consumatori»¹¹⁵.

In particolare, è l'art. 84 del RDL n. 24/2021 ad occuparsi dell'incorporazione nella LCS delle novità introdotte dalla direttiva 2019/2161/UE e, a tal fine, è stato constatato dalla dottrina che le modifiche più rilevanti sono le seguenti:

- Inserimento del paragrafo 3 all'art. 5 della LCS con il quale vieta la commercializzazione ingannevole di prodotti con composizione o caratteristiche differenti da quelli commercializzati in altri Stati membri, a meno che ciò sia giustificato da fattori legittimi e obiettivi (art. 84.1 RDL n. 24/2021)¹¹⁶ come, ad esempio, se il prodotto ha una diversa composizione perché deve seguire una legge alimentare specifica nel mercato in cui viene venduto, allora la differenza nella composizione del prodotto è considerata legittima e non sleale;
- Modifica dell'art. 26 della LCS relativo alle pratiche commerciali occulte (art. 84.2 RDL n. 24/2021) inserendo nel primo paragrafo il concetto di «mezzi di comunicazione»¹¹⁷ che possono essere utilizzati dai professionisti e dalle società per promuovere la vendita dei propri prodotti e servizi, a patto che il consumatore venga messo nella condizione di essere consapevole che si tratti di un messaggio pub-

115 Così come riporta J. MASAGUER, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal de 2021: Una reforma menor, coyuntural y continuista del tratamiento de las prácticas comerciales desleales con consumidores*, in *Revista de Derecho Mercantil*, n. 324, 2022, p. 3.

116 *Ibidem*, il quale parla di «qualità duale nella commercializzazione».

117 Ossia, informazione nei media, nei servizi della società dell'informazione o sui social network, comunicazioni per promuovere un bene o servizio.

blicitario. Inoltre, nel secondo paragrafo viene specificato, affinché non si configuri una pratica commerciale occulta, che i risultati delle ricerche *online* non devono essere influenzati da pubblicità pagate da aziende o professionisti al fine di ottenere una posizione più alta, bensì devono essere basati sulla loro qualità e rilevanza. Inoltre, le informazioni riguardanti i beni o servizi (presentazione, organizzazione o comunicazione) devono essere trasparenti e non indirizzare in modo occulto il consumatore o l'utente verso un particolare prodotto o servizio;

- Inserimento dei paragrafi 6, 7 e 8 nell'art. 27 dedicato alle altre pratiche commerciali ingannevoli (art. 84.3 RDL n. 24/2021) inserendo, per l'appunto, altre tre fattispecie di pratiche commerciali sleali, vale a dire il caso in cui:
 - l'azienda che acquista un grande quantitativo di biglietti per spettacoli mediante l'uso di software automatizzati per bypassare i limiti imposti dalla normativa, al fine di rivenderli ai consumatori o utenti a prezzi maggiorati, ostacolando così il libero mercato e creando maggiore difficoltà per chi vuole realmente acquistare un biglietto (paragrafo 6);
 - l'azienda che afferma che le recensioni di prodotti o servizi sono state aggiunte da consumatori o utenti che ne hanno fatto effettivamente uso, senza prendere le dovute misure per verificare l'affidabilità e l'autenticità delle recensioni stesse, in quanto può fuorviare i potenziali consumatori o utenti a compiere scelte sbagliate, andando a nuocere all'economia di mercato e alla credibilità dell'azienda stessa (paragrafo 7);
 - l'azienda che paga o commissiona a terze persone (come agenzie di *marketing* o recensori professionisti) per scrivere recensioni o dare approvazioni false su beni o servizi. In altre parole, un'azienda non ha il diritto di pubblicizzare un prodotto o servizio utilizzando recensioni o approvazioni manipolate, distorte o completamente false, in modo da convincere i potenziali consumatori ad acquistare quel prodotto o servizio (paragrafo 8).
- Inserimento del paragrafo 4 all'art. 31 dedicato alle altre pratiche commerciali aggressive (art. 84.4 RDL n. 24/2021), sancendo che rientrano in questa categoria anche le visite non richieste da parte dell'impresa presso il domicilio del consumatore/utente o nelle escursioni organizzate dalla stessa allo scopo di promuovere/vendere beni o servizi in violazione delle disposizioni definite dall'Amministrazione a tutela dei consumatori ai sensi dell'art. 19, paragrafo 7¹¹⁸ del Regio Decreto

118 In italiano, la presente disposizione recita nel seguente modo: «L'amministrazione pubblica competente, al fine di proteggere maggiormente gli interessi legittimi dei consumatori

Legislativo 16 novembre 2007, n. 1 con cui è approvato il testo consolidato della Legge generale per la difesa dei consumatori e degli utenti e di altre leggi complementari (TRLGDCU)¹¹⁹. In particolare, sono vietate le visite o le escursioni effettuate se non richieste o autorizzate espressamente dal consumatore/utente.

Le modifiche apportate dalla direttiva 2019/2161/UE, tuttavia, non sono limitate ai soli temi menzionati nel preambolo del RDL n. 24/2021, ma, in maniera analoga a quello che è avvenuto in Italia, riguarda ulteriori aspetti come quelli legati alle definizioni di «prodotto» (art. 2 c) DPCD), di «classificazione» e di «mercato online» (art. 2 m) e n) DPCD). Inoltre, come sempre sottolineato dalla dottrina¹²⁰, il legislatore spagnolo ha provveduto altresì a:

- Modificare e aggiungere alcune informazioni essenziali per stabilire l'esistenza di omissioni fraudolente (art. 7.4 d) e f) DPCD);
- Stabilire a carico delle imprese e dei professionisti l'obbligo di fornire ai consumatori informazioni essenziali sui prodotti in modo chiaro e trasparente quando essi cercano i loro prodotti attraverso *key words*, espressioni o altri dati, o quando viene fornito loro l'accesso alle recensioni dei consumatori sui prodotti (art. 7.4 *bis* e 6 DPCD);
- Riconoscere in capo ai consumatori il diritto di richiedere un risarcimento o, in ogni caso, di disporre di specifici rimedi di tutela in caso di acquisto di un prodotto o un servizio che non è conforme alle aspettative o che presenta problemi (art. 11 *bis* DPCD); e, infine,
- Definire un accurato regime sanzionatorio per le pratiche commerciali sleali (art. 13 DPCD).

La maggior parte delle novità introdotte dalla direttiva 2019/2161/UE sono state recepite modificando però, non tanto il testo della LCS, quanto piuttosto intervenendo sul TRLGDCU che, come ben sappiamo, disciplina i diritti dei consumatori spagnoli ed appronta le necessarie garanzie per proteggere i loro interessi (dell'impatto della direttiva sul tema dell'eventuale impatto delle pratiche commerciali scorrette sulla formazione e la validità del contratto ci si soffermerà in seguito).

e degli utenti, può limitare, nei termini stabiliti, determinate forme e aspetti delle visite non richieste effettuate dall'impresa presso il domicilio del consumatore o utente o delle escursioni organizzate dalla stessa allo scopo di promuovere o vendere beni o servizi. Le disposizioni adottate saranno proporzionate e non discriminatorie, e non potranno in alcun caso implicare il divieto di tali canali di vendita, salvo quando siano basati su motivi diversi dalla protezione dei consumatori, come l'interesse pubblico o il rispetto della vita privata degli stessi»

119 In spagnolo: *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*.

120 J. MASAGUER, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal de 2021: Una reforma menor, coyuntural y continuista del tratamiento de las prácticas comerciales desleales con consumidores*, cit., p. 4.

1.1.1. Cenni di comparazione: il regime delle pratiche commerciali “Unfair” in Spagna

Nell'ordinamento giuridico spagnolo, la disciplina degli atti di concorrenza sleale è regolamentata dalla Legge n. 3/1991, e prima della sua entrata in vigore la repressione dei comportamenti scorretti era caratterizzata da una diffusa dispersione normativa afflitta da numerosi difetti e carenze che ne mettevano in dubbio l'utilità ai fini della lotta ai comportamenti anticoncorrenziali¹²¹.

La promulgazione della LCD all'inizio degli anni Novanta ha quindi rappresentato l'adozione di uno strumento in grado di creare un quadro giuridico certo ed efficace per contrastare le pratiche scorrette contrarie al sistema della concorrenza¹²².

Nonostante si siano registrati alcune modifiche normative precedenti, il primo “vero” ed organico intervento riformatore si ebbe con il recepimento della direttiva 2005/69/CE tramite la Legge n. 29/2009.

La nota direttiva richiede in questa sede un breve riepilogo delle principali questioni che ebbe modo di sollevare.

Essa modificò il regime giuridico della concorrenza sleale e della pubblicità per migliorare la tutela dei consumatori e degli utenti¹²³. Cionondimeno, dopo la riforma della LCD nel 2009, la clausola generale di concorrenza sleale è rimasta intatta: si continua a considerare sleale ogni comportamento che risulti obiettivamente contrario alle esigenze della buona fede. Questa clausola, come si è evidenziato nelle pagine precedenti, è passata dall'essere contenuta nell'articolo 5, all'essere riportata all' articolo 4.

In questa sede, ciò che concentra maggiormente l'attenzione è la seconda clausola generale contenuta nell'art. 4 LCD che, a differenza di quella della buona fede, si applica solamente a condizione che la pratica commerciale sia rivolta ad un consumatore. Come la clausola generale del primo inciso, si tratta di una norma con propria autonomia, cioè sufficiente di per sé per esercitare le azioni di concorrenza sleale (ma non stabilisce cosa debba intendersi per “consumatore”, per quanto riguarda l'applicazione della clausola generale in esame¹²⁴, occorre dunque fare riferimento al noto art. 2 a) della Direttiva

121 C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, «La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias», in *RDM*, n. 107, 1978, pp. 13 ss., J.A. GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial (Know-how). Concepto y protección*, Tecnos, Madrid, 1974, pp. 389 ss.

122 Preámbulo de la LCD. In dottrina, si rinvia a J. MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 55-58.

123 E. GONZÁLEZ PONS, «Discriminación a los consumidores: una valoración a partir de la Ley española de competencia desleal, discrimination of consumers: an evaluation from the Spanish unfair competition law», in *Revista Justicia & Derecho*, 3(1), 2020, p. 4.

124 A. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, «Cláusula General», in BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (a cura di), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 106.

2005/29/CE, che fornisce una definizione di consumatore, affermando che si tratta di «*qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali contemplate dalla presente direttiva, agisce per scopi estranei alla propria attività economica, impresa o professione*»¹²⁵.

Così, anche sulla scia dei chiarimenti offerti dalla dottrina già citata, si può ritenere che la clausola non trovi applicazione alle persone giuridiche in quanto l'art. 2 a) della Direttiva 2005/29/CE definisce il termine "consumatore" come qualsiasi persona fisica che, nell'ambito delle pratiche commerciali contemplate dalla tale normativa, agisca con uno scopo estraneo alla propria attività economica, impresa, professione o mestiere. Inoltre, sulla base del principio di primato del diritto comunitario sull'ordinamento interno, la Direttiva dovrà necessariamente avere la precedenza sulla LCD/2009 e pertanto si applicherà solo alle persone fisiche. Inoltre, la Direttiva ha un carattere "massimo" o di cornice, per cui non lascia margini di libertà agli Stati nell'ordinare le relazioni tra imprenditori e consumatori, con il risultato che si deve applicare la regola che stabilisce la Direttiva stessa: il consumatore è una persona fisica, per cui l'art. 4.1 si applica solo alle persone fisiche direttamente colpite dal comportamento sleale dell'imprenditore.

In definitiva, alla luce di quanto sopra illustrato, affinché possa essere applicato questo secondo inciso, sono necessari due presupposti: che la pratica che viene giudicata sia oggettivamente contraria alle esigenze della buona fede, e che inoltre distorca o possa distorcere il comportamento economico del consumatore medio.

In relazione al primo presupposto, un comportamento dell'imprenditore è considerato contrario al canone della buona fede quando è contrario alla diligenza professionale. Un concetto giuridico che potrebbe apparire indeterminato, tuttavia il legislatore spagnolo, per evitare che lo sia, ha scelto di includere nel medesimo precetto il suo significato stabilendo che la diligenza professionale è il livello di competenza e di attenzione speciale che ci si aspetta da un imprenditore in conformità con le pratiche oneste del mercato.

Questo primo presupposto potrebbe essere considerato incompleto in quanto non corrisponde strettamente all'art. 2 h) della Direttiva 2005/29/CE poiché prevede che la mancanza di diligenza non è solo quella legata alla contraddizione delle pratiche oneste del mercato, ma anche al principio generale della buona fede. Molti autori¹²⁶, al contrario, ritengono che la Direttiva abbia

125 A. TATO PLAZA (a cura di), *La Nueva Cláusula General de Represión de la Competencia Desleal, La Reforma de la Ley de Competencia Desleal, La Ley*, Madrid, 2010, p. 80.

126 Tra i quali si ricorda J. MASSAGUER, «El Nuevo Derecho contra la Competencia Desleal "La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas comerciales desleales"», THOMSON CIVITAS, CIZUR MENOR, 2006, pp. 63 e 70, citato in J.A. GARCÍA-CRUCES, (a cura di), *Tratado de Derecho*, cit. p. 1192.

voluti solo dare la possibilità agli Stati membri di scegliere tra uno di essi od usarli entrambi contemporaneamente.

Ad ogni modo, la Direttiva e la LCD mirano a garantire che il consumatore abbia la libertà di fare le proprie scelte senza essere influenzato, pertanto, per valutare se una pratica commerciale sia sleale ai sensi della legislazione vigente, occorre verificare se questa altera o potrebbe alterare le scelte del consumatore o se, invece, consente al consumatore di essere libero nell'adottare le proprie decisioni. Inoltre, come sottolineato dalla dottrina, bisogna tenere bene in mente che la diligenza professionale non è un criterio soggettivo, ma oggettivo poiché è indipendente «*dalle intenzioni o dallo scopo dell'imprenditore e dalla conoscenza e persino dalla prevedibilità delle conseguenze della sua pratica*»¹²⁷.

In merito al secondo presupposto, si deve evidenziare che il legislatore ha utilizzato due espressioni: "che distorca" e che "possa distorcere". Ciò sta a significare che il legislatore non richiede che la pratica commerciale produca effettivamente una significativa alterazione del comportamento economico del consumatore, ma è sufficiente che esista la possibilità di tale alterazione. Di conseguenza, non è necessario dimostrare che la pratica in questione abbia effettivamente distorto il comportamento dei consumatori, ma è sufficiente rilevare che tale comportamento è potenzialmente in grado di produrre questo effetto.

Inoltre, in maniera analoga al criterio della diligenza professionale, sembra anche in tal caso che ci troviamo dianzi a un concetto indeterminato, ma da una lettura più approfondita dell'art. 4 LCD si evince che nel quarto inciso il legislatore ha fornito una definizione di "distorsione significativa" del comportamento economico del consumatore, indicando che «*consiste nell'utilizzo di una pratica commerciale per ridurre sensibilmente la sua capacità di adottare una decisione a piena conoscenza di causa, facendo sì che prenda una decisione sul suo comportamento economico che altrimenti non avrebbe preso*». Tuttavia, per non lasciare alcuno spazio di interpretazione, il legislatore ha altresì stabilito nel terzo inciso dell'art. 4.1 il significato di "comportamento economico del consumatore", stabilendo come tale debba ritenersi «*ogni decisione per cui quest'ultimo opta per agire o astenersi dal farlo in relazione a: a) la selezione di un'offerta o un fornitore; b) la contrattazione di un bene o un servizio, nonché, se del caso, le modalità di contrattazione e le relative condizioni; c) il pagamento del prezzo, totale o parziale, o qualsiasi altra forma di pagamento; d) la conservazione del bene o servizio; e) l'esercizio dei diritti contrattuali in relazione ai beni e ai servizi*».

Sulla scorta di quanto sopra illustrato, si può notare come questa nuova clausola generale apporti due novità nell'ambito della concorrenza sleale nel sistema giuridico spagnolo. In primo luogo, non è più sufficiente che una

127 Ivi, p. 1196.

determinata pratica commerciale sia contraria alla buona fede oggettiva, ma è richiesto un *plus*: che la pratica distorca o possa distorcere il comportamento economico del consumatore. In secondo luogo, la modifica del comportamento economico del consumatore deve essere significativa¹²⁸, vale a dire che il legislatore ha introdotto una vera e propria regola *de minimis*¹²⁹, di talché non potrà essere applicata in assenza di una tale modifica del comportamento economico del consumatore.

Sul tema delle pratiche commerciali sleali, è doveroso far riferimento al Codice del Consumo spagnolo, ossia la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU).

La disposizione di partenza è l'art. 19.2 del TRLGDCU, secondo cui sarà sleale «*qualsiasi atto, omissione, condotta, manifestazione o comunicazione commerciale, inclusa la pubblicità e il marketing, direttamente correlata alla promozione, vendita o fornitura di beni o servizi, compresi gli immobili, nonché i diritti e obblighi, indipendentemente dal fatto che sia effettuato prima, durante o dopo un'operazione commerciale*». Bisogna notare che i rapporti di natura contrattuale, regolati in conformità con le disposizioni dell'art. 59, non sono considerati "pratiche commerciali", a seguito delle disposizioni contenute nell'art. 3.2 della direttiva 2005/29/CE. La classificazione della natura sleale delle pratiche commerciali sleali è stata effettuata secondo quanto indicato dalla legge n. 3/1991 e dall'art. 19.2 del TRLGDU¹³⁰.

Le pratiche commerciali sleali vengono attuate dagli imprenditori attraverso azioni specifiche, quali *marketing*, pubblicità, tenendo conto della capacità del consumatore medio generale o del gruppo particolarmente vulnerabile (art. 4.2 e 3 LDC) e del risultato desiderato dal professionista, ovvero la commercializzazione del bene o l'assunzione del servizio. Ciò costituisce il primo livello di tutela del consumatore, in quanto indica i profili di una pratica commerciale considerata sleale, consentendole di adattarsi alla realtà mutevole del mercato.

Per quanto riguarda la classificazione delle pratiche commerciali sleali, l'art. 19 della Legge n. 3/1991 sulla concorrenza sleale riconduce le pratiche commerciali a quelle contenute nella legge stessa ed a quelle tipizzate negli

128 A. TATO PLAZA (a cura di), *La Nueva Cláusula General de Represión de la Competencia Desleal, La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, cit., p. 87.

129 *Ibidem*.

130 Tuttavia, bisogna considerare tre elementi rilevanti: 1. la normativa 29/2009 che recepisce la Direttiva 29/2005/CE ha il fine specifico di tutelare gli interessi legittimi dei consumatori, relativi alla salute e alla sicurezza dei consumatori, compresi quelli relativi alla sicurezza dei beni o dei servizi; 2. la normativa 29/2009 che disciplina le pratiche commerciali sleali è il recepimento diretto della direttiva comunitaria specifica sopra menzionata, emanata nel campo della tutela dei consumatori; 3. le disposizioni più protettive nei confronti del consumatore possono essere emesse per il settore dei servizi finanziari o immobiliari.

artt. 19 e 20 TRLGDCU. Come evidenzia autorevole dottrina¹³¹, le pratiche commerciali si distinguono in ingannevoli ed aggressive.

Tra le prime ci sono quelle che hanno come obiettivo l'inganno del consumatore. Pertanto, insieme alla descrizione generale degli atti ingannevoli inclusi nell'art. 5.1 della Legge n. 3/1991 sulla concorrenza sleale (LCD), che ha a che fare con l'esistenza o la natura del bene o del servizio, sono contemplate le sue caratteristiche principali, l'assistenza post-vendita o le possibilità di reclamo, il rapporto contrattuale, i diritti legali o convenzionali del consumatore, i rischi, le omissioni anche fuorvianti, in merito alle informazioni necessarie affinché il destinatario adotti o sia in grado di prendere una decisione in merito al proprio comportamento economico con la dovuta conoscenza (art. 6 LCD), l'esistenza o la natura del bene o servizio, le sue caratteristiche principali, l'assistenza post vendita o la possibilità di reclamo in riferimento al rapporto contrattuale¹³².

La presente disposizione, come già esposto, è stata successivamente modificata dall'art. 84.1 RDL n. 24/2021 stabilendo al terzo paragrafo la disposizione che «È anche considerato sleale qualsiasi operazione di commercializzazione di un bene come identico a un altro commercializzato in altri Stati membri, quando tale bene presenti una composizione o caratteristiche significativamente diverse, a meno che ciò sia giustificato da fattori legittimi e obiettivi».

Ulteriore disposizione a cui far riferimento è l'art. 20.1 del TRLGDCU che, da parte sua, accoglie quanto stabilito dall'art. 7.4 della direttiva 2005/29/CE nella parte in cui si tratta di «omissioni fuorvianti [...] nei casi in cui vi sia un invito all'acquisto».

La disposizione è stata successivamente modificata dall'art. 82.2 del RDL n. 24/2021, che ha recepito le nuove disposizioni introdotte dalla direttiva del 2019 che ha integrato l'art. 7 della direttiva 2005/59/CE. Come è stato precedentemente illustrato, la direttiva del 2019 ha ampliato il numero e la tipologia delle informazioni essenziali che devono essere incluse nell'offerta commerciale da sottoporre al consumatore così come espressamente stabilito nelle nuove lett. d) e f) del paragrafo 4 dell'art. 7 della direttiva 2005/59/CE e nel nuovo paragrafo 4-bis della medesima disposizione.

131 E. GONZÁLEZ PONS, *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*, BoE, 2019, pp. 75 ss.

132 Tra i presupposti delle pratiche ingannevoli, vi sono: 1. pratiche che creano confusione per i consumatori, ad esempio associando marchi o nomi (art. 20 LCD); 2. l'inganno sull'affidabilità del datore di lavoro, mentendo sulla reale aderenza ai codici di condotta o utilizzando segni distintivi di qualità non ottenuti (art. 21 LCD); 3. l'utilizzo di un'esca ingannevole e pratiche promozionali, ad esempio, vendite di liquidazione o premi automatici che non vengono assegnati (art. 22 LCD); 4. mentire sulla natura e sulle proprietà dei beni o servizi, sulla loro disponibilità e sui servizi post-vendita (art. 23 LCD); 5. vendite piramidali (art. 24 LCD); 6. portare alla confusione di beni o servizi commercializzati da altri imprenditori (art. 25 LCD); 7. effettuare altre azioni commerciali segrete (art. 26 LCD).

Le norme in questione sono state trasposte nei paragrafi 3 e 4 dell'art. 20 del TRLGDCU in linea con la separazione tra la regolamentazione delle pratiche commerciali tra la Legge sulla Concorrenza Sleale e la Legge Generale per la Difesa dei Consumatori e degli Utenti, stabilita dalla Legge 30 dicembre 2009, n. 29.

Trattasi però, come evidenziato da autorevole dottrina¹³³, di una separazione più apparente che reale, perché tanto nella sua formulazione originale che in quella novellata dal RDL n. 24/2021, non fornire le informazioni richieste costituisce una pratica illecita ai sensi e per gli effetti dell'art. 20, paragrafo 6 del RDL n. 1/2007¹³⁴. Facendo riferimento in particolare al primo paragrafo dell'art. 7 LCS (così come modificato dall'art. 1.6 della Legge n. 29/2009), deve considerarsi una pratica sleale quella di nascondere od omettere informazioni che sono cruciali per permettere a un consumatore di prendere una decisione riguardo alle proprie finanze o al proprio comportamento economico con il giusto grado di consapevolezza. Inoltre, anche l'offerta di informazioni poco chiare, difficili da comprendere o ambigue, o presentate in modo inadeguato, deve essere considerata sleale se non è evidente in modo naturale il fine commerciale di quella pratica.

Chiarito quanto sopra, si evidenzia che, in conformità all'art. 7 della direttiva 2005/29/CE, qualsiasi pratica commerciale che ometta informazioni sostanziali di cui il consumatore medio ha bisogno per prendere una decisione informata in merito ad una transazione, o che offra informazioni in modo ingannevole o poco chiaro, è considerata scorretta. Con le modifiche introdotte dalla direttiva 2019/2161/UE, devono essere oggi considerate "informazioni sostanziali" quelle relative:

- Alla condizione di commerciante (o il non esserlo) del terzo che offre i suoi prodotti nei mercati *online*;
- Ai consumatori che pubblicano recensioni sui prodotti, indicando se il consumatore in questione ha utilizzato o acquistato il prodotto;
- Ai parametri che determinano la classificazione dei prodotti presentati al consumatore e alla relativa importanza attribuita a ciascuno di essi, in modo che gli utenti possano capire chiaramente il meccanismo di classificazione.

Gli obblighi di trasparenza stabiliti dal regolamento 2019/1150, sulla promozione dell'equità e della trasparenza per gli utenti professionali di servizi di intermediazione online, sono trasferiti in termini analoghi alla Direttiva

133 E. GONZÁLEZ PONS, *Discriminación a los consumidores: una valoración a partir de la Ley española de competencia desleal, discrimination of consumers: an evaluation from the Spanish unfair competition law*, cit., p. 6.

134 Statuendo la norma sul punto che: "La mancata osservanza di quanto disposto nei paragrafi precedenti sarà considerata una pratica sleale per ingannevolezza ai sensi dell'articolo 7 della Legge 3/1991, del 10 gennaio, sulla Competenza Sleale".

sulle pratiche commerciali scorrette per garantire un'adeguata trasparenza ai consumatori e favorire la fiducia.

Una delle innovazioni più significative della direttiva 2019/2161/UE è stata però quella di tenere conto di un nuovo ambiente in cui le aziende incontrano i loro potenziali clienti: il mondo digitale. Qualche primo segnale in sede europea arrivò nel 2013 quando la Commissione, nel suo primo rapporto sull'attuazione della direttiva 2005/29/CE, fece presente come «i siti web che ospitano opinioni degli utenti sono stati oggetto di critiche in diverse occasioni per quanto riguarda le opinioni che sembrano essere imparziali e dei consumatori, ma in realtà sono pubblicità mascherata», nonché che «i problemi riscontrati con i siti web di comparazione dei prezzi e gli strumenti di opinione dei clienti richiedono una risposta decisa»¹³⁵.

Una novità che è significativa in Spagna, dal momento che in questo Stato non si rinveniva una legislazione specifica che stabilisse in modo completo e dettagliato le regole da seguire per il funzionamento delle recensioni inserite all'interno dei siti *web*, inclusi aspetti come la raccolta, la pubblicazione e l'accesso da parte del pubblico e la moderazione successiva. In altre parole, in Spagna non si registravano precisi che i proprietari di tali siti dovessero seguire, il che ha portato a situazioni in cui i consumatori venissero ingannati o i cui diritti non venissero rispettati (come quello di essere informato del motivo per cui la propria recensione non è stata accettata o eliminata).

Ed ecco che la direttiva 2019/2161/UE si è preoccupata di disciplinare alcune questioni specifiche per evitare che i siti di recensioni si impegnino in alcune pratiche ingannevoli per i consumatori, per omissione o per azione, riguardanti il modo in cui le recensioni sono presentate (deve essere indicato se si garantisce che siano opinioni reali o autentiche dei consumatori); l'obbligo di processare le recensioni per garantire tale autenticità; e il divieto di includere recensioni false o di distorcere o manipolare le recensioni al fine di promuovere i prodotti.

L'altro gruppo tipizzato di pratiche commerciali sleali riguarda le pratiche commerciali aggressive, disciplinate dall'art. 8 del LCD, che definisce come tali «*qualsiasi comportamento che possa diminuire significativamente, attraverso molestie, coercizione, incluso l'uso della forza o un'indebita influenza, la libertà di scelta o condotta del destinatario in relazione al bene o al servizio e che influiscono o possono influenzare il comportamento economico di tale*»¹³⁶.

135 Commissione europea, Comunicación de la comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Las plataformas en línea y el mercado único digital Retos y oportunidades para Europa, SWD(2016) 172 final, Bruxelles, 2016, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:-52016DC0288&rid=32>.

136 In particolare, le pratiche aggressive sono di seguito elencate: 1. non si può lasciare lo stabilimento fino a quando non si è assunti (art. 28 LCE); 2. atti aggressivi: molestie, recarsi

La tutela offerta al consumatore contro l'aver subito una qualsiasi delle pratiche commerciali sleali di cui sopra è garantita dall'art. 33.1 della Legge 3/1991 sulla concorrenza sleale (LCD), in modo che egli possa esercitare le azioni a sua difesa ai sensi degli artt. 32.1 e 5 della Legge 3/1991 sulla concorrenza sleale (LCD): azione dichiarativa di slealtà, azione per cessare la condotta sleale o vietarne la ripetizione futura, azione per rimuovere gli effetti, azione per correggere informazioni fuorvianti, informazioni errate o false o azione per risarcimento dei danni e delle perdite causate dalla condotta sleale, in caso di dolo o colpa dell'agente.

In tal caso, il consumatore è definito come "arbitro" del mercato, sebbene sia necessaria la legittimazione all'esercizio di tali azioni, data la pluralità di interessi da tutelare¹³⁷.

La principale preoccupazione del consumatore, nei casi di pratiche commerciali sleali, è comunque costituita dagli effetti negativi subiti e non dal ripristino di un equo rapporto sul mercato. Pertanto, il ruolo che la persona fisica del consumatore è chiamata a svolgere nell'ambito della pratica commerciale sleale, è stato assunto dalle associazioni dei consumatori e degli utenti, legittimate all'esercizio di tali azioni ai sensi dell'art. 33.3 della Legge 3/1991 sulla concorrenza sleale (LCD) al fine di ripristinare la concorrenza all'interno del mercato ed un comportamento conforme alla correttezza ed alla buona fede.

Proprio in materia di tutela individuale privata contro le pratiche commerciali scorrette, il RDL n. 24/2021 introduce una nuova disposizione nel corpus del TRLGDCU: l'art. 20-*bis* (in nota)¹³⁸.

ripetutamente a casa o inviare proposte di assunzione indesiderate (art. 29 LCE); 3. atti che esortano i bambini ad acquistare beni o servizi (art. 30 LCD); 4. altre azioni di questo tipo, ad esempio, il reclamo assicurativo o il pagamento di beni che non sono stati richiesti (art. 31 del LCD), suscettibile di diminuire in modo significativo, attraverso molestie, coercizione, l'uso della forza o un'indebita influenza, la libertà di scelta o la condotta del destinatario in relazione al bene o al servizio e che influenzano il comportamento economico del destinatario.

137 Ampia è la bibliografia che, sulla scia dei "considerando" della Direttiva europea, si appella al criterio del "consumatore medio", che così assurge ad arbitro del mercato. Si veda sul punto: C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit.; C. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, cit.; G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale "scorretta"*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit.

138 La disposizione recita come segue: «Per l'esercizio delle azioni previste dall'articolo 32.1, 1° a 4°, della Legge 3/1991 del 10 gennaio sulla concorrenza sleale, si considera accertato, salvo prova contraria, l'uso di pratiche commerciali sleali contro i consumatori e gli utenti che sia stato accertato in una sentenza definitiva di un'autorità competente o di un organo giudiziario. 2. Le persone che abbiano commesso congiuntamente l'infrazione di cui al paragrafo precedente saranno solidalmente responsabili del risarcimento dei danni e dei pregiudizi causati. 3. In nessun caso l'esistenza di una pratica commerciale sleale può essere utilizzata contro gli interessi dei consumatori e degli utenti».

Nonostante la novità, una parte della dottrina¹³⁹ ritiene che il RDL n. 24/2021 ha recepito la direttiva 2019/2161/UE in maniera insufficiente, poiché omette di incorporare nella legge spagnola la risoluzione del contratto e la riduzione del prezzo come rimedi del consumatore contro le pratiche commerciali sleali, ovviando ai requisiti del nuovo art. 11-*bis* della direttiva medesima.

La stessa dottrina ha altresì sostenuto che, in assenza di tale specifico recepimento della direttiva, non è possibile nemmeno rinviare implicitamente ai rimedi che mette a disposizione il diritto comune, dal momento che le pratiche commerciali sleali presentano alcune caratteristiche particolari, come la rilevanza data al “consumatore medio” nella sua definizione (rispetto a quella di consumatore individuale), che possono influire sulla relazione di causalità tra pratiche e rimedi¹⁴⁰.

Proseguendo l’analisi del RDL n. 24/2021 si può notare che ha seguito pedissequamente la proposta di legge diretto a recepire le novità introdotte dalla direttiva 2019/2161/UE¹⁴¹ con l’unica differenza, come si è già riferito, di prevedere tra i rimedi da mettere a disposizione del consumatore spagnolo contro le pratiche commerciali sleali la risoluzione del contratto e la riduzione del prezzo. La proposta di legge, difatti, prevedeva l’inserimento di un terzo paragrafo nell’art. 20-*bis* del TRLGDCU (precisamente era il quarto nel progetto di legge) dal seguente tenore: «*In caso di commissione di infrazioni gravi o molto gravi della presente legge, riscontrate con decisione amministrativa o giudiziaria definitiva, che abbiano potuto incidere sull’adempimento del contratto, il consumatore e l’utente possono risolvere il contratto e ottenere un’indennità minima del venti per cento del prezzo del contratto. Per le restanti infrazioni, il consumatore e l’utente hanno diritto a una riduzione del prezzo del contratto del dieci per cento. Tutto ciò, indipendentemente dall’applicazione completa del regime di responsabilità previsto dal Titolo IV del Libro Secondo*».

Quanto sopra riportato, tuttavia, non è stato riportato nel testo definitivo del RDL n. 24/2021, ma, in ogni caso, è stato evidenziato come tale disposizione – secondo la dottrina da ultimo citata – non sarebbe stata ugualmente conforme al nuovo dettato europeo, in quanto, pur essendo possibile per gli

139 F. DE ELIZALDE IBARBIA, *La directiva 2019/2161 de modernización del derecho de consumo, por la que se conceden remedios individuales contra las prácticas comerciales desleales. ¿Un paso más hacia la estandarización del Derecho privado de la Unión Europea?*, in *Revista de Derecho Civil*, VIII(4), 2021, p. 80.

140 Ivi, pp. 80-81.

141 Progetto di legge con cui viene modificato il testo consolidato della Legge Generale per la difesa dei consumatori e degli utenti e altre leggi complementari, approvato dal Decreto Legislativo Reale 1/2007, del 16 novembre, per il miglioramento e la modernizzazione delle norme di protezione dei consumatori dell’Unione Europea e del regime sanzionatorio in materia di consumo. Disponibile su https://www.msrebs.gob.es/normativa/audiencia/docs/APRL_defensa_consumidores_usuarios.pdf.

Stati membri stabilire le condizioni per attuare i rimedi contro le pratiche commerciali sleali, tali condizioni devono essere conformi al principio di efficacia del diritto europeo. Ciò significa che gli Stati membri non potrebbero creare un eccessivo carico o complessità nell'esercizio di un'azione derivata dal diritto dell'UE per i consumatori, ma dovrebbero garantirne che le azioni previste dalla normativa europea siano effettivamente accessibili e praticabili per i consumatori. Al contrario, la disposizione successivamente espulsa dal RDL n. 24/2021 si presentava eccessivamente complessa e, dunque, violava il principio di effettività del diritto stante la necessità di un preciso prerequisite: l'accertamento definitivo, in sede amministrativa o giudiziaria, di un'infrazione.

Orbene, chiarito questo aspetto, è evidente che in Spagna il rimedio principale messo a disposizione dei consumatori "vittime" di pratiche commerciali sleali sia il risarcimento del danno. Rimedio che, come si evince dalla proposta di legge¹⁴², sembra però del tutto insufficiente, perché non risolve alcune questioni fondamentali come la determinazione della causa del danno. Ad esempio, ci potrebbe essere una disputa sulla relazione diretta tra la pratica commerciale sleale e il danno subito dal consumatore. Inoltre, il contesto legale in cui le pratiche commerciali sleali vengono definite dal principio del "consumatore medio" può essere troppo generico o impreciso sulla determinazione delle pratiche effettivamente sleali. Pertanto, come sottolineato da attenta dottrina¹⁴³, il legislatore spagnolo dovrebbe – forse - intervenire nuovamente per armonizzare la standardizzazione di queste pratiche con l'individuazione precisa del risarcimento nel diritto nazionale, anche per assicurare una prevedibilità delle sanzioni e (dunque) dei rischi per gli operatori economici.

In definitiva, la trasposizione della direttiva 2019/2161/UE nell'ordinamento giuridico spagnolo sembra presentare alcune lacune. Questo è probabilmente dovuto alla necessità di rispettare la scadenza per la trasposizione della direttiva, come sottolineato dal RDL n. 24/2021, ma questa scelta "frettolosa" potrebbe generare delle conseguenze non trascurabili come, il non riuscire a raggiungere una effettiva implementazione della protezione del consumatore, così come un incremento del tasso di litigiosità, dovuto alle incertezze degli operatori, o infine un aumento delle domande pregiudiziali alla CGUE¹⁴⁴.

142 Ivi, paragrafo 3.2.

143 F. DE ELIZALDE IBARBIA, *La directiva 2019/2161 de modernización del derecho de consumo, por la que se conceden remedios individuales contra las prácticas comerciales desleales*, cit., p. 82.

144 Ivi, p. 84.

1.2. Cenni di comparazione: recepimento e attuazione delle Direttive 29/2005 e 2019/2161 CEE negli altri Paesi europei il caso del Portogallo come modello di impatto delle direttive in ambito contrattuale

Il legislatore comunitario, se da un lato ha ingiunto agli Stati di «assicurare che esistano mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali», dall'altro, ha attribuito alla loro discrezionalità stabilire se tali mezzi debbano consistere nella sola azione amministrativa o anche giudiziaria, chi, come ed a quali condizioni può essere concretamente esperita¹⁴⁵. Per quanto qui interessa, ha sancito inoltre il principio secondo cui la direttiva «non pregiudica i ricorsi individuali proposti da soggetti che siano lesi da una pratica commerciale sleale, né pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto»¹⁴⁶. A fronte di quello che parte della dottrina ha ritenuto essere un

145 Articolo 11. Applicazione 1. «Gli Stati membri assicurano che esistano mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali al fine di garantire l'osservanza delle disposizioni della presente direttiva nell'interesse dei consumatori. Tali mezzi includono disposizioni giuridiche ai sensi delle quali le persone o le organizzazioni che secondo la legislazione nazionale hanno un legittimo interesse a contrastare le pratiche commerciali sleali, inclusi i concorrenti, possono: a) promuovere un'azione giudiziaria contro tali pratiche commerciali sleali, e/o b) sottoporre tali pratiche commerciali sleali al giudizio di un'autorità amministrativa competente a giudicare in merito ai ricorsi oppure a promuovere un'adeguata azione giudiziaria. Spetta a ciascuno Stato membro decidere a quali di questi mezzi si debba ricorrere e se sia opportuno che l'organo giurisdizionale o amministrativo possa esigere che si ricorra in via preliminare ad altri mezzi previsti per risolvere le controversie, compresi quelli di cui all'articolo 10 (.....)».

146 Art. 3, comma 2° Direttiva 2005/29/CE. Scelta sostanzialmente confermata anche in altri più recenti provvedimenti, come la Direttiva 2011/81/UE sui diritti dei consumatori con riferimento a quanto previsto dal considerando 2) e 14). Sul punto cfr. V. MAZZAMUTO, «La nuova direttiva sui diritti del consumatore», in *Eur. Dir. priv.*, 2011, p. 861; L. ANTONIOLLI «Contratti del consumatore nel diritto dell'Unione europea», in *Dig. civ.*, Torino, 2011, Agg. VI, p. 220; V. MAZZAMUTO E A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012. In senso critico rispetto alla disposizione è stato osservato come in questo modo siano a rischio gli obiettivi dell'armonizzazione massima perseguiti dalla direttiva. L'armonizzazione totale è infatti prevista solo per quanto attiene alla disciplina dei diritti sostanziali, mentre viene poi abbandonata laddove si passi a disciplinare i rimedi conseguenti alla violazione di tali diritti. Alla totale armonizzazione si contrappone, infatti, l'estrema libertà concessa ai singoli Stati nel definire i rimedi per contrastare le pratiche scorrette. A. COSTA, «Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà», in E. MINERVINI E L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali*, cit., p. 249; F. PIRAINO, «Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato», in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 1160. Sulla incompletezza della armonizzazione massima della direttiva sulle pratiche commerciali DI CATALDO, «Conclusioni», in GENOVESE, A. (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione ed impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, p. 335. Si aggiunge inoltre che, pure se i tradizionali rimedi invalidanti fossero adeguati

silenzio del legislatore comunitario¹⁴⁷, in sede di recepimento della Direttiva 2005/29/CE, i legislatori dei diversi Stati membri, facendo ampio uso della discrezionalità concessa, hanno operato scelte sui sistemi rimediali abbastanza diversificate, non solo in ordine all'individuazione del tipo di autorità preposta e le adeguate sanzioni a presidio, ma anche e soprattutto in ordine al problema delle ricadute civilistiche della trasgressione del divieto di pratiche commerciali sleali. Segnatamente, sul profilo della validità del contratto stipulato a seguito di pratiche commerciali sleali, è possibile osservare come in molti casi le normative nazionali di recepimento si siano limitate a riprodurre, più o meno pedissequamente, la formula comunitaria del "mancato pregiudizio" al diritto contrattuale. Questo è il caso di Malta, Romania, Cipro, Lettonia, Lussemburgo e Slovenia.

In altri Stati, invece, si è direttamente provveduto ad osservare rigoroso silenzio sulle ricadute contrattuali della pratica commerciale sleale, come è avvenuto in Polonia, Svezia, Finlandia, Grecia, Austria, Slovacchia, Lituania, Repubblica Ceca, Paesi Bassi e Bulgaria.

Per quanto riguarda la Spagna, la disposizione di riferimento è l'art. 32, par. 1 della legge sulla concorrenza sleale (Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal), che ha integrato le disposizioni di attuazione della direttiva 2005/29/CE, secondo cui è possibile esercitare due tipi di azioni legali contro gli atti di concorrenza sleale: l'*Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal* (n. 3) e l'*Acción de resarcimiento de los daños*

per la tutela in concreto degli interessi del consumatore danneggiato da una pratica commerciale scorretta, la loro applicazione non potrebbe non risentire dell'incidenza e del rilievo giuridico delle regole dell'attività. Quest'ultima deve essere osservata in due momenti differenti ex ante, ma anche ex post potendo avere ricadute sulla disciplina degli atti che rappresentano l'esito del suo svolgimento.

147 Secondo altra parte della dottrina la scelta del legislatore comunitario andrebbe invece giustificata sulla base della precisa volontà di non interferire con i lavori di elaborazione del diritto europeo dei contratti. Si vedano, tra gli altri, S. AUGENHOFER, Ein "Flickentepich" oder doch der "große Wurf", in Zeitschr. Rechtsvergl., 2005, p. 207; S. WHITTAKER, S., «The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws», in AA. VV., *The Regulation of Unfair Commercial practices under EC Directive 2005/59/CE. New Rules and New Techniques*, Oxford, 2007, p. 145; G. DE CRISTOFARO, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei paesi UE*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 881, nota 4. Altri autori, con riferimento all'art. 3, comma 2 della Direttiva 2005/29/CE, in senso critico hanno invece manifestato la sensazione di trovarsi in presenza di «una sorta di excusatio non petita», E. MINERVINI, *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, op. cit., p. 82.

y perjuicios ocasionados por la conducta desleal (n. 5). Tuttavia, per poter esercitare l'*Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios*, che mira ad ottenere il risarcimento dei danni causati dalla condotta sleale, è necessario dimostrare che l'autore dell'atto di concorrenza sleale ha agito con dolo o con colpa. In altre parole, la legge spagnola prevede che sia possibile ottenere la rimozione degli effetti di una condotta sleale senza dimostrare che l'autore abbia agito con dolo o colpa, mentre è necessario dimostrarlo se si vuole ottenere un risarcimento monetario. A tal proposito, è importante notare che l'*Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios* potrebbe essere più difficile da dimostrare in quanto richiede una prova più elevata della colpa o del dolo dell'autore dell'atto di concorrenza sleale. Tuttavia, questa opzione potrebbe essere utile per i consumatori che hanno subito danni a causa di atti di concorrenza sleale e che desiderano ottenere un risarcimento monetario.

In merito alla legittimazione attiva per l'esercizio di tali azioni giudiziarie, la norma di riferimento è l'art. 33 della Legge sulla concorrenza sleale, a seguito dell'integrazione delle disposizioni di attuazione della direttiva 2005/29/CE. In particolare la disposizione prevede che «*qualunque persona fisica o giuridica che partecipi al mercato, i cui interessi risultino direttamente pregiudicati o minacciati dalla condotta sleale*» può esercitare l'*Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal* (n. 3), mentre «*qualsiasi persona fisica o giuridica che ne risulti pregiudicata*» può esercitare l'*Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal* (n. 5) in caso di diffusione di messaggi pubblicitari illeciti.

Da quando è stata recepita la direttiva 2005/29/CE, non vi è stato alcun dubbio sulla possibilità per i consumatori destinatari di pratiche commerciali scorrette di esercitare azioni civili risarcitorie contro i professionisti responsabili, ma solo le persone fisiche o giuridiche che subiscono un pregiudizio diretto a causa della condotta sleale possono agire in giudizio.

Tali azioni legali, compresa quella risarcitoria, si prescrivono nel termine di un anno dal momento in cui sono diventate esercitabili e il soggetto legittimato è venuto a conoscenza dell'identità dell'autore dell'atto di concorrenza sleale. In ogni caso, sempre in base al citato art. 32, il termine di prescrizione per l'esercizio delle azioni legali scade entro tre anni dal giorno in cui l'attività illecita è stata completata.

Preme precisare che la Legge sulla concorrenza sleale spagnola non è stata modificata dal Real Decreto-Ley n. 24/2021 del 2 novembre 2021, che ha dato attuazione alla direttiva UE 2019/2161 in Spagna. Tuttavia, la citata normativa ha inserito nella Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios il nuovo articolo 20-*bis*, che stabilisce il divieto di pratiche commerciali sleali in materia di accesso ed uso dei servizi di comunicazione interpersonale, ampliando così il sistema di protezione dei consumatori in Spagna.

Altri legislatori nazionali hanno invece svolto interventi tesi a rimarcare non già il mancato pregiudizio, quanto una vera autonomia dal terreno contrat-

tuale stesso. A tale sistema ha aderito il Regno Unito, la Repubblica d'Irlanda e l'Estonia.

Vanno infine menzionate le soluzioni di alcuni legislatori europei che, col chiaro proposito di potenziare gli strumenti di *private enforcement*, hanno attuato una sorta di tipizzazione delle conseguenze civilistiche della pratica commerciale sleale sul piano della validità del contratto. Paradigmatico, a tal riguardo, è anzitutto il caso della Francia, della Danimarca, del Belgio e del Portogallo.

1.2.1. L'approccio portoghese

Il Portogallo ha dato attuazione alla Direttiva n. 29/2005 CEE attraverso il Decreto Lei n. 57/2008 del 26 Marzo 2008, contenente negli artt. 1-22 le disposizioni che, in attuazione degli artt. 1-13 della direttiva 2005/29/CE, disciplinano le pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese e consumatori.

Il sistema portoghese, giova in questa sede evidenziarlo con particolare enfasi, era forse il più protettivo. La trasposizione precedente della direttiva di riferimento aveva infatti indotto il legislatore a consentire l'annullamento del contratto in caso di stipulazione accompagnata da una pratica commerciale scorretta a danno del consumatore¹⁴⁸. Curiosamente, la disciplina sembra ora aver conosciuto un arretramento della tutela, lasciando aperta la (sola) strada del risarcimento del danno.

Dopo aver descritto le pratiche commerciali sleali in conformità alla direttiva 29/2005/CEE, e pertanto, definite alla stessa stregua della Direttiva comunitaria, il provvedimento lusitano si occupa dei contratti determinati dalla condotta illecita di cui all'art. 14, secondo cui "i contratti conclusi sotto l'influenza di una pratica commerciale sleale sono annullabili su richiesta del consumatore in conformità all'art. 287 codice civile". In particolare, in Portogallo, l'art 14 del *decreto-Lei portoghese del 26 marzo del 2008 n. 57* attribuisce al consumatore che abbia stipulato un contratto "sotto l'influenza di una pratica commerciale sleale", il diritto di chiedere al giudice ordinario, a sua scelta, alternativamente, l'annullamento del contratto ai sensi dell'art. 287 del codice civile portoghese; oppure, in alternativa all'annullamento, il consumatore può chiedere una modificazione dei contenuti del contratto da attuarsi secondo criteri equitativi, oppure, qualora l'invalidità affligga una o più clausole del contratto, il consumatore può scegliere per il mantenimento del contratto con la semplice eliminazione delle clausole invalide il cui inserimento nel regolamento negoziale sia stato influenzato dalla pratica commerciale sleale¹⁴⁹. Occorre osservare che "l'influenza" esercitata da una siffatta

148 G. DE CRISTOFARO, *op. cit.* 2010, p. 903,

149 L'art. 15 della stessa normativa portoghese, intitolato "*Responsabilidade civil*", attribuisce

pratica¹⁵⁰, cui fa riferimento la norma, lungi dall'essere identificata con uno dei vizi tradizionali del volere, viene ad essere configurata come una causa di annullabilità diversa e autonoma rispetto a quelle già contemplate dal codice civile portoghese¹⁵¹.

Il successivo art. 15 del Decreto Loi n. 57/2008, intitolato "*Responsabilidade civil*", attribuisce comunque al consumatore pregiudicato dalla pratica commerciale sleale il diritto al risarcimento del danno secondo le regole generali. È particolarmente interessante la disciplina dei rimedi. Il secondo paragrafo si occupa dell'ipotesi del contratto prodotto dalla pratica commerciale sleale e modula il rimedio applicabile distinguendo alcune condotte illecite più riprovevoli di altre, sanzionate con maggior rigore¹⁵².

Negli altri casi in cui il contratto sia stato concluso in seguito ad una pratica commerciale sleale, è facoltà del giudice ordinare il rimborso al consumatore delle somme da questi pagate senza obbligo di restituzione del pro-

inoltre al consumatore, lesa per effetto di una pratica commerciale sleale, il diritto al risarcimento dei danni cagionati dal professionista.

150 Artigo 14.º *Invalidez dos contratos 1 – Os contratos celebrados sob a influência de alguma prática comercial desleal são anuláveis a pedido do consumidor, nos termos do artigo 287.º do Código Civil. 2 – Em vez da anulação, pode o consumidor requerer a modificação do contrato segundo juízos de equidade. 3 – Se a invalidade afectar apenas uma ou mais cláusulas do contrato, pode o consumidor optar pela manutenção deste, reduzido ao seu conteúdo válido.*

151 Si confrontino M.A. EGUSQUIZA-BALMASEDA, «Prácticas comerciales desleales e incidencia en la contratación de consumo: Algunas cuestiones desde la perspectiva española», in *Estudos de Direito do Consumidor*, op. cit., G. DE CRISTOFARO, «Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE», in *Rassegna di diritto civile*, 3/2010, p.880 ss., ove l'A., osserva in proposito che l'influenza esercitata dalla pratica commerciale sleale, quale causa di annullabilità autonoma e diversa rispetto a quelle già contemplate dal codice civile portoghese, appare una nozione verosimilmente destinata a suscitare non poche discussioni.

152 In particolare: "*False affermazioni in ordine ai rischi per la sicurezza personale del consumatore o della sua famiglia nel caso in cui egli non acquistasse il prodotto, prospettazione che si tratta di un prodotto in grado di facilitare la vincita in giochi d'azzardo, false affermazioni che il prodotto ha la capacità di guarire da malattie o malformazioni, pratiche commerciali aggressive che diano al consumatore l'impressione di non poter lasciare i locali commerciali se non dopo che il contratto sia stato concluso, visite effettuate dall'operatore professionale presso l'abitazione del consumatore ignorando gli inviti di quest'ultimo a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi, salvo si tratti di visite giustificate ai fini dell'esecuzione di una obbligazione contrattuale, strategie commerciali foriere della falsa impressione che il consumatore abbia vinto o vincerà, compiendo o non compiendo una certa azione, un premio o un'altra vincita equivalente mentre in realtà non esiste alcun premio o vincita equivalente oppure l'erogazione del premio o della vincita sia subordinata alla circostanza che il consumatore paghi una somma di danaro oppure sopporti dei costi: qualora il consumatore abbia concluso il contratto a seguito delle condotte sopra esposte, egli può, entro un termine ragionevole, esigere il rimborso delle somme pagate, senza obbligo di restituire il prodotto consegnatogli o il servizio erogatogli*".

dotto o del servizio fornitogli, e ciò senza che venga meno l'applicabilità dei rimedi di diritto comune eventualmente fruibili (invalidità o risoluzione del contratto, risarcimento del danno). Il ricorso a tale "pena privata"¹⁵³ si spiega considerando le conseguenze della pratica commerciale sleale. Tale illecito cagiona danni che individualmente possono essere contenuti, ma che sommati, considerati i destinatari di essa, è facile possano rivelarsi consistenti. Il singolo consumatore vittima dell'illecito, infatti, a causa del fatto che il danno da egli subito è spesso assai esiguo, facilmente rinunzierà a pretendere il risarcimento, non volendo avventurarsi in una operazione dagli esiti più o meno incerti ma che sicuramente lo obbligherà ad esborsi iniziali a titolo di fondo spese: si limiterà a non concludere altri contratti con quell'operatore professionale. In termini quantitativi e nel lungo periodo, a fronte di pochi consumatori che agiranno in giudizio pretendendo il risarcimento del danno, molti rinunzieranno e l'imprenditore sleale finisce per assicurarsi un vantaggio superiore agli eventuali danni di cui sia chiamato a rispondere, e pertanto, continuerà a praticare l'illecito (con evidente impatto e rischi sul mercato, falsando la concorrenza all'interno dello stesso). Il solo risarcimento del danno, sebbene sia idoneo a ristorare il singolo consumatore, manca, perciò, di capacità deterrente, e pertanto finisce per rivelarsi poco efficiente nell'arginare le condotte illecite. Occorre una misura afflittiva che elimini il surplus di arricchimento ottenuto od ottenibile dall'operatore professionale, che cancelli ogni appetibilità economica della pratica sleale. Uno strumento idoneo a rendere efficace la protezione del consumatore è l'attribuzione della legittimazione ad agire in giudizio ad enti collettivi rappresentativi degli interessi dei consumatori allo scopo di ottenere misure inibitorie, l'eliminazione degli effetti dannosi dell'illecito, l'accertamento del diritto dei consumatori al ristoro dei danni subiti ed alla restituzione di quanto pagato, così come la capacità di sollecitare le azioni di sanzionamento dell'Autorità Antitrust. Nella prima direzione si è mosso il legislatore italiano con gli artt. 140 e 140-bis del Codice del consumo. *Class actions* o figure ad essa assimilabili o riconduci-

153 In riferimento, in generale, alle pene in diritto privato si confronti G. NATALE, «Clausola Penale "conoscibile" per una giusta tutela preventiva», in *La guida al diritto*, XIV, 2022, p. 92, ove si chiarisce come la *stipulatio poenea* prevista nel diritto romano svolge non solo una funzione prettamente liquidatoria (prestituzione pattizia del riconoscimento del danno presunto), ma anche una vera e propria funzione di "pena privata" (*poena promettitur ut metu eis a pactis non recedatur*). Distingue poi l'A. fra il sistema tedesco (*Versicherungsfunktion*), inglese Law anche su accordo delle parti per i "*liquidated damages*", purché le parti si siano limitate ad una "*genuinely preestimate the likely loss*". Si confronti anche S. L. Vitale *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, 2018, *passim*.

bili sono previste anche in altri ordinamenti giuridici di Paesi membri dell'Unione Europea¹⁵⁴; Francia¹⁵⁵ e Portogallo¹⁵⁶ sono fra questi.

Il sistema finora descritto ha conosciuto una modifica sensibile per mezzo della direttiva del 2019, che il legislatore portoghese ha provveduto ad attuare tramite il Decreto-Lei n. 109-G/2021 del 10 dicembre 2021, apportando così significative modifiche al Decreto-Lei n. 57/2008.

Per il Portogallo, come per altri Paesi (ad esempio, Danimarca, Spagna e Bulgaria), la direttiva 2019/2161/UE ha rappresentato un'importante occasione «per *modificare, integrare o comunque completare le disposizioni ad hoc precedentemente adottate (o le disposizioni di tenore generale applicabili anche ai consumatori)*»¹⁵⁷, tra cui anche quelle relative ai rimedi individuali utilizzabili dai consumatori che si ritengono lesi da una pratica commerciale sleale.

Il precedente sistema portoghese presentava due disposizioni chiave: l'art. 14 relativo alla «*Invalidità dei contratti*» e l'art. 15 dedicato alla «*Responsabilità civile*». Proprio quest'ultimo, con l'entrata in vigore del Decreto-Lei n. 109-G/2021 è stato abrogato e ha completamente sostituito i contenuti dell'art. 14, ora intitolato «*Diritti del consumatore*». In particolare, tale disposizione estende ora i diritti del consumatore, consentendo ad una riduzione adeguata del prezzo o alla risoluzione del contratto per prodotti acquistati attraverso pratiche commerciali sleali. Non vengono più così previsti né il diritto di annullare il contratto né il diritto di modificarne i contenuti in modo equo. Tuttavia, il consumatore ha la libertà di scegliere quale di questi due diritti esercitare, tranne nei casi in cui l'esercizio di uno di essi sia impossibile o costituisca un abuso del diritto in generale (come stabilito nei paragrafi 1 e 2).

Sembra di poter affermare che tale soluzione sembra comportare una soluzione meno preferibile all'annullamento del contratto. Se in astratto tale evoluzione sembra indubbiamente indicare un arretramento della tutela verso il consumatore l'evoluzione giurisprudenziale potrebbe manifestarsi diversamente, ad esempio alleggerendo l'onere probatorio a carico dello stesso consumatore e rinforzando i meccanismi presuntivi a suo vantaggio al fine di garantirgli il risarcimento del danno.

154 Traccia una panoramica di diritto comparato sul tema, L. RENZI, «Il modello statunitense di class action e l'azione collettiva risarcitoria», *RCP*, 2008, 5, 1213. Si occupa di azione collettiva anche la dir. 19-5-1998, n. 98/27/CE relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, che stabilisce una legittimazione ad agire per conto di un gruppo di persone danneggiate ad associazioni dei consumatori e ad autorità pubbliche indipendenti.

155 Artt. 421-1 e 422-3 c. consumo: si parla di *action en représentation conjointe*.

156 L. 25-10-1985, n. 446/85.

157 G. DE CRISTOFARO, *Rimedi privatistici "individuali" dei consumatori e pratiche commerciali scorrette: l'art. 11-bis dir. 2005/29/UE e la perdurante (e aggravata) frammentazione dei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Jus Civile*, n. 2, 2022.

I primi risultati giurisprudenziale sembrano deporre in tal senso.

Nel procedimento Jana Pereničová, Vladislav Perenič contro SOS finanza, spol. s ro, la CGUE sentenza che “la finalità perseguita dal legislatore dell’Unione attraverso la direttiva 93/13 consiste nel ripristinare l’equilibrio tra le parti, salvaguardando al contemporaneo, in linea di principio, la validità del contratto nel suo complesso, e non nell’annullamento di qualsiasi contratto contenente clausole abusive”¹⁵⁸.

Nel Caso KD contra Towarzystwo Ubezpieczeń Ż S.A., in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori ex art. 5 della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, e di pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno, ex art. 2, lettera d), e dell’art. 3, par 1 e 2, della Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dove la sentenza emessa dalla CGUE statuisce che “Risulta pertanto da un’interpretazione letterale, sistematica e teleologica dell’art. 3, par. 2, della direttiva 2005/29 che tale disposizione non osta a che gli Stati membri conferiscano al consumatore che abbia concluso un contratto a causa di una pratica commerciale sleale il diritto di chiedere l’annullamento di tale contratto, purché tale sanzione sia effettiva, proporzionata e dissuasiva, ai sensi dell’articolo 13 di tale direttiva”¹⁵⁹”

Nel Caso A y otros contra A. Towarzystwo Ubezpieczeń Życie S.A y Otros, in materia di interpretazione dell’articolo 36, paragrafo 1, della direttiva 2002/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, in materia di pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno, la sentenza stabilisce che “L’art. 36, par. 1, della direttiva 2002/83 deve essere interpretato nel senso che esso non impone di considerare che il non corretto adempimento dell’obbligo di comunicare le informazioni previste nell’allegato III, punto A, a.12 della stessa determini l’invalidità o la nullità di un contratto collettivo unit-linked o della dichiarazione di adesione a quest’ultimo e, quindi, conferisca al consumatore che ha aderito a tale contratto il diritto alla restituzione dei premi assicurativi versati, purché le modalità procedurali previste dal diritto nazionale per l’esercizio del diritto di far valere il citato obbligo di informazioni non siano tali da mettere in discussione l’effettività di tale diritto, dissuadendo il consumatore dall’esercitarlo”¹⁶⁰.

2. La concreta applicazione, a tutela degli utenti, della normativa contro le pratiche commerciali

158 CGUE, Sentenza del 15 marzo 2012, procedimento C-453/10, in www.wur-lex.europa.eu.

159 CGUE, Sentenza del 2 febbraio 2023, procedimento TJCE 2023\19, in www.eur-lex.europa.eu.

160 CGUE, Sentenza del 24 febbraio 2022, procedimenti C143/20 e C213/20, in www.eu.vlex.com

scorrette

Nel capitolo precedente si è cercato di fornire una disamina teorica della protezione del consumatore a mezzo della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette. Appare quindi opportuno affrontare alcuni casi concreti, nonché gli aspetti problematici sottesi a questi, per poi cercare di arrivare al cuore della trattazione: l'utilizzo dell'istituto all'interno del contesto digitale.

Oggi è piuttosto comune l'attuazione di pratiche commerciali scorrette nei confronti degli utenti sia negli esercizi commerciali, ossia attraverso un contatto diretto tra il consumatore ed il professionista, sia attraverso le modalità molto diffuse su internet, ovvero su piattaforme digitali e social network.

In riferimento alla normativa italiana la pratica commerciale scorretta viene definita dall'art. 20 del Codice del Consumo¹⁶¹, secondo cui,

“Le pratiche commerciali scorrette sono vietate. Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta ad un determinato gruppo di consumatori. Le pratiche commerciali che, pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, sono idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo. È fatta salva la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera. In particolare, sono scorrette le pratiche commerciali:

- a) Ingannevoli di cui agli articoli 21, 22 e 23 o
- b) Aggressive di cui agli articoli 24, 25 e 26.

Gli articoli 23 e 26 riportano l'elenco delle pratiche commerciali, rispettivamente ingannevoli ed aggressive, considerate in ogni caso scorrette”.

161 In Spagna, come è stato riportato nel precedente capitolo, la maggior parte delle pratiche commerciali saranno considerate scorrette, in quanto ingannevoli o aggressive nei confronti dei consumatori, in base all'articolo 19 del TRLGDCU. Quest'ultimo articolo richiede per tale qualifica due presupposti: le norme comunitarie sono applicabili alle pratiche commerciali sleali nelle materie di cui all'articolo 19.4 del TRLGDCU e la violazione dell'obbligo delle informazioni necessarie devono essere fornite con l'offerta commerciale di beni e servizi di cui all'articolo 20.2 del TRLGDCU. Va notato che, nella Legge 3/1991 sulla concorrenza sleale (LCD), il legislatore era stato incaricato di proteggere i consumatori da condotte, comportamento o azioni sleali, ed insieme alle ipotesi delineate, solo quelle che sono tipizzate negli articoli 4, 5, 7, 8 e da 19 a 31 della presente legge (art. 19 LCD).

L'art. 20 del Codice del Consumo costituisce una fattispecie autonoma di illecito e non una mera clausola ricognitiva. A tale fattispecie si può ricorrere in via residuale, se il caso concreto non rientra nelle altre categorie. Inoltre, le pratiche commerciali scorrette sono definite dalla Direttiva Europea 2005/29/CE che è stata introdotta all'interno del Codice del consumo.

In particolare, la disciplina sostanziale delle pratiche commerciali scorrette copre gli articoli da 18 a 27-*quater*. Gli artt. 18 e 19 del Codice del consumo, invece, fanno parte del Capo I del Titolo III, denominato "*Disposizioni generali*" e disciplinano la tutela contro pratiche commerciali scorrette sotto il profilo soggettivo e oggettivo. Per quanto riguarda l'art. 18 del Codice del Consumo, si evince che la norma contiene nozioni ausiliarie ed integrative che guidano l'interprete nella valutazione di una pratica commerciale scorretta¹⁶². La dottrina più critica ha osservato come tali definizioni non siano risolutive, bensì ampie e non sempre tecnicamente ineccepibili. Ciò deriva principalmente dal fatto che le formule utilizzate rinviano a parametri differenziati all'interno dei singoli ordinamenti ed a diversi *standard* di valutazione: è questo il caso del concetto di diligenza professionale, definita dall'art. 18 lett. h) come "*il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista*". Appare evidente come, pur in presenza di una nozione unitaria, sorgano significativi problemi ai fini dell'individuazione concreta del comportamento, a seconda dell'approccio fornito dai diversi legislatori dell'Unione Europea¹⁶³. In questo senso l'opzione prescelta dal legislatore dell'Unione, e da quello nazionale, seppur utile sotto il profilo dell'interpretazione della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette, è carente nel garantire un'uniformità all'interno dell'Unione Europea. Passando ora ad esaminare l'art. 19 del Codice del Consumo, si può rilevare che tale norma definisce l'ambito di applicazione della disciplina, chiarendo come le norme successive si applichino alle "*pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto, nonché alle pratiche commerciali tra professionisti ed imprese*". Il comma 2 della norma in esame evidenzia una serie di discipline che esulano da queste disposizioni (meglio: "non pregiudicano" l'applicazione di altre normative), tra le quali spiccano le disposizioni in materia contrattuale "generale", ed in particolare, quelle sulla formazione e sulla validità del contratto. Si prevede, infine, che in caso di contrasto tra le disposizioni del Titolo I, Parte III del Codice del Consumo ed eventuali discipline specifiche, di origine comunitaria o nazionale, saranno queste ultime a prevalere ed a tro-

162 E. GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, 2010, p. 98.

163 L. ROSSI CARLEO., *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in AA. VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007, p. 17.

vare applicazione. La disposizione in esame – dunque - considera l’ambito di applicazione della normativa in tema di pratiche commerciali scorrette sotto due punti di vista: quello soggettivo, ovvero nelle operazioni tra professionisti e consumatori, nonché tra professionisti e microimprese, e quello oggettivo, riguardanti pratiche commerciali scorrette poste in essere prima, durante e dopo un’operazione commerciale relativa ad un prodotto. Di seguito si esamineranno i due aspetti separatamente.

2.1. L’ambito di applicazione soggettivo

Per quanto riguarda l’ambito di applicazione soggettivo, bisogna rilevare un elemento assai importante, ossia il fatto che la normativa in esame si applica solo ai rapporti “*business to consumer*”¹⁶⁴. Inoltre, la scelta di restringere il divieto alle relazioni tra professionisti e consumatori non era necessaria per il legislatore interno, tuttavia, un’armonizzazione estesa anche ai professionisti, quali le microimprese, era stata in passato già considerata in origine dal legislatore europeo ed introdotta in alcuni Stati membri¹⁶⁵.

La definizione di “*consumatore*”¹⁶⁶ nell’art. 18, lett. a) è peraltro conforme a quella generale dell’art. 3 lett. a) del Codice del Consumo¹⁶⁷. La nozione di “*consumatore*” in materia di pratiche commerciali scorrette ha dunque un raggio d’azione molto ampio, infatti le pratiche commerciali comprendono anche condotte che prescindono da qualsiasi rapporto preesistente tra le parti. Pertanto, l’elemento d’azione per fini estranei alla propria attività professionale o imprenditoriale può essere inteso anche come una mera potenzialità di instaurare trattative, senza un atto negoziale o l’instaurazione di un rapporto proprio di cui all’art.3¹⁶⁸. Inoltre, la definizione dei possibili soggetti danneggiati oggi include anche le microimprese, la cui condotta va d’al-

164 Così anche F. DE ELIZALDE IBARBIA, «La Directiva 2019/2161 de modernización del derecho de consumo, por la que se conceden remedios individuales contra las prácticas comerciales desleales ¿Un paso más hacia la estandarización del Derecho privado de la Unión Europea?», in *Revista de Derecho Civil*, VIII, 4, pp. 47-89; M^a T. ÁLVAREZ MORENO, *La contratación electrónica mediante plataformas en línea: odelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores)*, Reus, Madrid, 2021, pp. 149 e ss.

165 E. BARGELLI, «La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ambito di applicazione (art. 18, lett A)-D) e art. 19, comma 1°, c. cons.)», in AA. VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29 Ce nel diritto italiano (decreti legislative nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, Giappichelli, 2008, p. 119-120.

166 Per quanto riguarda l’ordinamento spagnolo, si veda altresì R. BARCELÓ COMPTE, «El consumidor especialmente vulnerable: de la protección class-based a la protección state-based», in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, n. 16, pp. 636 e ss.

167 M. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel codice del consumo*, UTET, 2008, p. 20.

168 E. BARGELLI, *op. cit.*, p.122.

tronde inquadrata al di fuori del perseguimento della finalità di consumo¹⁶⁹. Sebbene tale scelta sia condivisibile e ragionevole per valorizzare il ruolo in termini soggettivi, la carenza di informazione in capo ai consumatori ed alle microimprese rischia di ingenerare problemi significativi. In primo luogo, la nozione generale di pratica commerciale scorretta (o di pratica ingannevole ed aggressiva), si concentrano sulla figura del consumatore "medio", parametro di valutazione rilevante per valutare l'idoneità di una pratica commerciale a trarre in inganno o a pregiudicare i consumatori.

Una siffatta nozione è assente nella microimpresa: si potrebbe ipotizzare l'esistenza di un "imprenditore medio", estendendo i canoni di valutazione impiegati per la valutazione avente ad oggetto il consumatore, anche se sarebbe stato più opportuno un espresso intervento legislativo, poiché il termine ha un carattere approssimativo e non ha ancora criteri di identificazione precisi, a differenza di quanto, invece, è avvenuto per la piccola e media impresa, per la quale è stata effettuata una proposta comune di regolazione sul diritto europeo della vendita¹⁷⁰. Il medesimo problema di coordinamento si riscontra, inoltre, anche nelle "black list" delle pratiche commerciali considerate ingannevoli o aggressive, contenenti fattispecie inadeguate all'utilizzo nei confronti degli imprenditori¹⁷¹. Inoltre, attualmente è difficile per un professionista che si relaziona con un'impresa, conoscere, sin dall'inizio, i dati necessari per sapere se l'imprenditore con il quale sta trattando sia o no un microimprenditore, e se la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette possa essere applicata concretamente al suo caso di specie.

Infine, occorre rilevare che il mancato coordinamento tra micro-imprese e consumatori è valutabile anche sotto il profilo dei rimedi. Infatti, bisogna evidenziare che il rimedio della "class action", disciplinata dall'art. 140-bis del Codice del Consumo, non possa essere esperito dalle imprese, facendo la norma un espresso riferimento agli "utenti consumatori"¹⁷².

Quanto appena esposto si applica alle figure di consumatore e micro-impresa a cui si contrappone il professionista, figura disciplinata dall'art. 18 comma 1 lett. b) conforme all'art. 3 lett. c) del Codice del Consumo. Su quest'ultima norma vi è dottrina pacifica sul fatto che il professionista, a differenza del consumatore, possa essere indifferentemente una persona fisica o giuridica, e che egli possa agire indifferentemente per finalità di lucro o

169 E. LABELLA, «Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici», in *Contr. Eimp.*, 3, 2013, pp. 692.

170 S. PAGLIANTINI, «Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa», in *Riv. dir. comm.*, 2010, p. 409.

171 G. DE CRISTOFARO, «Art. 19», in De Cristofaro e Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)*, Padova, 2014, p. 137.

172 A. PALMIERI, *La tutela collettiva dei consumatori. Profili soggettivi*, Milano, 2011, pp. 82-87.

ideali, purché queste riguardino la propria attività professionale. L'art. 2 della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, definisce il professionista come *“qualsiasi persona fisica o giuridica che, indipendentemente dal fatto che si tratti di un soggetto pubblico o privato, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale.”* Inoltre, il professionista è anche *“chiunque agisca in nome o per conto di un professionista”* ed anche eventuali operatori che, pur esterni all'attività professionale, consentano al professionista di conseguire un'utilità. Il concetto di *“agire per conto”* di un professionista deve essere letto in senso estensivo, come d'altronde statuito dalla giurisprudenza e chiarito dalla dottrina in materia di pubblicità ingannevole¹⁷³. Pertanto, l'operatore intermedio potrà essere o meno un professionista, non potendosi escludere un concorso tra professionisti nell'attuazione di una pratica commerciale sleale. Tuttavia, è necessario che l'operatore intermedio abbia un interesse diretto ed immediato a realizzare una pratica commerciale o a conseguire un vantaggio economico in seguito al fruttuoso esperimento¹⁷⁴.

2.2. L'ambito di applicazione oggettivo

Per quanto riguarda, invece, l'ambito di applicazione oggettivo della Direttiva Europea 2005/29/CE¹⁷⁵, l'art. 19 comma 1 del Codice del Consumo prevede che la normativa *“concerne le pratiche commerciali poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto.”* Il primo elemento cui bisogna far riferimento è la nozione di *“pratica commerciale scorretta”*, definita dall'art. 18 comma 1 lett. d) come *“qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da una professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori.”* Da quanto sopra esposto emerge un'ampia definizione adottata dal legislatore, scelta valorizzata dal discostamento rispetto alle indicazioni comunitarie: infatti, nella direttiva 2005/29/CE era previsto che, nella definizione di cui all'art.18, le azioni od omissioni dovessero essere *“direttamente connesse”* alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori.

173 Consiglio di Stato, sentenza del 17 Febbraio 2012, n. 853, in *Foro amministrativo del Consiglio di Stato*, 02,2012,p.410.

174 Tar Lazio, n. 2271 del 14 Marzo 2011, in *Repubblica del Foro italiano*, 2011.

175 D.V. GARCÍA, «La Directiva 2005/29/ce, de 11 de mayo de 2005: un nuevo paso hacia la protección del consumidor», in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2005, n. 12, pp. 71 e ss. Per quanto riguarda la Spagna, un contributo di interesse appare essere quello di J. MASSAGUER, F. MARCOS, A. SUÑOL, «The Implementation into Spanish Law of EU Directive 2005/29/EC on Commercial Unfair Practices (in Spanish)», in *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, 2006, n. 2013, pp. 1925-1963

La sostituzione di tale termine con il nesso *“in relazione”* risponde, da una parte, alla volontà di stabilire quali comportamenti potessero considerarsi direttamente connessi alla promozione e vendita di prodotti e, dall'altra, all'obiettivo di delineare una nozione che rispondesse alle esigenze del caso concreto. Sempre all'interno della definizione di cui all'art. 18 comma 1 lett. d), la locuzione *“comunicazione commerciale”* indica gli strumenti di cui un professionista si avvale per immettere un bene o un prodotto sul mercato, per cui tale nozione indica sia la funzione commerciale, quale la vendita, sia tutte le attività di marketing.

Un secondo profilo da considerare riguarda l'*“operazione commerciale”*, necessaria ad individuare l'elemento cui ancorare la pratica commerciale scorretta: la dottrina maggioritaria ha evidenziato che il termine *“operazione”* sia da leggere come sinonimo di *“contratto”*. Il termine *“commerciale”*, invece, evidenzia il legame del contratto con l'attività imprenditoriale del professionista che stipula il contratto con il consumatore¹⁷⁶. Tuttavia, il legislatore italiano non ha introdotto alcuna definizione espressa all'interno dell'art. 18 del Codice del Consumo.

Ancora, le pratiche commerciali scorrette, per assumere rilevanza ai fini della normativa europea vigente, devono presentare il requisito della scorrettezza o slealtà. In particolare, la scorrettezza deve falsare in modo rilevante il comportamento economico dei consumatori, poiché l'illecito di cui all'art. 18 lett. e) consiste nell'attuazione di una pratica commerciale che altera fortemente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo, così, ad assumere una decisione commerciale che egli non avrebbe preso. L'ambito di applicazione della disciplina europea è indipendente dalle caratteristiche della condotta: sono irrilevanti le caratteristiche concrete della condotta, attiva o passiva, il contenuto, la causa e l'oggetto del contratto concluso tra professionista e consumatore e il fatto che la condotta sia o meno strumentale alla stipulazione del contratto. In sostanza, è rilevante solo la relazione tra il professionista ed il consumatore, che consiste nel coartare le capacità decisionali di quest'ultimo. Per quanto riguarda, invece, le pratiche attuate durante un'operazione commerciale, la normativa europea vigente fa riferimento alle ipotesi in cui lo scambio del consenso sia preceduto da una trattativa tra il consumatore ed il professionista. In tale quadro legislativo rientrano le condotte attuate dal professionista con il consumatore, fino al perfezionamento del contratto.

Inoltre, si fa riferimento non soltanto ai comportamenti che incidono sull'*an* della conclusione del contratto, ma anche a quelle condotte riguardanti il *quantum*, le condizioni economiche del contratto. Per quanto riguarda, invece, le pratiche commerciali esercitate anteriormente alla stipulazione di un contratto, si fa riferimento alle situazioni che incidono sulla scelta com-

176 G. DE CRISTOFARO, «Art. 19», *op. cit.*, p. 133.

merciale del consumatore, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo decida o meno di stipulare il contratto stesso. In questa fase rientrano sia le pratiche attuate dal professionista al fine di promuovere la conclusione di un contratto, sia le condotte attuate da un professionista per indurre i consumatori a concludere contratti con un altro professionista¹⁷⁷.

Infine, per quanto riguarda le pratiche commerciali relative alla fase successiva alla conclusione del contratto, si annoverano le pratiche che incidono sulla scelta del consumatore di esercitare alcuni diritti riconosciutigli dopo la vendita in funzione di tutela, ad esempio, il diritto di recesso o l'assistenza post-vendita a cui il professionista è vincolato fino all'esaurimento degli effetti del contratto.

2.2.1. L'ambito di applicazione oggettivo: considerazioni critiche e l'intervento della direttiva 2019/2161

Occorre segnalare che in giurisprudenza sono sorti dubbi in merito alla possibilità di considerare pratiche commerciali scorrette anche i comportamenti sporadici e occasionali posti in essere dai professionisti. Tale questione, al vaglio dei tribunali italiani, non ha avuto una soluzione univoca. Infatti, una parte della giurisprudenza ha ritenuto che comportamenti occasionali ed eccezionali non possano alterare in modo apprezzabile il comportamento economico dei consumatori¹⁷⁸, mentre un'altra parte della giurisprudenza ha affermato come possa essere determinante anche la pratica commerciale sporadica, indipendentemente dal numero dei destinatari. Tuttavia, nessuno dei due orientamenti proposti sembra convincente: sembra più razionale e logico, invece, concordare con coloro che affermano che la vicenda sporadica non costituisca mai un idoneo elemento giustificativo al fine di accertare la connotazione di pratica commerciale scorretta. Inoltre, l'elemento rilevante è una relazione che compromette la capacità decisionale del consumatore, per cui né la quantità dei consumatori, né la replicabilità della condotta hanno un ruolo determinate: l'analisi della pratica commerciale deve essere condotta esaminando il caso concreto, differente di volta in volta. L'operazione commerciale deve inoltre riguardare un prodotto. Secondo la dottrina, in questo caso la nozione deve essere intesa in senso ampio, per cui deve ricomprendere in anche beni immobili, i servizi, i diritti e le obbligazioni. In sostanza, si ritiene che non vi siano limitazioni né sulla natura, né sull'oggetto della prestazione dedotta nel contratto¹⁷⁹.

177 E. BARGELLI, *op. cit.*, p.103.

178 Tar Lazio, n.3962 del 6 aprile 2009 riguardante il caso *Intesa Sanpaolo* in *Rep. Foro it.*, 2009, 1667, il termine "pratica" è espressamente qualificato come una «condotta reiteratamente posta in essere dall'operatore commerciale con carattere di *apprezzabile omogeneità*»

179 E. GUERINONI, *op. cit.*, p. 103.

In primo luogo, sarebbe forse stato opportuno valorizzare il collegamento della disciplina in esame con l'art. 39 del Codice del Consumo, norma che sarebbe stata la disciplina di riferimento adeguata per una diversa collocazione della disciplina europea vigente.

In secondo luogo, bisogna interrogarsi se tra le pratiche commerciali scorrette rientri la predisposizione unilaterale, da parte del professionista, di un regolamento contrattuale a cui segua, l'imposizione al consumatore dell'accettazione quale "*condicio sine qua non*" ai fini della conclusione del contratto. Sul punto, una parte della dottrina¹⁸⁰ ha ritenuto che all'interno della pratica commerciale si potrebbe ricomprendere anche l'utilizzo di regolamenti negoziali predisposti dal professionista. Tuttavia, tale scelta determinerebbe la possibilità di affiancare al controllo contenutistico e di trasparenza dei contratti dei consumatori in materia di clausole non chiare e/o non comprensibili di cui all'art. 35 del Codice del Consumo un controllo contenutistico, effettuato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in sede di sanzione.

Vero è, comunque, che la prassi dell'accettazione in blocco delle condizioni generali di contratto da parte dei consumatori difficilmente potrebbe non costituire una pratica commerciale, perché ha una connessione diretta ed immediata con il rapporto giuridico, anche se non è primariamente finalizzata a promuovere un bene o un servizio oggetto del contratto. Infatti, se tali clausole orientano la volontà negoziale del consumatore ed influenzano decisamente il suo comportamento, si realizzano tutti i requisiti idonei a costituire una pratica commerciale scorretta. Una simile lettura è stata fornita dalla Corte di Giustizia Europea sul caso *Pereničová*¹⁸¹, in cui è stata ravvisata un'ipotesi di pratica commerciale ingannevole nella condotta praticata da una società finanziaria, la quale aveva predisposto il testo di un contratto di credito recante l'indicazione di un TAEG non corrispondente all'ammontare complessivo delle spese, poiché l'indicazione di un TAEG inferiore è una falsa informazione sul costo complessivo del credito e sul prezzo e condiziona la scelta del consumatore.

Come è stato illustrato nel capitolo precedente, il legislatore europeo è nuovamente intervenuto adottando la Direttiva 2019/2161/UE, la quale agisce sostanzialmente in due direzioni: l'espansione del perimetro delle pratiche commerciali considerate "scorrette" e quindi "proibite", così come una disciplina più precisa sui rimedi disponibili in caso di pratica commerciale scorretta.

180 M. MELI, «Trasparenza e vessatorietà delle clausole nei contratti per adesione», in DE CRISTOFARO (a cura di) *I "Principi del diritto comunitario dei contratti. Acquiscommunautaire e diritto privato europeo"*, Giappichelli, 2009, p. 484.

181 Corte di Giustizia Europea, sentenza del 15 marzo 2012, causa C-453/10, *Pereničová and Vladislav Perenič. SOS financspol. s r. o.*

Si è già cercato di chiarire come il legislatore europeo si sia concentrato principalmente sulle problematiche emergenti nei settori in rapida evoluzione delle ricerche *online*, delle offerte commerciali e dei mercati digitali. Per affrontare queste problematiche, la Direttiva 2019/2161/UE amplia il perimetro delle pratiche commerciali considerate scorrette e, come si è anticipato nel paragrafo precedente, fornisce una definizione precisa di «mercato online» (art. 2, par. 1 lett. n) inserito dalla Dir. 2019/2161/UE) inteso come un “servizio” di commercio elettronico che si avvale di *software*, come siti *web* o applicazioni, proposti dal professionista o da terzi su sua delega, permettendo ai consumatori di stipulare contratti a distanza con altri professionisti o consumatori¹⁸².

Venendo al recepimento nell’ordinamento italiano delle nuove indicazioni provenienti dall’UE, il D.lgs. n. 26/2023¹⁸³ in di attuazione della Direttiva (UE) 2019/2161 (Direttiva Omnibus)¹⁸⁴, è preordinato a garantire un miglioramento in materia di applicazione e modernizzazione delle norme dell’Unione di protezione dei consumatori.

Detta Direttiva Omnibus, a sua volta, modifica alcune precedenti Direttive quali:

182 Sempre su questa direzione, il legislatore europeo ha ampliato il novero delle «informazioni rilevanti» ai fini della qualificazione come «ingannevole» di una pratica commerciale scorretta (art. 7, parr. 4, lett. f, 4-*bis* e 5, Dir. 2005/29/CE, così come modificata dalla Dir. 2019/2161/UE); prevedendo l’inserimento nella *black list* delle pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli - oggi elencate, a livello interno, nell’art. 23 c. cons. - anche il «fornire risultati di ricerca in risposta a una ricerca online del consumatore senza che sia chiaramente indicato ogni eventuale annuncio pubblicitario a pagamento o pagamento specifico per ottenere una classificazione migliore dei prodotti all’interno di tali risultati»; il «rivendere ai consumatori biglietti per eventi, se il professionista ha acquistato tali biglietti utilizzando strumenti automatizzati per eludere qualsiasi limite imposto riguardo al numero di biglietti che una persona può acquistare o qualsiasi altra norma applicabile all’acquisto di biglietti»; l’«indicare che le recensioni di un prodotto sono inviate da consumatori che hanno effettivamente utilizzato o acquistato il prodotto senza adottare misure ragionevoli e proporzionate per verificare che le recensioni provengano da tali consumatori»; «l’invviare, o incaricare un’altra persona giuridica o fisica di inviare, recensioni di consumatori false o falsi apprezzamenti o di fornire false informazioni in merito a recensioni di consumatori o ad apprezzamenti sui media sociali, al fine di promuovere prodotti» (nn. 11-*bis*, 23-*bis*, 23-*ter*, 23-*quater* dell’allegato I, Dir. 2005/29/CE, così come modificata dalla Dir. 2019/2161/UE).

183 D. Leg.vo n. 26 del 7 marzo 2023, recante “Attuazione della direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell’Unione relative alla protezione dei consumatori”.

184 Direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019, recante “modifica alla direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell’Unione relative alla protezione dei consumatori”.

- La Direttiva 93/13/CEE¹⁸⁵ del Consiglio in materia di clausole abusive nei contratti con i consumatori;
- La Direttiva 98/6/CE¹⁸⁶ volta a proteggere i consumatori per quanto concerne i prezzi indicati sui prodotti esposti;
- La Direttiva 2005/29/CE¹⁸⁷ in materia di pratiche commerciali sleali;
- La Direttiva 2011/83/UE¹⁸⁸ del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di diritti dei consumatori.

Il Decreto n. 26/2023 ha inoltre apportato delle modifiche ad alcune disposizioni del Codice del Consumo¹⁸⁹, finalizzate a garantire una maggiore tutela dei consumatori in una serie di particolari circostanze, come ad esempio in presenza di clausole vessatorie contrattuali, di condotte commerciali scorrette, di concorrenza sleale o di comunicazioni commerciali non veritiere, apportando modifiche alla disciplina delle relative sanzioni pecuniarie amministrative.

Le più importanti novità introdotte dal Decreto sono:

1. quelle relative agli annunci pubblicitari in cui si comunica una riduzione del prezzo, ex art. 17-bis del Codice del Consumo)

L'art. 1, c. 1 e 2 del Decreto n. 26/2023 apportano alcune modifiche di recepimento dell'art. 2 Direttiva Omnibus in materia di annunci di riduzione di prezzo, attraverso l'introduzione nel Codice al Consumo dell'art. 17-bis, secondo il quale, detti annunci debbono obbligatoriamente contenere l'indicazione del prezzo effettivamente applicato dal professionista nei trenta giorni che precedono la sua riduzione (il c.d. "prezzo precedente").

Relativamente ai prodotti presenti sul mercato da meno di trenta giorni, il professionista deve necessariamente indicare quale sia il periodo di tempo a cui il prezzo precedente è riferito.

185 Direttiva CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, concernente le "clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori".

186 Direttiva CE del Parlamento europeo e del Consiglio n. 98 del 16 febbraio 1998 relativa alla "protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori".

187 Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 29 dell'11 maggio 2005, relativa alle "pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»).

188 Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 83 del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante "modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio".

189 D Leg.vo. n. 206 del 6 settembre 2005, recante il "Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229".

La medesima disposizione, mentre si applica anche in relazione all'indicazione del normale prezzo di vendita delle merci in esposizione in ipotesi di vendite straordinarie, non si applica alle vendite sottocosto.

In caso di violazioni al detto art. 17-bis, è prevista una sanzione amministrativa pecuniaria da un minimo di Euro 516,45 ad un massimo di Euro 3.098,74, come disposto dall'art. 22, c. 3 del Decreto Legislativo n. 114/1998¹⁹⁰;

2. quelle volte alla disciplina delle pratiche commerciali sleali ex artt. 21-23 del Codice del Consumo

L'art. 1, c. 4 introduce una modifica all'art. 21 del Codice del Consumo, con il divieto di pratiche commerciali ingannevoli in grado di trarre il consumatore medio in inganno, ed a indurlo a prendere decisioni commerciali che altrimenti non avrebbe preso.

In particolare, per quanto concerne la pratica commerciale di pubblicizzare un dato bene definendolo identico ad un prodotto commercializzato in altri Stati membri dell'Unione, quando invece esso sia significativamente diverso (c.d. Dual Quality).

L'art. 1, c. 5, invece, modifica l'art. 22 del Codice del Consumo, ampliando l'elenco delle informazioni ritenute rilevanti che, se omesse nell'operare un invito all'acquisto, configurando una pratica ingannevole, fatta salva l'ipotesi in cui non risultino già evidenti dal contesto.

L'art. 1 c. 6, infine, elenca una serie di pratiche commerciali qualificate come ingannevoli, a modifica dell'articolo 23 del Codice del Consumo.

L'art. 1, c. 14 del Decreto introduce l'art. 49-bis nel Codice del Consumo. Questo prevede una serie di obblighi di informazione supplementari per quanto riguarda i contratti conclusi online (c.d. "marketplace"). In particolare, il fornitore di un mercato online è obbligato a fornire al consumatore tutta una serie di informazioni prima che quest'ultimo si vincoli contrattualmente all'acquisto, ovvero:

- Informazioni di carattere generale circa i parametri più importanti in base ai quali vengono classificate le offerte al consumatore, fornendo al contempo informazioni sui risultati della ricerca svolta a monte, che ha condotto a dare maggiore rilevanza a detti parametri a fronte di altri; ad esempio, se tali offerte sono classificate in base al prezzo, alla distanza, alle scelte dei consumatori, o in base ad una combinazione di criteri diversi;
- Informazione circa il fatto se il terzo che offre beni o servizi è un professionista o meno;

¹⁹⁰ D. Leg.vo n. 114 del 31 marzo 1998, recante "Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59".

- Nel caso in cui il terzo non sia un professionista, è necessario esplicitare che al contratto non si applicano i diritti dei consumatori;
- La indicazione della ripartizione degli obblighi contrattuali tra il terzo che offre i beni o servizi e il fornitore del mercato online;

3. le azioni esperibili direttamente dai consumatori

L'art. 1, c.7, del Decreto, nel modificare l'art. 27 del Codice del Consumo, ha inoltre previsto che i consumatori che abbiano subito pratiche commerciali sleali possono agire in giudizio avanti al giudice ordinario per ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito e, in caso sia possibile, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, fatti salvi i rimedi a disposizione dei consumatori.

3. Il divieto di pratiche commerciali scorrette: la clausola generale di cui all'art. 20

L'art. 20 del Codice del Consumo contiene la clausola generale riguardante la scorrettezza delle pratiche commerciali ed individua i parametri concreti per valutare tale scorrettezza. La norma in esame statuisce che le pratiche commerciali sono vietate, in particolare, il secondo comma dispone che *“una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori”*. L'art. 20 è una clausola generale che definisce l'intera categoria delle pratiche commerciali scorrette, alla quale segue una suddivisione in sottocategorie delle pratiche stesse. In primo luogo, però, è necessario comprendere il rapporto che tale norma stabilisce con le disposizioni dettagliate e successive ad essa. In dottrina, in particolare, si sono affermati diversi orientamenti. Secondo una parte della dottrina, in base al principio *“lex specialis derogat lex generalis”*, la norma generale andrebbe intesa quale norma residuale, e si applicherebbe in tutte le ipotesi che non siano già coperte da norme più specifiche¹⁹¹. Un'altra parte della dottrina, invece, ritiene che l'art. 20 del Codice del Consumo, clausola posta a fondamento della disciplina, dovrebbe essere una norma di riferimento generale, per cui le norme successive si devono considerare solo delle applicazioni particolari, quasi esemplificative¹⁹². Tra queste due

191 G. DE CRISTOFARO, «Il divieto di pratiche commerciali sleali», in AA. VV., *Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, Giappichelli, 2008.

192 M. LIBERTINI, «Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette», in AA. VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impattosistematicodelladirettiva 2005/29/CE*, Padova, 2008.

opinioni giuridiche contrastanti, infine, vi è la tesi che ritiene che tutte le norme in materia di pratiche commerciali scorrette dovrebbero considerarsi un insieme normativo unitario, e che la clausola generale di cui all'art. 20 del Codice del Consumo dovrebbe operare in via ausiliaria al fine di colmare le lacune lasciate dalle norme speciali, pur non avendo alcun ruolo nell'interpretazione di queste ultime¹⁹³. Per comprendere quale ipotesi sia preferibile, da un lato, bisogna considerare l'interesse a fornire al consumatore una tutela molto ampia, e dall'altra, invece, il tenore letterale di cui all'art. 20, la quale individua dei criteri presenti nelle disposizioni riguardanti le pratiche ingannevoli ed aggressive. Sembra, allora, ragionevole propendere per la seconda ipotesi dottrinale: l'art. 20 del Codice del Consumo fornisce una ricostruzione generale delle pratiche commerciali scorrette, la quale, da un lato, deve guidare la valutazione relativa alle pratiche commerciali ingannevoli o aggressive successivamente disciplinate e, dall'altro, è un criterio guida per tutti i casi che da tali disposizioni esulano. Questo al fine di ottenere una maggiore protezione dei consumatori.

Entrando nel merito di alcune, tra le più recenti decisioni giurisprudenziali in materia di pratiche commerciali scorrette, si può citare una sentenza del Consiglio di Stato¹⁹⁴ dove viene precisato che il fatto che il professionista abbia tenuto la condotta una sola volta, e nei confronti di un solo consumatore, non rileva ai fini della sua riconducibilità nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette, visto che né la normativa interna, né quella euro-unitaria riferiscono della necessità che l'azione o omissione da parte del professionista sia o meno reiterata, o debba essere rivolta ad un dato numero di consumatori.

A *fortiori*, va detto che la caratteristica precipua delle pratiche commerciali scorrette è quella di consistere in illeciti di mero pericolo, per cui, ai fini della violazione, è sufficiente che la condotta sia potenzialmente ripetibile.

Ancora il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 2414/2020¹⁹⁵ sostiene che la pratica commerciale scorretta, di cui all'art. 20 c. 2 Codice del Consumo¹⁹⁶, rappresenta una fattispecie autonoma di illecito, cui ricorrere in via residuale laddove il caso concreto non rientri in altre categorie.

193 H.W. MICKLITZ, «The General Clause of Unfair Practices», in HOWELLS G., MICKLITZ H.-W., WILHELMSSON, *European Fair Trading Law*, Ashgate, 2006, p. 117 ss.

194 Cons. di Stato, sez. VI, Sent. n. 6984 del 14 ottobre 2019, in www.renatodisa.com.

195 Cons. Stato, Sent. n. 2414 del 14 aprile 2020, in www.altalex.com.

196 Art. 20, c. 2 – “Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori”.

Il Consiglio di Stato ha ricordato che le pratiche scorrette possono essere ingannevoli, ex art. 21 e 22 Codice del Consumo, o aggressive, ex art. 24 e 25 Codice del Consumo, e che esistono altresì le c.d. le liste nere, consistenti in una serie di pratiche commerciali considerate ingannevoli e aggressive, in ogni caso, ex art. 23 e 26, art. 21 c. 3 e 4, 22 bis. Rimarcata tale distinzione, secondo il Consiglio di Stato, se la fattispecie concreta che non risulta inquadrabile né all'interno delle liste nere, e non rientra né all'interno della categoria delle pratiche ingannevoli né in quella delle pratiche aggressive, allora si ricorre alla norma di chiusura, rappresentata dall'art. 20 c. 2.

Nella stessa direzione la decisione n. 203/2022¹⁹⁷ sempre del Consiglio di Stato, secondo la quale, per potersi ritenere sussistente una pratica commerciale scorretta, è necessario che questa risulti contraria alle norme di diligenza professionale, ed al contempo in grado di falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio, con riferimento al singolo prodotto preso in esame (e rimarcando come già chiarito con la sentenza n. 7535/2021¹⁹⁸, che occorre sempre e comunque dimostrare il nesso fra pratica e induzione al comportamento che il consumatore – altrimenti – non avrebbe adottato).

Un'altra recente decisione del T.A.R. del Lazio¹⁹⁹ definisce pratica commerciale aggressiva la condotta di chi determini un indebito condizionamento del processo decisionale del consumatore indotto, nel caso specifico, ad aderire ad viaggio a causa della carenza di informazioni in relazione alle modifiche dello stesso e al suo diritto di recesso.

3.1. Struttura ed elementi costitutivi della fattispecie generale

È opportuno fare alcune considerazioni in merito agli elementi che determinano la valutazione di scorrettezza. In particolare, la norma individua alcuni elementi fondamentali al fine di poter esprimere un giudizio di disvalore nei confronti di una pratica commerciale. A tal fine, il comportamento tenuto dal professionista deve essere *“contrario alla diligenza professionale”* ed essere *“falsa o idonea a falsare, in misura apprezzabile”*, il comportamento del consumatore *“medio”*.

L'analisi di entrambi i requisiti, presenti cumulativamente, può essere divisa in più momenti, al fine di evidenziare le caratteristiche fondamentali degli elementi costitutivi della fattispecie.

197 Cons. di Stato, Sez. VI, Sent. n. 203 del 12 gennaio 2022, in www.astrid-online.it

198 Cons di Stato, Sez. VI, Sent. n. 7535 dell'11 novembre 2021, in www.astrid-online.it.

199 T.A.R. Roma, Lazio, Sez. I, Sent. n. 10657 del 18 ottobre 2021, in www.giustamm.it.

3.2. La contrarietà alla diligenza professionale

Il primo requisito della pratica commerciale scorretta, ai sensi dell'art. 20 del Codice del Consumo, è l'essere "contraria alla diligenza professionale", definita ex art. 18, lett. h) come "il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista". Inoltre, la definizione sopra riportata è un'originale riformulazione rispetto a quanto previsto dal legislatore comunitario: infatti, l'art. 2, lett. h) della Direttiva 29/2005/CE definiva il normale grado di competenza ed attenzione "rispetto a pratiche di mercato oneste e al principio generale di buona fede nel settore di attività del professionista". Tale scelta è condivisibile, dato che il riferimento alle pratiche di mercato oneste aveva suscitato perplessità in dottrina. Infatti, il termine, non solo sembrava rimandare alle "best practice" settoriali, ma dimidiava anche l'importanza del richiamo al principio di buona fede, limitato espressamente al settore di attività del professionista. Dal combinato disposto emergeva una lettura della diligenza professionale limitata ai criteri deontologici di riferimento. La scelta di eliminare il riferimento alle pratiche di mercato oneste opera in combinato disposto con il riferimento a correttezza e buona fede al fine di evidenziare che si deve tener conto dei comportamenti attuati dal professionista durante le attività con i consumatori²⁰⁰.

Un secondo elemento da valutare è il profilo soggettivo della condotta: secondo il legislatore europeo, infatti, il rispetto della diligenza professionale si doveva analizzare rispetto al grado di competenza e attenzione che si potesse ragionevolmente presumere tra professionista e consumatore. Invece, nell'adattamento effettuato dal legislatore nazionale, la competenza e attenzione devono essere valutate rispetto a quanto i consumatori possono ragionevolmente²⁰¹ attendersi.

Dunque, si evince un cambiamento di prospettiva: se il legislatore comunitario alludeva all'ottica di un osservatore terzo, neutro ed esterno, la normativa italiana prevede di tenere presente il punto di vista dei consumatori destinatari della pratica commerciale. I principi di correttezza e buona fede operano quali *definiens* del *definiendum* del valore di diligenza professionale²⁰², da valutarsi nell'ottica percettiva del consumatore quale regola oggettiva di comportamento che corrisponde al rispetto di regole di comportamento, ossia all'adozione di tutte le cautele e misure di salvaguardia, di

200 S. TOMMASI, «Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale», in AA. VV., *Quaderni di Diritto Privato Europeo*, Bari, 2012, p. 68.

201 A. GENOVESE, «La diligenza professionale», in *Atti del Seminario AIPPI*, 2011, consultabile al sito www.aippiit.wordpress.com/category/seminari.

202 F. PIRAINO, «Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza del diritto privato», in *Europa e Diritto Privato*, 2010, pp. 1119.

cura e competenza in base ai principi di correttezza e buona fede²⁰³. In conclusione, il professionista, al fine di rispettare il canone di diligenza professionale, deve essere sempre preparato e aggiornato rispetto alla prestazione che deve compiere, dovendo applicare tecniche appropriate nello svolgimento della propria attività e dovendo tenere altresì la controparte regolarmente informata, affinché quest'ultima possa orientare la propria condotta. Dovrà inoltre consentire al consumatore di esercitare i diritti specifici previsti dalla normativa vigente, quali ad esempio quello di recesso ovvero di sostituzione del prodotto. Tuttavia, il Giudice deve tener conto delle peculiarità del caso concreto, al fine di valutare e comprendere le aspettative del consumatore e la condotta auspicabile del professionista. A tal fine, si fa riferimento alle disposizioni giuridiche relative agli *standard* di comportamento di settore ed alle caratteristiche dell'attività esercitata e alla posizione rivestita dal professionista nel mercato di riferimento, in virtù della diversa competenza esigibile in base al rilievo nello specifico settore di attività. Sulla base di tali elementi, deve essere analizzata la situazione di specifica negligenza del professionista, dato che la pratica commerciale scorretta deve essere riconducibile al modello di cui all'art. 20, e considerare la sussistenza o meno di cause di giustificazione nell'applicazione della propria condotta²⁰⁴. In materia di valutazione di diligenza, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha svolto una breve analisi organica ed evidenzia che la diligenza professionale deve esprimere criteri di apprezzamento della condotta del professionista oggettivi e dotati di tipicità sociale. Inoltre, la stessa Autorità Garante evidenzia che la violazione di tali disposizioni possa integrare una violazione della diligenza professionale mentre, al contrario, l'osservazione delle norme settoriali non esaurisce l'assolvimento degli obblighi di diligenza professionale alla stregua del principio di buona fede oggettiva²⁰⁵. Per quanto riguarda, invece, le caratteristiche dell'attività esercitata, l'Autorità è fedele alla figura dell'"agente modello"²⁰⁶, inteso quale *homo eiusdem professionis et conditionis* e conseguentemente declinando gli oneri incombenti sul professionista a seconda dei settori di attività e del grado di affidabilità che normalmente i consumatori attribuiscono a una professione. In particolare, l'Autorità ha prestato attenzione alla diligenza da adoperare nei settori bancari, ove la normativa generale sulle pratiche commerciali scorrette deve essere coordinata con la normativa di settore. In tali occasioni, è stato rilevato che la disci-

203 G. DE CRISTOFARO, «Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori», in *Le Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2008, p. 1092.

204 N. ZORZI, «Il controllo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive a danno dei consumatori», in *Contr. e imp.*, 3, 2010, pp.672-735.

205 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, provv. PS 317/09, RAS, *Disdetta polizze assicurative*.

206 F. PIRAINO «Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza del diritto privato», in *Europa e Diritto Privato*, 2010, p. 1117.

plina specifica, pur evidenziando “l’elevato *standard* di diligenza richiesto ai professionisti”, non esonera il professionista da comportamenti ulteriori che derivano dall’applicazione del principio di buona fede.

3.3. Il rapporto tra la diligenza secondo il Codice del Consumo e la diligenza secondo il Codice Civile

Occorre a questo punto analizzare il rapporto tra la diligenza accolta in tale settore e quella richiamata di cui all’art. 1176 c.c. in tema di adempimento delle obbligazioni. La dottrina è orientata nel senso di escludere dalla nozione di diligenza consumeristica un’eco della diligenza tipica dell’adempimento “generale” del sistema delle obbligazioni. In particolare, la maggiore diversità tra le due nozioni è stata individuata nel diverso ambito di operatività delle norme: la diligenza di cui all’art. 1176 c.c., infatti, avrebbe un’incidenza limitata all’adempimento delle obbligazioni, laddove invece la diligenza di cui all’art. 20 del Codice del Consumo coprirebbe anche le fasi precedenti o successive alla conclusione del contratto. Di conseguenza, la diligenza della tutela consumeristica opererebbe, a differenza dell’art. 1176 c.c., anche in assenza di un obbligo contrattuale tra le parti²⁰⁷, senza per questa ricadere nel generico dovere di correttezza. Tale tesi è stata affermata anche da altra parte della dottrina, che ha sostenuto come la diligenza professionale consumeristica si differenzi dal suo omonimo nell’ambito delle obbligazioni e della responsabilità civile, presentandosi come “una sorta di ibrido tra la diligenza professionale in senso civilistico e la correttezza professionale”²⁰⁸. Tuttavia, la tesi non appare priva di criticità: infatti, l’art. 1176 c.c. non opera esclusivamente in ambito di obbligazioni contrattuali, ma anche ma per le obbligazioni derivanti da fatto illecito ovvero da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle, ai sensi di quanto disposto dall’art. 1173 c.c. Ciò determina l’applicazione della normativa in esame anche ai casi in cui l’obbligo derivi da un danno ingiusto ovvero a cui l’ordinamento attribuisce particolare rilevanza a determinati rapporti. Pertanto, l’assenza di un contratto tra professionista e consumatore non è l’elemento discrezionale tra le due forme di diligenza, poiché entrambe operano anche al di fuori del rapporto obbligatorio²⁰⁹. Nel caso in cui, invece, le due nozioni differiscano, si ha la connotazione oggettiva che la diligenza professionale assume nell’interpretazione consumeristica, in contrapposizione con la qualità soggettiva che la medesima nozione ha nella disciplina civilistica. La diligenza disciplinata dall’art. 1176 c.c. è considerata un criterio sogget-

207 R. INCADORNA, «La direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali. Prime valutazioni», in *Dir. comun. e scambi internaz.*, 2006, p. 372.

208 V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in Genovese (a cura di), *op. cit.*, cit. p. 98.

209 R. DI RAIMO, «L’art. 14 della Direttiva 2005/29/CE e la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa», in AA. VV., *Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, Padova, 2008, p. 289 ss.

tivo di imputazione della responsabilità, e la sua assenza si concretizza in negligenza, imprudenza ed imperizia. Tale connotazione soggettiva è, invece, in dissonanza con la disciplina consumeristica la quale, invece, basa il proprio giudizio su canoni oggettivi nella valutazione delle condotte. Pertanto, la differenza tra le due nozioni si rinviene piuttosto sotto il profilo del rigore nell'esame oggettivo delle condotte del professionista. Una simile lettura permette una sostanziale "*reductio ad unum*" delle due nozioni di diligenza che, pur mantenendo inalterata la sua funzione, opera con modalità diverse laddove il rapporto obbligatorio non sia "*inter pares*", ma si inserisca nell'attività professionale di una delle parti, con i conseguenti rischi di carenza di informazione.

3.4. L'idoneità a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore

Il secondo elemento necessario della pratica commerciale scorretta consiste nel fatto che la condotta posta in essere dal professionista sia falsa ovvero almeno idonea a "*falsare in misura rilevante il comportamento economico*" del consumatore medio. Si manifesta così un elemento rilevante che segna i limiti di operatività della contrarietà alla diligenza professionale. In tal caso, nella definizione di cui all'art. 18, lett. e), la locuzione "*falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore*" si legge nel senso che la pratica commerciale deve essere idonea ad "*alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso*". Da una prima analisi della normativa in esame, emerge come questa tuteli la libertà di scelta del consumatore, quindi vi è un'interpretazione sistematica della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette²¹⁰.

La dottrina ha peraltro ritenuto inadeguata la scelta di riferire alle pratiche commerciali il termine "falsa". Infatti, se una pratica commerciale può essere idonea a falsare la condotta del consumatore, è difficile ipotizzare come essa possa considerarsi falsa²¹¹, sarebbe stato più appropriato, forse, descriverla come "idonea a falsare". In questo senso, è condivisibile la posizione della dottrina che ha sostenuto che la falsa condotta si riferisca al caso in cui l'idoneità ad indurre in errore abbia manifestato i suoi effetti, in contrapposizione con l'idoneità (solo) potenziale a falsare indicata dalla seconda locuzione²¹². Si può considerare in tal senso, a titolo esemplificativo, il caso Ferragni, menzionato nel capitolo precedente.

210 M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 54.

211 E. GUERINONI, *op. cit.*, p. 106.

212 G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 113.

Una parte della dottrina e della giurisprudenza hanno individuato, nella pratica commerciale scorretta, un'ipotesi di illecito di pericolo operante in funzione general-preventiva per garantire la libertà di autodeterminazione del consumatore nel mercato. Tale libertà deve essere intesa in senso economico, ossia relativa ad un rapporto a carattere patrimoniale tra il consumatore ed il professionista²¹³. Ciò non vuol dire che il pregiudizio ipotizzabile in seguito alla pratica commerciale scorretta debba necessariamente essere di tipo patrimoniale, poiché è necessaria e sufficiente l'alterazione della volontà, indipendentemente dal fatto che tale divergenza dalla condotta prevedibile abbia provocato un acquisto a condizioni meno vantaggiose o di prodotti di qualità inferiore alle attese²¹⁴. Tuttavia, sebbene si possa concordare con questa valutazione, in realtà è difficile ipotizzare che una violazione possa integrare i requisiti di rilevanza sociale che la norma prevede senza incidenza pratica.

Nella valutazione dell'incidenza della pratica commerciale scorretta è, comunque, rilevante il principio di proporzionalità al fine di evitare un'applicazione formalistica del divieto di pratiche commerciali scorrette in relazione a fattispecie che sono inidonee ad influire in modo rilevante sulle scelte del consumatore²¹⁵.

In tal senso, la dottrina ha evidenziato come la scelta del legislatore consista nel rifiutare l'alternativa tra l'incidenza della pratica sul singolo consumatore ed il numero di consumatori sui quali la pratica può produrre l'effetto, suggerendo, invece, di considerare gli effetti di una pratica scorretta, attraverso una riflessione che compari il valore economico dell'operazione svolta sui consumatori con i costi che sarebbero richiesti al professionista al fine di evitare la condotta controversa²¹⁶. Pertanto, ogni comportamento scorretto avrà rilevanza specifica la cui valutazione dovrà essere ragionevole al fine di bilanciare la tutela del consumatore con le esigenze di concorrenza del mercato unico. Al fine di prevenire applicazioni eccessivamente rigoristiche ovvero una lettura troppo permissiva della disciplina, tuttavia, è necessario sviluppare degli *standard* d'interpretazione dell'art. 20, in modo da garantire coerenza alla valutazione delle condotte professionali nei confronti dei consumatori. In particolare, la dottrina ha evidenziato come dovranno conside-

213 G. DE CRISTOFARO, «Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori», in *Le Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2008, p. 1086.

214 V. MELI, *Voce pratiche commerciali scorrette*, 2012, disponibile al sito www.treccani.it.

215 M. LIBERTINI, «Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette», in AA. VV. *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Padova, 2008, p.27ss.

216 V. MELI, «“Diligenza professionale”, “consumatore medio” e regola de minimis nella prassi dell'Agcm e nella giurisprudenza amministrativa», in MELI V., MARANO P. (a cura di), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, UTET, Torino, 2011, p. 38.

rarsi estranee al divieto tutte le molestie inidonee ad influire sulla scelta del consumatore: si pensi alla distribuzione di volantini per strada con interPELLI moderati al passante. Al di sopra di tale soglia, la scorrettezza di una pratica, da intendersi come idoneità ad alterare le decisioni del consumatore, potrà presumersi quando sia idonea a suscitare attenzione nel consumatore. Sebbene il giudizio sulla rilevanza della condotta svolga un ruolo centrale nella valutazione circa la scorrettezza di una pratica, la giurisprudenza comunitaria ha attribuito rilevanza al numero di consumatori coinvolti quale elemento univocamente sintomatico dell'incidenza della condotta imprenditoriale. Invece, nelle ipotesi in cui il numero di consumatori coinvolti è esiguo, spesso la medesima giurisprudenza non ha ritenuto tale elemento idoneo ad escludere il giudizio di scorrettezza, facendo leva sul potenziale diffusivo della pratica che avrebbe potuto averlo.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la sentenza del 16 aprile 2015²¹⁷, ha riformulato il concetto di "pratica commerciale sleale" in modo radicalmente diverso rispetto a quanto stabilito dal precedente approccio interpretativo, di fatto allargando in modo rilevante il campo di applicazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali esercitate dalle imprese nei confronti dei consumatori.

L'orientamento prevalente prima di tale decisione della CGUE, scaturente da una serie di precedenti interventi dell'ultimo decennio in materia, definiva il concetto di "pratica" frutto di una serie di comportamenti reiterati da parte dell'impresa commerciale nei confronti del consumatore, inteso in senso generale.

Con la sentenza in esame, la CGUE ha cassato in modo definitivo tale originario approccio, precisando che "la direttiva non fissa alcuna soglia, in termini di frequenza oppure di numero dei consumatori" coinvolti avuto riguardo alla rilevanza o meno della pratica ai fini della possibilità, per il consumatore, di accedere alle misure di protezione ad esso concesse.

L'unico requisito necessario affinché la pratica concreta possa essere inquadrata come ingannevole, o più in generale, sleale, è rappresentato dalla sua idoneità a far assumere al consumatore una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe mai preso.

La Corte, pertanto, con detta decisione ha ritenuto non rilevante il fatto che l'azienda abbia tenuto la condotta, in modo non intenzionale, un volta sola e nei confronti di un solo consumatore, e che il danno arrecato sia irrisorio.

Alcune considerazioni di massima possono fin d'ora essere espresse in relazione alla ricostruzione fin qui proposta.

La prima riflessione riguarda il fatto che l'incidenza sulle scelte del consumatore, di cui alla lett. e) dell'art. 18, parlando esclusivamente di alterare

217 CGUE, prima Sez, Sent. del 16 aprile 2015 causa C388/1, in www.curiaeuropa.eu.

le capacità del consumatore di prendere decisioni consapevoli, è rilevante nella sostanza solo sotto il profilo informativo. Pertanto, potranno considerarsi scorrette solo quelle pratiche che influiscano sulle informazioni di cui i consumatori necessitano per decidere "con cognizione di causa"²¹⁸, mentre le pratiche commerciali che incidono sulla capacità di scelta del consumatore, senza compromettere il profilo informativo, sono scorrette soltanto se sussumibili come pratiche commerciali aggressive di cui all'art. 24 del Codice del Consumo o se rientranti in una delle "blacklist". Tuttavia, se da una parte l'ambito operativo della normativa in esame avente rilievo informativo può restringerne l'ambito di applicazione, dall'altra, invece, permette anche una lettura estensiva che riconosce il "diritto alla decisione informata" del consumatore ed un obbligo del professionista di fornire allo stesso tutte le informazioni necessarie a colmare l'asimmetria informativa²¹⁹. La seconda riflessione riguarda, invece, il rapporto tra l'attitudine della pratica ad indurre il consumatore a prendere una decisione diversa da quella che egli avrebbe preso in assenza di tale stimolo, e l'idoneità della pratica ad alterare la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole. La terza riflessione concerne la rilevanza dello stato soggettivo del professionista nell'ambito della pratica commerciale scorretta: è necessario che la pratica scorretta sia intenzionalmente posta in essere dal professionista allo scopo di alterare il comportamento del consumatore, ovvero rileva esclusivamente che la pratica sia oggettivamente idonea a produrre tale alterazione? La trasposizione italiana della direttiva, così come quella portoghese e francese, sembrano deporre a favore di una valutazione oggettiva, mentre la disciplina inglese, tedesca e spagnola sembrano opposte, facendo riferimento all'interesse del professionista ad orientare la condotta del consumatore. Sebbene, dunque, non vi sia una posizione univoca sul punto, l'opzione soggettivista comporta una notevole diminuzione dell'applicazione dell'art. 20 del Codice del Consumo ed ulteriori obblighi di verifica in capo all'autorità indagante.

Alla luce degli elementi esaminati nei sopra, emerge che la norma sulle pratiche commerciali scorrette di cui all'art. 20 del Codice del Consumo, presenta significativi margini di incertezza: le nozioni in essa contenute, infatti, sono esposte a valutazioni discrezionali e variano in base ai casi concreti e sono inidonee a rappresentare la base concreta di esercizio della disciplina. Non a caso l'Autorità Garante tende a ricondurre le pratiche commerciali scorrette tra le pratiche commerciali ingannevoli, di cui agli artt. 21 e 22 del Codice del Consumo, ovvero aggressive, disciplinate negli artt. 24 e 25 del medesimo codice: tali disposizioni forniscono elementi chiari al fine di procedere all'in-

218 G. DE CRISTOFARO «Art. 20 cod. Cons.», in DE CRISTOFARO E ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)*, Padova, 2014, p. 159; CGCE, Sent. n. 859 del 19 dicembre 2013, in www.deffinanze.it.

219 P. BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali scorrette e il contratto: un'evoluzione del principio di trasparenza*, in AA. VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007.

quadramento dei casi concreti e rifuggono la multiforme discrezionalità interpretativa che l'art. 20 presenta²²⁰. Pertanto, la norma generale ha una valenza essenzialmente residuale ed un tale risultato sembra ragionevole in relazione alle premesse che erano state fatte in relazione alla *ratio* della norma: posto che questa abbia la funzione essenziale di orientare l'interpretazione delle disposizioni più specifiche, e altresì di fungere da "norma contenitore" per i casi che esulano dalle norme di dettaglio, una formulazione generica era auspicabile. Infatti, da una parte questa vaghezza può essere ritenuta foriera di incertezza, dall'altra parte, invece, permette alla disciplina di svolgere la sua funzione di tutela anche durante la rapida evoluzione delle condotte commerciali.

4. Dalla normativa europea sulla protezione del consumatore alle piattaforme digitali

4.1. Applicabilità al settore *online*

La direttiva CEE 2009/25/CEE ha un ambito di applicazione molto vasto, che comprende in definitiva la totalità delle operazioni commerciali delle imprese nei confronti dei consumatori, sia tradizionali sia online. È neutrale dal punto di vista tecnologico e si applica a prescindere dal canale, dal mezzo o dal dispositivo usato per porre in essere una pratica commerciale delle imprese nei confronti dei consumatori.

In tale novero, dunque, rientrano anche le attività *online*, sia di promozione che di conclusione contrattuale, così come l'esecuzione del rapporto giuridico instaurato nell'ambito della rete²²¹.

220 A. SACCOMANNI, «Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE», in AA. VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007, p. 165. AGCM, Prov. n. 17516 del 18 ottobre 2007, in Boll. 39/2007 (Accademia delle Belle Arti di Mendicino); AGCM, Prov. n. 17356 del 13 settembre 2007, in Boll. 34/2007 (Annuncio Offerta di lavoro su Secondamano); AGCM, Prov. n. 18627 del 17 luglio 2008, in Boll. 28/2008 (Vodafone-Internet Key); AGCM, Prov. n. 18625 del 17 luglio 2008, in Boll. 28/2008 (Aquilus piscine Numero verde); AGCM, Prov. n. 18589 del 10 luglio 2008, in Boll. 28/2008 (Hotel Antille di Venezia). AGCM, Prov. n. 18401 del 21 maggio 2008, in Boll. 20/2008 (Neomobile-Servizi in abbonamento al 48278). AGCM, Prov. n. 18674 del 24 luglio 2008, in Boll. 29/2008 (Stargame-Chiama e vinci); AGCM, prov. n. 18540 del 19 giugno 2008, in Boll. 24/2008 (H3G Scendi in campo con "3")

221 C. TWIGG-FLESNER, «Conformity of Goods and Digital Content/Services», in AA.VV., *El derecho privado en el nuevo paradigma digital, arroyo amayuelas, E y cámara lapuente*, a cura di S. MARCIAL, *Pons. Collegi de Notaris de Catalunya*, Madrid, 2020, p. 52, il quale sottolinea che la protezione dei consumatori è brevemente menzionata nella cdo 8 della DCD quando si afferma che i consumatori dovrebbero godere di diritti armonizzati nella fornitura di contenuti e servizi digitali che garantiscano loro un elevato livello di protezione. Questo livello elevato di protezione era già previsto dall'art. 114, paragrafo 3 del TFUE, in

4.2. Le piattaforme digitali

Il termine “*piattaforma*” non è definito nella direttiva e il suo uso non ha alcuna incidenza sull’applicazione della stessa. Il termine, tuttavia, può essere utile per descrivere alcuni modelli commerciali emergenti nell’ambito dell’economia digitale. Il termine “*piattaforme online*”, generalmente utilizzato per indicare tutti i “*servizi della società dell’informazione*”²²², sono sistemi dotati di una particolare infrastruttura che, sostanzialmente, consentono di replicare nel mercato virtuale le tradizionali interazioni tra fornitori e utenti ai fini della fornitura di prodotti, servizi, contenuti digitali e informazioni online.

Le piattaforme *online* funzionano però in base a molti modelli commerciali diversi: il loro comportamento consente agli utenti di consultare informazioni fornite da terzi e facilitare, spesso dietro un corrispettivo, le transazioni contrattuali tra professionisti terzi e consumatori, al fine di pubblicizzare e vendere, anche per conto proprio, vari tipi di prodotti e servizi, compresi i contenuti digitali. È altresì opportuno distinguere tra piattaforme che consentono semplice accesso all’*hosting* e quelle che invece offrono funzionalità aggiuntive, specie per comprendere le implicazioni legali ed etiche, nonché le responsabilità associate a ciascun tipo di piattaforma.

Le prime sono quelle che principalmente si focalizzano sulla fornitura di servizi di base come l’allocazione di uno spazio *web* o l’accesso a strumenti di gestione di base; mentre le seconde offrono una vasta gamma di servizi e strumenti avanzati, come *forum*, contatori, supporto per diversi linguaggi di programmazione, strumenti avanzati di gestione del sito e funzionalità di indicizzazione e ricerca avanzate.

L’attuale evoluzione dell’economia digitale è quindi caratterizzata dall’emergere di un ecosistema basato su piattaforme di prodotti e servizi digitali che si stanno sviluppando attraverso una combinazione di misurazioni diffuse e continue e raccolta di dati da parte dell’Internet delle cose, dai sistemi di automazione, dispositivi onnipresenti e connessi ad Internet che hanno invaso le nostre case. Questo sta generando *pool di big data* che possono essere estratti e analizzati per modelli e correlazioni che altrimenti rimarrebbero nascosti. I risultati possono essere inseriti in sistemi in cui l’intelligenza artificiale²²³, l’apprendimento automatico e il processo decisionale automatizzato li utilizzano per aggiornare singoli elementi o persino l’intero sistema.

quanto il consumatore deve godere di un livello di protezione elevato.

222 Così E. BATELLI, «Questioni aperte in materia di contrattazione nelle piattaforme» online, in *Contratti*, 5, 2022, p. 563.

223 F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali regolazione*, Torino, 2018, ed. digit.; A. SIMONCINI, *L’algoritmo costituzionale: intelligenza artificiale e il futuro della libertà*. *Bio-Law Journal*, 2019, I, p. 27 ss.

Le piattaforme ospitate da *player* come Alibaba, Amazon, Apple, Facebook, Google, Microsoft e tanti altri ancora hanno già messo al centro dei loro di *business* i *big data*, in quanto possono fornire nuove fonti di conoscenza, innovazione e profitti, se analizzati in modo efficace. Ad esempio, i dati raccolti che riguardano i comportamenti degli utenti su una data piattaforma (se visualizza un dato prodotto, se inserisce un articolo sul carrello, etc.) consentono alle aziende di progettare strategie pubblicitarie personalizzate o posizionare meglio i loro prodotti, al fine di favorire maggiori transazioni online. In altre parole, i dati personali possono essere considerati come un vero e proprio bene economico generato dalle identità e dai comportamenti degli individui, che viene scambiato in cambio di servizi e prodotti di qualità superiore.

Un altro esempio è quello dei motori di ricerca che si suddividono in tre principali categorie²²⁴: i “*generalisti*” come Google e Bing che sono progettati per cercare informazioni su una vasta gamma di argomenti in tutto il mondo web; i “*data searching*” come Google Dataset Search o Data.gov, ossia strumenti *online* specializzati nella ricerca e nell’indicizzazione di dati e informazioni specifiche (ad esempio, statistiche, *dataset*, documenti scientifici, dati governativi, informazioni finanziarie e altre risorse di dati strutturati), ampiamente utilizzati da rivenditori online come Amazon o Expedia per aiutare i loro clienti a trovare facilmente i prodotti o servizi desiderati all’interno della vasta gamma di offerte disponibili sulle loro piattaforme e, infine, i “*metasearch engines*” (in italiano “*aggregatori dei motori di ricerca*”) che consentono agli utenti di effettuare ricerche su più motori di ricerca contemporaneamente (ad esempio, DuckDuckGo, MetaGer e Dogpile).

Ebbene, tutte le informazioni raccolte e utilizzate dai motori di ricerca, possono essere sfruttate dalle aziende per massimizzare i loro profitti in diversi modi: ricerche di mercato, pubblicità online, ottimizzazione per i motori di ricerca (SEO), analisi della concorrenza, ricerca di *feedback*, sviluppo e aggiornamento costante dei contenuti e personalizzazione dell’esperienza dell’utente.

Interessante, a tal proposito è come Google ha implementato nel corso degli ultimi anni la sua piattaforma pubblicitaria tramite due principali strumenti: AdWords e AdSense.

Il primo è un servizio pensato per le aziende che desiderano promuovere i loro prodotti o servizi attraverso gli annunci visualizzati agli utenti di Google durante le ricerche. Il funzionamento di AdWords è basato su algoritmi sofisticati che considerano la parola chiave di ricerca dell’utente e il suo profilo, che include preferenze e cronologia di navigazione. Quando un utente effettua una ricerca, scatta un processo chiamato “*advertising*” e ciò significa che Google avvia un’asta online (gestita internamente) tra gli inserzionisti

224 F. BERNABÈ, *Libertà vigilata: Privacy, sicurezza e mercato nella rete*, Roma-Bari, 2012, p. 10-11.

che vogliono mostrare annunci correlati alla *query* dell'utente. Questa asta mira a ottenere il miglior rapporto tra l'annuncio pubblicitario, il profilo dell'utente e il budget dell'inserzionista. AdWords consente poi agli inserzionisti di impostare un *budget* massimo da spendere in un determinato periodo e una cifra massima da pagare per ogni visualizzazione dell'annuncio da parte di un utente specifico.

AdSense è, invece, un servizio rivolto ai proprietari di siti *web* che desiderano guadagnare denaro attraverso la pubblicità, ossia monetizzare attraverso il proprio traffico *online*. I siti *web* possono incorporare annunci di AdSense e, quando gli utenti visitano queste pagine e interagiscono con gli annunci, il proprietario del sito guadagna denaro. Gli annunci mostrati sono selezionati in base al contenuto del sito web e al comportamento degli utenti.

In entrambi i servizi, Google utilizza algoritmi complessi per massimizzare l'efficacia della pubblicità, cercando di fornire agli utenti annunci rilevanti, tenendo conto delle preferenze dell'utente e del *budget* dell'inserzionista. Questo processo avviene in tempo reale ed è completamente gestito da Google.

Da ciò si comprende maggiormente come i dati digitali sono diventati un *input* essenziale nel processo decisionale, nei processi di produzione, nelle transazioni e nella gestione delle relazioni in una fascia sempre più ampia dei settori agricolo, manifatturiero e dei servizi. Il valore economico di tali dati emerge quando gli stessi vengono trasformati in "intelligenza digitale" perché con i nuovi modelli di *business* che sono emersi, le piattaforme digitali globali creano valore aggregando e analizzando i dati.

Questo valore può quindi essere *monetizzato* in vari modi, di cui di seguito si riportano alcuni esempi:

- I dati degli utenti della piattaforma possono essere sfruttati per fornire servizi pubblicitari mirati (ad esempio, Google e Facebook);
- I dati dell'Internet delle cose e quelli raccolti da altri dispositivi possono essere utilizzati per supportare innovazione e per rendere più efficienti le catene di approvvigionamento (ad esempio, Caterpillar e Rolls Royce);
- Le piattaforme di e-commerce possono utilizzare i dati raccolti da venditori e acquirenti sulle loro piattaforme per offrire servizi migliori o aumentare le tariffe per l'utilizzo delle piattaforme (ad esempio, eBay, Jumia ed Amazon); e, infine,
- Le aziende possono vendere o affittare, come servizio, l'infrastruttura o il software necessari per operare in un'economia basata sui dati (ad esempio, Amazon Web Services).

Da quanto sopra riportato, si evince che il valore economico dei dati personali non è certamente *unico*, bensì "contestuale" ovvero non standardizzato, poiché dipende da diversi fattori (ad esempio, elementi rilevanti sono come e per quali scopi i dati personali vengono elaborati, nonché se adottiamo la pro-

spettiva dell'azienda o del consumatore). In poche parole, possono ascrivere al tema della "commercializzazione" dei dati una serie variegata di ipotesi che però in comune l'attribuzione di un rilievo economico del dato personale²²⁵. Quindi, in questa categoria possono rientrare non solo diversi modelli di *business* attuati dalle piattaforme digitali, ma anche diversi modelli di circolazione dei diritti. Inoltre, ognuna di queste fattispecie può includere condotte rilevanti ai sensi tanto della normativa sulla protezione dei dati personali che della disciplina consumeristica²²⁶.

Poiché la direttiva si applica soltanto alle pratiche B2C, per stabilire se sia applicabile al fornitore di una determinata piattaforma online, occorre innanzitutto valutare se la piattaforma abbia i requisiti di "professionista" ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della direttiva. In linea di massima giova anticipare che la risposta sarà positiva, anche a ritenere gratuita la piattaforma, sempre di gratuità interessata, in linea di massima, si tratterà.

Sulla base di una valutazione caso per caso, il fornitore di una piattaforma può comunque agire nel quadro della sua attività economica ogniqualvolta che, per esempio, addebita una commissione su un'operazione commerciale tra un fornitore e un utente, fornisce servizi supplementari a pagamento o realizza introiti derivanti dalla pubblicità mirata²²⁷.

Ad esempio, in una decisione del 19 dicembre 2014, l'Autorità italiana garante della concorrenza e del mercato ha stabilito che un intermediario di viaggi online era un "professionista", in relazione ad alcune asserzioni presentate sul suo sito Internet italiano. Il ruolo della società non si limitava alla memorizzazione di informazioni sulla propria piattaforma, ma comportava anche un'attività di classificazione e sistematizzazione delle informazioni relative a strutture alberghiere, ristoranti e attrazioni turistiche. In particolare, l'impresa forniva un servizio di confronto di strutture turistiche²²⁸.

In secondo luogo, per stabilire se la direttiva sia applicabile occorre valutare se il fornitore della piattaforma pone in essere "pratiche commerciali delle imprese nei confronti dei consumatori" ai sensi dell'art. 2, lettera d), nei

225 G. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Informazione e big data tra innovazione e concorrenza*. Milano, Giuffrè, 2017, ed. digit.; V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 1181-1212; G. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Torino, 2020, ed. digit.

226 C. ALVISI, «Dati personali e diritti dei consumatori», in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 669 ss.

227 M. CUENA CASAS, «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», in *Cuadernos De Derecho Transnacional*, 12(2), p. 327 e ss.

228 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Decisione PS9345, *Tripadvisor*, del 19 dicembre 2014, punti 87-89. Questa parte specifica della decisione dell'AGCM è stata confermata dal Tribunale amministrativo Regionale per il Lazio il 13 luglio 2015, Sezione I, Sentenza n. 09355.

riguardi di utenti, quali fornitori e destinatari, che si qualificano come “*consumatori*” ai sensi dell’art. 2, lettera a), della direttiva in esame.

Una piattaforma che si qualifica come “professionista” dovrà, come evidente, rispettare le norme dell’UE in materia di diritto commerciale e dei consumatori nell’ambito delle proprie pratiche commerciali. In particolare, i professionisti sono soggetti agli obblighi di trasparenza di cui agli articoli 6 e 7 della direttiva, che impongono loro di astenersi dal compiere azioni e omissioni ingannevoli nell’ambito della promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori.

Inoltre, ai sensi dell’art. 5, paragrafo 2, della direttiva, tutti i fornitori di piattaforme che abbiano i requisiti di “professionisti” devono rispettare le norme di diligenza professionale nelle loro pratiche commerciali nei confronti dei consumatori. Della diligenza si è già detto, potendo in questa sede solo precisare che ai sensi dell’art. 2, lettera h), della direttiva, per “*diligenza professionale*” si intenderà il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori rispetto a pratiche di mercato oneste o corrette, così come ossequiose del principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista.

Gli obblighi di diligenza professionale di tali professionisti nei confronti dei consumatori ai sensi della direttiva si differenziano, pur essendo complementari, dal regime di esonero dalla responsabilità istituito dall’art. 14 della direttiva sul commercio elettronico per le informazioni illecite ospitate da un prestatore di servizi su richiesta di terzi.

In particolare, l’art. 14, paragrafo 1, è invocato di frequente da alcune piattaforme, le quali sostengono di agire in qualità di semplici intermediari che prestano servizi di “*hosting*”, secondo la definizione fornita in detta disposizione, e di non essere quindi responsabili delle informazioni memorizzate. Va da sé che l’attività di *mere conduit* e la protezione che essa riconoscerebbe alla pretesa di diligenza del professionista non può essere accolta, dovendo lasciare il passo alla disciplina consumeristica ogni qualvolta (come spesso accade) la piattaforma abbia un interesse economico nella presenza dell’utente, anche se sotto la nota formula della gratuità interessata, ad esempio nel caso dei *social network*, come si avrà modo di chiarire di seguito²²⁹.

229 G. MINERO ALEJANDRE, «¿Responsabilidad de Amazon por las ventas concertadas por terceros en su marketplace? Estudio de la cuestión a fecha de 2021 y perspectivas de futuro», in *Revista CESCO*, 2021, n. 37, pp. 34 e ss. che ravvisa un esempio della fattispecie descritta nel caso della piattaforma che, pur non ponendo in essere la condotta illecita consistente, ad esempio, nella messa in vendita dei prodotti oggetto dell’accordo, collabora però indirettamente ma consapevolmente alla condotta illecita, e non agisce efficacemente per rimuovere le descrizioni di prodotti non corrispondenti alla realtà o non si attiva per il blocco dell’account del venditore utilizzato per la commercializzazione di

4.2.1. Le novità introdotte dalla Direttiva 2019/2161

Sull'argomento delle recensioni, prima accennato, è decisamente dirimente la novità introdotta dalla direttiva 2019/2161/UE²³⁰ che ha introdotto il paragrafo 6 all'art. 7 («Omissioni ingannevoli») della direttiva 2005/69/CE, il quale recita quanto segue: *“Se un professionista fornisce l'accesso alle recensioni dei consumatori sui prodotti, sono considerate rilevanti le informazioni che indicano se e in che modo il professionista garantisce che le recensioni pubblicate provengano da consumatori che hanno effettivamente acquistato o utilizzato il prodotto”*.

Una disposizione che ha dunque come obiettivo quello di garantire che le recensioni pubblicate sui prodotti siano autentiche e verificate, al fine di proteggere i consumatori dalle pratiche commerciali ingannevoli. In questo modo, infatti, è possibile finalmente porre fine a quei casi in cui i professionisti pubblicavano recensioni false o non verificate sui loro prodotti con la finalità di ingannare i consumatori e aumentare la loro reputazione sul mercato. Ad esempio, in Italia, l'AGCM (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato)²³¹ ha condannato nel 2014 una società per non essersi attivamente adoperata a verificare l'autenticità delle recensioni pubblicate sui suoi prodotti o ad informare i propri utenti circa l'assenza di idonee garanzie sull'attendibilità delle stesse. Nello specifico, la società condannata sfruttava le recensioni positive, spesso false o non verificate, per aumentare la reputazione dei propri prodotti sul mercato, in modo da indurre i consumatori a effettuare acquisti.

Questo è un chiaro esempio di come la nuova disposizione introdotta dalla direttiva del 2019 (che richiede al professionista di garantire l'autenticità delle recensioni pubblicate) sarebbe stata utile per proteggere i consumatori dalle pratiche commerciali ingannevoli di questa società e di altri operatori sul mercato²³².

Si noti, tuttavia, che la norma in questione non richiede l'implementazione di un sistema di verifica o di certificazione delle recensioni nei processi di raccolta e pubblicazioni, ma si “limita” ad obbligare i professionisti ad informare in modo specifico i consumatori che, non avendo adottato alcun procedimento per verificare l'autenticità e l'attendibilità delle recensioni rese dagli altri utenti, non posso fornire alcuna garanzia in merito ai loro contenuti (ad

prodotti non conformi al contratto.

230 Con riferimento alla Spagna, si rinvia a B.B. DEL SAGRARIO, «Mayor transparencia en las transacciones realizadas a través de mercados en línea: novedades en el real decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre», in *Revista CESCO*, 2021, n. 40, p. 38 e ss.

231 AGCM, 22/12/2004, n. 25237, in *Foro it.*, III, 2015, p. 3 ss.

232 M. WINNER, «La regulación jurídica de los contratos celebrados a través de plataformas: el Derecho europeo», febrero 26-2020, in <https://almacenederecho.org/la-regulacion-juridica-de-los-contratos-celebrados-a-traves-de-plataformas-el-derecho-europeo>.

esempio, in merito alle caratteristiche, alle funzionalità, ai pregi o persino a difetti che un dato prodotto presenta).

Per ottemperare a questa normativa, gli e-commerce dovranno inserire una dicitura, ad esempio accanto al box delle recensioni e nei termini e condizioni, che specifica l'assenza di garanzie sull'attendibilità delle opinioni degli altri utenti. Seppure possa sembrare una operazione "banale", si tratta invece di un significativo passo in avanti per consentire ai consumatori di fare scelte più informate e non essere indotti automaticamente dall'opinione di altre (sconosciute) persone. Ad ogni modo, nulla impedisce ai gestori delle piattaforme *online* di adottare ulteriori misure di controllo, come la verifica delle identità degli acquirenti ed il monitoraggio dei contenuti pubblicati, per garantire la trasparenza e l'affidabilità delle recensioni.

In sintesi, alla luce delle nuove disposizioni introdotte dalla direttiva 2019/2161/UE (Direttiva "Omnibus"), si comprende quanto segue:

- È vietata ogni forma di manipolazione delle recensioni, come ad esempio la selezione delle sole recensioni migliori o l'estrapolazione dei commenti e dei *like* dai *social* non verificati;
- Se una recensione è stimolata dalla corresponsione di un premio o di un buono sconto, questo deve essere segnalato nella recensione stessa, inserendo la dicitura tra parentesi;
- Le piattaforme *online* non possono incitare raccomandazioni positive e devono essere in grado di dimostrare, in caso di controllo da parte dell'autorità, che le recensioni pervengono da acquirenti reali;
- È vietato attribuire, o forzare, una recensione positiva su prodotti diversi da quelli a cui era destinata.

La Direttiva Omnibus viene recepita nel nostro ordinamento a seguito dell'entrata in vigore del D. Leg.vo n. 26/2023²³³.

Scopo della Direttiva, nata nell'ambito dell'iniziativa UE "New Deal for Consumers", è quello di migliorare il sistema normativo europeo in materia di protezione dei consumatori rispetto all'evoluzione digitale intervenuta sul mercato online.

L'obiettivo principale è quello di arginare il fenomeno delle pratiche commerciali scorrette realizzate mediante la manipolazione delle informazioni in gradi di influire sulla capacità del consumatore di adottare le proprie decisioni di acquisto.

233 D. Lgs. n. 26 del 7 marzo 2023, n. 26, recante "Attuazione della direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori".

A seguito del recepimento della Direttiva Omnibus nel nostro ordinamento giuridico, il Codice del Consumo ha subito una serie di rilevanti modifiche ed integrazioni relativamente al contesto dell'e-commerce, per la cui disciplina sia il Parlamento che il Consiglio Europeo hanno adottato una linea rigorosa basata sul principio della trasparenza.

Le principali novità introdotte dal Decreto di attuazione riguardano:

la trasparenza nell'informare i consumatori, soprattutto negli annunci di riduzione del prezzo di un prodotto, dove sarà obbligatorio indicare altresì il prezzo più basso praticato dal professionista nei 30 giorni precedenti;

le pratiche commerciali scorrette, grazie all'introduzione della nuova tipologia di pratica, c.d. "ingannevole", quando in uno degli Stati membri si pubblicizza un bene definendolo identico ad un altro commercializzato in un altro Stato membro, nonostante la sostanziale diversità tra i due, sia sotto l'aspetto della sua composizione, che delle sue caratteristiche;

il regime sanzionatorio, che prevede un aumento da 5 a 10 milioni di euro del massimo edittale delle sanzioni comminabili dall'AGCM in caso di pratica commerciale scorretta. Vengono inoltre introdotte sanzioni anche in caso di utilizzo di clausole vessatorie, ed i consumatori avranno la possibilità di agire a propria tutela presso il giudice ordinario, anche ai fini risarcitori.

Proseguendo con l'analisi dell'art. 18 del Codice del consumo, si rileva che le lettere f) e g) introducono poi la definizione di "codice di condotta" (che verrà ripreso nell'art. 27) e "responsabile del codice". Tali definizioni individuano un profilo della disciplina delle pratiche commerciali di estremo interesse: si tratta della normativa relativa ai codici di condotta intesi quali codici di autodisciplina.

4.3. Articolo 14, paragrafo 1 della direttiva 2000/31. La Direttiva sul commercio elettronico: "Hosting"

L'art. 14, paragrafo 1 della Direttiva 2000/31/CE riguardante il Commercio elettronico prevede che,

"1. Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:

- a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, o
- b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso".

Inoltre, l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva sul commercio elettronico vieta agli Stati membri di imporre ai "prestatori di servizi di hosting" un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che memorizzano o di ricerca attiva di fatti e circostanze.

4.4. Articolo 15, paragrafo 1 della direttiva 2000/31. La Direttiva sul commercio elettronico: assenza dell'obbligo generale di sorveglianza

L'art. 15, paragrafo 1 della Direttiva 200/31/CE riguardante il commercio elettronico dispone che *"Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite"*.

Le disposizioni succitate della direttiva sul commercio elettronico hanno un vasto ambito di applicazione e riguardano vari tipi di informazioni illecite ospitate dalle piattaforme, tra cui le informazioni che violano il diritto dei consumatori, le informazioni che violano le norme in materia di diritto d'autore, gli incitamenti all'odio, i contenuti criminosi, quali il terrorismo, abusi sessuali su minori, le dichiarazioni diffamatorie, ecc., nonché le informazioni riguardanti attività illecite.

È stato in tal senso chiarito che il ruolo delle piattaforme in generale va valutato di volta in volta, valorizzando il ruolo concreto degli intermediari²³⁴.

La Corte di Lussemburgo costituisce indubitabile guida nell'esaminare questo aspetto della materia, avendo fornito un'interpretazione dell'art. 14, paragrafo 1, della direttiva sul commercio elettronico in varie cause riguardanti la responsabilità dei prestatori di servizi di hosting, in particolare nelle cause riunite da C-236/08 a C-238/08, *Louis Vuitton* e nella causa C-324/09, *L'Oréal*²³⁵, nella quale ha concluso che detto articolo: *"deve essere interpretato nel senso che esso si applica al gestore di un mercato online qualora non abbia svolto un ruolo attivo che gli permetta di avere conoscenza o controllo circa i dati memorizzati. Detto gestore svolge un ruolo siffatto allorché presta un'assistenza che consiste in particolare nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita di cui trattasi o nel promuoverle. Quando non ha svolto un ruolo attivo nel senso indicato al punto precedente e dunque la sua prestazione di servizio rientra*

234 La comunicazione "Le piattaforme online e il mercato unico digitale, Opportunità e sfide per l'Europa", adottata il 25 maggio 2016.

235 Richiamato anche da V.M. COLLÍ EK, «¿Libertad de expresión o responsabilidad? ¿Cuándo, en el caso de portales sobre noticias, de acuerdo con la Corte Europea de Derechos Humanos? Análisis y lecturas actuales», in *Cuestiones constitucionales*, 2015, n. 33.

nell'ambito di applicazione dell'art. 14, n. 1, della direttiva 2000/31, il gestore di un mercato online, in una causa che può comportare una condanna al pagamento di un risarcimento dei danni, non può tuttavia avvalersi dell'esonero dalla responsabilità previsto nella suddetta disposizione qualora sia stato al corrente di fatti o circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità delle offerte in vendita di cui trattasi e, nell'ipotesi in cui ne sia stato al corrente, non abbia prontamente agito conformemente al n. 1, lett. b), del suddetto art. 14".

D'altro canto, *"la mera circostanza che il gestore di un mercato online memorizzi sul proprio server le offerte in vendita, stabilisca le modalità del suo servizio, sia ricompensato per quest'ultimo e fornisca informazioni d'ordine generale ai propri clienti"* non lo priva della possibilità di avvalersi di tale esonero dalla responsabilità.

Per contro, il prestatore del servizio di hosting svolge un ruolo attivo, che gli impedisce di far valere tale esonero, tra l'altro, qualora *"abbia prestato un'assistenza consistente segnatamente nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita di cui trattasi e nel promuovere"* tali offerte.

La Corte è giunta a conclusioni analoghe nelle cause riunite da C-236/08 a C-238/08, *Louis Vuitton*, concernenti la vendita da parte di Google di parole chiave contenenti marchi definiti *"adwords"*²³⁶.

La valutazione per stabilire se un prestatore di servizi di hosting svolga un ruolo attivo o passivo, come spiegato dalla Corte, deve essere effettuata caso per caso. Sebbene spetti soltanto alla Corte pronunciarsi in via definitiva sull'interpretazione di questa disposizione del diritto dell'Unione, esiste una considerevole giurisprudenza degli organi giurisdizionali nazionali in materia, la quale tuttavia in molti casi assume direzioni opposte²³⁷.

236 Sentenza del 23 marzo 2010 nella causa C-238/08, *Louis Vuitton*, punti da 114 a 119 :*"al fine di verificare se la responsabilità del prestatore del servizio di posizionamento possa essere limitata ai sensi dell'art. 14 della direttiva 2000/31, occorre esaminare se il ruolo svolto da detto prestatore sia neutro, in quanto il suo comportamento è meramente tecnico, automatico e passivo, comportante una mancanza di conoscenza o di controllo dei dati che esso memorizza"*. La Corte ha altresì precisato che, nel contesto di tale esame, è rilevante *"il ruolo svolto dalla Google nella redazione del messaggio commerciale che accompagna il link pubblicitario o nella determinazione o selezione [delle] parole chiave"*.

237 Cfr. le differenze tra la sentenza del 16 maggio 2013 della Corte di giustizia federale tedesca nella causa *Stokke/eBay*, I ZR 216/11, nella quale un mercato online è stato considerato svolgere un ruolo attivo in quanto offriva la possibilità di acquistare direttamente dai collegamenti agli annunci online che presentava, e la sentenza del 22 maggio 2012 della Corte d'appello di Leeuwarden nella causa *Stokke/Marktplaats B.V.*, 106031/HA ZA 05211, nella quale il giudice olandese ha stabilito, nelle stesse circostanze, che un siffatto mercato online non svolgeva un ruolo attivo, bensì un ruolo neutrale tra i suoi clienti-venditori e i potenziali acquirenti, e di conseguenza offriva un servizio di hosting, di cui all'articolo 14 della direttiva sul commercio elettronico).

Conformemente alla giurisprudenza della Corte²³⁸, l'elemento fondamentale in queste decisioni è stata la capacità del fornitore della piattaforma di conoscere o controllare i dati memorizzati.

Ad esempio, in un caso riguardante un sito Internet di confronto dei prezzi che offriva il posizionamento dei prodotti tra i primi risultati della ricerca dietro versamento di una quota supplementare, il tribunale supremo francese ha respinto l'argomento secondo cui tale sito di confronto si qualificava come semplice prestatore di servizi di "hosting". Il giudice ha ritenuto che la piattaforma, posizionando i prodotti tra i primi risultati a fronte di un corrispettivo versato da professionisti terzi, promuoveva indirettamente tali prodotti e quindi agiva in veste di prestatore attivo di un servizio commerciale a tali professionisti²³⁹.

In una sentenza del 19 marzo 2015, la Corte di Giustizia Federale tedesca ha deciso che un sito di recensione di alberghi non era responsabile di una recensione pubblicata da un utente, nella quale si affermava che in un certo albergo "per 37,50 euro a notte a persona si può dormire in un letto con le cimici". Il proprietario dell'albergo aveva avviato un procedimento giudiziario nei confronti del sito di recensioni, chiedendo il risarcimento dei danni. Il giudice, tuttavia, ha ritenuto che il sito di recensioni non avesse promosso o divulgato attivamente la recensione dell'utente, ma avesse svolto un ruolo neutrale al riguardo. In tali circostanze, il giudice ha concluso che il sito di recensioni sarebbe stato responsabile del contenuto della recensione dell'utente soltanto se avesse violato l'obbligo specifico di effettuare controlli²⁴⁰.

Inoltre, l'art.1, paragrafo 3, della direttiva sul commercio elettronico precisa anche che, detta direttiva "completa il diritto comunitario relativo ai servizi della società dell'informazione facendo salvo il livello di tutela, in particolare, della sanità pubblica e dei consumatori, garantito dagli strumenti comunitari e dalla legislazione nazionale di attuazione nella misura in cui esso non limita la libertà di fornire servizi della società dell'informazione". Ciò significa che la direttiva sul commercio elettronico e la normativa sui consumatori in linea di principio si applicano in maniera complementare.

Come già chiarito, la differenza nella qualifica non è di poco momento. Infatti, ogni qualvolta una piattaforma online possa essere considerata un "professionista" ai sensi della direttiva stessa di cui all'art.2, lettera b, essa è tenuta a rispettare le norme di diligenza professionale di cui all'art. 5, paragrafo 2, nel settore di attività specifico di cui all'art. 2, lettera h e a non ingannare gli utenti/consumatori con azioni od omissioni, con riferimento, in particolare, all'art.6, paragrafo 1, lettera f, e all'art. 7, paragrafi 1 e 2.

238 Cause riunite da C-236/08 a C-238/08, *Louis Vuitton*, punto 113.

239 Cass. Com. 4 décembre 2012, 11-27729, *PublicitéSté Pewterpassion.com c/Sté Leguide.com*.

240 Corte di giustizia federale tedesca, I ZR 94/13 del 19 marzo 2015.

Le piattaforme considerate “professionisti” dovranno inoltre adottare misure adeguate che, senza costituire un obbligo generale di sorveglianza o di indagine²⁴¹, consentano però comunque ai professionisti terzi di rispettare gli obblighi imposti dalle norme dell’UE in materia di diritto commerciale e dei consumatori e agli utenti di capire esattamente con chi stiano stipulando un eventuale contratto.

A titolo esemplificativo consentire ai professionisti terzi interessati di indicare chiaramente che, nei confronti degli utenti della piattaforma, essi agiscono in qualità di professionisti o progettare la struttura del sito Internet in modo da permettere ai professionisti terzi di presentare le informazioni agli utenti della piattaforma in conformità delle norme dell’UE in materia di diritto commerciale e dei consumatori, in particolare, le informazioni di cui all’art. 7, paragrafo 4, della direttiva relative agli inviti all’acquisto.

Se gli intermediari online che rientrano nell’ambito di applicazione della direttiva non rispettano tali obblighi di diligenza professionale, ovvero promuovono, vendono o forniscono prodotti agli utenti in altra maniera sleale, si può considerare che violino le norme dell’UE in materia di diritto dei consumatori e non potranno invocare l’esonero dalla responsabilità dell’intermediario prevista dalla direttiva sul commercio elettronico per quanto riguarda i loro inadempimenti, in quanto tale esonero si applica soltanto alle informazioni illecite memorizzate su richiesta di terzi.

Ai punti seguenti si esaminano altre questioni legate al rispetto degli obblighi imposti dalla direttiva, tenendo conto dei modelli commerciali specifici sviluppati dai diversi tipi di piattaforme online emerse finora.

Non solo, risulta indispensabile, per poter dare efficacemente conto della protezione del consumatore – utente nella realtà digitale, una breve disamina delle principali “piattaforme *online*” in senso ampio intese, soffermandosi sulle principali caratteristiche di queste.

4.5. Le piattaforme di commercio elettronico

Le piattaforme di commercio elettronico, definite anche “mercati”, permettono ai clienti di acquistare prodotti offerti da professionisti terzi direttamente online, in alcuni casi in aggiunta ai propri, per esempio, Amazon o Pixmania. Alcuni mercati presentano soltanto offerte di venditori professionisti terzi, mentre altri presentano offerte di venditori sia privati sia professionisti, per esempio Ebay.

Un aspetto specifico di questi mercati è se essi siano responsabili in caso di difetto di conformità dei prodotti forniti da venditori terzi, compresa la mancata consegna.

241 Cfr. articolo 15, paragrafo 1, della Direttiva sul commercio elettronico.

Ora, i difetti di conformità sono disciplinati dalla direttiva relativa alla vendita e alle garanzie dei beni di consumo²⁴². Ai sensi degli artt. 3 e 5 di detta direttiva in esame, il *“venditore risponde al consumatore di qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene”* e che *“si manifesta entro il termine di due anni dalla consegna”*, cioè nel periodo coperto dalla garanzia legale. Il *“venditore”* è responsabile della non conformità dei beni al contratto. Ai sensi dell’art. 1, paragrafo 2, lettera c), della direttiva relativa alla vendita e alle garanzie dei beni di consumo, per venditore si intende una *“persona fisica o giuridica che in base a un contratto vende beni di consumo nell’ambito della propria attività commerciale o professionale”*.

Pertanto, la parte che deve porre rimedio al difetto di conformità, mediante riparazione, sostituzione, riduzione del prezzo o risoluzione del contratto, è la persona con la quale il consumatore conclude il contratto di vendita sul mercato. Chi sia tale persona dipende dalle circostanze specifiche del singolo contratto, ma nelle piattaforme citate *ut supra*, sarà di norma la piattaforma stessa.

Nondimeno, come illustrato al punto precedente, in base agli obblighi di diligenza professionale e di trasparenza di cui all’art. 5, paragrafo 2, lettera h), e agli artt. 6 e 7 della direttiva, qualsiasi piattaforma di commercio elettronico, nella misura in cui può essere considerata un *“professionista”*, deve adottare misure adeguate che consentano, fra l’altro, agli utenti di capire esattamente chi sia la controparte contrattuale e che la tutela prevista dalle norme dell’UE in materia di diritto commerciale e dei consumatori si applica soltanto nelle loro relazioni con fornitori che siano professionisti.

Un procedimento pendente dinanzi alla Corte determinerà se un intermediario – nella fattispecie, un intermediario tradizionale - possa essere ritenuto responsabile del difetto di conformità di un bene e dell’eventuale danno subito dal consumatore se, mediante un’azione o un’omissione, ha indotto il consumatore a credere di avere concluso il contratto con sé medesimo invece che con un venditore terzo.

In questa causa l’aspetto decisivo è se un intermediario professionista possa essere considerato parte di un contratto di vendita tra due consumatori, ai sensi della direttiva 1999/44/CE relativa alla vendita e alle garanzie dei beni di consumo, se non informa adeguatamente il consumatore-acquirente dell’identità e dello status del consumatore-venditore effettivo²⁴³.

242 Direttiva 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo

243 La questione è indubbiamente di interesse, sia per la responsabilità in sé (danno evento) che per la misura di questa (il danno conseguenza). La questione certo non appare semplice, richiedendo probabilmente un approccio *case by case*. Si confrontino le conclusioni dell’avvocato generale, del 7 aprile 2016, sulla questione pregiudiziale pendente nella causa C-149/15, nella quale l’intermediario ossia un’autorimessa non aveva informato adeguatamente il consumatore-acquirente riguardo all’identità e allo status del venditore effettivo prima dell’acquisto di un’automobile: <http://curia.europa.eu/juris/document/document>.

Si consideri il caso di un consumatore che acquista un computer portatile nuovo su un mercato online. Nell'invito all'acquisto e nelle informazioni pre-contrattuali è chiaramente indicato che il venditore non è il mercato stesso, bensì un professionista terzo. Il contratto stipulato viene chiaramente concluso tra il consumatore e il professionista terzo. Se in un secondo tempo il consumatore scopre un difetto di conformità al contratto del prodotto consegnato, il reclamo deve essere indirizzato al professionista terzo, non al gestore della piattaforma.

In una sentenza del 18 novembre 2015, l'alta Corte Danese ha considerato un'agenzia di viaggi online, la quale aveva agito in qualità di intermediario tra un consumatore e una compagnia aerea per l'acquisto di biglietti aerei, il venditore dei biglietti responsabile di risarcire il consumatore per la mancata fornitura del volo da parte della compagnia aerea. Il giudice ha concluso che il consumatore aveva ragione di supporre di avere acquistato i biglietti direttamente dall'agenzia di viaggi, poiché quest'ultima era stata il suo unico punto di contatto durante l'acquisto, aveva ricevuto il pagamento e fornito i biglietti. Anche in base all'impressione generale suscitata dalla pagina Internet dell'agenzia di viaggi era ragionevole che il consumatore ritenesse di acquistare i biglietti direttamente dall'agenzia (la sentenza si è però basata sul diritto contrattuale danese)²⁴⁴.

Un'altra pratica che può ingannare i consumatori è la vendita sui mercati del commercio elettronico di nomi di marchi come parole chiave, qualora ciò possa risultare fuorviante per quanto riguarda l'identità del professionista che offre effettivamente i prodotti.

Ad esempio, nella causa eBay contro L'Oréal²⁴⁵, la Corte ha concluso che, sebbene la pratica di un mercato online di permettere agli inserzionisti di acquistare parole chiave corrispondenti ai marchi dei loro concorrenti non violi il diritto dei marchi, le società che usano parole chiave corrispondenti a marchi registrati per promuovere le vendite devono anche, ai sensi dell'articolo 6 della direttiva sul commercio elettronico, garantire la trasparenza riguardo a chi sia il venditore, al fine di permettere agli utenti di Internet di capire facilmente da quale impresa provengano i prodotti o servizi oggetto dell'annuncio pubblicitario in questione.

La direttiva, in particolare l'art. 6, paragrafo 1, lettera a), e paragrafo 2, lettera a), si applica se i risultati mostrati possono ingannare i consumatori in

jsf?text=&docid=175623&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=712468#Footref19.

244 <https://www.domstol.dk/oestrelandsret/nyheder/domsresumeer/Pages/Rejsebureau-serstatningsansvarforbrugerstabvedaflystflyrejseianledningafCimberSterlings-konkurs.aspx>

245 Sentenza del 12 luglio 2011 nella causa C-324/09L'Oréal.

merito alla natura del prodotto o ingenerare confusione con i marchi o altri segni distintivi dei concorrenti.

Le imprese che usano parole chiave corrispondenti a marchi registrati per vendere prodotti contraffatti potrebbero essere considerate responsabili della violazione dell'allegato I, punto 9, della direttiva, che vieta di *"affermare o generare comunque l'impressione che la vendita del prodotto è lecita, ove non lo sia"*.

4.6. L'Appstore

L'*"appstore"* o negozio di applicazioni è un portale che fornisce programmi software per dispositivi intelligenti, quali smartphone e tablet, denominati applicazioni ed abbreviati in *"app"*. I programmi software possono essere giochi o altri prodotti, per esempio quotidiani digitali. Gli appstore in genere distribuiscono applicazioni sviluppate dal gestore dell'appstore stesso o da sviluppatori terzi.

Gli acquisti *"in-app"* sono acquisti che si possono effettuare all'interno di applicazioni. In tal modo, i consumatori possono solitamente acquistare contenuti o funzioni speciali destinate a migliorare l'esperienza di gioco o altri contenuti digitali che di per sé possono essere scaricati gratuitamente.

Nel 2013 e 2014 le autorità nazionali europee di protezione dei consumatori hanno condotto, attraverso la rete di cooperazione per la tutela dei consumatori (CTC), un intervento esecutivo congiunto riguardante i giochi online che permettono di effettuare acquisti all'interno del gioco, definiti *"acquisti in-app"* e che possono esercitare attrazione sui bambini o ai quali i bambini possono giocare²⁴⁶. In tale intervento congiunto le autorità nazionali di vigilanza, definite anche autorità CTC, hanno applicato la direttiva e altre normative pertinenti dell'UE ai giochi digitali che offrono acquisti all'interno di applicazioni. L'intervento è stato attuato a seguito di indagini condotte a livello nazionale che avevano individuato i seguenti problemi riguardanti tali giochi:

- Presentazione ingannevole dei giochi come *"gratuiti"*;
- Esortazioni dirette ai bambini;
- Mancanza di informazioni sulle modalità di pagamento e consenso del consumatore all'acquisto insufficiente;
- Mancanza di informazioni in merito agli indirizzi di posta elettronica dei professionisti.

246 http://ec.europa.eu/justice/newsroom/consumermarketing/news/1401222_en.htm
http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-847_it.htm

Nel dicembre 2013 alcune autorità nazionali di vigilanza hanno adottato una posizione comune su questi aspetti²⁴⁷. La valutazione esposta in tale posizione comune si applica sia agli *appstore* in quanto piattaforme, sia ai singoli sviluppatori di app.

Per quanto riguarda la presentazione ingannevole dei giochi come gratuiti, le autorità nazionali di vigilanza hanno individuato l'allegato I, punto 20, e l'art. 7, paragrafo 4, lettera c), della direttiva, oltre all'art. 6, paragrafo 1, lettera e), della direttiva sui diritti dei consumatori, come principale base giuridica per valutare la conformità dei professionisti alle norme dell'UE in materia di diritto commerciale e dei consumatori.

Sulla base di tali disposizioni, le autorità nazionali di vigilanza hanno chiarito che soltanto i giochi in cui gli acquisti all'interno di applicazioni sono facoltativi possono essere presentati come "gratuiti" senza ingannare i consumatori. Secondo la posizione comune, un gioco online non può essere commercializzato come "gratuito" se il consumatore non può giocare nel modo che ragionevolmente si attende senza effettuare acquisti all'interno di applicazioni. Ciò deve essere valutato caso per caso per ciascuna applicazione all'interno della quale siano previsti acquisti.

Le autorità nazionali di vigilanza hanno altresì sottolineato che un gioco che risulti conforme all'allegato I, punto 20, per quanto riguarda l'uso del termine "gratuito" può comunque essere valutato alla luce di altre disposizioni della direttiva, quali gli artt. da 6 a 9, per assicurare che altri elementi, come il modo in cui sono presentate le informazioni relative al prezzo, non siano ingannevoli o aggressivi. In fin dei conti il caso qui proposto non ricade strettamente nella gratuità interessata (propria, ad esempio, dei social network, dove non si paga in denaro l'accesso ma i dati vengono utilizzati o persino rivenduti) quanto di gratuità "parziale", limitata solo ad alcune parti del prodotto digitale.

Per quanto riguarda le esortazioni dirette ai bambini, le autorità CTC hanno individuato l'allegato I, punto 28, e l'art. 5, paragrafo 3, della direttiva come principale base giuridica per valutare la conformità dei professionisti alle norme dell'UE in materia di diritto dei consumatori e del marketing.

Le autorità nazionali di vigilanza hanno chiarito che i giochi destinati ai bambini, o che i professionisti possono ragionevolmente prevedere siano idonei a esercitare attrazione sui bambini, non devono contenere esortazioni dirette ai bambini ad acquistare elementi aggiuntivi all'interno dei giochi. Questo divieto comprende l'esercizio di pressioni su un bambino affinché acquisti direttamente o convinca un adulto ad acquistargli determinati articoli.

247 http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/documents/common_position_on_online_games_en.pdf

Per quanto riguarda le informazioni sulle modalità di pagamento e il consenso del consumatore all'acquisto, le autorità nazionali di vigilanza hanno chiarito che, ai sensi dell'art. 7, paragrafo 2, e dell'art. 7, paragrafo 4, lettera d), della direttiva e dell'art. 6, paragrafo 1, lettera g), della direttiva sui diritti dei consumatori, i consumatori devono essere chiaramente informati in merito alle modalità di pagamento prima di ciascun acquisto.

Ai sensi della direttiva sui diritti dei consumatori, qualsiasi acquisto comporta infatti il consenso espresso del consumatore e il professionista deve fornire al consumatore le informazioni necessarie, giusto il suo dovere informativo. In particolare, l'art. 54 della direttiva sui servizi di pagamento prevede il consenso del pagatore a eseguire l'operazione di pagamento e indica che, in mancanza di tale consenso, un'operazione di pagamento è considerata come non autorizzata²⁴⁸.

Le autorità nazionali di vigilanza hanno rilevato che le impostazioni predefinite per i pagamenti non dovrebbero permettere di effettuare acquisti senza il consenso espresso del consumatore, ad esempio, attraverso la password. Quando il sistema prevede un intervallo di tempo per la validità del consenso, ad esempio un intervallo di quindici minuti, i professionisti dovrebbero richiedere il consenso espresso del consumatore in relazione – altresì - alla durata applicabile²⁴⁹.

5. Economia collaborativa: cenni

Le piattaforme online fungono anche da elementi centrali nell'economia collaborativa, riunendo i fornitori e gli utenti di diversi servizi, quali quelli di trasporto e di ricettività. In qualità di intermediario, la piattaforma online permette ai fornitori di presentare le loro offerte agli utenti e può anche svolgere funzioni di inoltrare e di evasione degli ordini per conto loro. D'altro canto, tali intermediari permettono agli utenti di fruire delle offerte presentate dai forn-

248 A decorrere dal 13 gennaio 2018, la direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento sarà sostituita dalla direttiva (UE) 2015/2366 del 25 novembre 2015 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno. Disposizioni analoghe sono previste all'articolo 64 della nuova direttiva.

249 Non solo, è stato inoltre chiarito dalle autorità di vigilanza che le informazioni relative all'identità del professionista dovrebbero essere facili da reperire, chiare, complete e fornite con tempestività, prima che il consumatore decida di partecipare a un gioco, scaricare contenuti o effettuare un acquisto.

Per quanto riguarda le informazioni relative all'indirizzo di posta elettronica del professionista, le autorità nazionali di vigilanza hanno applicato l'art. 5, paragrafo 1, lettera c), della direttiva sul commercio elettronico, in combinato disposto con l'art. 7, paragrafo 5, della direttiva, in virtù dei quali tali informazioni sono considerate rilevanti ai sensi della direttiva. A seguito dell'entrata in vigore della direttiva sui diritti dei consumatori nel giugno 2014, i professionisti sono tenuti a fornire ai consumatori il proprio indirizzo di posta elettronica anche a norma dell'art. 6, paragrafo 1, lettera c), della suddetta direttiva.

tori. Esistono vari tipi di piattaforme collaborative, comprese iniziative puramente private senza scopo di lucro.

Nel giugno 2016 la Commissione adottò una comunicazione sull'economia collaborativa, fornendo orientamenti sulle modalità di applicazione del diritto dell'Unione ai modelli commerciali dell'economia collaborativa. In termini generali, ogni piattaforma dell'economia collaborativa che possa essere qualificata come "professionista" ed eserciti attività commerciali nei confronti dei consumatori deve rispettare gli obblighi di diligenza professionale e di trasparenza imposti dalla direttiva.

In particolare, onde evitare di omettere informazioni rilevanti, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera f), e dell'art. 7, paragrafi 1 e 2, della direttiva, la piattaforma dell'economia collaborativa deve permettere ai professionisti terzi interessati di segnalare agli utenti il fatto che sono professionisti e deve comunicare ai consumatori se applica criteri di selezione dei fornitori che operano attraverso di essa, e in caso affermativo quali, nonché se esegue controlli sulla loro affidabilità, e in caso affermativo quali.

La nozione di "economia collaborativa" si riferisce di frequente, ma non esclusivamente, alle operazioni commerciali tra pari: fornitori e utenti il cui scopo è condividere beni, risorse, tempo e competenze, ad esempio, un passaggio in auto ripartendo i costi del viaggio. Tuttavia, in base alle circostanze dei fornitori e alle attività associate, possono anche qualificarsi come professionisti ai fini della direttiva. Qualora il fornitore sia un "professionista" e l'utente sia un "consumatore", la direttiva si applica direttamente – tra l'altro - alle pratiche commerciali del fornitore sulla piattaforma.

Un fornitore si qualifica come "professionista" ai sensi della direttiva qualora agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale di cui all'art. 2, lettera b). Secondo questa definizione, il semplice fatto che una persona eserciti un'attività nell'economia collaborativa non significa che essa sia qualificata automaticamente come "professionista": ai sensi della direttiva, per determinare se una persona abbia i requisiti di "professionista" occorre svolgere una valutazione caso per caso, tenendo conto di tutti gli aspetti di fatto, per esempio se una parte essenziale del reddito di tale persona deriva da una determinata attività nell'ambito dell'economia collaborativa.

6. I motori di ricerca

I motori di ricerca permettono di cercare informazioni su Internet in base a un particolare algoritmo. I consumatori si attendono che mostrino risultati "naturali" o "organici" pertinenti alla ricerca effettuata e basati su criteri sufficientemente imparziali. Tuttavia, i dati dimostrano che i motori di ricerca possono includere, per esempio, elenchi di risultati basati su criteri di pertinenza connessi al livello di pagamento che ricevono dai professionisti terzi.

Tipici esempi sono il “posizionamento a pagamento” e “l’inclusione a pagamento”, che sono forme di pubblicità ai sensi della direttiva.

Nel “posizionamento a pagamento” i singoli professionisti, ovvero i siti Internet o URL, pagano per comparire ai primi posti nell’elenco di risultati della ricerca, pertanto la loro posizione non è determinata dai soli criteri di pertinenza.

Nella “inclusione a pagamento” i professionisti terzi pagano per figurare in un elenco di risultati di ricerca in situazioni in cui potrebbero non essere inclusi, o non essere inclusi in un determinato momento, se la pertinenza della ricerca fosse l’unico criterio di classificazione dei risultati.

Il modo in cui i motori di ricerca reperiscono e presentano i risultati e i dispositivi con cui i consumatori li visualizzano sono in continua evoluzione, ma i principi essenziali della direttiva restano gli stessi: a meno che ricevano informazioni diverse, i consumatori di norma si attendono di ottenere risultati naturali, inclusi e classificati sulla base della pertinenza alla loro interrogazione, non in funzione dell’importo pagato da professionisti terzi.

La direttiva non vieta le pratiche commerciali in base alle quali l’inclusione o il posizionamento dipende del tutto o in parte dal pagamento effettuato da un altro professionista, ma impone al fornitore del motore di ricerca, nella misura in cui sia un “professionista” ai sensi della direttiva, di distinguere chiaramente tali risultati dai risultati naturali. Scopo di tale distinzione è informare i consumatori affinché sappiano quando ricevono sollecitazioni rispetto a quando ottengono informazioni imparziali.

L’art. 6, paragrafo 1, lettera c), vieta ai professionisti di ingannare i consumatori sui motivi della pratica commerciale, la natura del processo di vendita e la sponsorizzazione o l’approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto. Inoltre, l’art. 7, paragrafo 2, vieta ai professionisti di occultare l’intento della pratica commerciale.

Pertanto, qualsiasi risultato di una ricerca che elenchi siti Internet o URL di professionisti che abbiano pagato per esservi inclusi, o per figurare in una posizione più elevata rispetto a quella che avrebbero ottenuto in base alla pertinenza o ad altri criteri obiettivi, deve essere etichettato in modo chiaro e ben visibile al fine di indicare che il posizionamento o l’inclusione è a pagamento. Tali etichette devono segnalare che i siti elencati figurano in posizioni più elevate, o sono comunque presentati in maniera più visibile, in quanto hanno pagato per la loro classificazione o il loro posizionamento.

Negli ultimi anni le caratteristiche introdotte da alcuni motori di ricerca di ampio impiego per differenziare le inserzioni dai risultati naturali della ricerca sembrano essere diventate meno visibili per i consumatori. Ciò vale soprattutto per le inserzioni inserite immediatamente sopra i risultati naturali definiti “top ads”. Dati recenti lasciano supporre che chi esegue ricerche nella maggior parte dei casi non riconosce i “top ads” come inserzioni diverse dai

risultati naturali della ricerca, soprattutto quando il contrasto e lo sfondo utilizzati per distinguere le inserzioni sono poco evidenti²⁵⁰.

7. Gli strumenti di confronto

Particolarmente importante, ai fini della tutela del consumatore online, è la previsione dei cosiddetti "strumenti di confronto", di cui si è occupata la Commissione europea che ha istituito un gruppo di lavoro²⁵¹ al fine di elaborare principi specificamente mirati ad aiutare i gestori degli strumenti di confronto a conformarsi alla direttiva. Il gruppo ha adottato un elenco di "*Principi fondamentali degli strumenti di confronto*", che sono coerenti con il presente documento. Tali principi²⁵² non sono, comunque, giuridicamente vincolanti, ma paiono meritevoli di menzione, in quanto *soft law* affatto autorevole.

Nell'ambito di detti *principi fondamentali*, il gruppo multilaterale ha anche adottato la seguente definizione di strumenti di confronto: "*Ai fini del presente documento, per "strumenti di confronto" si intendono tutti i contenuti digitali e le applicazioni destinati a essere utilizzati dai consumatori principalmente per confrontare prodotti e servizi online, a prescindere dal dispositivo (per es. computer portatile, smartphone, tablet) o dal parametro o dai parametri di confronto utilizzati (per es. prezzo, qualità, recensioni degli utenti). Qualora i gestori di motori di ricerca, siti di viaggi o di prenotazione e piattaforme di commercio elettronico che fungono da mercati sui quali operano più professionisti sviluppino funzioni o applicazioni dedicate al confronto di prodotti e servizi, tali funzioni o applicazioni rientrano parimenti nella definizione di "strumenti di confronto"*.

Uno studio recente, condotto per conto della Commissione Europea²⁵³, ha riscontrato che i tipi di piattaforma online più diffusi di solito offrono alcuni

250 SEOBOOK, *Consumer Ad Awareness in Search Results*, *2, 7-8 (15 Aprile 2012), <http://www.seobook.com/consumer-ad-awareness-search-results>. Studi pubblicati in precedenza sono giunti a conclusioni analoghe. Per esempio, nell'indagine condotta dal Pew Research Center nel 2005, il 62% di coloro che eseguono ricerche non era nemmeno consapevole della distinzione fra risultati a pagamento e non a pagamento e soltanto il 18% affermava di poter sempre distinguere i risultati a pagamento da quelli naturali. 2005 Pew Search Engine Survey at ii, 17.

Si osservi, peraltro, come molti motori di ricerca offrono servizi di ricerca specialistici o verticali, in aggiunta al servizio di ricerca generale. Ciò permette ai consumatori di limitare la ricerca a categorie specifiche di informazioni, per esempio notizie, immagini, imprese locali o beni di consumo. In talune situazioni, i risultati di una ricerca specialistica si basano almeno in parte sui pagamenti effettuati da terzi. Ciò dovrebbe essere segnalato ai consumatori.

251 <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetail&groupID=3325&news=1>.

252 http://ec.europa.eu/consumers/consumer_rights/unfair-trade/comparison-tools.

253 Studio sulla copertura, il funzionamento e l'uso da parte dei consumatori degli strumenti di

servizi di confronto, anche se in molti casi la funzione non comprende una varietà di prodotti o servizi altrettanto vasta di quella offerta dai siti specifici di confronto. Tra queste figurano i siti di prenotazione di viaggi, quali Expedia, Tripadvisor, Booking.com e Opodo, e i motori di ricerca, quali Google e Yahoo. Anche le piattaforme di commercio elettronico sulle quali operano più professionisti, come Amazon ed eBay, offrono una funzione limitata di confronto delle offerte presentate nei loro siti.

La direttiva si applica allo strumento di confronto soltanto se esso si qualifica come “*professionista*” ai sensi dell’art. 2, lettera b), e dunque non si applicherà agli strumenti di confronto gestiti a livello non professionale.

Ad esempio, un servizio di confronto dei prezzi di prodotti alimentari, quale “*quiestlemoinscher.com*”, creato da una grande impresa francese di supermercati, è stato considerato dai giudici francesi il sito Internet di un professionista e uno strumento di pubblicità comparativa²⁵⁴.

Dunque, un’organizzazione dei consumatori che gestisce uno strumento di confronto e offre ai consumatori informazioni dietro sottoscrizione di un abbonamento, in linea di principio dovrà rispettare gli obblighi imposti dalla direttiva. Tale servizio potrebbe infatti essere parte della strategia dell’organizzazione volta a trarre un profitto commerciale dai servizi offerti ai consumatori, il che la rende un “*professionista*” ai sensi dell’art. 2, lettera b), della direttiva.

Per determinare se i fornitori di strumenti di confronto che si qualificano come professionisti rispettino gli obblighi di trasparenza di cui agli artt. 6 e 7 della direttiva occorre svolgere una valutazione caso per caso.

Tale valutazione si può basare su diversi criteri, per esempio se essi forniscono informazioni sulla copertura del confronto, settori e numero di professionisti, i criteri applicati per confrontare e classificare i prodotti: ad esempio, se i risultati del confronto comprendono prodotti a pagamento o sponsorizzati, se nella presentazione dei risultati i prodotti inclusi o posizionati a pagamento sono chiaramente distinti dagli altri prodotti, se sono inclusi altri servizi facoltativi; la frequenza con la quale le informazioni, in particolare, il prezzo e la disponibilità dei prodotti, vengono aggiornate.

Tali informazioni possono permettere ai consumatori di capire che la classificazione dei prodotti o dei professionisti potrebbe non essere esaustiva e che si possono individuare altre offerte utilizzando un canale di informazione diverso. Contribuiscono inoltre a scongiurare il rischio di ingan-

confronto e sui sistemi di verifica di tali strumenti da parte di terzi, condotto dal consorzio ECME e da DELOITTE e finanziato dall’Unione europea, 2014.

254 *Tribunal de commerce de Paris* – 29 mars 2007 – Carrefour c/Galaec (*la cooperative groupe ment d’achat des centres Leclerc*).

nare i consumatori con risultati segnalati come “migliore offerta” o “scelta raccomandata”.

Nei *“Principi fondamentali degli strumenti di confronto”*, il gruppo multilaterale sugli strumenti di confronto considera che *“Si devono indicare in modo chiaro e ben visibile i criteri adottati per la classificazione, nonché, ove pertinente per assicurare che i consumatori non siano indotti in errore, le informazioni generali riguardo a eventuali metodologie specifiche utilizzate (...). Gli strumenti di confronto dovrebbero fornire una chiara indicazione della completezza e dell’ampiezza del confronto”*.

Alcuni strumenti di confronto utilizzano indicazioni quali “migliore offerta” per segnalare offerte che non sono necessariamente quelle meno costose, ma quelle che offrono il miglior rapporto qualità/prezzo. L’omissione di informazioni riguardanti i criteri applicati per l’indicazione *“migliore offerta”* potrebbe risultare ingannevole ai sensi dell’art. 7 della direttiva.

A norma dell’art. 6, paragrafo 2, della direttiva, inoltre, i fornitori di strumenti di confronto che abbiano i requisiti di professionisti ai sensi della direttiva e pongano in essere qualsiasi comunicazione commerciale direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori devono garantire che le informazioni fornite dalla piattaforma non ingenerino confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale o altri segni distintivi di un concorrente.

Ai sensi dell’art. 6, paragrafo 1, lettera d), e dell’art. 7, paragrafo 4, lettera c), della direttiva, deve essere chiaramente indicato il prezzo totale o il modo in cui questo è calcolato, comprensivo, *“se del caso, di tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali”*. Pertanto, se il sito dello strumento di confronto non effettua vendite direttamente, e quindi non si occupa di tali spese di consegna, non è necessario che le indichi.

Quando i prodotti o servizi oggetto di confronto non sono identici, le differenze tra le loro caratteristiche principali devono essere chiaramente indicate.

Nei *“Principi fondamentali degli strumenti di confronto”*, il gruppo multilaterale sugli strumenti di confronto considera che *“Gli strumenti di confronto dovrebbero garantire l’esattezza di tutte le informazioni che forniscono, in particolare che le informazioni riguardanti il prezzo e la disponibilità corrispondano esattamente all’offerta messa a disposizione dal venditore del prodotto o servizio. In nessun caso le informazioni sulla disponibilità devono dare la falsa impressione di scarsità”*.

Gli strumenti di confronto talvolta mostrano prezzi che non sono disponibili quando i consumatori consultano la pagina Internet del professionista che fornisce effettivamente il prodotto²⁵⁵. Se uno strumento di confronto mostra

255 Secondo lo studio sulla copertura, il funzionamento e l’uso da parte dei consumatori degli

prezzi o prodotti che non sono effettivamente disponibili, ciò può costituire una violazione degli artt. 6 e 7 della direttiva e, a seconda delle circostanze, di varie disposizioni dell'allegato I, "lista nera", della direttiva, che vietano in ogni caso il "bait advertising", ovvero pubblicità propagandistica, il "bait and switch", ovvero pubblicità con prodotti civetta, e la comunicazione di informazioni di fatto inesatte sulle condizioni di mercato allo scopo di indurre il consumatore ad acquistare il prodotto a condizioni meno favorevoli di quelle normali di mercato. Questa valutazione lascia impregiudicati gli artt. 14 e 15 della direttiva sul commercio elettronico.

Le dichiarazioni ingannevoli sulla disponibilità limitata di un prodotto possono costituire una violazione dell'art. 6, paragrafo 1, lettera b), della direttiva.

Ad esempio un'importante piattaforma di prenotazione di alloggi ha ricevuto un'ammenda dal Tribunale del Commercio di Parigi per avere presentato informazioni ingannevoli sulla disponibilità di camere e sull'esistenza di prezzi promozionali²⁵⁶.

Nell'aprile 2014 il comitato olandese del codice della pubblicità ha considerato ingannevoli le inserzioni pubblicate su un'importante piattaforma di prenotazione di alloggi, le quali affermavano: "Solo una camera rimasta!" e "Solo una camera rimasta" a un determinato prezzo. L'autorità ha concluso che non era chiaro, per il consumatore medio, che tali affermazioni riguardavano soltanto le camere che l'albergo metteva a disposizione attraverso la piattaforma. Poiché la piattaforma non indicava che le affermazioni riguardavano soltanto tali camere, i consumatori potevano essere indotti a ritenere che gli alberghi fossero già al completo, mentre in realtà potevano avere camere libere messe a disposizione tramite altri canali di prenotazione. Nel luglio 2014 tale decisione è stata confermata dalla commissione di ricorso²⁵⁷.

Uno strumento di confronto può usare diverse tecniche per lasciare intendere ai consumatori che un prodotto non sia disponibile. Per esempio, usando la tecnica dell'oscuramento, uno strumento di confronto rimuove le immagini relative all'offerta di un determinato fornitore e mantiene quelle di altri fornitori. Ciò può indurre i consumatori a cliccare con minore frequenza sull'offerta senza immagini. Se è idonea a ingannare i consumatori, tale presentazione può essere contraria all'art. 6, paragrafo 1, lettera b), in quanto ingannevole riguardo alla disponibilità del prodotto, e all'art. 7, paragrafo 2, della direttiva, in quanto le informazioni sono presentate in modo oscuro.

strumenti di confronto e sui sistemi di verifica di tali strumenti da parte di terzi (EAHC/ FWC/2013 85 07), il problema segnalato con maggiore frequenza è la non disponibilità di un prodotto sul sito Internet del venditore (32%).

256 *Tribunal de commerce de Paris*, Synhorcat c/Expedia, 4 ottobre 2011.

257 <https://www.reclamecode.nl/webuitspraak.asp?ID=135065&acCode>.

I dati disponibili²⁵⁸ indicano che la natura della relazione tra i gestori di strumenti di confronto e i venditori dei prodotti e servizi presenti sulla piattaforma in molti casi non è chiara ai consumatori.

Come si è visto, la direttiva impone a tutti i professionisti di distinguere chiaramente i risultati naturali dalla pubblicità. Ciò vale anche per i gestori di strumenti di confronto. Al riguardo, le disposizioni pertinenti sono l'art. 6, paragrafo 1, lettere c) e f), e l'art. 7, paragrafo 2, della direttiva.

Nei *“Principi fondamentali degli strumenti di confronto”*, il gruppo multilaterale sugli strumenti di confronto considera inoltre che: *“I consumatori devono essere chiaramente informati quando la relazione contrattuale o di altra natura tra il gestore dello strumento di confronto e un professionista incide sull'imparzialità dei risultati presentati. Quando la classificazione predefinita è condizionata da una relazione contrattuale o di altra natura tra il gestore dello strumento di confronto e il fabbricante/venditore/fornitore/qualsiasi altra organizzazione, ciò deve essere chiaramente segnalato e i consumatori dovrebbero avere la possibilità di ordinare le offerte anche in modo imparziale (per es. in ordine ascendente di prezzo)”*.

Inoltre, secondo i *“Principi fondamentali degli strumenti di confronto”* *“Gli strumenti di confronto devono essere trasparenti in merito ai loro modelli commerciali e finanziari, indicando titolari, azionisti e relazioni concrete con i fabbricanti, venditori o fornitori dei prodotti e servizi presenti sulla piattaforma. Le eventuali relazioni concrete con i professionisti i cui prodotti/servizi sono oggetto di confronto devono essere adeguatamente indicate”*.

Esempi esemplificativi sono un banner sulla pagina Internet nella quale sono presenti i risultati della ricerca che identifichi chiaramente le inserzioni pubblicitarie, oppure l'uso di un colore o una presentazione specifica per identificare le inserzioni, anche tramite apposite icone. In alcuni casi, l'indicazione inadeguata dell'inclusione o del posizionamento a pagamento da parte degli strumenti di confronto è stata considerata ingannevole dalle autorità nazionali.

Altro esempio menzionabile è quello di un sito Internet di confronto dei prezzi che offriva il posizionamento tra i primi risultati dei prodotti dei professionisti che pagavano una quota supplementare. Secondo il tribunale supremo francese, le decisioni di natura commerciale dei consumatori possono essere influenzate da una presentazione comparativa che i consumatori stessi potrebbero ritenere priva di intento o finalità commerciale. Su tale base, la pratica commerciale del sito di confronto è stata considerata ingannevole. Il giudice ha concluso che lo strumento di confronto, poiché non indi-

258 Studio sulla copertura, il funzionamento e l'uso da parte dei consumatori degli strumenti di confronto e sui sistemi di verifica di tali strumenti da parte di terzi, condotto dal consorzio ECME e da DELOITTE e finanziato dall'Unione europea, 2014.

cava in modo chiaro che tale posizionamento era a pagamento, era idoneo a falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori²⁵⁹.

Un altro esempio esemplificativo è costituito da un importante servizio di confronto e prenotazione che permetteva agli alberghi di manipolare il posizionamento pagando commissioni più elevate. La pratica è stata considerata ingannevole dal Tribunale Regionale di Berlino²⁶⁰.

8. Gli strumenti di recensione degli utenti

Altro strumento fondamentale è costituito dalla possibilità, offerta ai consumatori da molte piattaforme online, di informare altri consumatori in merito alla loro esperienza con il fornitore di un prodotto o servizio. Tra queste figurano le piattaforme di commercio elettronico, i motori di ricerca, i siti specializzati in recensioni di viaggi, gli strumenti di confronto e le reti sociali.

Il 19 giugno 2015 l'Autorità Britannica per la Concorrenza ed il Mercato ha pubblicato una relazione sulle recensioni e le approvazioni online nel Regno Unito a seguito di un invito a presentare informazioni rivolto al settore e ai consumatori²⁶¹. Tra le conclusioni della relazione, figurano le seguenti osservazioni: *“I consumatori che consultano le recensioni online le considerano utili. Si stima che più della metà degli adulti nel Regno Unito vi faccia ricorso. Nei sei ampi settori esaminati, si stima che le recensioni online possano influenzare 23 miliardi di sterline di spesa annua dei consumatori britannici. I consumatori che consultano le recensioni online sembrano considerarle affidabili e a quanto pare esse costituiscono un'importante fonte di informazione per le decisioni di acquisto dei consumatori. La maggior parte dei consumatori ha inoltre affermato che il prodotto o servizio acquistato dopo avere letto le recensioni era all'altezza delle aspettative”*.

La Direttiva si applica a qualsiasi persona fisica o giuridica che si qualifichi come “professionista” ai sensi dell'art. 2, lettera b), della direttiva stessa. Per quanto riguarda le recensioni dei consumatori, la direttiva non si applica ai consumatori che forniscono informazioni sulla loro esperienza con i prodotti o servizi, a meno che essi agiscano per conto di un professionista. Tuttavia essa si applica alle pratiche di molte piattaforme online che presentano recensioni dei consumatori, nella misura in cui tali piattaforme si qualificano come professionisti. Quando pubblica recensioni degli utenti, il gestore di una piattaforma è tenuto a fornire informazioni veritiere sulle caratteristiche principali dei suoi servizi, in conformità dell'art. 6, paragrafo 1, lettera b), e dell'art. 7,

259 Cass. Com. 4 décembre 2012, 11-27729, PublicitéSté Pewterpassion.com c/ Sté Leguide.com.

260 LG Berlin, 25.08.2011, Az.16 O 418/11.

261 https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/436238/Online_reviews_and_endorsements.pdf.

paragrafo 4, lettera a), della direttiva. In particolare, la piattaforma non deve ingannare gli utenti riguardo all'origine delle recensioni: deve evitare di creare l'impressione che le recensioni pubblicate provengano da utenti reali, qualora non sia in grado di fornire adeguate garanzie in proposito. In tal caso, il gestore della piattaforma dovrebbe comunicarlo ai consumatori in modo chiaro. Se, viceversa, il fornitore di uno strumento di recensione afferma espressamente che le recensioni provengono dagli utenti, esso deve adottare misure ragionevoli e proporzionate che, senza costituire un obbligo generale di sorveglianza o di indagine²⁶², aumentino la probabilità che tali recensioni descrivano le esperienze reali degli utenti.

Tali misure possono comprendere, per esempio dotarsi di mezzi tecnici per verificare l'attendibilità della persona che pubblica una recensione, per esempio richiedendone la registrazione; verificare l'indirizzo IP utilizzato per presentare la recensione; richiedere informazioni mediante le quali la persona dimostri di avere effettivamente usato il prodotto o servizio oggetto della recensione quale il numero di prenotazione.

Nei *"Principi fondamentali degli strumenti di confronto"*, il gruppo multilaterale sugli strumenti di confronto considera che: *"Gli strumenti di confronto devono adottare misure per assicurare l'attendibilità delle recensioni e dei giudizi degli utenti e fornire una descrizione generale della metodologia adottata, nella misura in cui ciò sia necessario per assicurare che i consumatori non siano ingannati"*.

Se un professionista terzo pubblica false recensioni in nome dei consumatori o affida l'incarico a un'agenzia che si occupa di reputazione online, tale pratica è contraria all'allegato I, punto 22, della direttiva, che vieta di *"presentarsi falsamente come consumatore"*. Di conseguenza, qualsiasi recensione presentata da un professionista come informazioni fornite da un consumatore deve effettivamente rispecchiare i pareri, i giudizi, le convinzioni e le esperienze reali dei consumatori.

Ad esempio, è accaduto che un professionista inserisse "mi piace" definiti anche "like" sui prodotti dentari presentati sul proprio sito Internet, dove si leggeva "recensioni di veri clienti garantite", e poi collegava i "mi piace" a un sito di recensioni, sul quale le recensioni positive dei clienti erano privilegiate rispetto a quelle neutre o negative. Una corte d'appello tedesca ha considerato ingannevole la pratica del professionista che affermava "recensioni di veri clienti garantite", mentre il collegamento non forniva una descrizione obiettiva dei pareri dei clienti²⁶³.

Ancora, nell'ottobre 2015 la maggiore società di telecomunicazioni canadese ha accettato di pagare un'ammenda di 1250000 dollari canadesi per

262 Cfr. articolo 15, paragrafo 1, della direttiva sul commercio elettronico

263 OLG Düsseldorf, 19.02.2013, Az. I – 20 U 55/12.

avere incoraggiato i propri dipendenti a pubblicare recensioni e giudizi positivi sui prodotti aziendali senza rivelare che lavoravano per la società stessa. L'ufficio della concorrenza canadese ha ritenuto che tali recensioni e giudizi dessero l'impressione generale di essere redatti da consumatori indipendenti e imparziali e incidessero temporaneamente sulla valutazione a stelle complessiva dei prodotti in questione²⁶⁴.

Una pratica problematica denunciata dalle autorità di vigilanza è la rimozione delle recensioni negative reali dei consumatori da parte dei siti di recensione, senza indicare chiaramente ai consumatori che vengono presentate soltanto recensioni selezionate²⁶⁵.

Tale pratica potrebbe costituire un'azione ingannevole contraria all'art. 6 o un'omissione ingannevole contraria all'art. 7 della direttiva. In particolare, un sito di recensioni che genera attivamente un'impressione generale falsa o ingannevole in merito alla sua natura o al suo funzionamento e omette informazioni rilevanti, ossia non informa i consumatori del fatto che non tutte le vere recensioni vengono pubblicate, può indurre il consumatore medio che legge le recensioni online a continuare a usare la piattaforma o a contattare un professionista, decisioni che non avrebbe preso se avesse saputo che le recensioni negative erano state rimosse. A seconda delle circostanze, la stessa omissione delle recensioni reali potrebbe costituire un'omissione ingannevole.

Questa pratica potrebbe anche essere contraria alle norme di diligenza professionale di cui all'art. 5, paragrafo 2, della direttiva. Se un sito di recensioni non pubblica tutte le recensioni effettive e non lo comunica ai consumatori in modo chiaro, esso potrebbe contravvenire al normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate nei confronti dei consumatori da una piattaforma online che presenta recensioni degli utenti. Di conseguenza, per essere certi di rispettare la direttiva, i professionisti dovrebbero pubblicare le recensioni sia positive sia negative oppure informare chiaramente i consumatori che non tutte le recensioni pertinenti vengono pubblicate.

Un'altra pratica commerciale consiste nell'eliminazione delle recensioni negative (reali) in conseguenza del fatto che i professionisti costringono i consumatori e i siti di recensione a evitare che siano pubblicate recensioni negative sul loro conto²⁶⁶.

264 <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03992.html>.

265 https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/436238/Online_reviews_and_endorsements.pdf.

266 Si confronti una recente analisi nel contesto britannico: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/436238/Online_reviews_and_endorsements.pdf.

Tali pratiche possono rientrare nella definizione di “ingannevole” di cui agli artt. 6 e 7 della direttiva se, per esempio, il professionista vieta le recensioni negative online per gestire la propria reputazione in modo che non siano presentate recensioni negative sul proprio conto. In tali circostanze, la presentazione complessiva della natura del professionista e delle caratteristiche dei suoi prodotti può essere ingannevole, anche se le recensioni positive restanti sono veritiere. Questo raggirò potrebbe indurre il consumatore medio che non ha ancora contattato il professionista a scegliere tale professionista al posto di un concorrente che non si è avvalso di tali pratiche commerciali sleali. La pratica potrebbe anche essere considerata contraria alle norme di diligenza professionale di cui all’art. 5, paragrafo 2 della direttiva.

In un caso esaminato, la Federal Trade Commission degli Stati Uniti ha contestato le clausole e condizioni applicate da un professionista, in base alle quali i consumatori, quando acquistavano un prodotto, dovevano impegnarsi a non pubblicare recensioni negative qualora non fossero rimasti soddisfatti. Inoltre, se il consumatore pubblicava recensioni negative, il professionista avrebbe annullato lo sconto concesso al consumatore al momento dell’acquisto del prodotto, rincarando notevolmente il prezzo a carico del consumatore. Per far valere tali clausole e condizioni, il professionista aveva persino promosso azioni legali nei confronti dei consumatori che avevano pubblicato recensioni negative. Secondo la Federal Trade Commission, tali pratiche commerciali, impedendo ai potenziali nuovi acquirenti del prodotto di conoscere le esperienze negative degli acquirenti precedenti, falsano il contesto informativo e possono indurre i nuovi acquirenti ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso²⁶⁷.

L’esistenza di un legame tra il fornitore di uno strumento di recensione che presenta la recensione di un utente su un prodotto e il professionista che fornisce il prodotto deve essere esplicitata, se tale legame può incidere in misura rilevante sul peso o sulla credibilità della recensione. In tal modo i consumatori avrebbero la possibilità di capire che tali recensioni potrebbero essere meno imparziali riguardo alla qualità del prodotto rispetto a quelle non sponsorizzate.

In tali circostanze, le disposizioni pertinenti sono:

- l’art. 6, paragrafo 1, lettera c), della direttiva, che vieta ai professionisti di ingannare i consumatori sui motivi della pratica commerciale e sulla natura del processo di vendita;
- l’art. 7, paragrafo 2, e l’allegato I, punto 22, che vietano ai professionisti di occultare l’intento commerciale della pratica commerciale.

267 https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2015/09/ftc-sues-marketers-who-used-gag-clauses-monetary-threats-lawsuits?utm_source=govdelivery.

Sul tema, come si è già riferito, è intervenuta anche la direttiva 2019/2161/UE che ha introdotto il paragrafo 6 all'art. 7 («Omissioni ingannevoli») della direttiva 2005/69/CE, al fine di assicurare che le recensioni pubblicate sui prodotti siano autentiche e verificate, al fine di proteggere i consumatori dalle pratiche commerciali ingannevoli. In questo modo, infatti, è possibile finalmente porre fine a quei casi in cui i professionisti pubblicavano recensioni false o non verificate sui loro prodotti con la finalità di ingannare i consumatori e aumentare la loro reputazione sul mercato.

È importante ricordare nuovamente che la norma in questione non impone la necessità di un sistema di verifica o certificazione delle recensioni durante il processo di raccolta e pubblicazione. Tuttavia, essa richiede ai professionisti di informare in modo specifico i consumatori che non è stato attuato alcun procedimento per verificare l'autenticità e l'affidabilità delle recensioni fornite dagli altri utenti. Di conseguenza, non possono garantire in alcun modo i contenuti delle recensioni, come ad esempio le caratteristiche, le funzionalità, i vantaggi o anche i difetti di un particolare prodotto.

In altre parole, la norma stabilisce che i professionisti devono avvisare chiaramente i consumatori che le recensioni presenti potrebbero non essere verificate o certificate. Ciò significa che i consumatori devono essere consapevoli del fatto che non ci sono garanzie sulla veridicità o sull'attendibilità delle recensioni disponibili. Pertanto, non possono fare affidamento assoluto sul contenuto delle recensioni per ottenere informazioni sulle caratteristiche di un prodotto, le sue funzionalità, i suoi pregi o eventuali difetti.

Per adempiere a questa disposizione, i siti di e-commerce saranno tenuti a inserire la specifica dicitura già menzionata, ad esempio accanto alla sezione delle recensioni e nei termini e condizioni, che informa i consumatori dell'assenza di garanzie sull'affidabilità delle opinioni degli altri utenti. Questa azione potrebbe sembrare semplice, ma rappresenta un importante passo avanti per consentire ai consumatori di prendere decisioni più informate, senza essere automaticamente influenzati dalle opinioni di persone sconosciute. Tuttavia, i gestori delle piattaforme online hanno la possibilità di adottare ulteriori misure di controllo, come la verifica delle identità degli acquirenti e il monitoraggio dei contenuti pubblicati, al fine di garantire la trasparenza e l'affidabilità delle recensioni.

In pratica, ciò significa che i siti e le piattaforme di e-commerce ospitanti le recensioni dovranno chiaramente informare i consumatori che le recensioni presenti sul loro sito potrebbero non essere verificate e quindi potrebbero non essere completamente affidabili. Questa comunicazione può essere inserita in posizioni strategiche, come accanto al box delle recensioni o nei termini e condizioni del sito. L'obiettivo è consentire ai consumatori di essere consapevoli del fatto che le opinioni espresse da altri utenti potrebbero non essere supportate da un processo di verifica formale.

La direttiva 2019/2161/UE ha introdotto, dunque, nuove disposizioni riguardo alle recensioni online, ma è importante osservare che queste norme potrebbero presentare alcune criticità.

Ad esempio:

- La proibizione di ogni forma di manipolazione delle recensioni è un obiettivo lodevole, ma la sua effettiva attuazione potrebbe essere difficile da monitorare e applicare in modo coerente. Le piattaforme online dovrebbero adottare misure rigorose per garantire che le recensioni siano veritiere e imparziali, ma potrebbero incontrare sfide nell'identificazione e nella gestione di tali pratiche manipolative. Se infatti appare tecnicamente semplice impedire la manipolazione *ex post*, una volta pubblicata, sembra nella sostanza improbo impedire quella *ex ante*, frutto di interesse (ad esempio) del venditore che con un diverso profilo interviene con una recensione a lui favorevole ma fasulla;
- La richiesta di segnalare l'utilizzo di premi o sconti come incentivo per le recensioni può essere considerata un passo nella giusta direzione per aumentare la trasparenza, ma potrebbe anche influenzare la sincerità e l'obiettività delle opinioni espresse dagli utenti. Alcuni consumatori potrebbero sentire l'obbligo di fornire una recensione positiva proprio al solo fine di ricevere un premio o un vantaggio;
- L'obbligo per le piattaforme online di dimostrare l'autenticità delle recensioni può essere complicato da attuare in pratica. Potrebbe essere difficile per le piattaforme verificare la provenienza delle recensioni e garantire che provengano da acquirenti reali, e non frutto di scrittura o comunque manipolazione da parte di *software* (algoritmi in particolare). Ciò potrebbe limitare la capacità delle aziende di dimostrare la veridicità delle recensioni.
- La proibizione di attribuire o forzare recensioni positive su prodotti diversi da quelli destinati potrebbe essere difficile da monitorare e far rispettare. Le piattaforme online potrebbero adottare misure efficaci per garantire che le recensioni siano pertinenti e accurate, ma sembra complicato identificare i casi di manipolazione o di recensioni non appropriate.

9. La diffusione dei *social media*

I social media, come Facebook, Twitter, YouTube, WhatsApp, Instagram, ed i blog permettono agli utenti di creare profili e comunicare fra loro, nonché di condividere informazioni e contenuti, quali testi, immagini e file audio. Un media sociale può essere una chat room, un blog o una rete sociale²⁶⁸.

268 Cfr. anche la definizione fornita nella posizione dei mediatori nordici relativa al marketing

Alcuni social media si sono trasformati in piattaforme per inserzioni pubblicitarie, inserimento di prodotti e recensioni dei consumatori. Di conseguenza, essi possono presentare un più alto rischio di pubblicità occulta e ingannevole, come evidente in base alla possibilità che gli elementi commerciali sono spesso mescolati con i contenuti di carattere sociale e culturale generati dagli utenti. I consumatori potrebbero inoltre vivere i social media come semplici servizi per lo scambio di informazioni tra consumatori e non sapere che i professionisti li usano a fini di marketing. Per questo motivo, i divieti di cui all'art. 7, paragrafo 2, e all'allegato I, punto 22, della direttiva relativi al marketing occulto sono particolarmente importanti. Un obbligo al riguardo è previsto dall'articolo 6, lettera a), della direttiva sul commercio elettronico. Da un lato, le piattaforme dei social media si possono qualificare come "professionisti" a pieno titolo ai sensi della direttiva. Dall'altro, i social media in molti casi sono usati direttamente da professionisti terzi per porre in essere pratiche commerciali sleali nei confronti dei consumatori. Una grande varietà di pratiche commerciali – insomma – si verifica sui social media.

Esempi di tal genere sono costituiti da un professionista che incoraggia gli utenti a condividere materiale commerciale con altri utenti, offrendo in contropartita una riduzione di prezzo sui prodotti commercializzati.

Un altro esempio è quello di un operatore di viaggi che offre a un blogger una vacanza gratuita in cambio della pubblicazione di recensioni favorevoli sulla vacanza e sull'operatore, oppure una celebrità della musica o dello sport ottiene un contratto di endorsement in cambio della pubblicazione di fotografie dei prodotti acquistati, per esempio un paio di scarpe da ginnastica. Le condotte saranno di per sé lecite, rappresentando – viceversa – una pratica commerciale scorretta quando il professionista coinvolto nell'attività di recensione (se non di promozione vera e propria) si traveste da consumatore²⁶⁹. Appare questo il caso "Ferragni", di cui già si è dato conto nel capitolo precedente, ma non solo, si pensi al caso "Juice Plus" in cui dei collaboratori dell'impresa – con il fine di venderne i prodotti – avvicinavano utenti di piattaforme *social* fingendosi clienti e reclamizzando i prodotti stessi, così travestendosi da consumatori²⁷⁰.

sui social media del 3 maggio 2012: <http://www.consumerombudsman.dk/~media/Consumerombudsman/dco/Guidelines/Position%20of%20the%20Nordic%20Consumer%20Ombudsmen%20on%20social%20media%20marketing.pdf>.

269 AGCM italiano, caso Juiceplus, Segr. Arena, Pres. Muscolo, provvedimento del 27.03.2019, disponibile direttamente sul sito dell'Autorità, al link https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS11050_scorr-sanz_omi.pdf.

270 Provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 27.03.2019, relatore Muscolo, segretario Arena, disponibile sul sito dell'Autorità al link https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS11050_scorr-sanz_omi.pdf.

Le autorità nazionali di vigilanza hanno individuato alcune tipiche problematiche in relazione ai social media e alle norme dell'UE in materia di diritto commerciale e dei consumatori, per esempio:

- Pratiche commerciali poste in essere da piattaforme di social media, tra cui la vendita e la facilitazione a titolo oneroso di "mi piace" e recensioni, blog e account sponsorizzati a professionisti terzi;
- Clausole contrattuali standardizzate potenzialmente sleali utilizzate dalle piattaforme di social media;
- Servizi di social media presentati ai consumatori come "gratuiti", mentre richiedono dati personali in cambio dell'accesso;
- Pratiche commerciali poste in essere da professionisti terzi attraverso le piattaforme di social media, tra cui marketing occulto, recensioni degli utenti false o ingannevoli, esortazioni dirette ai bambini, spam e adescamenti a fini di sottoscrizione.

In alcuni casi la distinzione tra professionisti terzi e altri utenti dei social media può essere poco chiara.

A tal proposito gli orientamenti del mediatore per i consumatori norvegese relativi alla qualificazione del marketing sui social media²⁷¹ recitano: *"Si possono formulare commenti sui prodotti acquistati direttamente o ricevuti in dono, per esempio da un amico o dal fidanzato, senza qualificare l'informazione come marketing, purché non si colleghi il prodotto a una rete pubblicitaria. Soltanto nel caso in cui il privato e l'inserzionista traggano un vantaggio dai commenti, questi ultimi devono essere qualificati come marketing, per esempio se si riceve un giubbotto a titolo gratuito e poi si pubblica un commento sul giubbotto in un blog"*.

L'art. 6 della direttiva vieta ai professionisti di ingannare i consumatori riguardo a pratiche commerciali che comportano l'uso di sistemi quali i "mi piace". Presentando falsi "mi piace", un professionista può ingannare i consumatori riguardo alla propria reputazione, o a quella dei prodotti o servizi che commercializza, e può indurli ad assumere decisioni di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso.

Se un professionista terzo pubblica false recensioni in nome dei consumatori o affida l'incarico a un'agenzia che si occupa di reputazione online, tale pratica è contraria all'allegato I, punto 22, della direttiva, che vieta di *"presentarsi falsamente come consumatore"*.

Peraltro, molti utenti dei social media sono bambini e adolescenti, di conseguenza, l'art. 5, paragrafo 3, della direttiva può rappresentare una base

271 Orientamenti adottati nel 2011; http://www.forbrukerombudet.no/asset/4474/1/4474_1.pdf. Una versione aggiornata di questi orientamenti, adottata nel giugno 2014, al momento è disponibile soltanto in norvegese: http://www.forbrukerombudet.no/asset/5018/1/5018_1.pdf.

giuridica pertinente al fine di proteggere *“un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili”*²⁷².

Ciò rafforza l'obbligo generale imposto dalla direttiva di indicare chiaramente la finalità commerciale. Anche l'allegato I, punto 28, che vieta le esortazioni dirette ai bambini, può essere una base giuridica pertinente.

Se una piattaforma di social media non comunica ai consumatori che i loro dati personali saranno trattati per finalità economiche, si potrebbe sostenere che essa ometta informazioni rilevanti di cui il consumatore ha bisogno per prendere una decisione consapevole di natura commerciale. Perché tale omissione sia sleale ai sensi dell'art. 7 della direttiva, occorre dimostrare – come già visto – che è idonea a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

10. Le piattaforme di acquisto collettivo

Questa forma di commercio elettronico collaborativo permette ai consumatori di acquistare insieme i prodotti per ottenere un prezzo più favorevole. Se la piattaforma di acquisto di gruppo è gestita da un “professionista” nel quadro della sua attività economica e questo pone in essere pratiche commerciali nei confronti dei consumatori, essa rientra nell'ambito di applicazione della direttiva e deve rispettare gli obblighi imposti dalla stessa. Sulla base dell'art. 6, paragrafo 1, e dell'articolo 7 della direttiva, alle piattaforme di acquisto collettivo si applicano i principi seguenti:

- Le informazioni che forniscono ai consumatori devono essere chiare e accurate riguardo alla portata dell'offerta;
- Le informazioni che forniscono in merito alla qualità del prodotto/servizio ottenuto a seguito di un acquisto di gruppo non devono essere ingannevoli. In particolare, la qualità non deve essere inferiore a quella di un'offerta al prezzo normale, a meno che i consumatori ne siano chiaramente informati.

Le piattaforme online che offrono servizi di acquisto di gruppo devono fornire informazioni chiare e accurate sul contenuto e sul prezzo dell'offerta e sul fornitore del prodotto/servizio. Le condizioni alle quali i consumatori possono fruire del prodotto, ad esempio un numero minimo di acquirenti e durata dell'offerta, devono essere esplicitate. Inoltre, i consumatori non devono essere ingannati riguardo al vantaggio specifico offerto dalla piattaforma; in altre parole, il prodotto o servizio offerto deve essere di qualità identica a quella del prodotto acquistato alle normali condizioni.

272 Sul concetto di consumatore vulnerabile, si veda CH. RIEFA, S. SAINTIER, «In search of (access to) justice for vulnerable consumers», in ID. (a cura di), *Vulnerable consumers and the law. Consumer protection and Access to justice*, Routledge, Oxon, 2020, p. 5.

Ad esempio, un'offerta concernente un trattamento specifico presso un centro benessere è pubblicizzata con uno sconto del 50% se acquistata tramite una piattaforma di acquisto di gruppo. Tale offerta può rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 6, paragrafo 1, lettere b) e d), come l'indicazione ingannevole di un vantaggio quanto al prezzo, se il trattamento offerto dura solo trenta minuti, mentre al prezzo pieno ordinario dura 60 minuti, a meno che i consumatori non siano stati chiaramente informati al riguardo.

Il 1° luglio 2013 il centro di tutela dei diritti dei consumatori della Lettonia ha pubblicato un documento di orientamento sulle pratiche commerciali leali per gli acquisti di gruppo²⁷³, secondo il quale,

- Per quanto riguarda i dati di contatto: “[...] l'autore della pratica commerciale deve fornire, conformemente alle leggi applicabili, informazioni complete e veritiere su di sé in qualità di venditore dei coupon e, considerata la natura particolare dei portali di acquisto di gruppo, riguardo ai venditori dei prodotti e ai prestatori dei servizi offerti”;
- Per quanto riguarda il prezzo, invece: “Nel caso delle offerte cumulative, ossia una combinazione di più prodotti o servizi, quando il prezzo può variare in funzione del numero/volume di prodotti o servizi acquistati, deve essere indicato il prezzo totale dell'offerta onde evitare di creare l'impressione che si possa acquistare un maggior numero di prodotti o servizi a un prezzo inferiore qualora ciò non sia possibile”.

11. La tariffazione dinamica

Tariffazione dinamica, definita anche “*tariffazione in tempo reale*”, significa variare in modo altamente flessibile e rapido il prezzo di un prodotto in risposta alle esigenze del mercato. Per esempio, in Francia, l'autorità nazionale di controllo della protezione dei dati²⁷⁴ e l'autorità di protezione dei consumatori²⁷⁵ hanno effettuato controlli sui siti di viaggi francesi²⁷⁶ e hanno trovato conferma di pratiche di tariffazione dinamica, in particolare i prezzi dei biglietti aerei e ferroviari variavano in funzione dell'ora del giorno alla quale il consumatore effettuava la prenotazione.

273 http://www.ptac.gov.lv/sites/default/files/docs/vadlinijas_godigas_komercprakses_istenosanai_kolektiva_iepirksanas_joma_01_07_2013_new.pdf.

274 Commission nationale de l'informatique et des libertés – CNIL.

275 Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes – DGCCRF.

276 Si confronti il comunicato stampa del 27 gennaio 2014 dell'Autorità francese. I controlli effettuati sui siti francesi non hanno individuato prove di variazione dei prezzi in base all'ubicazione degli indirizzi IP, esaminata al punto successivo relativo alla discriminazione dei prezzi.

A norma della direttiva, i professionisti possono determinare liberamente i prezzi dei loro prodotti, purché forniscano ai consumatori informazioni adeguate in merito al prezzo totale e al modo in cui è calcolato ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1, lettera d), e dell'art. 7, paragrafo 4, lettera c), della direttiva. Tuttavia, in alcune circostanze, le pratiche di tariffazione dinamica possono rientrare nella definizione di "sleale" ai sensi della direttiva.

Un esempio di tal genere è costituito da una pratica di tariffazione dinamica in base alla quale il professionista alza il prezzo di un prodotto dopo che un consumatore lo ha messo nel suo carrello digitale potrebbe essere considerata un'azione ingannevole ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1, lettera d), della direttiva.

11.1. La discriminazione dei prezzi

La discriminazione dei prezzi avviene quando un professionista applica prezzi diversi a gruppi diversi di consumatori per gli stessi prodotti o servizi.

Come per la tariffazione dinamica, a norma della direttiva i professionisti sono liberi di determinare i loro prezzi, purché forniscano ai consumatori informazioni adeguate su tali prezzi e sul modo in cui sono calcolati.

Tuttavia, la direttiva sui servizi²⁷⁷ contiene un divieto generale di discriminazione dei prezzi basata sulla nazionalità e sul luogo di residenza.

L'art. 20 della direttiva sui servizi prevede che *"Le condizioni generali di accesso a un servizio che il prestatore mette a disposizione del grande pubblico"* non possono contenere *"condizioni discriminatorie basate sulla nazionalità o sul luogo di residenza del destinatario"*.

L'art. 20 della direttiva sui servizi, tuttavia, non preclude *"la possibilità di prevedere condizioni d'accesso differenti allorché queste sono direttamente giustificate da criteri oggettivi"*. Inoltre, la discriminazione dei prezzi, diretta o indiretta, in base alla cittadinanza o al luogo di residenza del cliente finale o al luogo di stabilimento del vettore o del venditore di biglietti all'interno dell'Unione è espressamente vietata da diversi atti normativi settoriali dell'UE. Tali

277 Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno.

atti normativi riguardano il trasporto aereo²⁷⁸, il trasporto marittimo²⁷⁹ e il trasporto effettuato con autobus²⁸⁰.

In una valutazione dell'idoneità della regolamentazione nel mercato interno dell'aviazione, adottata dalla Commissione Europea il 6 giugno 2013²⁸¹, è stato riscontrato che il 26% delle compagnie aeree praticava discriminazioni dei prezzi dei servizi aerei basate sul luogo di residenza del consumatore. Altre compagnie aeree in genere applicavano commissioni di servizio soltanto alle vendite in particolari Stati membri o permettevano ai residenti di determinati Stati membri di evitare il pagamento di tali commissioni.

11.2. I prezzi personalizzati

La possibilità di tracciamento e profilazione del comportamento dei consumatori²⁸² consente ai professionisti di personalizzare i messaggi pubblicitari e le offerte per trasmetterli a consumatori specifici sotto forma di "prezzi personalizzati".

Un esempio di tal genere è costituito dal fatto che il professionista online crea "profili d'acquisto", basati sul potere d'acquisto dei suoi clienti online, che gli permettono di adattare i propri prezzi. Un cliente della categoria "potere d'acquisto elevato" può essere riconosciuto tramite l'indirizzo IP del com-

278 Si confronti l'articolo 23, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 settembre 2008, recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità.

279 Si confronti l'articolo 4, paragrafo 2, del regolamento (UE) n. 1177/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, relativo ai diritti dei passeggeri che viaggiano via mare e per vie navigabili interne e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004.

280 Cfr. articolo 4, paragrafo 2, del regolamento (UE) n. 181/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, relativo ai diritti dei passeggeri nel trasporto effettuato con autobus.

281 Si confronti il documento di lavoro dei servizi della Commissione SWD (2013) 208 final, *Report on the suitability of economic regulation of the European air transport market and of selected ancillary services*, p. 81.

282 Una tecnica collegata è la "pubblicità comportamentale online". Sono stati in tal senso definiti principi di autodisciplina per tale forma di pubblicità a livello europeo, in base alle disposizioni della European Advertising Standards Alliance (EASA) *Best Practice Recommendation on Online Behavioural Advertising* (12 aprile 2011).

Secondo l'EASA, la pubblicità comportamentale online è "una tecnica che consente di trasmettere messaggi pubblicitari online in funzione dei potenziali interessi degli utenti. Per poter personalizzare i messaggi, le società di OBA cercano di prevedere gli interessi e le preferenze di un utente sulla base dei suoi precedenti percorsi di navigazione in rete, per esempio sotto forma di dati riguardanti le pagine visitate o i click effettuati dall'utente. Queste informazioni sono raccolte nel corso del tempo e in molteplici domini Internet, piuttosto che in un unico sito. Per definizione, una società che si occupa di pubblicità comportamentale online, anche detta "rete pubblicitaria", raccoglie informazioni sul comportamento di navigazione in siti Internet che non possiede né gestisce".

puter o altri dispositivi, per esempio un marcatore, definito anche "cookie", quando visita il sito del professionista dal computer di casa. I prezzi proposti a questo cliente potrebbero essere, per esempio, mediamente superiori del 10% rispetto a quelli offerti a un nuovo cliente o a un cliente della categoria "potere d'acquisto limitato".

Come per la tariffazione dinamica e la discriminazione dei prezzi, a norma della direttiva i professionisti sono liberi di determinare i loro prezzi, purché informino debitamente i consumatori in merito a tali prezzi e al modo in cui sono calcolati.

I professionisti che tracciano e raccolgono informazioni sulle preferenze dei consumatori utilizzando i dati personali online si qualificano come "responsabili del trattamento" ai sensi della direttiva sulla protezione dei dati e devono rispettare le disposizioni dell'UE in materia di protezione dei dati. Tali disposizioni comprendono l'obbligo imposto al responsabile del trattamento di interrompere l'invio di materiale pubblicitario se la persona che lo riceve si oppone al trattamento dei propri dati personali a tal fine ai sensi dell'art. 14, lettera b). Inoltre, l'art. 15 della direttiva sulla protezione dei dati riconosce a qualsiasi persona il diritto di non essere sottoposta a una decisione che produca effetti giuridici o abbia effetti significativi nei suoi confronti fondata esclusivamente su un trattamento automatizzato di dati destinati a valutare taluni aspetti della sua personalità, quali il rendimento professionale, il credito, l'affidabilità, il comportamento.

A decorrere dalla data di applicazione delle nuove disposizioni del regolamento generale sulla protezione dei dati, che sostituirà la direttiva 95/46/CE, prevista nel 2018, tali disposizioni si applicheranno al trattamento dei dati personali di interessati che si trovano nell'Unione, anche effettuato da un titolare del trattamento o da un responsabile del trattamento che non è stabilito nell'Unione, quando le attività di trattamento riguardano l'offerta di beni o la prestazione di servizi, indipendentemente dall'obbligatorietà di un pagamento dell'interessato e quando le attività di trattamento riguardano il monitoraggio del loro comportamento nella misura in cui tale comportamento ha luogo all'interno dell'Unione.

Inoltre, il regolamento generale sulla protezione dei dati definisce la "profilazione" come "qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica". Il diritto dell'interessato di non essere sottoposto a un processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche si estenderà a tale profilazione.

Quando inviano materiale pubblicitario e comunicazioni commerciali ai consumatori tramite reti di comunicazione elettronica, i professionisti devono

rispettare anche gli artt. 6, 9 e 13 della direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche²⁸³. Ciò comprende l'obbligo del responsabile del trattamento di interrompere l'invio di materiale pubblicitario se la persona che lo riceve revoca il proprio consenso.

Anche ai sensi dell'art. 5, paragrafo 3, della direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche, l'uso di marcatori definiti "cookies" o di dispositivi analoghi nell'apparecchiatura terminale di un utente ai fini della raccolta di informazioni è consentito soltanto con il consenso informato dell'utente.

11.3. Le attività di *marketing* e i prezzi personalizzati

Può accadere che le informazioni raccolte tramite la profilazione sono usate per esercitare un indebito condizionamento, per esempio un professionista scopre che il consumatore sta esaurendo il tempo per acquistare un biglietto aereo e dichiara falsamente che sono rimasti a disposizione soltanto pochi biglietti. Ciò potrebbe costituire una violazione dell'art. 6, paragrafo 1, lettera a), e dell'allegato I, punto 7, della direttiva.

Inoltre, ai sensi degli artt. 8 e 9 della direttiva, il marketing basato sul tracciamento e la profilazione non deve comportare pratiche commerciali aggressive. L'allegato I, punto 26 vieta di inviare ai consumatori comunicazioni ripetute e sgradite definite "spam". Ciò detto, le politiche dei prezzi personalizzati, per esempio in base al potere d'acquisto del cliente percepito da un professionista, al momento non sembrano essere diffuse al di là dei programmi di fedeltà e dei vantaggi in termini di prezzo, che sono normali pratiche commerciali, e della variazione dei prezzi a seconda del canale di distribuzione utilizzato, ad esempio online rispetto ai negozi tradizionali. Nei pochi casi segnalati, le imprese interessate hanno modificato le loro pratiche perché generavano sfiducia dei consumatori nel professionista o nel marchio in questione. Per esempio, il 17 maggio 2013 l'Office of Fair Trading del Regno Unito, ora chiamato Competition and Markets Authority (CMA) ha pubblicato una relazione sui prezzi personalizzati online²⁸⁴. La relazione concludeva che *"le decisioni in materia di prezzi sono influenzate dall'analisi dei dati aggre-*

283 Direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori, GU L 337 del 18.12.2009, p. 11.

284 *Personalised Pricing, Increasing Transparency to Improve Trust*, OFT 1489; http://webarhive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.offt.gov.uk/shared_offt/markets-work/personalised-pricing/offt1489.pdf.

gati raccolti presso i consumatori”, ma anche che “gli elementi a nostra disposizione indicano che le imprese non usano i dati riguardanti le persone per addebitare loro prezzi più elevati”²⁸⁵.

12. Settori specifici: il settore dei viaggi e dei trasporti

Nel settore dei trasporti sono state individuate irregolarità, in particolare, nell’indagine a tappeto svolta dalle autorità CTC nel 2007²⁸⁶ sui siti Internet che vendono biglietti aerei, nello studio del 2012 sulla trasparenza dei prezzi nel settore dei trasporti aerei e nell’indagine a tappeto svolta dalle autorità CTC nel 2013 sui siti Internet che vendono viaggi aerei e sistemazioni in albergo. Tra le irregolarità figuravano indicazioni dei prezzi ingannevoli, ad esempio i prezzi che non includevano spese inevitabili e la mancanza di informazioni sulla disponibilità delle offerte. Più di recente, sono stati segnalati problemi nel settore dell’autonoleggio riguardanti, in particolare, la presentazione dell’offerta, le caratteristiche principali del prodotto e le polizze assicurative.

12.1. Gli aspetti trasversali, prime considerazioni sulla protezione del consumatore nell’ambito digitale rispetto al contratto di trasporto

La direttiva non si applica soltanto al professionista che fornisce effettivamente il viaggio e il trasporto. L’art. 2, lettera b), della direttiva menziona espressamente, nella definizione di “professionista”, anche “*chiunque agisca in nome o per conto di un professionista*”. Di conseguenza, gli obblighi di informazione di cui agli artt. 6 e 7 si applicano non solo alle compagnie aeree, agli alberghi e alle società di autonoleggio, ma possono applicarsi anche agli intermediari, per esempio, i siti di strumenti di confronto o i c.d. “*metamotori di ricerca*”, che operano tra tali professionisti e i consumatori in nome o per conto del professionista che fornisce il prodotto.

Un esempio di tal genere è non solo la compagnia aerea, ma anche l’agenzia di viaggi online che offre i biglietti aerei ai consumatori in nome o per conto della compagnia aerea deve informare i consumatori rispetto all’inclusione del bagaglio nel prezzo del volo o se esso sia soggetto a una spesa aggiun-

285 Relazione *Personalised Pricing, Increasing Transparency to Improve Trust*, p. 2 e 3, OFT 1489, citata.

286 Un’indagine a tappeto definita “*sweep*” è un controllo sistematico svolto simultaneamente in diversi Stati membri per verificare le violazioni della normativa in materia di tutela dei consumatori, in particolare nel settore online.

tiva. Entrambe devono informare i passeggeri anche in merito alla possibilità modificare la prenotazione o richiedere il rimborso del volo.

L'art. 7, paragrafo 4, elenca alcune informazioni da considerare rilevanti nel caso degli inviti all'acquisto, per esempio di un biglietto aereo o ferroviario, una camera d'albergo o un'auto a noleggio, qualora non risultino già evidenti dal contesto. In alcuni casi la mancata fornitura di tali informazioni può essere considerata un'omissione ingannevole²⁸⁷.

L'art. 7, paragrafo 4, lettera b), impone ai professionisti di indicare il proprio indirizzo geografico e la propria identità. A norma dell'art. 7, paragrafo 5, in combinato disposto con l'art. 5, paragrafo 1, lettera c), della direttiva sul commercio elettronico, anche l'indirizzo di posta elettronica del professionista costituisce un'informazione rilevante ai sensi della direttiva. Tali informazioni dovrebbero essere facilmente reperibili, cioè non nelle modalità e condizioni generali o su pagine/collegamenti separati e accessibili in modo diretto e permanente.

Per quanto riguarda il trattamento dei reclami, ai sensi dell'art. 7, paragrafo 4, lettera d), della direttiva, il consumatore deve sapere chiaramente a chi rivolgersi per chiedere chiarimenti o presentare reclami. Il consumatore deve ricevere istruzioni precise in merito a come presentare un reclamo in caso di problemi, per esempio tramite un indirizzo di posta elettronica e un numero di telefono.

Sebbene vi sia consenso generale sul fatto che il prezzo pubblicizzato debba includere, sin dall'inizio, tutte le imposte e le spese applicabili, uno studio del 2012 sulla trasparenza dei prezzi nel settore dei trasporti aerei²⁸⁸ ha rilevato che molte compagnie aeree indicano il prezzo senza indicare le tasse, i diritti e le spese e molte fra queste aggiungono ulteriori spese qualificandole come "facoltative", ma che sono di fatto inevitabili, ad esempio il mezzo di pagamento gratuito soltanto in caso di utilizzo della carta di credito della compagnia aerea. Questo problema di "prezzatura a goccia" ha ripercussioni particolarmente pregiudizievoli nella fase in cui i consumatori confrontano i prezzi per poter prendere una decisione consapevole²⁸⁹.

I professionisti, compreso qualsiasi intermediario che agevoli le operazioni commerciali delle imprese nei confronti dei consumatori, dovrebbero garan-

287 Tra i tipi di informazioni previsti figurano, in particolare:

- le caratteristiche principali del prodotto;
- l'identità del professionista;
- il prezzo comprensivo delle imposte;
- le modalità di pagamento;
- le modalità di trattamento dei reclami.

288 http://ec.europa.eu/transport/modes/air/studies/doc/internal_market/final_report_price_transparency.pdf.

289 A causa dell'attività delle autorità nazionali di vigilanza, questa pratica è in evoluzione.

tire la trasparenza del prezzo dei biglietti sin dall'inizio, a partire dalla fase pubblicitaria e durante l'intero processo di prenotazione.

In particolare, ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1, lettera d), e dell'art. 7, paragrafo 4, lettera c), il prezzo totale da pagare deve essere sempre indicato e includere tutte le imposte applicabili e le spese inevitabili e prevedibili al momento della pubblicazione/prenotazione, compresi i supplementi. Per esempio, per i trasporti aerei, tali spese comprendono la tariffa aerea passeggeri o merci nonché tutte le tasse, i diritti aeroportuali e altri diritti, le spese e i supplementi applicabili, quali quelli connessi alla sicurezza e ai carburanti.

I prezzi dei voli o delle camere d'albergo possono variare molto rapidamente. Per esempio, quando un consumatore cerca un biglietto aereo sulla piattaforma di un'agenzia di viaggi online, il prezzo può cambiare tra il momento in cui inizia la ricerca e il momento in cui decide di effettuare l'acquisto. Se sono realmente dovute al carattere dinamico del mercato e quindi esulano dal controllo dell'agenzia di viaggi online, tali variazioni di prezzo avranno un impatto sulla possibilità dell'agenzia di garantire che il prezzo pubblicizzato sia sempre corretto. Le disposizioni della direttiva indicano che i professionisti che sono a conoscenza della possibilità di improvvise variazioni dei prezzi devono comunicarlo ai consumatori quando pubblicizzano i prezzi.

Un ulteriore esempio è costituito da un professionista che offriva pacchetti turistici e includeva il costo di una polizza assicurativa nel prezzo totale di un prodotto. Tuttavia, la polizza assicurativa non era obbligatoria, ma facoltativa. L'ispettorato del commercio ceco ha considerato tale pratica ingannevole e la decisione è stata confermata dal tribunale amministrativo supremo della Repubblica ceca²⁹⁰.

Un altro esempio è costituito dalla pratica di addebitare ai turisti supplementi per i carburanti senza indicare il modo in cui erano calcolati e senza fornire ai consumatori una documentazione adeguata, che è stata considerata un'omissione ingannevole, un'azione ingannevole e una pratica aggressiva ai sensi della direttiva dall'autorità italiana antitrust²⁹¹.

Un ultimo esempio, infine, potrebbe essere costituito da un professionista che offriva appartamenti per vacanze senza indicare nel prezzo i costi obbligatori, per esempio le spese di pulizia, le imposte municipali e le commissioni di servizio aggiuntive per la prenotazione. Una Corte d'Appello tedesca ha ritenuto che tale pratica costituisse una violazione delle norme di diligenza professionale e un'omissione ingannevole²⁹².

290 As 59/2001 – 61, Blue Style s.r.o./Ispettorato del commercio ceco, 22 giugno 2011.

291 PS3083, Teorema Tour – Adeguamento costo carburante aereo, 26 agosto 2009.

292 OLG Hamm, 06.06.2013, Az. I-4 U 22/13.

Le informazioni sulle spese facoltative devono essere in definitiva presentate in modo ben visibile²⁹³ e i professionisti non devono ingannare i consumatori riguardo all'acquisto di servizi aggiuntivi. Le spese facoltative potranno essere, per esempio, il supplemento per la camera singola, l'assicurazione non obbligatoria, la scelta del posto o il bagaglio in stiva (rispetto al bagaglio a mano)²⁹⁴.

I consumatori devono essere informati della presenza di costi non obbligatori negli inviti all'acquisto e in ogni caso al più tardi all'inizio del processo di prenotazione.

Occorre inoltre precisare che tali costi sono facoltativi e i consumatori non devono essere ingannati riguardo alla decisione di acquistare servizi aggiuntivi.

Tali obblighi derivano, in particolare, dall'art. 6, paragrafo 1, lettere b) e d), e dall'art. 7, paragrafo 4, lettera a) e c), della direttiva. A seconda delle circostanze, le pratiche che contravvengono a tali principi possono essere considerate contrarie alle norme di diligenza professionale di cui all'art. 5, paragrafo 2, della direttiva.

Inoltre, la direttiva sui diritti dei consumatori vieta di utilizzare opzioni prestabilite che il consumatore deve rifiutare per evitare pagamenti supplementari, come nel caso delle caselle preselezionate sui siti Internet, invece di chiedere il consenso espresso del consumatore per tali pagamenti. L'art. 22 di detta direttiva prevede che *"Se il professionista non ottiene il consenso espresso del consumatore ma l'ha dedotto utilizzando opzioni prestabilite che il consumatore deve rifiutare per evitare il pagamento supplementare, il consumatore ha diritto al rimborso di tale pagamento"*.

A parte le caselle preselezionate, possono esistere altri casi in cui i professionisti che commercializzano i loro servizi online offrano servizi aggiuntivi in modo oscuro o ambiguo, per esempio occultando la possibilità di non prenotare altri servizi. Tali pratiche commerciali possono essere considerate ingannevoli, aggressive o incompatibili con la diligenza professionale, a differenza della difficoltà di selezionare servizi aggiuntivi simili ma meno costosi di quelli ben visibili nella proposta commerciale *online*. Più difficilmente la

293 La posizione dell'OFT in risposta al reclamo relativo ai supplementi applicati dalle compagnie aeree è stata che le spese facoltative non dovrebbero essere più distanti di un click dal prezzo civetta, *cfr.* <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/OFTwork/consumer-enforcement/consumer-enforcement-completed/card-surcharges/>

294 Nella sentenza del 18 settembre 2014 nella causa C-487/12, *Vueling Airlines*, la Corte ha concluso che in linea di principio i bagagli a mano devono essere considerati un elemento indispensabile del trasporto di passeggeri e che il trasporto di questi non può, conseguentemente, essere sottoposto a un supplemento di prezzo, a condizione che tali bagagli a mano posseggano taluni requisiti ragionevoli, in termini di peso e dimensioni, e soddisfino le prescrizioni applicabili in materia di sicurezza.

pratica può, in tal caso, risultare ingannatoria, purché la diversità fra i servizi offerti sia comunque sussistente.

Già da quanto detto si può desumere come la protezione dell'utente all'interno del contesto digitale sia assai più marcata applicando la normativa propria del consumatore.

Infatti, se è vero che le due discipline convergono per alcuni aspetti, principalmente il dovere di correttezza (sfociante spesso in un dovere informativo rafforzato a carico del professionista) e l'attività di *public enforcement* (a cui nel contesto italiano è deputato sempre l'AGCM) risultano comunque delle differenze.

L'utente digitale certo beneficia di protezione, ad esempio dell'indiretto effetto dissuasivo che la possibilità di sanzione dell'AGCM può opporre per attività anticoncorrenziale o abuso di posizione dominante in capo alla piattaforma digitale, ma ciò non è paragonabile alla protezione di cui il consumatore beneficia. Basti pensare, in tal senso, alla protezione offerta dall'invalidità (o dall'obbligo di espressa trattativa) relativa propria delle clausole vessatorie, piuttosto che la protezione per pratiche commerciali scorrette, disciplina che – giusti gli esempi nazionali e internazionali finora offerti – ben può applicarsi al consumatore.

Le due vesti protettive, dunque, di utente di piattaforma digitale soggetta alla vigilanza dell'antitrust perché forte (molto spesso) di posizioni di mercato oligopolistiche o dominanti, e quella di consumatore esposto agli abusi del professionista (la medesima piattaforma digitale) si possono (pare di poter dire) certamente unire, anche al fine di garantire un corretto ed equilibrato sviluppo (sociale) di mercato²⁹⁵, ciò anche in ragione del rapporto fra consumatore-utente e piattaforma, che ancorché formalmente gratuito non può che ritenersi contraddistinto da una "gratuità interessata", dove l'utente paga la piattaforma con i propri dati²⁹⁶.

13. Gli Influencer e la protezione dell'utente digitale, brevi cenni sul quadro giuridico italiano

Dopo questa breve disamina rispetto ai principali settori in cui la protezione dell'utente digitale si è resa sempre più necessaria, come d'altronde avvertito dalla normativa europea (in materia di consumatori - *id est* di pra-

295 Cfr. il recente studio "Sviluppi recenti dell'economia sociale nell'Unione Europea" al link <https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/files/qe-04-17-875-it-n.pdf>.

296 Sul punto ci si è dilungati nel primo capitolo, basti in tale sede richiamare la direttiva 770/2019, nonché C. CAMARDI, «Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali», in *Giust. Civile*, III, 2019.

tiche commerciali scorrette, rispetto al rimedio di *public enforcement* - così come in materia di *privacy*), una particolare attenzione merita il fenomeno dei c.d. *influencer*²⁹⁷. Possono definirsi tali quei soggetti (persone fisiche) che sponsorizzano o promuovono beni o attività all'interno dei propri canali *social*, o comunque tramite le proprie piattaforme digitali, normalmente dietro compenso.

In questo senso, il fenomeno appare senz'altro regolato dalla disciplina consumeristica, con un ruolo di spicco per l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), e in particolare – per il codice del consumo italiano – dagli artt. 22 (obbligo di trasparenza) e 23 (divieto pratiche commerciali ingannevoli); in questo senso l'Autorità ha già avuto modo di sanzionare l'*influencer* (e l'impresa agevolata) che nascondesse la propria identità, fingendosi un consumatore "semplice" e così genuinamente intenzionato a promuovere un prodotto²⁹⁸ (sono inoltre soggetti al Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi (D.Lgs. 208/2021), su cui si dirà a breve in relazione alle nuove linee guida).

Uno dei principali ambiti di intervento dell'AGCM in passato ha riguardato la segnalazione dei contenuti pubblicitari, vale a dire la necessità di identificare chiaramente i post sponsorizzati. L'Autorità ha sottolineato che gli *influencer* devono utilizzare diciture come #adv, #sponsored, o espressioni equivalenti, per indicare in modo inequivocabile la natura commerciale del contenuto²⁹⁹.

Dubbi sorgono invece sull'applicabilità del Codice di Autodisciplina Pubblicitaria, promosso dall'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria (IAP). La mancanza di forza cogente delle normative svuota però, in pratica, di importanza il dibattito. Non solo, a risultare coinvolta è altresì – a livello regolatorio – l'Autorità Garante per le Comunicazioni, responsabile dell'emanazione delle c.d. linee guida per la comunicazione pubblicitaria, anche all'interno dei *social*.

I recenti fatti di cronaca (c.d. "caso Ferragni"³⁰⁰) hanno indotto l'autorità di regolazione a emanare più stringenti linee guida. In massima sintesi queste (linee guida AGCOM, "Autorità Garante per le Comunicazioni"³⁰¹) impongono

297 Fenomeno soggetto all'attenzione del regolatore da diversi anni, si veda il comunicato stampa dell'Autorità Antitrust Italiana (AGCM) del 2018, al link <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2018/8/alias-9449>.

298 Provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 27.03.2019, relatore Muscolo, segretario Arena) è disponibile sul sito dell'autorità, al link https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS11050_scorr-sanz_omi.pdf.

299 Fin dal 2017 l'Autorità si esprimeva affermando la necessità che la pubblicità fosse "riconoscibile come tale" <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2017/7/alias-8853>.

300 Agcm, provv. 4.7.2024, presidente e relatore Rustichelli, disponibile sul sito dell'Autorità, al link <https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS12699%20chiusura.pdf>.

301 Linee guida delibera 7/24 Cons. 178/23 Cons.

gono agli *influencer* i criteri di seguito – in massima sintesi – evidenziati, evidenziando innanzitutto che l’obbiettivo è “garantire trasparenza, correttezza e tutela degli utenti nell’ambito delle attività promosse dagli influencer” e definendo tali quei soggetti che “operano in modo analogo ai fornitori di servizi di media audiovisivi sotto la giurisdizione italiana e che soddisfano criteri specifici” (ma anticipando in questa sede che i criteri non sono vincolanti per le altre autorità, né tantomeno in sede giudiziale per eventuali fini risarcitori):

1. Almeno un milione di follower complessivi sulle piattaforme social³⁰²;
2. Produzione di almeno 24 contenuti nell’anno precedente;
3. Engagement rate medio pari o superiore al 2% negli ultimi sei mesi su almeno una piattaforma.

Se tali requisiti appaiono però oggettivi l’Autorità ne ha elaborati altri (di maggior ampiezza interpretativa) e in particolare la “produzione di contenuti che informano, intrattengono o istruiscono, generando reddito attraverso accordi commerciali o monetizzazione delle piattaforme”; “responsabilità editoriale” sui contenuti, intesa come controllo diretto sulla loro creazione e organizzazione; e infine servizio accessibile a un pubblico ampio, caratterizzato però “da un legame stabile con l’economia italiana e destinato principalmente a utenti italiani”, curiosamente l’Autorità sembra disinteressarsi così di fattispecie con possibili elementi di transnazionalità, anche se minimi.

Le Linee Guida – giova in questa sede ribadirlo si rifanno al Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi (D.Lgs. 208/2021), imponendo il rispetto dei seguenti principi:

- Trasparenza delle comunicazioni commerciali: È obbligatorio segnalare chiaramente la natura pubblicitaria di un contenuto, utilizzando indicazioni visibili come “sponsorizzato” o “partnership pagata con...”.
- Tutela dei minori: Vietati contenuti gravemente nocivi per lo sviluppo fisico, psichico o morale dei minori.
- Diritti fondamentali: I contenuti devono rispettare la dignità umana ed evitare discriminazioni, incitazioni all’odio o alla violenza.
- Contrastare la disinformazione: Garantire la veridicità delle informazioni e la menzione delle fonti per combattere le fake news.
- Tutela del diritto d’autore: Gli influencer devono rispettare il copyright e indicare chiaramente la provenienza di contenuti utilizzati.

302 Già in passato l’Autorità avevo escluso i c.d. “micro influencer”; Si confrontino in proposito le linee guida (*Digital Chart IAP*) dell’Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria reperibili al link <https://www.iap.it/wp-content/uploads/2016/05/Digital-Chart-IAP-VERSIONE-ONLINE.pdf> per l’ampiezza del fenomeno.

14. Ulteriori pronunce giurisprudenziali sulle pratiche commerciali scorrette

In conclusione, del capitolo va precisato che in materia di pratiche commerciali scorrette sono state emesse importanti sentenze recenti dalla Suprema Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato.

In particolare, il Consiglio di Stato, attraverso la sentenza del 14 aprile 2020 n. 2414, ha stabilito che le *“pratiche commerciali scorrette”* costituiscono un *“genus”* unitario di illecito, e al suo interno si rinvergono due sottotipi e, a sua volta, all'interno di ciascuno di essi, due ulteriori fattispecie presuntive che si pongono in un rapporto di specialità rispetto alla prima in cui ci si è chiesti se la pratica commerciale scorretta fosse una clausola ricognitiva oppure una fattispecie autonoma.

Nel caso di specie, la società sanzionata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con appello incidentale, lamentava che il TAR avesse considerato la sua condotta come pratica commerciale scorretta, pur non avendola qualificata né come ingannevole né come aggressiva. Il Consiglio di Stato non accoglie tale doglianza e ricostruisce la nozione di *“pratica commerciale scorretta”*.

La *ratio* della disciplina, introdotta nel nostro ordinamento giuridico in attuazione della direttiva comunitaria 2009/25/CEE, consiste nel garantire al consumatore un livello comune di tutela, armonizzando le norme relative alle condotte commerciali sleali tenute dalle imprese. In particolare, le pratiche commerciali sono costituite da comportamenti posti in essere dai professionisti in ordine alla promozione, vendita o fornitura di beni o servizi ai consumatori.

Pertanto, il Consiglio di Stato ha stabilito se l'art. 20 comma 2 del Codice del Consumo, laddove definisce la pratica commerciale scorretta, vada interpretato come una mera clausola *“ricognitiva”* delle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive, rispetto alle *“quali la definizione generale sarebbe rilevante solo ai fini interpretativi, oppure integri essa stessa una fattispecie di illecito, dotata di autonoma portata disciplinare, cui attingere in via residuale”*.

Il Consiglio di Stato ritiene che, ai fini della sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta, occorra procedere in tale ordine.

Innanzitutto, bisogna valutare se la condotta della società sia inquadrabile all'interno delle liste nere. In caso affermativo, si considera scorretta, senza un previo accertamento della contrarietà alla diligenza professionale e dell'attitudine a falsare il comportamento del consumatore. Non basterà, come già accennato, che al consumatore sia offerta una *“via di fuga”* dalla clausola, ad esempio un preciso dovere di rinegoziazione in capo alle parti.

In caso negativo, invece, è necessario stabilire se la pratica commerciale scorretta rientri in quelle ingannevoli di cui agli artt. 21 e 22, o in quelle aggressive di cui agli artt. 24 e 25: in tali circostanze, l'ingannevolezza o aggressività integrano, di per sé, la contrarietà alla diligenza professionale.

Infine, qualora non si rientri in nessuno dei due casi sopra esposti, si ricorre in *extrema ratio* alla norma di chiusura, ossia all'art. 20, comma 2 del Codice del Consumo che si riferisce alla pratica commerciale scorretta.

Tuttavia, i Giudici del Consiglio di Stato riconoscono che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha correttamente censurato la decisione impugnata nella parte in cui afferma che *"sia necessario provare, ai fini dell'accertamento di una pratica commerciale scorretta, l'esistenza di un vantaggio economico del professionista e di un pregiudizio concreto per il consumatore"*³⁰³.

Inoltre, viene rigettato anche l'appello incidentale sollevato dalla società, laddove quest'ultima lamentava la mancata qualificazione della pratica scorretta in termini di ingannevolezza o aggressività. Ebbene, il Giudice amministrativo di secondo grado ha precisato che le *"pratiche commerciali scorrette"*, disciplinate dall'art. 20, comma 2 del Codice del Consumo, costituiscono un *"genus"* unitario di illecito, i cui elementi costitutivi sono definiti dall'art. 20, comma 2 del Codice del Consumo. Infatti, il Consiglio di Stato ha affermato che *"all'interno della fattispecie generale, il legislatore ha "ritagliato", per finalità di semplificazione probatoria, due sottotipi e all'interno di ciascuno di essi, due ulteriori fattispecie presuntive che si pongono in rapporto di specialità rispetto alla prima"*. In sostanza, la pratica commerciale scorretta costituisce una fattispecie autonoma a cui attingere in via residuale e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato poteva impiegarla per sanzionare le violazioni riguardanti il dovere di diligenza professionale.

Inoltre, anche la Suprema Corte di Cassazione è intervenuta in materia di pratiche commerciali scorrette estrinsecando la propria funzione nell'ampliare, limitare o comunque specificare quali siano i confini attuativi delle norme, facendosi da collante tra l'esigenza sociale e l'asetticità del dettato normativo vigente.

Nel solco di tale intento si rileva un'interessante e recente pronuncia della Corte di Cassazione, che, con sentenza n. 1082 del 20 gennaio 2020, tutela un diritto del consumatore che sembrava attenuato dal Codice del Consumo e che era stato ingiustamente negato. Tuttavia, in questa sede non pare opportuno scendere nel dettaglio della fattispecie sottoposta al vaglio dei giudizi di merito e da questi alla valutazione della Cassazione, né si riprendono i risvolti prettamente processuali della vicenda che dovrebbero essere sempre compiutamente rappresentati e valutati.

303 Nondimeno, quanto sopra non riveste alcun rilievo sulla statuizione di annullamento del provvedimento impugnato che si fonda, invece, sul difetto di istruttoria. Pertanto, il Consiglio di Stato ritiene che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sia incorsa in un difetto di istruttoria, in quanto è mancata la prova costituita dalla correlazione tra l'attività di vendita della società, nonché delle procedure dalla stessa impiegate per limitare gli acquisti multipli di biglietti ed il comportamento dei consumatori risultati penalizzati.

Basti osservare che, riconosciuto in primo grado il diritto del consumatore al solo risarcimento del danno, il Giudice d'appello, invece, aveva riformato tale decisione, rilevando come tale diritto non fosse specificatamente previsto dall'art. 130 del Codice del Consumo³⁰⁴. Infatti, quest'ultima norma, nel suo testo letterale, individua specificatamente i rimedi che il consumatore può far valere nei confronti del professionista inadempiente: la riparazione del bene, la sua sostituzione, la riduzione del prezzo e la risoluzione del contratto. Ebbene, nel dettato normativo della Legge speciale manca tra tali diritti quello al solo risarcimento del danno cagionato dall'inadempimento, motivo per cui la Corte d'appello negava al consumatore la possibilità di ottenere il cosiddetto "*danno per equivalente*", ovvero il danno consistente in una somma di denaro pari al valore del bene o del servizio oggetto della prestazione non adempiuta.

Ebbene, la seconda sezione civile della Suprema Corte di Cassazione, al fine di assicurare uno *standard* di tutela più elevato rispetto a quello realizzato dalla Direttiva comunitaria, con la sentenza in esame non solo riconosce al consumatore il diritto al solo risarcimento del danno pure in mancanza di una sua specifica previsione nel testo dell'art. 130, comma 2 del Codice del Consumo³⁰⁵, ma allarga i confini rispetto alla domanda proposta.

L'intervento della Corte di legittimità, dunque, concretizza pienamente il diritto del consumatore di invocare ed ottenere la tutela risarcitoria al di là del dettato normativo di cui all'art. 130 del Codice del Consumo. Tale diritto, infatti, è ricavabile *aliunde* da un'altra norma del Codice di Consumo, ovvero dall'art. 135 in cui si fa espressa menzione alla salvaguardia dei diritti attribuiti al consumatore "*da altre norme dell'ordinamento giuridico*".

Si può notare che la Suprema Corte di Cassazione consolida l'orientamento già espresso tenendo conto del più vasto tema codicistico della garanzia per vizi nella compravendita, laddove fa sempre salvo il diritto dell'acquirente ad agire anche solo per il risarcimento del danno. A ciò bisogna aggiungere che, opinando in modo diverso, si assisterebbe ad una dicotomia di intenti: l'intento costituito da una maggior tutela che il Codice del Consumo vorrebbe perseguire sarebbe vanificato dalla necessità di ancorare i diritti del Consumatore ai soli rimedi previsti dall'art. 130 Codice del Consumo, che non contempla solo il rimedio risarcitorio. Una situazione appena descritta, dunque, porterebbe a vanificare totalmente i valori sui quali è stato emanato il principio di inderogabilità della disciplina in senso sfavorevole al consumatore e, per converso, la derogabilità della stessa in senso più favorevole al consumatore.

Dunque, per i motivi sopra esposti, i giudici nomofilattici suturano questa falla interpretativa dell'art. 130 del Codice del Consumo, stabilendo il prin-

304 Secondo la formulazione vigente prima della novella apportata con l'art. 1, comma 1 del D.Lgs. 4 novembre 2021, n. 170, che ha sostituito l'intero Capo I. Per l'efficacia e l'applicabilità di tale disposizione si veda l'art. 2, comma 1 del medesimo D.Lgs. n. 170/2021.

305 Attualmente i rimedi esperibili sono previsti dall'attuale art. 135-bis del Codice del Consumo a seguito della novella riportata nella nota precedente.

cipio in base al quale, una volta ritenuto sussistente il vizio nella vendita e l'eccessiva onerosità della sua riparazione, la sola azione risarcitoria proposta dal consumatore trova fondamento in tutti i principi di diritto, principi che risorgono dalla loro quiescenza ed intervengono nei confronti della parte contrattuale più debole. All'interno della voce del risarcimento del danno, si devono ricomprendere tutti gli elementi che lo compongono, con applicazione dei comuni principi del diritto interno.

Alla luce di quanto sopra esposto, la Corte di legittimità ha tracciato un solco interpretativo finalmente diretto ed inequivoco, eliminando rigidi schemi processuali sulle domande proposte ed interpretazioni restrittive delle norme invocate. Infatti, non poteva essere redatta una sentenza più adeguata di questa in esame, dato che è ampiamente favorevole al consumatore, garantendogli una maggiore certezza riguardo la tutela dei propri diritti, sebbene lo fossero già da prima, anche se è stato necessario che la norma esistente continuasse a produrre gli effetti per i quali era stata concepita.

Aperto le porte alla possibilità di integrare i rimedi a favore del consumatore con altre previsioni dell'ordinamento la Suprema Corte invita a un'ulteriore riflessione, quella di poter applicare l'annullamento del contratto (o comunque, i rimedi legati all'invalidità) a protezione del consumatore stesso, ad esempio in materia di pratiche commerciali scorrette.

Non solo, in conclusione del capitolo e volendo fin d'ora avviare la riflessione sull'assetto rimediabile della protezione del consumatore alcune brevi considerazioni meritano di essere spese sul tema dell'intreccio fra *status* di consumatore e di interessato al trattamento dei propri dati personali, nonché sulla misura degli strumenti principali della protezione del consumatore -titolare dei dati personali: quelli del risarcimento del danno e quelli legati alla "gestione" dei propri dati personali, come la rettifica, la cancellazione o la portabilità dei dati stessi³⁰⁶.

Tali aspetti divengono infatti centrali nella realtà della rete digitale, e del contratto fra piattaforma digitale e consumatore.

15. Brevi considerazioni sull'intreccio dello *status* di consumatore e interessato al trattamento dati, il tema dell'assetto rimediabile

Si è cercato di dare ampio conto in questo capitolo delle possibili casistiche legate all'intreccio fra rapporto di consumo e gestione dei propri dati personali.

306 Artt. 16, 17 e 20 del GDPR.

Nell'ambito delle reti digitali – in generale – e dei social – in particolare – il fenomeno ha assunto contorni sempre più ampi, come dimostra l'ampia giurisprudenza sul tema. Ciò sia in relazione alle piattaforme di acquisto (ad esempio si è citato il caso *dell'Appstore*) di beni o servizi (anche alberghieri o di viaggio) che sempre più spesso fanno uso degli strumenti di profilazione, sia nel caso dei *social network*, forse il massimo terreno d'elezione in cui la questione della protezione del consumatore si affianca a quella della gestione dei dati personali.

Prima di approfondire, nel prossimo capitolo, il tema della sussumibilità del rapporto fra utente e social in quello contrattuale (*rectius*: in quello consumeristico) in queste brevi righe si vuole orientare la riflessione su un tema preventivo: quello della ragione sottostante a tale inquadramento.

Infatti, lo scopo che si cerca di ottenere con questa suggestione (oramai accolta dalla giurisprudenza sovranazionale³⁰⁷ e nazionale³⁰⁸) è quello di garantire la massima protezione del soggetto. Ed in tal senso non può non tacersi che il tema principale è quello della sanzione economica di *public enforcement*, piuttosto che quella del risarcimento del danno o dell'inibitoria del comportamento illecito.

Nell'alveo rimediabile poca differenza farebbe - infatti - ai fini della mera cessazione del comportamento illecito utilizzare gli strumenti del GDPR piuttosto che quelli del diritto privato. Far ricadere la fattispecie nel quadro della *privacy*, dove pacificamente si incasella il tema delle piattaforme digitali finora menzionate, già di per sé rappresenta elemento sufficiente ad assicurare i diritti espressi dal GDPR a favore dell'interessato: cancellazione, portabilità e oblio ad esempio.

Sostituire tali possibilità offerte dal Regolamento 2016/679 con quella (nota al diritto privato) dell'inibitoria non aggiungerebbe elementi di protezione del soggetto debole; anzi, essa appare persino riduttiva rispetto alle ampie facoltà di controllo sui dati offerte dal Regolamento.

Ma è nell'ambito dissuasivo, risarcitorio e – soprattutto – di *public enforcement* che si può ravvisare il massimo fulcro dell'elemento di protezione del consumatore-utente.

Infatti, anche in ragione della recente direttiva 770/2019³⁰⁹, non pare dubitabile (se non il pieno riconoscimento dello *status* di consumatore all'utente

307 Corte di Giustizia, C 252/21.

308 Tar Lazio, 261/2020.

309 Si confrontino, fra gli altri, M. ANGEL EGUSQUIZA, «Prácticas comerciales desleales e incidencia en la contratación de consumo: algunas cuestiones desde la perspectiva española, Estudos de Direito do Consumidor», in *Centro de Direito do Consumo, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra*, XIII, 2017, p. 9 ss. C. CAMARDI, «Pratiche commerciali scorrette e invalidità», in *Obbl. e contr.*, 2010, VI, p. 408 ss.; C. CAMARDI, «La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti inter-

della piattaforma digitale) l'applicabilità della disciplina consumeristica, inclusa la disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

L'utilizzo di tale istituto consente di arrivare laddove il consumatore (o i consumatori da soli) non potrebbero: a infliggere sanzioni pecuniarie di rilievo ad imprese di grande forza economica; si pensi che fra il 2017 e la metà del 2021 le sanzioni inflitte dalla sola Autorità Antitrust (italiana) a Facebook ammontano a più di 20.000.000,00 di euro³¹⁰, laddove una recente pronuncia del Tribunale di Bologna, che ha risarcito il danno da chiusura improvvisa del profilo *social* di un utente, ha condotto a un risarcimento di poche migliaia di euro³¹¹.

Una differenza senza dubbio notevole, a fronte del valore patrimoniale della società chiamata a rispondere della condotta (e delle condotte) in disamina, oggi stimabile in circa 799 miliardi di dollari (all'incirca un terzo del Pil italiano; peraltro in buona compagnia, non essendo distante dal valore stimato della altre "over the top" statunitensi, Apple, Amazon, Alphabet)³¹².

In disparte la evidente differenza nell'imprimere sanzioni di rilievo per tali società, vale comunque la pena di interrogarsi rispetto all'efficacia di sanzioni anche di questa portata, a fronte dei successi di mercato che tali compagnie continuano – comunque – ad inanellare, apparendo dunque evidente come la forza dei provvedimenti di *public enforcement* dell'Antitrust sia assai più dissuasiva della capacità negoziale (e risarcitoria) dei singoli soggetti. E dunque appare assai apprezzabile quell'orientamento per cui lo strumento delle pratiche commerciali scorrette (e le sanzioni pecuniarie relative) possano dimostrare pienamente la loro forza di protezione dei consumatori (o consumatori-utenti) nell'ambito della rete internet, e nel rapporto fra questi e le piattaforme digitali.

Maggiori perplessità sembrano sollevabili sulla scelta effettuate da alcuni paesi in sede di recepimento della direttiva di consentire l'annullamento del

venti sul codice del consumo», in *Jus Civile*, V, 2013, p. 305 ss.; E. BATTELLI, «Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità», in *Europa e Diritto Privato*, II, 2016, p. 425 ss.; G. DE CRISTOFARO, «La nozione generale di pratica commerciale "scorretta"», in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, 2008, p. 143 ss.; A. NOBILE, «Le tutele civilistiche avverso le pratiche commerciali scorrette», in *Contr. Impr. Europa*, 2014, pp. 180-199; A. FACHECHI, «Pratiche commerciali scorrette e (apparente) "gap" normativo: il "sistema" dei rimedi negoziali», in *Studium iuris*, 2015, I, p. 181 ss.; A. P. SEMINARA, «La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette», in *I contratti*, VI, 2018 p. 689 e ss.

310 Si confrontino i provvedimenti dell'AGCM 26597/2017, 27432/2018 e 28562/2021, reperibili direttamente sul sito dell'Autorità, al link <https://www.agcm.it/competenze/tutela-della-concorrenza/delibere/provvedimenti>.

311 Tribunale di Bologna, 10 marzo 2021. Ci sia consentito sul tema il rinvio a E. VINCHESI, «The social network profile shutdown in the digital identity perspective»; *Rivista General de Derecho de Los Sectores Regulados*, VIII Novembre, 2021.

312 I valori, soggetti comunque a fluttuazioni di borsa, sono sostanzialmente stabili – o in lieve rialzo – nel secondo e terzo trimestre del 2023.

contratto colpito da tali provvedimenti di *public enforcement*. Oltre a determinare – si teme – delle commistioni fra i piani rimediali (privato e pubblico) vi è il rischio di snaturare il tema sanzionatorio, vero timore delle compagnie digitali “over the top” e affidato alle singole iniziative giudiziali degli utenti.

Il tema del riconoscimento dello *status* di consumatore all’utente digitale (e in che condizioni), così come l’assetto rimediale in generale, saranno il fulcro del capitolo successivo.

CAPITOLO III

I RIMEDI DELL'ORDINAMENTO ALLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE E LA PROTEZIONE DEL CONSUMATORE - UTENTE, DAL RISARCIMENTO DEL DANNO AGLI INTERVENTI DELLE AUTHORITY, FRA PRIVATE E PUBLIC ENFORCEMENT

1. Il ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel complesso delle attribuzioni delle Autorità amministrative indipendenti e nei rapporti con le autorità di settore: generalità

Prima di analizzare i rimedi civilistici accordati al destinatario di una pratica commerciale scorretta, nonché le sorti del contratto stesso, è importante richiamare il ruolo centrale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Finora già menzionata in precedenza, in questo capitolo richiede maggior attenzione. Questa rientra a pieno titolo nella categoria delle *"autorità amministrative indipendenti"*³¹³, figure di difficile collocazione nelle categorie tradizionali, visto che si trovano in una posizione mediana tra gli organi costituzionalmente indipendenti e le Pubbliche Amministrazioni. In termini sintetici, va comunque precisato che un forte contributo allo sviluppo delle autorità amministrative indipendenti è stato dato dal diritto dell'Unione Europea: ciò è avvenuto, innanzitutto, con la disciplina relativa all'unione monetaria europea, che ha istituito il Sistema Europeo delle Banche Centrali (SEBC) composto dalla Banca Centrale Europea (BCE) e dalle Banche Centrali Nazionali, configurate dal Trattato CE come *"autorità indipendenti"* (art. 108 del Trattato CE).

313 Si rinvia a R. COSTI «Autorità indipendenti sotto l'alta vigilanza del Ministro dell'Economia?», in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2002, II, p. 399-401.

Il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea riguardo al sistema europeo delle banche centrali, dispone inoltre che: *“Nell'esercizio dei poteri e nell'assolvimento dei compiti e dei doveri loro attribuiti dai trattati e dallo statuto del SEBC e della BCE, né la Banca centrale europea né una banca centrale nazionale né un membro dei rispettivi organi decisionali possono sollecitare o accettare istruzioni dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione, dai governi degli Stati membri né da qualsiasi altro organismo. Le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione nonché i governi degli Stati membri si impegnano a rispettare questo principio e a non cercare di influenzare i membri degli organi decisionali della Banca centrale europea o delle banche centrali nazionali nell'assolvimento dei loro compiti”* (art. 130 TFUE).

Nell'ambito della cooperazione tra Stati membri e UE, riguardo alla tutela della concorrenza, attraverso un regolamento della Comunità Europea (regolamento n. 1/2003/CE) sono state istituite le Autorità nazionali preposte proprio a tale tutela, le quali risultano essere strumenti operativi della stessa Commissione, in attuazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE. La Commissione può, nell'ambito di questa cooperazione, chiedere alle Autorità Nazionali di svolgere verifiche e accertamenti sul proprio territorio nazionale per conto di altre Autorità³¹⁴.

Ciò premesso, in Italia, l'avvento delle Autorità indipendenti, avvenuto a seguito della trasformazione del ruolo dello Stato e a causa della spinta del diritto comunitario, risponde a esigenze tutorie e di garanzia, per quei settori ritenuti estremamente delicati e la cui cura, debba essere affidata ad organismi che agiscano esclusivamente al fine del perseguimento degli interessi tutelati³¹⁵; l'esigenza di rafforzare talune funzioni di garanzia, di controllo e regolazione, andandole a separare dai tradizionali apparati organizzativi dell'esecutivo e affidandole ad organismi neutri e terzi rispetto al Governo, ha fatto sì, che già dalla metà degli anni settanta il fenomeno prendesse piede e si iniziasse a sviluppare attraverso la creazione e l'istituzione, delle prime AAI, munite di una particolare posizione di *“terzietà, imparzialità”* e *“neutralità”*³¹⁶.

La nascita di tali amministrazioni è, inoltre, legato al progredire dei fenomeni di liberalizzazione e privatizzazione in molti settori economici che inizial-

314 C. BENETAZZO, «I nuovi poteri “regolatori” e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti», in *Fed.* del 28 febbraio 2018, p. 10 ss.

315 Per il quadro attuale delle relative problematiche v. E. BANI, G. MONTEDORO, «Le autorità amministrative indipendenti», in M. PELLEGRINI (a cura di), *Corso di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2016, p. 243 ss.

316 C. BENETAZZO, *I nuovi poteri “regolatori” e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, cit., p. 11 ss.

mente erano caratterizzati dalla riserva a favore di poteri pubblici o comunque dall'affidamento diretto dell'attività d'impresa a soggetti pubblici³¹⁷.

A livello strutturale le autorità amministrative indipendenti presentano caratteristiche particolari a seconda delle leggi che le hanno istituite, spesso delineate anche in funzione degli specifici settori a cui sono preposte³¹⁸.

Per quello che qui più interessa, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) è stata istituita con la L. 10 ottobre 1990, n. 287³¹⁹ ed è composta dal Presidente e da quattro membri, nominati dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato, con mandato di sette anni e senza possibilità di rinnovo³²⁰: essa opera, appunto, per tutelare la libertà di iniziativa economica e la concorrenza, previste rispettivamente dall'art. 41 e dall'art. 117, comma 2, lett. e) della Costituzione e dalle fonti sovranazionali unionali.

Con riguardo alle sue specifiche attribuzioni, oltre ai poteri consultivi, di raccomandazione e sanzionatori, il concreto *agere* dell'Autorità deve fare i conti con la presenza di altre specifiche autorità di settore, le quali svolgono una funzione radicalmente diversa da quella dell'AGCM, anch'esse istituite nell'ambito dei processi di liberalizzazione di settori chiave dell'economia, imposti dalla normativa comunitaria. Sul punto, la dottrina ha evidenziato che la funzione primaria di tali autorità è quella di conformazione dei mercati alle esigenze di liberalizzazione da un lato, e di garanzia degli utenti dall'altro³²¹. Per tali ragioni, anche le autorità di settore sono dotate di poteri di regolazione e di vigilanza, da esercitare solitamente in via preventiva, appunto per adeguare la struttura dei mercati, ai quali sono preposte, alla normativa nazionale e unionale.

Diversamente, l'AGCM pone generalmente in essere una funzione sanzionatoria *ex post* su determinate condotte realizzate dalle imprese, come visto nei capitoli precedenti, le quali concretizzano una distorsione del corretto funzionamento del mercato e una violazione di precise disposizioni di legge³²².

Senonché, in tale contesto, si è affermato che *"il rapporto tra regolazione e concorrenza ha nel tempo subito un'evoluzione che ha portato ad un avvicinamento tra discipline e relativi strumenti di enforcement tale da indurre*

317 Sulla connessione tra lo sviluppo delle autorità indipendenti e i cambiamenti nelle modalità dell'intervento pubblico nell'economia si veda L. TORCHIA (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010, p. 22 ss.

318 Per un approfondimento delle diverse autorità amministrative indipendenti si vedano i saggi raccolti in G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, Bologna, 2010, p.141 ss.

319 Pubblicata nella Gazz. Uff. 13 ottobre 1990, n. 240.

320 M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2013, p. 99.

321 Sul punto, L. LORENZONI, «Il riparto di competenze tra Autorità Indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette», in *Riv. It. Antitrust*, I, 2015, p. 83 ss.

322 *Ivi*, p. 85 ss.

la dottrina a configurare una sorta di ibridazione tra disciplina della concorrenza e regolazione settoriale³²³. Questa situazione di fatto è principalmente evidente in prospettiva europea, posto che è dato riscontrare una sorta di complementarità tra discipline, intesa come integrazione tra norme volta a formare una disciplina più completa o esaustiva. Così, nonostante, negli ultimi anni, ci sia stato un progressivo avvicinamento di obiettivi, nonché di strumenti di tutela affidati all'autorità antitrust e alle autorità di settore, queste ultime sono tutt'oggi chiamate a esercitare le rispettive competenze in modo complementare, al fine di assicurare un'effettiva repressione delle condotte anticoncorrenziali, garantendo allo stesso tempo gli ulteriori interessi presenti nei singoli settori³²⁴.

In ogni caso, anche in ossequio alle indicazioni della giurisprudenza unionale³²⁵, l'intervento della regolazione settoriale su una determinata condotta imprenditoriale scorretta non esclude la competenza dell'autorità antitrust a reprimere eventuali violazioni del diritto della concorrenza derivanti dalla medesima condotta. In tali casi di sovrapposizione di competenze, infatti, *"il comportamento abusivo di un'impresa, seppure verificatosi in un mercato regolamentato, e nonostante la presenza di un'autorità di regolazione settoriale preposta alla tutela dei medesimi interessi e dotata di specifiche competenze su detto mercato, rimane soggetto alla competenza dell'autorità antitrust, preposta all'accertamento delle infrazioni anticoncorrenziali, in quanto le norme in materia di concorrenza previste dal Trattato CE completano, per effetto di un esercizio di controllo ex post, il contesto normativo adottato dal legislatore dell'Unione ai fini della regolamentazione ex ante dei mercati delle telecomunicazioni"*³²⁶.

Sulla base di tali conclusioni, peraltro, una parte della dottrina³²⁷ ha rilevato, ad esempio, che in molti dei casi concernenti proprio il riparto di competenze tra autorità indipendenti, gli operatori sanzionati dall'autorità di concorrenza ne hanno contestato la competenza, affermando la prevalenza della regolazione settoriale e la conseguente competenza esclusiva della relativa autorità di vigilanza sulle condotte poste in essere in un determinato settore,

323 *Ivi*, p. 86 ss.

324 *Ibidem*.

325 Si v., ad esempio, CGUE, Sez. II, 13 settembre 2018, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contro Wind Tre S.p.A. e Vodafone Italia S.p.A., cause riunite C-54/17 e C-55/17, con nota di I. SPEZIALE, «Pratiche commerciali scorrette - Le discipline sulle pratiche commerciali scorrette al vaglio della Corte di giustizia», in *Giur. it.*, 12, 2019, p. 2595 ss.

326 L. LORENZONI, *Il riparto di competenze tra Autorità Indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 87 ss.

327 P. FUSARO, *Il riparto di competenze tra autorità amministrative indipendenti nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, 3 aprile 2013, in www.federalismi.it; P. BILANCIA, *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012.

incentrando l'argomentazione difensiva sul rischio di una doppia sanzione, alla luce del principio del *ne bis in idem*³²⁸. Sennonché, la giurisprudenza, come si è anticipato, ha rigettato tali impostazioni negando che l'esistenza di una regolazione di settore e di un'autorità di vigilanza ad essa preposta escluda la competenza dell'autorità di concorrenza per la repressione di condotte abusive e di pratiche commerciali scorrette³²⁹.

Infatti, l'impostazione oggi prevalente è concorde nell'affermare che, qualora la normativa di settore consenta margini di autonomia nei comportamenti delle imprese interessate, nulla osta all'applicazione del diritto antitrust e all'intervento dell'autorità della concorrenza su comportamenti contrastanti con i divieti previsti dalla normativa comunitaria e nazionale. Diversamente, nel caso in cui la disciplina settoriale nazionale non lasci alcun margine di discrezionalità alle imprese, imponendo loro un dovere di attuare un comportamento che contrasta con le disposizioni cautelative, essa costituisce una causa giustificatrice del comportamento stesso, sottraendo quindi le imprese interessate dalle sanzioni per la violazione delle norme di riferimento.

1.1. Il rapporto tra la tutela del consumatore e la tutela della concorrenza, il caso dell'utente digitale

La tematica inerente all'intersezione tra la protezione concorrenziale e quella consumistica si presenta di rilevanza tanto teorica quanto pratica, particolarmente nei sistemi giuridici come quelli degli Stati Uniti, del Canada, dell'Australia, del Regno Unito e dell'Italia, nei quali le competenze relative all'applicazione di tali discipline sono consolidate all'interno di un'unica autorità amministrativa.

Alcuni autori³³⁰ sostengono l'esistenza di un fenomeno di convergenza tra le due sfere normative. Nel contesto del diritto concorrenziale comunitario, si osserva una crescente enfasi sull'analisi dell'effetto delle azioni aziendali sui consumatori. Parallelamente, la legislazione comunitaria sulle pratiche commerciali ingannevoli, istituita per stimolare il mercato interno e garantire un'adeguata protezione dei consumatori, manifesta un'evidente correlazione con le dinamiche concorrenziali. In effetti, la proibizione di tali pratiche

328 L. LORENZONI, *Il riparto di competenze tra Autorità Indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 87 ss.

329 CGUE, Sez. II, 13 settembre 2018, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contro Wind Tre S.p.A. e Vodafone Italia S.p.A., cause riunite C-54/17 e C-55/17, cit.

330 G. BRUZZONE, M. BOCCACCIO, «Il rapporto tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo: una prospettiva economica», in *Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela*, Convegno AGCM-Luiss-Università degli Studi Roma Tre, 29 gennaio 2010.

improprie protegge la libera scelta dei consumatori e promuove il funzionamento ottimale del mercato.

La normativa volta alla tutela concorrenziale e quella dedicata alla protezione del consumatore dovrebbero essere considerate come strumenti diversi per il raggiungimento di un unico obiettivo, da adoperare come possibili alternative a seconda delle specificità del caso in esame, oppure devono essere trattate come discipline autonome, mantenendo così paradigmi applicativi distinti? Indipendentemente dalla risposta, è di primaria importanza esaminare i punti di contatto tra le due discipline e le opportunità di coordinamento tra di esse³³¹.

La problematica concernente l'intersezione fra la legislazione riguardante le pratiche commerciali scorrette e altre disposizioni normative specifiche è stata oggetto di ampio dibattito nel corso degli ultimi decenni, originando una serie di conflitti interpretativi e iniziative legislative, anche con il coinvolgimento delle istituzioni europee. Le motivazioni sottostanti l'urgenza di risolvere le questioni di coordinamento tra le varie normative sono plurime: inizialmente, una struttura normativa coordinata consente agli interventi delle varie autorità indipendenti di procedere senza incongruenze o duplicazioni procedurali, a beneficio sia delle autorità stesse (e, in una visione più ampia, della buona gestione amministrativa) sia degli operatori del settore privato, che potrebbero così riferirsi a un quadro normativo stabile che offra una certa sicurezza giuridica; successivamente, è imperativo precludere la possibilità che un soggetto possa essere sanzionato più volte per lo stesso atto³³².

Di fronte a tali necessità, è divenuto indispensabile interpretare il quadro normativo per definire un criterio idoneo a determinare sia le norme applicabili sia l'autorità competente per ogni specifica situazione, e, ancor prima, per discernere l'eventuale presenza di un conflitto tra diverse disposizioni. La questione centrale del dibattito è stata, in buona sostanza, l'interpretazione dell'art. 19, comma 3 del Codice del Consumo, il quale integra nell'ordinamento italiano l'art. 3, comma 4, alla luce anche del considerando n. 10 della Direttiva 2005/29/CE. La disposizione in questione, destinata a circoscrivere l'ambito di applicabilità della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, stabilisce che in caso di conflitto, le disposizioni di direttive o di altre normative comunitarie e le corrispondenti normative nazionali di attuazione che regolano aspetti specifici delle pratiche commerciali disoneste hanno la prevalenza sulle disposizioni di tale titolo e si applicano a tali aspetti specifici. Tale disposizione, non del tutto chiara, richiede una definizione precisa del

331 *Ibidem*.

332 G.M. BARSÌ, «Il conflitto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati approda in Corte di Giustizia. Commento a Consiglio di Stato, sez. VI, ord. 17 gennaio 2017, n. 167», in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 1, 2017, p. 156.

concetto di "contrasto". Vari sono stati gli approcci interpretativi riguardo a questo termine controverso.

Una prima interpretazione, avallata dal TAR Lazio³³³, considera il contrasto in un senso ristretto, avendo luogo soltanto quando la normativa settoriale disciplina aspetti assolutamente specifici delle pratiche commerciali scorrette, senza escludere l'applicabilità generale delle norme sulle stesse: in altre parole, se le normative settoriali non creano un'antinomia con quelle generali, si mantiene un rapporto di complementarità tra le due tipologie normative³³⁴.

In opposizione a tale visione, una seconda interpretazione, sostenuta dal Consiglio di Stato³³⁵, propone che il contrasto si verifica non solo in presenza di una vera e propria antinomia normativa, ma anche quando esiste una sovrapposizione, anche parziale, tra le norme³³⁶, nei casi in cui la differenza tra le discipline renda illogica tale sovrapposizione³³⁷. Questa visione è stata applicata inizialmente per valutare il rapporto tra diverse aree di regolamentazione, costringendo a un confronto non tra singole fattispecie, ma tra la normativa sulle pratiche commerciali scorrette e le singole normative settoriali, considerate nella loro totalità³³⁸. Tenendo conto che tale interpretazione limitava significativamente l'ambito di applicazione della normativa generale riguardante le pratiche commerciali disoneste, essa è stata successivamente sottoposta a revisione parziale³³⁹, senza che ciò portasse a una modifica della nozione di contrasto, la quale continuava a includere i casi di mera sovrapposizione normativa³⁴⁰.

La dicotomia tra le interpretazioni precedentemente esaminate è stata definitivamente risolta dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea³⁴¹. La

333 TAR Lazio, Roma, Sez. I, 12 luglio 2019, n. 9289, in www.giustizia-amministrativa.it.

334 G. ROMAGNOLI, «Concorrenza e "complementarietà" delle vigilanze economiche», in *P.A. Pers. e amm.*, 1, 2020, p. 131 ss.

335 M. CLARICH, «Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette», in *Giur. comm.*, 5, 2010, p. 698 ss.

336 F. BERNARDI, «Il diritto "generale" delle pratiche commerciali scorrette e le discipline "settoriali"», in *Pers. e merc.*, 2, 2019, p. 31-32.

337 P. FUSARO, «Il riparto di competenze tra Autorità amministrative indipendenti nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato», in *Federalismi.it*, 7, 2013, p. 1 ss.

338 Cons. Stato, Sez. VI, 11 novembre 2019, n. 7699, in www.giustizia-amministrativa.it.

339 Cons. Stato, Ad. Plen., 9 febbraio 2016, nn. 3 e 4, con nota di BONOMI M.S., «Tutela del consumatore, pratiche commerciali scorrette e riparto di competenze tra autorità indipendenti», in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2016, p. 793 ss.

340 B. RABAI, «La tutela del consumatore-utente tra Autorità Antitrust e Autorità di regolazione», in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 1, 2016, p. 100-103.

341 B. ACCONCIAIOCO, «Carte SIM contenenti servizi a pagamento preimpostati e pratiche commerciali aggressive. La tutela dei consumatori può prevalere sulle regole del mercato?», in *Giustiziacivile.com*, 4, 2019, p. 7.

Corte, di Lussemburgo, aderendo alle conclusioni già espresse in precedenza dalla Commissione Europea³⁴², ha chiarito che il termine “contrasto” deve essere interpretato come “un rapporto tra le disposizioni in questione che trascenda la semplice non conformità o divergenza, evidenziando una contrapposizione tale per cui non è possibile formulare un’integrazione inclusiva che consenta la coesistenza delle norme senza che queste perdano la loro essenza originaria”³⁴³. Pertanto, il contrasto si verifica solamente quando le disposizioni esterne alla direttiva 2005/29/CE regolano “aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali” e impongono “agli operatori professionali obblighi categoricamente incompatibili” con quelli delineati nella direttiva menzionata.

Di conseguenza, emerge con chiarezza che il contrasto esiste unicamente in presenza di un’incompatibilità³⁴⁴, e non si verifica in caso di semplice sovrapposizione normativa³⁴⁵. In questo contesto, la Corte di Giustizia ha fornito una direttiva generale che, coerentemente con il principio di tutela dell’autonomia procedurale degli Stati membri³⁴⁶, stabilisce che, in presenza di un vero e proprio contrasto tra la normativa sulle pratiche commerciali scorrette e le normative settoriali, si debba applicare il criterio di incompatibilità, mentre in caso di sovrapposizione le due normative possono coesistere.

1.2. Privacy e concorrenza nella competenza delle Authority, sinergia fra protezione dei dati dell’utente e tutela della concorrenza

Il 4 luglio 2023 si è segnalato come un momento di particolare significato per il diritto antitrust europeo. L’Unione Europea, attraverso il verdetto della Corte di giustizia, ha adottato una posizione innovativa, seguendo un percorso meno convenzionale e ha definitivamente riconosciuto l’autonomia dall’opinione, ampiamente contestata da numerosi accademici e professionisti del diritto della concorrenza, che sostenevano l’irreconciliabilità tra il diritto antitrust e la protezione dei dati personali, argomentando che entrambi perseguono finalità divergenti. La Corte, interpellata per una decisione su richiesta di pronuncia pregiudiziale avanzata dal Tribunale superiore di Düsseldorf riguardo al prov-

342 COMMISSIONE EUROPEA, «Lettera di messa in mora», 18 ottobre 2013, n. 16683, in <http://www2.difesadelcittadino.it/wp-content/uploads/COMMISSIONE-EUROPEA.pdf>.

343 Corte Giust., Sez. II, 13 settembre 2018, cause riunite C-54/17 e C-55/17, punto n. 60.

344 Cons. Stato, Sez. VI, 11 novembre 2019, n. 7699, punto n. 11.3.

345 V. MOSCA, «Verso un equilibrio nel riparto di competenze per la tutela del consumatore», in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2019, p. 195-206.

346 G. ROMAGNOLI, «L’espansione della competenza sanzionatoria di Agcm. Note sulla – dubbia – separazione delle prerogative di regolazione e sulla pretesa (sostanziale) marginalizzazione delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari», in *Giustamm.it*, 4, 2016, par. 4.

vedimento del *Bundeskartellamt* (di seguito, *BKARTA*) che proibiva a *Meta* il trattamento dei dati personali degli utenti sulla base delle condizioni generali di utilizzo di *Facebook* e l'implementazione di tale divieto, ha emesso una sentenza estensiva che non solo tratta dell'integrazione tra antitrust e protezione dei dati, ma esplora anche altre questioni legate all'applicazione del regolamento sulla protezione dei dati personali nelle attività delle grandi aziende online. Questo verdetto potrebbe avere impatti significativi non solamente sul diritto della concorrenza europeo, ma anche sulla concezione, relativamente recente, secondo cui i regolatori dovrebbero moderare le fluttuazioni dell'innovazione tecnologica mediante "un approccio regolatorio orientato alla collaborazione nella definizione delle regole"³⁴⁷, volto a garantire un mercato digitale equo, competitivo ed eticamente sostenibile³⁴⁸.

Tra le varie controversie, poche hanno generato tanto dibattito quanto il caso di *Google Shopping*, soprattutto riguardo la lunga contesa tra il *Bundeskartellamt* e *Meta*, gigante dei social media. Mentre l'inchiesta su *Google* è entrata nella storia del diritto antitrust europeo come un tentativo laudabile di risolvere la questione dottrinale sull'adeguata qualificazione giuridica del *self-preferencing* come pratica anticoncorrenziale tipica dei mercati guidati dai dati³⁴⁹, l'epopea tedesca si distingue per aver riconosciuto che il potere trasversale³⁵⁰ delle grandi piattaforme può essere regolato tramite un approccio alternativo o, almeno, complementare alla regolamentazione *ex ante*, che integra il diritto antitrust con le normative sulla protezione dei dati.

Il 22 settembre 2022, l'Avvocato Generale Athanasios Rantos ha presentato un parere, sebbene non vincolante, dettagliando le sei questioni pregiudiziali al centro di una controversia, la cui pronuncia è stata successivamente emessa dalla Corte di Giustizia. È emerso un punto cruciale dalle conclusioni dell'Avvocato Generale, il quale ha evidenziato che la sanzione imposta dalla autorità antitrust tedesca non derivava direttamente dalla violazione del GDPR, bensì utilizzava tale violazione come prova di un abuso di posizione dominante da parte dell'impresa. Questo indica che un'autorità antitrust, pur non avendo competenze dirette sulla violazione del GDPR, può tuttavia rilevare tale violazione nell'ambito di un'indagine per determinare se la posizione dominante sia stata raggiunta tramite meriti imprenditoriali o attraverso pratiche che conferiscono un vantaggio competitivo illecito. L'Ufficio Federale dei Cartelli ha sfruttato l'infrazione alla normativa sulla protezione dei dati

347 L. AMMANNATI, «Regolatori e supervisor in nell'era digitale: ripensare la regolazione», in *Giur. Cost.*, 2024, p. 12.

348 C.A. CIARALLI, «Intelligenza artificiale, decisione politica e transizione ambientale: sfide e prospettive per il costituzionalismo», in *Federalismi*, 15, 2023, p. 76 ss.

349 E. DEUTSCHER, «Google Shopping and the quest for a legal test for self-preferencing under article 102 TFUE», in *European Papers*, 26(3), 2021, p. 1351.

350 G. FERRARI, M. MAGGIOLINO, «Il potere across markets delle GAFAM: come reagire?», in *Orizzonti dir. comm., Fascicolo Speciale*, 2021, p. 473.

per dimostrare come i termini di servizio della piattaforma permettessero al gigante digitale di abusare del proprio potere economico, influenzando negativamente la concorrenza³⁵¹.

Questa sentenza solleva la prospettiva di una possibile sinergia tra le normative antitrust e sulla protezione dei dati, nonostante le diverse competenze delle autorità garanti. Tale convergenza potrebbe rappresentare una terza via per la regolamentazione dei mercati digitali, integrando l'approccio tradizionale *laissez-faire* con l'*ex ante regulation* previsto dal *Digital Markets Act*. La decisione della Corte di Giustizia, che ha avuto luogo dopo la discussione orale il 4 luglio 2023, ha chiarito questi temi nella pronuncia pregiudiziale richiesta dal Tribunale regionale di Düsseldorf.

Le questioni procedurali sollevate riguardavano principalmente se un'autorità antitrust nazionale possa accertare violazioni del GDPR nell'ambito di indagini antitrust, dato che le autorità di controllo nazionali sono le garanti designate dal GDPR per assicurare il rispetto delle normative europee sulla privacy. Un'ulteriore complicazione emerge nel considerare il coinvolgimento dell'autorità capofila, specialmente per i trattamenti dei dati a carattere transfrontaliero, secondo quanto previsto dal GDPR.

La Corte di Giustizia ha dovuto quindi esaminare se l'accertamento di una violazione del GDPR da parte di un'autorità antitrust fosse giustificabile solo se necessario per dimostrare l'esistenza di un abuso di posizione dominante, rispettando al contempo il principio di leale cooperazione con le autorità di controllo. Tale esame si basa sulla realtà che l'accesso e l'elaborazione dei dati sono essenziali non solo per la competitività delle piattaforme maggiori, ma anche per le PMI nel contesto economico attuale.

Il principio di leale cooperazione è cruciale per garantire un'applicazione coerente delle norme europee e per evitare un'interpretazione frammentaria tra gli Stati Membri. La Corte ha ribadito che non esistono norme che escludano esplicitamente la cooperazione tra le autorità antitrust e quelle di protezione dei dati, il che apre la possibilità di un'interazione basata su tale principio.

Infine, la Corte ha proseguito con l'analisi delle altre questioni pregiudiziali, esaminando la liceità del trattamento dei dati personali raccolti senza consenso. In particolare, è stata analizzata la legittimità del trattamento basato su necessità contrattuale, legittimi interessi, e altre basi legali previste dal GDPR. La Corte ha chiarito che il consenso, in un contesto di posizione dominante, deve essere veramente libero e che il trattamento dei dati deve essere strettamente necessario per fornire il servizio specifico richiesto dal contratto, non giustificando l'uso dei dati per scopi di profilazione o pubblicità personalizzata.

351 A. RANTOS, *Presse Release, Conclusioni dell'Avvocato Generale*, 20 settembre 2022, 2022, Case C-252/21, *Meta Platforms e a. v. Bundeskartellamt*, punto n. 21.

La pronuncia potrebbe apparire un caso isolato, ma così non pare. Più recentemente, la CGUE è intervenuta con la pronuncia C 21-23³⁵² (depositata il 4.10.2024) ove la Corte ha avuto modo di riaffermare come la violazione del GDPR (e dunque dei dati dell'utente digitale – consumatore) possa condurre alla realizzazione di una pratica commerciale scorretta. Orbene, nel caso di specie la Corte federale di giustizia tedesca ha affrontato una controversia tra due farmacisti concorrenti, laddove uno dei due contestava all'altro l'utilizzo improprio dei dati dei propri utenti, sostenendo la scorrettezza commerciale della pratica (all'evidenza generandosi così un danno verso di lui, dal momento che si sarebbe trovato svantaggiato rispetto ad un concorrente che si sarebbe giovato di una pratica illecita).

La Corte di Giustizia dell'UE ha stabilito che il GDPR, seppur rappresenti una normativa prima di tutto personale, e successivamente di *public enforcement* rispetto alle sanzioni che può imporre il Garante della Privacy, non impedisce a un concorrente di contestare giudizialmente la violazione come pratica commerciale sleale. Inoltre, la Corte ha riconosciuto che i dati personali forniti dai clienti durante l'acquisto online di medicinali (anche senza prescrizione) sono considerati dati relativi alla salute ai sensi del GDPR (e dunque sensibili) e richiedono il consenso esplicito per il loro trattamento; è inoltre onere dei venditori informare accuratamente i clienti sulle finalità del trattamento e ottenere un consenso esplicito.

Ciò premesso (e di maggior interesse ai nostri fini di intreccio delle tutele per il consumatore – utente) la Corte ha altresì stabilito che la normativa GDPR consente ai concorrenti di contestare le violazioni come pratiche sleali, rafforzando la protezione dei diritti degli interessati. Incidentalmente, vale la pena ricordare come – più che un intreccio di tutele – il coinvolgimento della materia della privacy può condurre a sanzioni ben più forti di quelle che potrebbe prevedere l'Antitrust (e dunque giungendosi così a un effetto moltiplicativo delle tutele) che vanno dal 2% del fatturato annuo o fino a 10 milioni di euro (per le sanzioni di livello inferiori³⁵³) al 4% del fatturato annuo o 20 milioni di euro (per le sanzioni conseguenti alle condotte più gravi)³⁵⁴.

352 Reperibile in *Federalismi.it*, al link https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=51280&content=&content_author=

353 Queste si applicano per violazioni meno gravi, come:

- Mancata implementazione delle misure tecniche e organizzative adeguate alla protezione dei dati (art. 32).
- Mancata tenuta del registro delle attività di trattamento (art. 30).
- Mancata notifica di una violazione dei dati personali entro 72 ore (art. 33).
- Mancata designazione di un responsabile della protezione dei dati (DPO) ove richiesto (art. 37).

354 Queste si applicano per violazioni più gravi, come:

- Trattamento illecito dei dati personali, senza base legale (art. 6).
- Violazione dei diritti degli interessati, come diritto di accesso, rettifica, cancellazione o portabilità (artt. 12-22).

Diverso è il tema dei *big data* rispetto al diritto della concorrenza. La questione si pone anche per la crescente necessità per le imprese di competere su tale mercato, a fronte dell'imperante necessità di fornire prodotti sempre più specifici e *tailor made* rispetto a particolari tipologie di consumatori. In tal senso, i *big data* rilevano sia come fonte di potere di mercato; che come fattore che rafforza la trasparenza del mercato; e come base per una condotta imprenditoriale che possa potenzialmente suscitare problemi di concorrenza³⁵⁵. In ogni caso, il rapporto con la normativa in materia di dati personali rileva, comunque, in fase di raccolta (su cui si tornerà più avanti).

1.3. Richiamo al principio di legalità per le Autorità Indipendenti

Se sono noti i poteri conferiti alle Autorità Indipendenti, così ampi da poter consentire una tutela di *public enforcement* effettiva a favore degli utenti – consumatori digitali contro veri e propri “colossi della rete” (come si è cercato di sottolineare nel secondo capitolo le situazioni e le piattaforme sono innumerevoli) pare utile spendere qualche riflessione sulla fonte di tale potere, dal momento che sfugge alla attività giurisdizionale.

È in questo senso interessante fare riferimento alla concreta estensione dei poteri dell'AGCM, questione indirettamente presa in esame dal Tribunale

- Trasferimento illecito di dati personali verso paesi terzi senza adeguate garanzie (art. 44-49). Mancata osservanza di un ordine dell'autorità di controllo (art. 58).

Per considerazioni più ampie in materia si confrontino E. Tosi, *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale*, Milano, 2019, p. 49 ss., p. 93 ss.; C. CAMARDI, «Note critiche in tema di danno da illecito trattamento dei dati personali», in *Jus civile*, 2020, 3, 786 ss.; F. BILOTTA, «La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali», in AA. VV., *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*, a cura di R. PANETTA, Milano, 2019, 445 ss.; E. Lucchini guastalla, «Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori», in *Contr. e impr.*, 2018, 1, 125.

355 P. CALLOL, «Datos en la Sociedad de la Información y Derecho de la Competencia», in *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas) Anuario de Derecho de la Competencia* 2018. L'A. citato condivisibilmente evidenzia (p. 2) come il tema dei *big data* sia rilevante rispetto alle quote di mercato, alle barriere all'entrata, alla chiusura del mercato (se l'impresa che detiene le informazioni è dominante in un mercato a valle a valle per l'elaborazione e/o la vendita dei dati, qualsiasi obbligo di fornire i dati esclusivamente a tale impresa sarà probabilmente anticoncorrenziale); e infine in termini di efficienza ai sensi dell'articolo 101.3 del TFUE, ciò in quanto “gli accordi che conferiscono esclusività o un effetto equivalente all'esclusività difficilmente possono considerarsi generatori di efficienze. Le giustificazioni tipiche dell'esclusività, come la necessità di ammortizzare gli investimenti, gli straordinari, le promozioni, ecc., non sembrano applicabili a uno scenario in cui la vendita dei dati da parte dei generatori di dati costituisca un mercato puramente intermedio, o almeno non nella misura in cui i dati generati costituiscano un'attività di scarso sforzo specifico, o un'attività residuale o necessariamente derivata dall'attività industriale o commerciale principale”.

di Milano nel 2018³⁵⁶, il quale, pur pronunciandosi in relazione ai poteri dell'AGCOM ha chiarito una serie di aspetti importanti per la generalità delle Autorità indipendenti.

La vicenda, in particolare, ha preso le mosse della considerazione, fatta dall'azienda Telecom, secondo cui la delibera AGCOM n. 121/2017/CONS³⁵⁷ sarebbe stata nulla o comunque abrogata dalla Legge. n. 172/2017, tanto che, le clausole censurate dalla medesima, avrebbero dovuto essere considerate lecite.

Ebbene, è proprio in tale contesto che emerge la contestazione sul ruolo delle Autorità indipendenti, nonché sulla valenza degli atti adottati. Come ha precisato la dottrina, e come si è visto in precedenza, *“è noto che il passaggio da uno Stato imprenditore ad uno Stato regolatore ha segnato l’istituzione di organismi ad hoc, quali le Autorità Amministrative Indipendenti, in risposta all’esigenza di tutelare specifici settori al fine di contrastare i cc.dd. fallimenti di mercato e che, da tale esigenza, ne è derivata l’attribuzione ad esse di poteri intervento sui contratti stipulati nel proprio settore di regolazione, con conseguente effetto conformativo”*³⁵⁸. In altri termini, per comprendere appieno il ruolo di AGCM e di AGCOM va fatto riferimento al fenomeno della neo-regolazione, il quale *“si propone di ordinare le strutture mercantili (id est, di dettare regole di funzionamento del mercato) tramite la disciplina del contratto”*³⁵⁹. Come rilevato in dottrina, si tratta di una forma di regolazione che *“trova il suo fondamento nel fenomeno della contrattazione di massa e della predisposizione unilaterale del contenuto di contratti che della tradizionale nozione di autonomia negoziale conservano solo il potere di scelta dell’an, dunque di libertà di concludere il contratto”*³⁶⁰.

Nel caso affrontato, il Tribunale di Milano ha precisato che, pur avendo la delibera controversa natura regolamentare, essa è stata adottata in esercizio di poteri e doveri di vigilanza a tutela dei consumatori ad essa attribuiti mediante disposizioni di legge, senza alcun indebito sacrificio dell'autonomia

356 Trib. Milano, Sez. XI, ordinanza 4 giugno 2018, W. S.p.A. c. Associazione Movimento Consumatori, con nota di A. VERDESCA, *Pratiche commerciali scorrette e tutela del consumatore: tra conformazione del contratto e poteri delle Authorities*, in *Corr. Giur.*, 7, 2019, p. 934 ss.

357 Recentemente richiamata anche da TAR Lazio, Roma, Sez. IV Stralcio, 16 maggio 2024, n. 9745, in www.giustizia-amministrativa.it.

358 Sul punto, M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eterointegrazione del contratto*, Napoli, 2012, p. 100.

359 B. RABAI, «La tutela del consumatore-utente tra Autorità Antitrust e Autorità di regolazione», in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2016, p. 89 ss.

360 V. RICCIUTO, «Regolazione del mercato e “funzionalizzazione” del contratto», in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, o. 1611. Di opinione contraria, M. ORLANDI, «Autonomia privata e autorità indipendenti», in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. Le metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006, p. 89 secondo cui i mercati degli scambi di massa *“nulla condividono con il romantico principio di autonomia”*.

privata. In termini pratici, l'Autorità ha preso atto dell'adozione da parte degli operatori telefonici di una periodicità difforme rispetto a quelle normalmente d'uso e, pertanto, suscettibile di generare confusione, non consentendo al consumatore di poter correttamente valutare e comparare tra esse le offerte disponibili sul mercato³⁶¹.

Così, da tali osservazioni è possibile trarre il principio generale secondo cui, le autorità di controllo, lungi dall'esercitare il proprio potere di integrare in via eteronoma il contratto, pongono in essere un'attività finalizzata ad imporre il rispetto delle regole di trasparenza e correttezza già previste in norme di rango primario³⁶².

Quindi, se da un lato le Autorità Indipendenti godono di poteri regolatori, d'altro lato, *"la previsione del potere normativo di un soggetto diverso dal legislatore e, segnatamente, di un organo amministrativo deve necessariamente trovare fondamento in una previsione di legge"*³⁶³. Il problema è oggi risolto, posto che è incontrovertibile la possibilità per le *Authorities* di intervenire mediante atti di normazione secondaria in materie già disciplinate da leggi o da fonti di rango primario, al precipuo fine di adeguare *l'agere* degli operatori commerciali ai principi previsti e, analizzati nei capitoli precedenti, sia dalla normativa nazionale che dalla normativa unionale³⁶⁴.

2. Analisi critica delle soluzioni per rimediare ad una pratica commerciale scorretta e sorti del contratto a valle: generalità

Venendo ora a esaminare i rimedi civilistici adottabili in conseguenza di una pratica commerciale scorretta, è importante fare riferimento alla recente direttiva n. 2019/2161/UE, che ha permesso di integrare concettualmente le disposizioni del Codice del Consumo. In questa sede vale la pena ricordare che il legislatore, nel *corpus* del Codice del Consumo, dopo avere enunciato il principio secondo cui le pratiche commerciali scorrette sono vietate (art. 20, comma 1, c. cons.), invece di indicare gli strumenti a disposizione del singolo consumatore eventualmente leso da una pratica commerciale scorretta, si è

361 A. VERDESCA, *Pratiche commerciali scorrette e tutela del consumatore: tra conformazione del contratto e poteri delle Authorities*, cit., p. 935 ss.

362 Cons. Stato, Sez. VI, 11 novembre 2008, n. 5622, Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas c. Sorgenia S.p.A., in *Massima Redazionale*, 2008.

363 A. ZOPPOLINI, «Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai "codici di settore" (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)», in C. GIUSTOLISI (a cura di), *La direttiva Consumer Rights. Impianto sistematico della direttiva di armonizzazione massima*, Roma, 2017, p. 18 ss.

364 A. VERDESCA, *Pratiche commerciali scorrette e tutela del consumatore: tra conformazione del contratto e poteri delle Authorities*, cit., p. 938 ss.

limitato alla previsione per cui la nuova normativa non pregiudica l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità, efficacia del contratto" (art. 19, comma 2, lett. a), cod. Cons.³⁶⁵).

Secondo la dottrina, "così facendo, il legislatore italiano (di certo, legittimamente; ma, forse, non altrettanto opportunamente) si è avvalso nel modo più ampio del margine di discrezionalità concessogli dalla Dir. 2005/29/CE, che, se sul versante sostanziale risultava impostata sull'armonizzazione completa con la conseguenza che ai legislatori dei singoli Stati membri non era dato discostarsi dalle sue indicazioni né per abbassare, ma neppure per innalzare la soglia di tutela riservata ai consumatori, sul versante rimediale si rimetteva invece largamente ai legislatori nazionali: da un lato, demandando loro il compito di individuare le sanzioni applicabili alle violazioni delle disposizioni nazionali adottate conformemente alla presente direttiva, seppure nel rispetto del generale principio secondo cui le stesse avrebbero dovuto "essere effettive, proporzionate e dissuasive; da altro lato, investendoli del compito di adottare i provvedimenti necessari per garantirne l'attuazione (art. 13, par. 1, Dir. n. 2005/29/CE, così come oggi modificato dalla Dir. 2019/2161/UE)"³⁶⁶.

In conseguenza della scelta ampia operata dalla direttiva europea, dunque, si è assistito ad una differenziazione particolarmente accentuata nelle tutele previste dai singoli ordinamenti nazionali e riservate al consumatore leso da una pratica commerciale scorretta, ciò comportando, secondo la dottrina più critica, "l'esito fallimentare dell'ambizioso tentativo di armonizzare in modo completo e totale le legislazioni nazionali compiuto attraverso l'adozione della direttiva 2005/29/CE"³⁶⁷.

Con particolare riferimento all'ordinamento italiano, la dottrina³⁶⁸ ha cercato a lungo di coordinare il generale principio, affamato dal Codice del Consumo, secondo cui le pratiche commerciali scorrette sono vietate con il sistema generali dei rimedi contrattuali ed extracontrattuali previsti dal Codice civile e dalle leggi speciali, con particolare riferimento alle norme di

365 A. VERDESCA, *Pratiche commerciali scorrette e tutela del consumatore: tra conformazione del contratto e poteri delle Authorities*, cit., p. 938 ss.

366 In questi termini, C. GRANELLI, «Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della dir. 2019/2161/UE», in *Contratti*, 2021, V, p. 493 ss. il quale richiama diverse pronunce giurisprudenziali tra europee e, tra tutte, si v. Corte di Giustizia UE 2 luglio 2020, causa C-853/19.

367 C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della dir. 2019/2161/UE*, cit., p. 494 ss.

368 Cfr. A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, 2012; S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012; T. FEBBRAJO, *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, Napoli, 2018; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Torino, 2018; L. GUFFANTI PESENTI, *Scorrettezza delle pratiche commerciali e rapporto di consumo*, Napoli, 2020.

derivazione comunitaria, frequentemente rivolte non alla tutela delle parti coinvolte in un'operazione economica, bensì alla tutela specifica di una di esse, considerata bisognosa di speciale protezione³⁶⁹.

In linea generale, è possibile anticipare che l'ordinamento ha approntato sia rimedi di natura risarcitoria, che, come si vedrà, sono gli unici accessibili allorquando alla pratica commerciale scorretta non abbia fatto seguito il perfezionamento dell'operazione economica che la stessa era finalizzata a promuovere; sia rimedi che riguardano il contratto stipulato in conseguenza della pratica commerciale scorretta, emergendo proprio in tali casi gli interrogati se tali rimedi debbano essere ricondotti all'area della responsabilità contrattuale ovvero a quella della responsabilità extracontrattuale³⁷⁰.

In tale quadro una recente pronuncia sulla chiusura digitale del profilo *social* di un utente (Tribunale di Bologna 10.3.2021, ricorrente DGV, resistente Facebook Ireland Limited) che ha aperto al rimedio risarcitorio da lesione dell'identità digitale pare arricchire il ragionamento; purtroppo a fronte della modesta entità del risarcimento pare ribadire quanto si è cercato finora di anticipare: di fronte ai colossi della rete che si sono affacciati al mercato odierno l'unica tutela concretamente percorribile sembra essere quella di *public enforcement*, mentre quella di *private enforcement* sembra cedere il passo, soprattutto per ragioni di ordine pratico rispetto alla difficoltà per l'utente di ottenere tutela *motu proprio*.

2.1. L'evoluzione dottrinale sui profili rimediali e i poteri dell'AGCM

Nel complesso del citato sistema, in sede di recepimento della Direttiva n. 2005/29/CE, parte della dottrina³⁷¹ aveva evidenziato l'opportunità che la relativa legge di recepimento introducesse espressamente un rimedio specifico a tutela del consumatore che avesse concluso un contratto a valle di una pratica commerciale scorretta, così da mettergli a disposizione uno strumento di semplice, rapida e poco onerosa attivazione e che potesse, al contempo, fungere da efficace deterrente nei confronti del professionista eventualmente tentato dall'adottare una pratica commerciale scorretta³⁷².

369 C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della dir. 2019/2161/UE*, cit., p. 495 ss.

370 C. GRANELLI, «Pratiche commerciali scorrette: le tutele», in G. D'AMICO (diretto da). *Enc. dir., I tematici, Contratto*, Milano, 2021, p. 845 ss.

371 Tra tutte, si v. A. GENTILI, «Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica», in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 58 ss.

372 C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della dir. 2019/2161/UE*, cit., p. 496 ss.

Tuttavia, come si è osservato, “se, in sede di prima lettura della normativa di recepimento, autorevoli studiosi, di fronte al silenzio serbato sul punto dal legislatore, si erano mostrati propensi a fornire una risposta tendenzialmente unitaria al problema della sorte del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta, prospettando che esso dovesse, di regola, ritenersi invalidamente concluso (seppur oscillando tra il rimedio della nullità e quello dell’annullabilità), nel più recente panorama dottrinale è andata invece emergendo la tesi secondo cui quella scelta del legislatore nazionale di non indicare uno strumento specifico di *private enforcement* nei confronti del professionista che abbia fatto ricorso ad una pratica commerciale scorretta, che ai primi commentatori era talora apparsa inopportuna od improvvida, andrebbe invece riguardata come un’opzione oculata”³⁷³.

In ogni caso, va rilevato che l’articolo 27 del Codice del Consumo, in relazione alle pratiche commerciali scorrette, ha attribuito all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) il potere di disporre³⁷⁴:

- a) La sospensione provvisoria, laddove sussista particolare urgenza, della pratica commerciale della cui correttezza vi siano serie ragioni per dubitare (art. 27, comma 3, cod. cons.; art. 8, Reg.);
- b) L’inibizione definitiva, in esito ad apposita istruttoria, della pratica commerciale risultata scorretta, vietandone la diffusione, quando non ancora portata a conoscenza del pubblico, ovvero la continuazione, se già iniziata (art. 27, commi 2 e 8, cod. cons.; e art. 17, comma 1, lett. b), Reg.);
- c) La pubblicazione, integrale o per estratto, della delibera che accerta la scorrettezza della pratica commerciale, ovvero la pubblicazione di un’apposita dichiarazione rettificativa, al fine di impedire che la pratica commerciale scorretta continui a produrre effetti (art. 27, comma 8, cod. cons.; e art. 18, Reg.);
- d) L’applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5.000,00 ad euro 5.000.000,00, da commisurarsi alla gravità ed alla durata della violazione (art. 27, comma 9, c. cons.); e) non meglio specificati interventi volti ad eliminare gli effetti della pratica commerciale risultata scorretta (art. 27, comma 2, cod. cons.). Si noti, in riferimento

373 T. FEBBRAJO, *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 133, il quale si serve di una espressione già in precedenza usata da A. A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, cit., p. 215. Si v. anche C. GRANELLI, «Pratiche commerciali scorrette: tutele individuali», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 1078 ss. il quale ha sostenuto che “la circostanza che le sorti del contratto [‘a valle’ di una pratica commerciale scorretta] non siano segnate una volta per tutte consente di fornire risposte differenti rispetto a istanze di tutela che non sempre mirano alla realizzazione del medesimo interesse”.

374 G. DE CRISTOFARO, «Vessatorietà e trasparenza delle clausole dei contratti b-to-c e procedimenti amministrativi di competenza dell’AGCM. Il novellato art. 37-bis c. cons.», in *Nuove leggi civ. comm.*, 3, 2023, p. 517 ss.

a quest'ultimo punto, la diversità di sanzioni irrogabili rispetto alla normativa GDPR, non solo ben più ampie, ma – pare possibile ritenere – cumulabili, seppur nel rispetto del principio di proporzionalità³⁷⁵.

Sulla base di tali indicazioni normative, il Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette prevede poi che, prima dell'avvio dell'istruttoria, l'Autorità, fatti salvi i casi di particolare gravità, possa, qualora sussistano fondati motivi per ritenere che una determinata pratica commerciale sia scorretta, invitare per iscritto il professionista che l'ha posta in essere a rimuoverne i profili di possibile scorrettezza (art. 4, comma 5, Reg.), esercitando la cosiddetta *moral suasion*. Qualora il professionista si adegui a tale indicazione, il procedimento viene archiviato e non ha luogo nemmeno la fase dell'apertura dell'istruttoria, ex art. 5, comma 1, lett. d), Reg.³⁷⁶.

Oltre a ciò, l'art. 27, comma 7 del Codice del Consumo prevede che, tranne che in ipotesi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale imputata al professionista, quest'ultimo possa proporre l'assunzione di impegni idonei a far venir meno i profili di illegittimità della pratica commerciale in contestazione, tanto che la loro accettazione, da parte dell'Autorità, determina la chiusura del procedimento, senza accertamento dell'infrazione³⁷⁷.

Ciò premesso, è il caso ora di ribadire che i prescritti poteri attribuiti all'A-GCM sono finalizzati alla tutela non tanto dei singoli consumatori concretamente lesi da una pratica commerciale scorretta, bensì del mercato inteso nella sua generalità, dei consumatori collettivamente considerati e dei concorrenti dell'impresa o del professionista che hanno realizzato una pratica scorretta. Pertanto, come ha precisato la dottrina, "il singolo consumatore può, di regola, risultare avvantaggiato dagli interventi dell'Autorità solo indirettamente e di riflesso, nella misura in cui gli stessi si traducano nella sospensione provvisoria e/o nella cessazione definitiva della pratica commerciale ritenuta scorretta"³⁷⁸. Non dunque, almeno *prima facie*, dalla tutela rimediabile dell'invalidità classicamente intesa. In questo senso però una riflessione va posta: fra le due tutele al consumatore converrebbe invocare – ammesso che possa – la tutela di *private enforcement* caducatoria? In questo senso l'invalidità dichiarata certo potrebbe accompagnarsi al risarcimento del danno, ma di fronte a una pratica commerciale oramai realizzatasi perché soddisfare l'onere probatorio in giudizio – con tutte le difficoltà del caso – di fronte a ben più efficaci rimedi, su tutti l'inibitoria offerta dall'Autorità? In questo quadro la tutela di *public enforcement* sembra preferibile non solo a livello di sistema

375 G. PINO, «Diritti fondamentali e principio di proporzionalità», in *Ragion partica*, 2014, p. 541; G. SCACCIA, «Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee», in *Rivista AIC*, n. 3 del 26 settembre 2017, p. 11.

376 C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: tutele individuali*, cit., p. 1079 ss.

377 C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: tutele individuali*, cit., p. 1079 ss.

378 C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: tutele individuali*, cit., p. 1080 ss.

complessivamente inteso (per dissuadere il professionista) ma altresì a livello protettivo per il singolo consumatore.

In questo senso l'attenta dottrina già menzionata evidenzia che "la definizione dei procedimenti avanti all'AGCM si è sempre più spesso risolta, in concreto, (anche) in un beneficio diretto per i consumatori *uti singuli*. Invero, negli ultimi anni si è assistito al progressivo proliferare di impegni in forza dei quali il professionista si è obbligato non solo a desistere, per il futuro, dalla pratica commerciale relativamente alla quale l'Autorità aveva avviato il procedimento istruttorio, ma altresì a porre in essere condotte volte ad elidere, in toto o almeno in parte, gli effetti negativi che la stessa avesse anteriormente già prodotto in danno di singoli consumatori"³⁷⁹.

2.2. Ancora sull'AGCM, facoltà di indennizzo e dialogo con l'Autorità

Proprio la natura dei poteri dell'Autorità in disamina ha indotto la stessa a un esercizio dei propri poteri conforme all'interesse del consumatore, piuttosto che a ricercare un risultato sanzionatorio a tutti i costi. Si considerino in questo senso due recenti casi (fra l'altro di particolare interesse rispetto alla contingenza temporale, in quanto accaduti in concomitanza con le chiusure imposte dall'emergenza pandemica da Covid-19).

A conferma di tali osservazioni vanno citati alcuni casi concreti recenti, tra i quali assume particolare rilevanza quello culminato nel provvedimento n. 29787 dell'AGCM, emesso il 20 luglio 2021³⁸⁰ in esito ad un procedimento nell'ambito del quale una società, operante nel settore della fornitura a privati di servizi di attività sportive e ricreative, era sospettata di aver posto in essere una pratica commerciale scorretta per aver prelevato dal conto dei clienti-consumatori importi pari alle rate di abbonamento relative ai mesi da marzo a maggio 2020, nonostante che in quel periodo gli impianti sportivi fossero chiusi in ottemperanza ai provvedimenti di contenimento del Covid-19. Ebbene, in conseguenza di ciò, l'AGCM ha accettato l'impegno del professionista di accordare ai clienti la possibilità di ottenere un corrispondente periodo di fruizione gratuita delle palestre, archiviando così il procedimento ed evitando l'attivazione del sistema sanzionatorio e risarcitorio in senso proprio.

Ulteriore caso interessante è quello esaminato dal provvedimento n. 29768 del 13 luglio 2021 avente ad oggetto la condotta di una società, operante nel settore della raccolta, produzione e distribuzione di contenuti multimediali relativi ad eventi sportivi e di intrattenimento, la quale era sospettata di aver

379 C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: tutele individuali*, cit., p. 1081 ss.

380 Consultabile in: [https://agcm.it/dotcmsCustom/tc/2026/8/getDominoAtta-ch?urlStr=192.168.14.10:8080/C12560D000291394/0/74EABEF9A106C7B3C-125872C004EF551/\\$File/p29787.pdf](https://agcm.it/dotcmsCustom/tc/2026/8/getDominoAtta-ch?urlStr=192.168.14.10:8080/C12560D000291394/0/74EABEF9A106C7B3C-125872C004EF551/$File/p29787.pdf).

posto in essere una pratica commerciale scorretta per non aver, a fronte della sospensione, causa emergenza Covid-19, delle competizioni sportive, riconosciuto ai propri abbonati la rimodulazione e/o il rimborso automatico del canone mensile relativo al servizio di loro trasmissione in diretta. Anche in tal caso, l'AGCM ha accettato l'impegno del professionista di inviare agli utenti, che avevano ancora il relativo abbonamento valido, un *gift code* corrispondente al valore di due mesi di abbonamento³⁸¹.

2.3. Le conseguenze della condotta del professionista e della non collaborazione di esso

Come si è appena visto, nei casi in cui i professionisti responsabili di una pratica commerciale scorretta abbiano trovato conveniente formulare una proposta di impegno verso il consumatore leso, l'AGCM rinuncia al procedimento sanzionatorio, così come nei casi in cui l'accertamento dell'infrazione è impedito dall'esito positivo dell'iniziativa di *moral suasion*

Nei diversi casi in cui non dovesse manifestarsi una disponibilità del professionista a definire il procedimento dinanzi all'AGCM attraverso i meccanismi degli impegni ovvero della *moral suasion*, l'Autorità, generalmente, ritiene di non avere ulteriori margini di intervento a tutela dei singoli consumatori rimasti concretamente vittima di una pratica commerciale scorretta. Infatti, come osservato dalla dottrina, "sebbene l'art. 27, comma 2, c. cons. la legittimi espressamente all'adozione di un provvedimento che non solo "inibisca la continuazione della pratica commerciale risultata scorretta, ma altresì ne elimini gli effetti, l'AGCM reputa 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" espressamente prevista dal comma 8 dello stesso art. 27 c. Cons."³⁸², così implicitamente affermando la propria impossibilità di poter intervenire pronunciandosi sulla inefficacia o invalidità del contratto.

2.4. La Direttiva n. 2019/2161/UE: l'ampliamento del perimetro delle pratiche commerciali scorrette e l'applicabilità della disciplina consumeristica all'utente digitale

Ecco che, in tale contesto, stante l'impossibilità di un intervento dell'AGCM a tutela dei singoli consumatori, emerge la centralità dell'apparato rimediabile

381 C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della dir. 2019/2161/UE*, cit., p. 498 ss.

382 C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della dir. 2019/2161/UE*, cit., p. 499 ss.

apportato dal Codice Civile e dalla normativa europea, considerando, peraltro, le innovazioni della Direttiva n. 2019/2161/UE, la quale, oltre ad ampliare il perimetro delle pratiche commerciali scorrette, si è proposta l'obiettivo di realizzare una più puntuale disciplina dei rimedi esperibili a fronte di una pratica di tal genere³⁸³.

Con riguardo al primo obiettivo, la Direttiva del 2019 ha ricompreso nella definizione di prodotto, alla cui commercializzazione deve risultare finalizzata una pratica commerciale, anche i servizi digitali e il contenuto digitale, fornendo, inoltre, una specifica definizione di mercato online e ampliando il novero delle informazioni rilevanti ai fini della qualificazione come ingannevole di una pratica commerciale scorretta.

Si tratta di una innovazione dirompente nel panorama normativo europeo, e di riflesso italiano, dal momento che esistono numerosi e differenti modelli di *business* incentrati sul trattamento e sulla valorizzazione economica dei dati al fine di trarne profitto³⁸⁴. Tali modelli possono essere associati a diverse modalità di circolazione dei diritti fondamentali, dalle quali è possibile dedurre norme, limitazioni e regole³⁸⁵. In particolare, si nota una tendenza nel mercato a passare da un sistema in cui il trattamento dei dati personali è un'attività accessoria, ma necessaria, ad esempio per la consegna di un pacco o l'erogazione di un servizio, a un sistema in cui il dato personale diventa sempre più la motivazione principale dell'attività di *business* stessa.

Si noti però, innanzitutto, la differenza con il caso – già menzionato – in cui la pratica commerciale scorretta nasca solo incidentalmente da un illecito sfruttamento dei dati (e in cui il provvedimento dell'AGCM riconosce una pratica commerciale scorretta in senso stretto, dove i dati rilevano solo come mezzo per realizzare la condotta vietata) dal caso in cui il dato rilevi come vero e proprio prezzo per la merce. In tal caso pare evidente che il tema rilevante sia soprattutto quello dello *status* di consumatore (e di natura contrattuale dello scambio, prima ancora) altrimenti non potendo l'Autorità proprio intervenire, a fronte della mancata qualifica di consumatore del soggetto.

Proprio a tali innovazioni di modelli di *business* (del dato contro merce, in cui il primo ha sostituito la moneta) hanno cercato di porre rimedio le direttive menzionate.

383 *Ivi*, p. 499 ss.

384 M. MURSIA, C.A. TROVATO, «The commodification of our digital identity: limits on monetizing personal data in the European context», in *MediaLaws - Riv. dir. media*, 2, 2021, p. 165-189.

385 Con riguardo alla possibilità e i limiti di disporre dei diritti fondamentali tramite lo strumento negoziale, si rinvia sempre al contributo di G. RESTA, «Contratto e diritti fondamentali», in G. D'AMICO (a cura di). *Enciclopedia del diritto - I tematici: Il contratto*, Milano, 2021, p. 298, nonché a G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, «Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2018, p. 417 ss.

Più specificamente, le aziende utilizzano i dati personali per una serie di scopi commerciali, alcuni dei quali riguardano la monetizzazione diretta attraverso la vendita di dati personali, altri la monetizzazione indiretta, ad esempio per la sicurezza, il miglioramento dei prodotti/servizi, il miglioramento dell'esperienza del cliente, inclusa un'esperienza personalizzata. Uno degli utilizzi più importanti dei dati personali, come si è già evidenziato in precedenza, consiste nella raccolta degli interessi, delle preferenze o di altre caratteristiche degli utenti per mostrare pubblicità mirata online, che finanzia un considerevole numero di servizi *online*.

Da quanto sopra riportato, è chiaro che oggi la fornitura dei dati non è più uno strumento ausiliario all'esercizio di un'attività, ma diventa la ragione per cui tale attività viene svolta³⁸⁶, tanto da essere stata conosciuta l'espressione "*mercato dell'attenzione*"³⁸⁷.

Come si evince dalla letteratura, le strategie di *business* che si concentrano sui dati personali possono essere classificate in tre modelli³⁸⁸:

1. modello a costo zero ("*zero-price*");
2. "*personal data economy model*"; e
3. "*pay for privacy*".

Rientrano nel modello di *business* a costo zero tutti quei servizi digitali in cui la fornitura - e il relativo consenso al trattamento - di dati personali può essere considerata una componente implicita del prezzo che gli utenti pagano per l'acquisto del servizio primario (tipicamente contenuti digitali o servizi digitali)³⁸⁹. Tale contenuto/servizio digitale viene generalmente pubblicizzato come gratuito, mentre in realtà gli utenti forniscono i loro dati personali che saranno successivamente utilizzati dall'impresa per finalità commerciali, come l'analisi dei comportamenti degli utenti o la profilazione³⁹⁰.

Nel modello di *business zero-price*, come evidenziano gli studiosi, il valore economico dell'impresa non deriva tanto dalla raccolta dei dati in sé, quanto dal loro successivo trattamento con algoritmi di aggregazione, analisi e valorizzazione³⁹¹. Pertanto, pur in assenza di uno scambio di denaro, si tratta comun-

386 V. RICCIUTO, «Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali», in *Riv. dir. civ.*, 3, 2020, p. 642-662.

387 Y.N. HARARI, *21 lezioni per il XXI secolo*, Milano, 2018, p. 116.

388 M. MURSIA, C.A. TROVATO, *The commodification of our digital identity: limits on monetizing personal data in the European context*, cit., p. 170.

389 AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, «Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Garante per la protezione dei dati personali, "Indagine Conoscitiva Sui Big Data"», in https://www.agcm.it/dotcmsdoc/bollettini/2020/9-20_all.pdf, 2020.

390 J. DEBUSSCHE, J. CÉSAR, «Data-related legal, ethical and social issues», in <https://www.two-birds.com/-/media/pdfs/eu-data-economy-legal-ethical--social-issues.pdf>, 2019, p. 36.

391 AGCOM, *Osservatorio sulle piattaforme online*, in <https://www.agcom.it/docu->

que di una transazione commerciale reale sulla base del fatto che *"l'argomento che i beni gratuiti non sono venduti [...] non ha senso economico"*³⁹² e che i dati personali sono il prezzo che gli utenti stanno pagando. In altre parole, l'impresa realizza il valore economico del dato in modo indiretto, poiché non viene in essere al momento della sua fornitura, ma solo in seguito ad un ulteriore trattamento di valorizzazione. Questo processo, svolto tramite sofisticati algoritmi, permette di estrarre valore economico dai dati creando categorie e profili degli interessati, che possono poi essere utilizzati nel settore della pubblicità online³⁹³. Tuttavia, per effettuare questo trattamento, l'impresa deve sempre prima ottenere il consenso (informato) dell'interessato.

In definitiva, questo modello è noto come *zero-price*, proprio perché l'utente accede a un bene o servizio senza pagare alcuna somma di denaro, ovvero "gratuitamente", ma la controprestazione consiste nella fornitura di dati personali, che assumono così il ruolo di corrispettivo non monetario³⁹⁴, integrando così la nota massima secondo cui *"se il servizio è gratuito, vuol dire che la merce è l'utente"* (c.d. *Internet cost trap*)³⁹⁵.

Proprio in tale ambito si può ricordare l'indagine svolta dall'AGCM che ha portato nel 2018 a sanzionare Facebook per aver ingenerato nell'utente, tramite l'uso del termine "gratuito" nei suoi *claim*, l'idea che l'iscrizione a tale *social media* non determinasse alcun onere economico o, detta in altri termini, nessun scambio di valore da parte dell'utente³⁹⁶.

ments/10179/17328538/Documento+generico+20-12-2019/0cfa28b1-1567-46c5-8ad7-70fa96174ff4?version=1.1, 2019, p. 23, in cui si legge che *"Nel caso dei servizi online gratuiti, si realizza di fatto uno scambio implicito tra gli utenti e la piattaforma, che si sostanzia nella cessione, da parte dei primi, dei propri dati a fronte, non già di un corrispettivo economico, ma appunto del servizio offerto gratuitamente dalla piattaforma. La disponibilità di grandi masse di dati individuali consente alla piattaforma di compiere un'accurata profilazione degli utenti dalla quale dipende la possibilità per gli inserzionisti che si servono della piattaforma di raggiungere target specifici di consumatori"*.

392 OECD, *Quality considerations in digital zero-price markets*, in [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)14/en/pdf), 2018.

393 OECD, *Exploring the Economics of Personal Data. A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value*, in <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5k486qtxldmq-en.pdf?expires=1677843644&id=id&accname=guest&checksum=E39F89E4ACEF044612047DD743D8DAB2>, 2013.

394 A. METZGER, «Data as Counter-Performance. What Rights and Duties do Parties Have?», in *JIPITEC*, 2017, 8(2), p. 28.

395 J. LANIER, *You Are Not a Gadget: a Manifesto*, Regno Unito, 2011, ed. digit.; A. DE FRANCESCHI, «Il pagamento mediante dati personali», in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 1397.

396 AGCM, Provvedimento del 29 novembre 2018. PS11112- *Uso dei dati degli utenti ai fini commerciali: sanzioni per 10 milioni di euro a Facebook*. Comunicato Stampa in <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2018/12/Uso-dei-dati-degli-utenti-a-fini-commerciali-sanzioni-per-10-milioni-di-euro-a-Facebook#:~:text=euro%20a%20Facebook-,PS11112%20%2D%20Uso%20dei%20dati%20degli%20utenti%20a%20fini%20>

Un secondo modello di *business* è quello definito come “*personal data economy model*” che prevede lo scambio diretto dei dati contro moneta³⁹⁷, tanto che viene pubblicizzato come un’opportunità per gli individui di ottenere valore dai loro dati personali vendendoli o consentendone l’accesso ai compratori di dati. Ad esempio, alcune *app* consentono agli individui di guadagnare valore attraverso il *marketing* diretto, il profilo e le offerte personalizzate, permettendo così a terzi di arricchire i loro database con i dati personali degli utenti. In tali casi, data la corresponsione di una somma di denaro che viene immediatamente accreditata all’utente da parte dell’impresa, si può parlare, come sarà esaminato nel proseguo, di trattamento di “*monetizzazione*”.

Si segnala sin da ora, come rilevato da alcuni studiosi³⁹⁸, che anche questo modello di *business* non sembrerebbe ricalcare esattamente lo schema dell’equiparazione tra dati personali e moneta, dal momento che, alla luce di quanto disposto dall’art. 3, par. 1 della Direttiva UE 2019/770, i dati non vengono utilizzati direttamente per poter usufruire di beni o servizi, ma cionondimeno la direttiva, ad opinione di chi scrive, non sembra lasciare dubbi sulla meritevolezza della stessa protezione del consumatore al soggetto che “*paga*” coi propri dati.

Per quanto rileva in questa sede, merita particolare attenzione il considerando n. 13 della proposta di direttiva sulla fornitura di servizi digitali (direttiva 770/2019). Questo considerando riconosce chiaramente il valore economico dei dati personali, attribuendogli quindi il carattere di corrispettivo nei contratti sinallagmatici, soprattutto in relazione ai servizi digitali. In particolare, si sottolinea che non sarebbe giusto distinguere la fornitura di un servizio in base al tipo di corrispettivo (sia esso costituito da dati personali o da denaro), dal momento che “*l’applicabilità delle disposizioni della presente direttiva non dovrebbe dipendere dal pagamento o meno di un prezzo per il contenuto digitale in questione*”.

Anche nel testo della direttiva emerge, pur senza una soluzione esplicita³⁹⁹ il tema della qualificazione dello scambio tra dati personali e servizi digitali.

commerciali%3A%20sanzioni,milioni%20di%20euro%20a%20Facebook&text=L'Autorità%20Garante%20della%20Concorrenza,della%20sua%20controllante%20Facebook%20Inc.

397 M. MURSIA, C.A. TROVATO, *The commodification of our digital identity: limits on monetizing personal data in the European context*, cit., p. 170 ss.

398 G. D'IPPOLITO, «Monetizzazione, patrimonializzazione e trattamento dei dati personali», in E. CREMONA, F. LAVIOLA, V. PAGNANELLI (a cura di), *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, Torino, 2022, p. 61.

399 C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali*, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. Civ. III*, 2019, p. 499 ss.

Questo è affrontato in particolare nell'art. 3. Tralasciando il primo comma, che definisce senza ambiguità il rapporto come un contratto oneroso a prestazioni corrispettive, il secondo comma risulta di maggiore interesse. A una prima analisi, potrebbe sembrare che manchi il carattere della corrispettività. Tuttavia, il legislatore interviene prontamente per colmare tale lacuna. Dopo aver trattato, nel primo comma, delle forniture digitali a titolo oneroso, il legislatore estende le tutele dei consumatori anche alle forniture digitali considerate "a struttura gratuita". Al contrario, esclude ogni forma di protezione per le forniture integralmente gratuite.

In questo contesto, appare evidente l'orientamento del legislatore europeo nel dibattito sulla natura corrispettiva dei dati personali utilizzati come mezzo di scambio per servizi digitali, come nel caso delle piattaforme social. Attraverso il considerando sopra menzionato e l'articolo esaminato, il legislatore, pur interrogandosi sull'effettiva corrispettività del rapporto, si limita a garantire espressamente la protezione del consumatore che accede a un servizio offrendo i propri dati come corrispettivo. In tal modo, il principio di prevalenza del diritto comunitario, che richiede un'interpretazione conforme alla normativa europea, sembra avvalorare la ricostruzione secondo cui la relazione tra utente e piattaforma social debba essere considerata gratuita. Tuttavia, ciò non esime il legislatore nazionale dal prevedere specifiche tutele per l'utente, applicando le norme proprie della disciplina consumeristica.

Infine, preme brevemente ricordare che invece i modelli di *pay for privacy* richiedono agli individui che non vogliono acconsentire alla raccolta dei loro dati personali per scopi pubblicitari/marketing di pagare tariffe (più elevate) per accedere al prodotto/servizio, mentre i fornitori offrono tariffe/sconti minori agli individui che, invece, acconsentono a tali scopi. Ad esempio, la società di telecomunicazioni americana AT&T ha offerto nel 2015 un servizio a banda larga con uno sconto di 30 dollari al mese se gli utenti avessero accettato di far tracciare la loro attività online, al fine di comprendere quali pagine web era visitate, il tempo trascorso su ognuna di esse, i *link* o gli annunci pubblicitari visualizzati e, infine, i termini di ricerca che venivano inseriti nei motori di ricerca⁴⁰⁰.

In ragione di quanto finora esposto, il legislatore comunitario ha previsto l'inserimento nella *black list* delle pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli anche una serie di ulteriori condotte, ovvero:

- Fornire risultati di ricerca in risposta a una ricerca online del consumatore senza che sia chiaramente indicato ogni eventuale annuncio pubblicitario a pagamento o pagamento specifico per ottenere una classificazione migliore dei prodotti all'interno di tali risultati;

400 D. RUIZ, «Will pay-for-privacy be the new normal?», in <https://www.malwarebytes.com/blog/news/2019/02/will-pay-privacy-new-normal>, 2019.

- Rivendere ai consumatori biglietti per eventi, se il professionista ha acquistato tali biglietti utilizzando strumenti automatizzati per eludere qualsiasi limite imposto riguardo al numero di biglietti che una persona può acquistare o qualsiasi altra norma applicabile all'acquisto di biglietti;
- Indicare che le recensioni di un prodotto sono inviate da consumatori che hanno effettivamente utilizzato o acquistato il prodotto senza adottare misure ragionevoli e proporzionate per verificare che le recensioni provengano da tali consumatori;
- Inviare, o incaricare un'altra persona giuridica o fisica di inviare, recensioni di consumatori false o falsi apprezzamenti o di fornire false informazioni in merito a recensioni di consumatori o ad apprezzamenti sui media sociali, al fine di promuovere prodotti⁴⁰¹.

In prospettiva più generale, poi, la Direttiva in esame ha legittimato l'introduzione nelle normative nazionali di disposizioni per tutelare i legittimi interessi dei consumatori rispetto a pratiche commerciali o di vendita aggressive o ingannevoli nel contesto di visite non richieste di un professionista presso l'abitazione di un consumatore⁴⁰².

2.4.1. La tutela del consumatore nella disciplina spagnola, uno sguardo d'insieme sulla direttiva 2019/2161

Alla luce di tale quadro, occorre meglio soffermarsi sul quadro d'insieme prima dell'introduzione della direttiva, per poi concentrare l'attenzione sul recepimento di questa nel contesto spagnolo.

La direttiva nasce a seguito della presentazione – da parte della Commissione – di tre iniziative fondamentali in materia di tutela dei consumatori, nell'aprile del 2018. Tra queste, la Comunicazione intitolata *“Un nuovo quadro per i consumatori”* (o *“Nuovo Quadro”*) ha delineato l'approccio che la Commissione intendeva adottare per lo sviluppo dell'*acquis* comunitario in materia di tutela dei consumatori⁴⁰³. Come acutamente osservato⁴⁰⁴, il *Nuovo*

401 C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della dir. 2019/2161/UE*, cit., p. 500 ss.

402 Oppure escursioni organizzate da un professionista con lo scopo o con l'effetto di promuovere o vendere prodotti ai consumatori; ovvero a ricondurre tra le azioni ingannevoli anche qualsivoglia attività di marketing che promuova un bene, in uno Stato membro, come identico a un bene commercializzato in altri Stati membri, mentre questo bene ha una composizione o caratteristiche significativamente diverse, salvo laddove ciò sia giustificato da fattori legittimi e oggettivi C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della dir. 2019/2161/UE*, cit., p. 501 ss.

403 *Civic Consulting para la Comisión Europea*, «Study for the Fitness Check of EU Consumer and Marketing Law» (2017), Parte I, ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=59332. Existe un resumen ejecutivo de la Comisión de 23.05.2017 (SWD [2017] 208 final).

404 F. DE ELIZALDE IBARBIA, «La directiva 2019/2161 de modernización del derecho de consumo,

quadro si "basa sulle conclusioni del rapporto di *Controllo di adeguatezza* condotto nel 2017, che ha valutato l'efficacia di diverse direttive europee a tutela dei consumatori"⁴⁰⁵. Inoltre, il *Nuovo quadro* ha tenuto conto della valutazione della Direttiva sui diritti dei consumatori (DDC). Come evidente, si è appalesata la necessità di implementare il livello di protezione dei consumatori, evidenziando l'opportunità (verrebbe da suggerire, la "necessità") di incrementare le protezioni di carattere pubblicistico⁴⁰⁶, oltre alla facoltà di azioni individuali.

Lo scopo evidente della direttiva – fornire un'adeguata protezione del consumatore – si sposa con i limiti a cui va sottoposta la libertà d'impresa, in *primis* quelli imposti proprio dalla tutela dei consumatori, elemento non incidentale ma centrale nella tutela della concorrenza e da ricondurre, rispetto all'altro, ad un valore normativo di carattere generale⁴⁰⁷.

Così, nel novembre 2019 è stata adottata la Direttiva (UE) 2019/2161 sulla modernizzazione e il miglioramento dell'applicazione delle norme sulla protezione dei consumatori (*Direttiva di modernizzazione*, nota anche come *Direttiva Omnibus*), che ha imposto agli Stati membri l'obbligo di recepimento entro il 28 novembre 2021 e di applicazione a partire dal 28 maggio 2022. Successivamente, nel novembre 2020, è stata adottata la Direttiva (UE) 2020/1828 sulle azioni rappresentative per la tutela collettiva degli interessi dei consumatori (*Direttiva sulle azioni collettive*), il cui recepimento era previsto entro il 25 dicembre 2022 e l'applicazione a partire dal 25 giugno 2023. Queste due direttive segnano un'evoluzione significativa nell'applicazione del diritto dei consumatori nell'Unione Europea, sia dal punto di vista pubblico che privato, sia a livello individuale che collettivo. Viene, comunque, mantenuta la distinzione – già propria della direttiva 29/2005⁴⁰⁸ – che spezza il diritto della concorrenza nella relazione impresa-impresa e impresa – consumatori (dunque B2B e B2C), ma chi scrive ritiene, comunque, opportuna tale distinzione, dal momento che diverse sono le forze dei *player* in gioco, più decisa deve essere -infatti- la forza delle Authority di *public enforcement* nel rapporto coi consumatori, rispetto al caso del rap-

por la que se conceden remedios individuales contra las prácticas comerciales desleales; un paso más hacia la estandarización del derecho privado de la unión europea?», in *Revista de Derecho Civil*, VIII, 2021, pp 47-89.

405 Tra cui la Direttiva sulle pratiche commerciali sleali (DPCS), la Direttiva sulle clausole abusive, la Direttiva sull'indicazione dei prezzi dei prodotti di consumo, la Direttiva sulla vendita di beni di consumo, la Direttiva sulle azioni inibitorie e la Direttiva sulla pubblicità ingannevole e comparativa.

406 *Civic Consulting para la Comisión Europea*, «Study for the Fitness Check...», I, *op. cit.*, p. 251.

407 E. DÍAZ GÓMEZ, *Prácticas comerciales engañosas y su represión por el Derecho de la Competencia Desleal*, Coruna, 2024, p. 21

408 E. DÍAZ GÓMEZ, *OP. CIT*, in particolare p. 41.

porto fra imprese, dove comunque la capacità dei professionisti di intervenire nel mercato è più marcata.

Lo scopo era quello di introdurre “un sistema armonizzato di tutela collettiva che comprende sia misure inibitorie che risarcitorie”⁴⁰⁹. A breve distanza, sono seguite integrazioni alle direttive in materia di clausole abusive, indicazione di prezzi di consumo (Dir. 98/6, art. 8), la DPCS (art. 13) e la Direttiva sui diritti dei consumatori (art. 24). Ma, soprattutto, la Direttiva sulla fornitura di contenuti e servizi digitali (770/2019, su cui – ampiamente – di seguito). Tra le principali innovazioni vi sono l’inclusione dei servizi e contenuti digitali nella definizione di *prodotto* (art. 2.c), la regolamentazione delle classificazioni delle offerte nei mercati digitali (artt. 2.m, 2.n, 7.4bis e 7.6) e l’introduzione di nuovi obblighi informativi per la contrattazione online (art. 6 bis).

Di particolare importanza è l’armonizzazione a livello europeo della tutela privata contro le pratiche commerciali sleali, prevedendo rimedi individuali per i consumatori. In particolare, con l’introduzione dell’art. 11 bis nella DPCS, vengono riconosciuti strumenti di tutela come il risarcimento del danno, la riduzione del prezzo e la risoluzione del contratto⁴¹⁰.

In Spagna, la DPCS è stata recepita principalmente nella Legge sulla Concorrenza Sleale (LCD)⁴¹¹. Tuttavia, prima della riforma, essa non armoniz-

409 F. DE ELIZALDE IBARBIA, *op. cit.*, p. 31.

410 Sul punto si confronti A. M. RUIZ MARTÍN, «ámbito material del reglamento bruseles i bis, prácticas comerciales desleales (b2c) y acciones colectivas de cesación: comentario a la *stjuemovic bv (c-73/19)*», in *Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2021)*, Vol. XIII, I pp. 1074-1084. Condivisibilmente l’A. evidenzia come la DPCD sia una direttiva di carattere generale e di armonizzazione “massima”, che deve “integrare altre direttive anch’esse a tutela del consumatore, appartenenti al cosiddetto *Fitness Check*, in quanto non contemplate nel suo ambito materiale”. Esse “condividono un obiettivo principale “comune”: la tutela degli interessi collettivi di tipo economico dei consumatori nei loro rapporti con i commercianti o professionisti nel mercato interno europeo”. Ed anzi, si deve invece ritenere che gli interessi economici dei consumatori nulla hanno a che vedere con gli interessi dello Stato in quanto tale.

All’articolo 11, paragrafo 1, lettere a) e b), la DPCD, ricorda l’A., “ha attribuito agli Stati membri la facoltà di istituire rimedi essenzialmente di tipo processuale per contrastare le pratiche commerciali scorrette B2C, sottoponendole a un’autorità amministrativa competente a risolvere i reclami o a promuovere le azioni giudiziarie pertinenti”.

Pertanto, ciascuno Stato membro ha avuto piena libertà di scegliere chi fossero tali autorità o enti e tribunali amministrativi, e di attribuire loro la capacità di ordinare la cessazione delle pratiche o di intraprendere azioni legali, o di vietarle; nel caso spagnolo, peraltro, si sono adottate autorità diverse anche a livello regionale. Non si specificava, infatti, come dovessero adottarsi tali autorità. Il paragrafo 2 attribuisce agli Stati membri il potere di concedere a tali autorità certe prerogative per perseguire le pratiche commerciali scorrette B2C, come ad esempio l’introduzione di azioni di cessazione e di azioni di interdizione contro dette pratiche. Di armonizzazione incompleta parla invece E. DÍAZ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 92.

411 Si era comunque pensato, a fronte anche della delicatezza portata dalla necessità di differenziare i livelli di protezione fra stato centrale e comunità locali, di intervenire con una normativa del tutto nuova, idea scartata a fronte della difficoltà che avrebbero conosciuto

zava la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali, limitandosi a imporre agli Stati membri l'obbligo di garantire rimedi adeguati ed efficaci per contrastarle, così da rispettare i principi di attribuzione e autonomia⁴¹².

La direttiva è già stata esaminata nei capitoli precedenti. I suoi tratti salienti sono riassumibili nei termini che seguono. Innanzitutto, si introduce un criterio gerarchico per la valutazione delle pratiche sleali, su tre livelli⁴¹³:
a) elenco delle pratiche sleali per sé stesse: un elenco nero di pratiche sempre vietate (Allegato I), inizialmente con 31 fattispecie, poi ampliato a 35 con la Direttiva di modernizzazione. Tra le nuove pratiche vietate vi sono la manipolazione delle recensioni online e la mancata trasparenza nei motori di ricerca⁴¹⁴; b) clausole speciali: se una pratica non è nella lista nera, viene valutata in base a tre categorie: azioni ingannevoli⁴¹⁵ (art. 6 DPCS): informazioni false o fuorvianti che influenzano il consumatore; omissioni ingannevoli (art. 7 DPCS): mancata fornitura di informazioni essenziali; pratiche aggressive (art. 8 DPCS): coercizione o influenza indebita che limitano la libertà di scelta; c) clausola generale⁴¹⁶ (art. 5 DPCS): se una pratica non rientra nei primi due livelli, può comunque essere considerata sleale se: *contraria ai principi di diligenza professionale; distorce il comportamento economico del consumatore medio* (su questo punto nella giurisprudenza spagnola si tornerà); mentre più ampia ancora è la clausola generale per cui è sleale il comportamento obiettivamente contrario a buona fede (art. 4 LCD). Tali clausole "elastiche", come evidente, ben possono dimostrarsi utili nel contesto digitale.

poi gli operatori nell'applicare le disposizioni (E. DÍAZ GÓMEZ, *op. cit.*, in particolare p. 85). *Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (BOE núm. 10 de 11.01.1991)*. La DPCD è stata recepita nel diritto spagnolo con la Legge 29/2009, del 30 dicembre, che modifica il regime giuridico della concorrenza sleale e della pubblicità per migliorare la tutela dei consumatori e degli utenti (BOE n. 315 del 31.12.2009).

- 412 F. CAFAGGI E P. IAMICELI, «The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions», in *European Review of Private Law* (2017), p. 577.
- 413 E. DÍAZ GÓMEZ, *op. cit.*, in particolare p. 52 ss.
- 414 Si veda altresì l'art. 19 della *ley general*, per cui sono comunque sleali le pratiche indicate negli artt. da 21 a 31 (compresi).
- 415 Sulla differenza fra queste e le pratiche sleali in generale si confronti E. Díaz Gómez, *op. cit.*, p. 115; in massima sintesi, l'A. ricorda come l'atto di inganno è principalmente finalizzato a far cadere in errore il suo destinatario, con la capacità concreta di sottoporlo a un esito economicamente sfavorevole.
- 416 Ritenuta una vera e propria "clausola di chiusura del sistema", J. A. GÓMEZ SEGADÉ, *La nueva cláusula general en la LCD, El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI, El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños* / coord. por José Antonio Gómez Segadé, Angel García Vidal; Manuel Olivencia (pr.), Carlos Fernández-Nóvoa Rodríguez (hom.), 2010, pp. 331-344.

Ora, se è evidente che fino alla Direttiva di modernizzazione, la DPCS imponeva agli Stati membri di garantire strumenti contro le pratiche sleali, essa però non armonizzava i rimedi contrattuali, in particolare non si potevano rinvenire tracce in tal senso sul *public enforcement*, e in particolare sull'Autorità Antitrust; né vi erano indicazioni vincolanti per gli Stati membri sulla previsione di rimedi solutori del contratto viziato concluso sulla base di una condotta rientrante nelle fattispecie delle pratiche commerciali scorrette. L'art. 3.2 della DPCS, infatti, sanciva che la Direttiva non incideva sulla normativa contrattuale nazionale in questo senso (con precisione "rispetto a validità, formazione o scioglimento del contratto").

Tuttavia, pare difficile negare che le pratiche commerciali sleali possano influenzare i contratti, incidendo su: vizi del consenso (es. annullabilità per errore o dolo); validità del contratto (es. omissioni ingannevoli); responsabilità precontrattuale e contrattuale⁴¹⁷; cioè, evidentemente, limitandosi alla tutela di *private enforcement*⁴¹⁸ (senza che questa possa ledere la tutela di *public enforcement*, o – come definita dalla dottrina spagnola – semplicemente tutela *administrativa*⁴¹⁹, o persino quella penale⁴²⁰).

La direttiva di modernizzazione, come noto, ha aggiornato la DPCS, introducendo rimedi individuali armonizzati quali risarcimento dei danni, riduzione del prezzo, e risoluzione del contratto; occorre dunque soffermarsi sul concreto recepimento da parte degli Stati membri, rispetto ai criteri di attribuzione, equivalenza ed effettività, interrogandosi sui margini di discrezionalità degli Stati membri stessi, con particolare riferimento al contesto spagnolo dove questa è stata recepita con il *Real Decreto-legge n. 24*, emanato il 2 novembre 2021.

Per quanto riguarda le pratiche commerciali sleali, il decreto ha modificato il Titolo IV del Libro Primo del *Real Decreto-legislativo 1/2007* – che approva il testo consolidato della Legge Generale per la Difesa dei Consumatori e degli Utenti (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* o *TRLGDCU*). La riforma, inoltre, ha ridefinito il sistema sanzionatorio in materia di consumo, andando oltre il campo specifico delle pratiche commerciali sleali⁴²¹, e la nuova formulazione del *TRLG-*

417 F. DE ELIZALDE IBARBIA, *op. cit.*, pp 47-89.

418 Rispetto alla quale amplissima è la legittimazione attiva rispetto alle pratiche commerciali scorrette, risultando consentite le azioni sostanzialmente a qualsiasi persona fisica o giuridica che agisce nel mercato e i cui interessi sono stati lesi, ai sensi dell'art. 32 c1 n.1 e n.5 della LCD. Le azioni inibitorie – in senso lato – spetteranno inoltre anche ai soggetti rappresentativi dei consumatori (art. 33 c3 LCD).

419 E. DÍAZ GÓMEZ, *op. cit.*

420 Nell'ordinamento spagnolo, in particolare, rileveranno gli artt. da 270 a 289 del Codice penale (spagnolo, evidentemente); sul punto, ampiamente, L. M. PUENTE ABA, *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, 2002, p. 122 ss.

421 F. DE ELIZALDE IBARBIA, *op. cit.*, pp 47-89.

DCU mira a garantire la tutela pubblica richiesta dalla Direttiva di modernizzazione proprio in questo ambito.

In riferimento alla tutela di *private enforcement* contro le pratiche commerciali sleali occorre -comunque - segnalare come il *Real Decreto-legge 24/2021* abbia introdotto il nuovo articolo 20 bis nel TRLGDCU, che sembra chiaramente ricondurre la fattispecie di pratica commerciale scorretta nei presupposti di risarcimento del danno⁴²². Ciò, peraltro, consentendo la prova contraria, introducendo così una presunzione *iuris tantum* che sembra consentire al consumatore - salvo, appunto, il diritto a prova contraria - di vedersi ristorare il danno subito sulla semplice base dell'allegazione della sanzione antitrust per pratica commerciale scorretta, oltre alla sussunzione in tale fattispecie della condotta da lui subita⁴²³.

La più attenta dottrina, peraltro, evidenzia che la trasposizione della direttiva è in realtà stata parziale, o comunque incompleta⁴²⁴. Infatti, questa ha sostanzialmente omesso la facoltà rimediabile di risoluzione del contratto o della riduzione del prezzo (seppur sia vero, in effetti, che l'esito dell'azione di risarcimento del danno sia in sostanza non dissimile da tale ultimo rimedio). Questa omissione sembra peraltro violare quanto previsto dal nuovo articolo 11 bis della Direttiva sulle pratiche commerciali sleali (*DPCS*), che stabilisce che tali rimedi fanno parte del contenuto armonizzato della Direttiva e, pertanto, non potrebbero essere eliminati da uno Stato membro, né in toto né parzialmente.

Ciò a meno di non ritenere che tale omissione debba ricondursi all'applicabilità dei rimedi di diritto "comune", ma - giustamente- viene osservato che non solo questi certo non vengono comunque meno nella sfera protettiva della parte debole del contratto (e men che meno potrebbero esserlo

422 Si veda anche l'Art. 32 c1 n. 5 della *LCD*. Ci si concentra su tale azione in questa sede, non potendo comunque omettere che la *LCD* ben prevede azioni -giurisdizionali - volte alla dichiarazione di slealtà (art. 32), alla rettifica dell'azione ingannatoria (art. 32 c1 n.4), alla rettifica degli effetti causati dalla condotta sleale (art. 32 c1 n. 3), alla inibitoria "pura", unita all'ammonimento alla reiterazione (art. 32 c.1 n. 2), come condivisibilmente evidenziato su quest'ultimo punto, si tratta di due azioni distinte, con presupposti ed effetti diversi (E. DÍAZ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 193), mentre la pubblicazione della sentenza - ai sensi dell'art. 32 c2 - potrà avvenire solo se sono già state esperite le azioni di cui al comma 1.

423 Si propone una traduzione della norma: *Articolo 20 bis. Misure correttive a disposizione dei consumatori e utenti danneggiati dalle pratiche commerciali sleali: "Per l'esercizio delle azioni previste dall'articolo 32.1, paragrafi da 1 a 4 della Legge 3/1991, del 10 gennaio, sulla Concorrenza Sleale, si considererà accertato, salvo prova contraria, l'uso di pratiche commerciali sleali nei confronti dei consumatori e utenti purchè questo sia stato constatato in una decisione definitiva di un'autorità competente o di un organo giurisdizionale. Le persone che abbiano commesso congiuntamente l'infrazione di cui al paragrafo precedente saranno solidalmente responsabili del risarcimento dei danni e dei pregiudizi causati. In nessun caso l'esistenza di una pratica commerciale sleale può essere utilizzata contro gli interessi dei consumatori e degli utenti.*

424 F. DE ELIZALDE IBARBIA, *op. cit.*, pp 47-89.

nella disciplina consumeristica), ma che la stessa particolarità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette sia differente in senso ontologico, dovendo considerare la categoria del "consumatore medio"⁴²⁵, mentre negli ordinari vizi del consenso vale la peculiarità del caso concreto.

E in realtà la soppressione dei rimedi potenziali, all'interno del *Real Decreto 24/2021*, in capo al consumatore non sembra essere casuale. Infatti, se è vero che il *decreto* è quasi congruente al disegno di legge ("*Anteproyecto*") di recepimento della direttiva rilevante appare la soppressione dei rimedi della risoluzione del contratto e della riduzione del prezzo, evidentemente una scelta ben precisa del legislatore spagnolo.

Si prevedeva infatti, all'art. 20 bis TRLGDCU, un ulteriore comma, l'*apartado tercero* sostanzialmente avrebbe stabilito che:

"In caso di commissione di infrazioni gravi o molto gravi della presente legge, constatate da una decisione amministrativa o giudiziale definitiva, che abbiano potuto influire sull'adempimento del contratto, il consumatore e l'utente potranno risolvere il contratto, oltre a ottenere un indennizzo minimo pari al 20% del prezzo del contratto. Per le altre infrazioni, il consumatore e l'utente avranno diritto a una riduzione del prezzo del contratto del 10%. Tutto ciò senza pregiudicare l'applicazione integrale del regime di responsabilità previsto nel Titolo IV del Libro Secondo".

Ora, alcune considerazioni. Innanzitutto, la norma era evidentemente apprezzabile nella sua chiarezza (tanto da stabilire con precisione le percentuali di risarcimento), e proprio da ciò si potrebbe ritenere che gli stringenti parametri siano da respingere, in quanto limitativi del *quantum* risarcitorio pretendibile da parte del consumatore, che potrà – dunque – sempre ritenersi titolare non solo dell'istanza di risoluzione del contratto, ma altresì di domandare la somma di risarcimento più congrua secondo gli ordinari parametri. D'altro canto, si potrebbe altresì ritenere che la non inclusione del comma nel testo definitivo sia da intendere come una volontà ben precisa di negare la facoltà di risoluzione in capo al consumatore solo perché ha concluso un contratto frutto di una pratica commerciale scorretta (non si comprende, però, se siano fatti salvi i rimedi ordinari che consentono la risoluzione e se anche in tal caso sia possibile applicare la presunzione probatoria, già menzionata). Per altra tesi, semplicemente, i limiti imposti dalla previsione normativa sarebbero stati contrari al diritto europeo, perché eccessivamente stringenti rispetto alle previsioni della direttiva⁴²⁶.

In definitiva, dunque, il *Real Decreto* sembra prevedere il solo rimedio risarcitorio a protezione del consumatore, ma senza fare chiarezza

425 Ampiamente si è trattato della categoria nei capitoli precedenti, se ne approfondirà le particolarità nell'ordinamento spagnolo *infra*.

426 F. DE ELIZALDE IBARBIA, *op. cit.*, pp 47-89.

sul nesso causale (non indicando se sia da ritenersi automatico o mera presunzione probatoria), e tradendo – almeno in apparenza – i requisiti di equivalenza ed effettività che il diritto europeo richiede rispetto ai rimedi nazionali, trovandosi il consumatore colpito da pratica commerciale scorretta svantaggiato rispetto al contraente leso nell’ambito della ordinaria trattativa di diritto privato.

Inoltre, la novella normativa consente di esperire il risarcimento del danno in caso di pronuncia giudiziale, ma altresì in caso di pronuncia da parte dell’Autorità Amministrativa. Dopo aver analizzato l’effetto di tali pronunce nel contesto italiano all’inizio del capitolo occorre – dunque – soffermarsi sull’autorità preposta (*recte*: le autorità preposte) in tal senso nell’ordinamento spagnolo. Il pluralismo che accompagna il quadro normativo in tale contesto, infatti, non ha conosciuto eccezione neanche nell’ambito delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette, introducendo una molteplicità – almeno potenziale – di attori preposti, e su questo occorre soffermarsi nel paragrafo seguente.

2.4.2. La disciplina di *public enforcement* in Spagna

Il quadro normativo già evidenziato (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios - Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, o LCD, la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, il Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre*) rispetto al *public enforcement* va integrato con la Legge 15/2007, del 3 luglio, sulla Difesa della Concorrenza che mira a garantire l’esistenza di una concorrenza effettiva nel mercato, prevenendo e sanzionando i comportamenti anticoncorrenziali, e che ha sostanzialmente costretto le autorità regionali (o delle comunità autonome) a ripensare anche il proprio modello di *authority*⁴²⁷.

Ora, la tutela di *public enforcement* sembra rivolgersi alla protezione sia delle pratiche ingannevoli che di quelle aggressive: ciò in virtù del testo coor-

427 La normativa, infatti, se è vero che ha modificato sostanzialmente la struttura, le funzioni e i poteri delle autorità della concorrenza –l’attuale Commissione Nazionale dei Mercati e della Concorrenza (CNMC) – ha comportato la ristrutturazione del modello di autorità autonoma della concorrenza, che “in linea generale era stato molto simile al modello configurato dallo Stato”. Il passaggio da un modello duale di applicazione della LDC attraverso due organismi (solitamente il servizio per la difesa della concorrenza da un lato e, dall’altro, il Tribunale) a un modello di organismo unico, ha infatti “spinto le Comunità Autonome a ripensare il proprio modello, nonché a riorganizzare le proprie autorità regionali secondo il sistema dell’organismo unico, al fine di poter esercitare con maggiore efficacia ed efficienza le nuove funzioni stabilite dalla nuova LDC” (J. GUILLÉN CARAMÉS, «las competencias de la comisión nacional de los mercados y de la competencia y las autoridades autonómicas en la aplicación del derecho de la competencia», in *Estudios de Deusto*, Vol. 63/1, Enero-Junio 2015, págs. 37-83. Neppure volendo si sarebbe potuto fare diversamente, giusta la pronuncia del Tribunale Costituzionale spagnolo 208/1999).

dinato delle normative di riferimento, l'articolo 19 del TRLGDCU stabilisce infatti che si considera scorretta ogni pratica commerciale che contravvenga alla diligenza professionale e possa alterare in modo sostanziale il comportamento economico del consumatore medio, mentre l'articolo 5 della *Ley de Competencia Desleal* (LCD) richiama espressamente le due macro-categorie di pratiche scorrette: a) pratiche ingannevoli (*articoli 6 e 7 LCD*) e b) pratiche aggressive (*articoli 8 e 9 LCD*). In virtù del *real decreto* del 2021 in queste categorie, come già menzionato, sono da includere anche la manipolazione delle recensioni online e la scarsa trasparenza nella classificazione dei prodotti nei motori di ricerca.

Venendo al meccanismo delle sanzioni pubblicistiche (o amministrative), l'autorità competente – all'interno del quadro spagnolo – non è univocamente individuata (espressamente riconoscendo la normativa la competenza delle comunità autonome in tal senso, art. 52 bis), ma comunque – art. 46 c5 – si impedisce una doppia sanzione per il medesimo fatto. In ogni caso, il titolo III della normativa prevede espressamente il dovere di cooperazione in capo alle autorità, e precisi doveri informativi in capo al soggetto preposto alla sanzione, sia esso l'autorità nazionale o quella locale o autonoma⁴²⁸.

Si possono enumerare le seguenti autorità competenti: a) Ministero dei Consumatori (*Ministro de Sanidad y Consumo*) preposto al coordinamento e ad attività di formazione, presiede inoltre la *conferencia sectoral de consumo*; al controllo regionale sono invece preposte le Autorità di Consumo delle Comunità Autonome e, in parallelo, sono previste Autorità Locali di vigilanza di consumo.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)⁴²⁹ invece pronuncia sanzioni, per i fini che qui interessano, solo se queste hanno impatto sulla concorrenza del mercato ad un livello che supera i confini della singola entità locale⁴³⁰, o comunque di effetto tale da alterare il mercato nella

428 Come evidenziato sul punto “sono state diverse le Comunità Autonome che hanno istituito autorità di difesa della concorrenza, di diversa natura, nei rispettivi ambiti territoriali: Catalogna, Madrid, Galizia, Paesi Baschi, Estremadura, Aragona, Castiglia e León, Castiglia-La Mancia, Valencia e Andalusia” ad esempio. Il modello e la forma di organizzazione di ciascuna di esse sono stati disomogenei e, di conseguenza, anche il loro funzionamento ed efficacia sono stati variabili”, J. GUILLÉN CARAMÉS, *op. cit.* Neppure volendo si sarebbe potuto – comunque - fare diversamente ed elidere la potestà delle comunità autonome e locali, giusta la pronuncia del Tribunale Costituzionale spagnolo 208/1999.

429 Istituita dalla Legge 3/2013, del 4 giugno, la CNMC è un organismo pubblico indipendente incaricato di garantire il corretto funzionamento dei mercati in tutti i settori produttivi, in beneficio dei consumatori e delle imprese. Le sue funzioni includono l'applicazione della normativa sulla concorrenza, la supervisione dei mercati e la promozione della concorrenza. I riferimenti, e i settori dove maggiormente concentra la sua attività (attività pubblicitaria, dell'energia ed altri) si rinvergono nello statuto dell'*authority*, https://www-cnmc-es.translate.google/?_x_tr_sl=es&_x_tr_tl=it&_x_tr_hl=it&_x_tr_pto=sc.

430 Art. 1 della Legge 1/2002, al suo primo comma, dispone che: “compete allo Stato l'esercizio

sua interezza⁴³¹. La scelta spagnola, in questo senso, sembra in realtà tradire una dicotomia fra protezione del consumatore e concorrenza, esprimendo sanzioni solo se la pratica commerciale sleale ha impatto su quest'ultima (ad esempio, per abuso di posizione dominante). Peraltro, interessante appare che i consumatori siano protetti da un organo governativo, mentre il mercato da un'autorità indipendente, sebbene sia in generale previsto – senza distinzioni – che gli organi preposti possano comunque infliggere sanzioni, differenziate ai sensi dell'art. 49 della TRLGDCU.

Rilevante appare, inoltre, la Agenzia di Informazione e Controllo Alimentare (AICA): Creata dal *Real Decreto 227/2014*, del 4 aprile⁴³². L'*authority* ha peraltro presentato nel 2016 un interessante analisi sulle pratiche commerciali scorrette nel mercato alimentare⁴³³.

Venendo alle comunità autonome, occorre segnalare che solo alcune hanno preposto autorità specifiche alla tutela dei consumatori e alla supervisione, in generale, della lealtà delle pratiche commerciali.

delle competenze riconosciute nella Legge 16/1989, del 17 luglio, sulla Difesa della Concorrenza, in relazione ai procedimenti aventi ad oggetto le condotte previste dagli articoli 1, 6 e 7 della suddetta Legge, quando tali condotte alterino la libera concorrenza in un ambito sovra-locale o nell'intero mercato nazionale, anche se l'esercizio di tali competenze debba realizzarsi nel territorio di una qualsiasi delle Comunità Autonome". Critico sul punto X. ARZOZ, «El impacto de los puntos de conexión de la Ley 1/2002 en la aplicación descentralizada del Derecho de la Competencia: análisis de las resoluciones adoptadas en 2003 por el TDC», in *Anuario de Defensa de la Competencia*, Marcial Pons-ICO, Madrid, 2004, pag. 327 ss.

- 431 Evidente appare la difficoltà pratica che tale distinzione comporta, in effetti sconosciuta al diritto italiano (dove non esistono Authority regionali), sul punto si confronti J. GUILLEN CARAMÉS, *op. cit.*, in giurisprudenza si segnala la pronuncia del Tribunale Costituzionale, che ha chiarito come (sentenza STC 71/2012, del 16 aprile, peraltro richiamante la propria giurisprudenza stabilita nella STC 208/1999 e ricordata nella STC 12/2003, del 19 giugno) "le competenze in materia di difesa della concorrenza spettano allo Stato ogniqualvolta la pratica possa alterare la libera concorrenza in un ambito sovra-locale o nell'intero mercato nazionale, anche se tale atto si realizzi nel territorio di una Comunità Autonoma; e che, per contro, la competenza esecutiva spetta alla Comunità Autonoma solo quando si verificano due circostanze: che la pratica restrittiva abbia luogo nel territorio della Comunità e, inoltre, che non "incida sul mercato sovra-locale" o non abbia "rilevanza sul mercato sovra-locale", accogliendo un criterio sostanzialmente del rischio, per cui anche la probabilità di effetti sul mercato non solamente locale consente l'intervento dell'autorità statale.
- 432 L'AICA è responsabile della gestione dei sistemi di informazione e controllo dei mercati agricoli e alimentari. Inoltre, vigila sul rispetto della Legge 12/2013, del 2 agosto, che mira a migliorare il funzionamento della catena alimentare, prevenendo pratiche commerciali sleali nel settore. <https://www.aica.gob.es/la-agencia/>
- 433 https://www.aica.gob.es/wp-content/uploads/2023/12/AICA_informe_2016_v2.pdf.

In particolare, la Catalogna⁴³⁴, i Paesi Baschi⁴³⁵ e l'Andalusia⁴³⁶. In altri casi, la tutela dei consumatori e la supervisione delle pratiche commerciali scorrette sono affidate a dipartimenti o direzioni generali all'interno delle rispettive amministrazioni regionali, senza la presenza di un organismo specifico dedicato esclusivamente a questa funzione (mentre nel caso dell'Andalusia esiste un dipartimento apposito, seppur sottoposto in senso gerarchico alla giunta regionale).

Venendo alle sanzioni, la frammentazione soggettiva rispetto alla legittimazione attiva del soggetto erogante non sembra scalfirne la dissuasività. Infatti, esse sono differenziate – ai sensi degli artt. 47 a 52 - della TRLGDCU in tre categorie: a) infrazioni lievi, fino a 10.000 euro; b) gravi, fino a 100.000 euro e c) molto gravi, fino a 1.000.000 di euro, o percentuali del fatturato dell'impresa (e dunque anche oltre tale importo). La procedura (che segue un *iter* di apertura procedimentale, istruttoria, di confronto e infine di decisione dell'autorità) mira a ottenere un'azione di cessazione (imprescrittibile) e di sanzione economica, soggetta a prescrizione in 5 anni, 3 o un anno a seconda della gravità (art. 52).

2.4.3. La direttiva 770/2019, la sua attuazione in Spagna e l'incremento di protezione per il consumatore spagnolo

La direttiva 770/2019 – lo si è già menzionato – introduce un concetto innovativo (per il legislatore), ma già noto alla più attenta dottrina, quello della valorizzazione economica dei dati personali forniti in cambio della prestazione digitale⁴³⁷. La direttiva si abbina alla sua gemella, la direttiva 771/2019,

434 AGENCIA CATALANA DEL CONSUMO, creata ai sensi della Legge 9/2004, del 24 dicembre, possiede personalità giuridica propria, autonomia amministrativa e piena capacità di adempiere a tutte le competenze in materia di consumo assegnate alla *Generalitat* della Catalogna (<https://consum.gencat.cat/ca/inici>).

435 L'autorità di consumo dei Paesi Baschi, nota come *Kontsumobide* - Istituto Vasco del Consumo, è stata istituita con la Legge 9/2007 del 29 giugno. Questo organismo possiede personalità giuridica propria, autonomia amministrativa ed economica, e piena capacità operativa per il raggiungimento dei suoi obiettivi (<https://www.kontsumobide.euskadi.eus/inicio>).

436 Caso in effetti particolare, in Andalusia l'autorità responsabile della protezione dei consumatori è la *Dirección General de Consumo*, che opera sotto la *Consejería de Salud y Consumo* della *Junta de Andalucía*. Questo organismo non possiede personalità giuridica propria, ma funziona come un dipartimento all'interno della struttura amministrativa del governo regionale (<https://www.juntadeandalucia.es/organismos/saludyconsumo.html>).

437 Ex Plurimis si confronti J. MARTÍNEZ CALVO, «Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», *InDret*, 4.2021, pp. 561-618; S. NAVAS NAVARRO, *El valor de los datos personales en el mercado*, 2018; A. PLANA A M.^a CARMEN (2020), «Los datos personales como contraprestación», in GONZÁLEZ PACANOWSKA (coord.), *Protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 561-618; E. TOSI, *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno*

dal momento che esse presentano “un complesso di regole comuni ed hanno obiettivi simili (dal momento che), le vendite considerate includono anche i prodotti che incorporano elementi digitali”⁴³⁸. Di assoluto rilievo appare il considerando n. 13 della proposta di direttiva di fornitura dei servizi digitali, che sancisce espressamente il valore economico (e dunque il carattere corrispettivo) dei dati personali utilizzati – appunto – come elemento di scambio nei contratti a prestazioni corrispettive, in particolare in relazione ai servizi di natura digitale⁴³⁹, completando – secondo un condivisibile (e in effetti efficace) opinare – una vera e propria “incursione dei dati nel settore contrattuale”⁴⁴⁰, mentre altra dottrina parla di “contrattualizzazione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali”⁴⁴¹, laddove un ulteriore opinare si preoccupa di escludere i dati dalla categoria delle cose fuori commercio, ai

non patrimoniale, Milano, 2019, p. 49 ss., p. 93 ss., C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali, Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. Civ. III*, 2019, p. 499 ss.; Á. CARRASCO PERERA, «Resolución de contrato pagado con datos personales como precio», in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N.º 988, Sección Tribuna.

- 438 G. ALPA, «Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea», in *Contratto e Impresa*, III, 2019, p. 825 ss.
- 439 Così Commissione europea, 9 dicembre 2015, considerando n. 13 della Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuti digitali, COM(2015) 634 final, in <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52015PC0634> ove si afferma espressamente che “Nell'economia digitale, gli operatori del mercato tendono spesso e sempre più a considerare le informazioni sulle persone fisiche beni di valore comparabile al denaro. I contenuti digitali sono spesso forniti non a fronte di un corrispettivo in denaro ma di una controprestazione non pecuniaria, vale a dire consentendo l'accesso a dati personali o altri dati. Tali specifici modelli commerciali si applicano in diverse forme in una parte considerevole del mercato. Introdurre una differenziazione a seconda della natura della controprestazione significherebbe discriminare alcuni modelli commerciali e incoraggerebbe in modo ingiustificato le imprese ad orientarsi verso l'offerta di contenuti digitali contro la messa a disposizione di dati. Vanno garantite condizioni di parità eque. Inoltre, è possibile che una cattiva prestazione del contenuto digitale fornito in cambio di una controprestazione non pecuniaria abbia ripercussioni sugli interessi economici dei consumatori”.
- 440 R. M. GARCÍA PÉREZ, *Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2020), XII, I, pp. 875-907. In realtà, il riferimento iniziale era al GDPR, ma pare applicabile efficacemente (se non di più) al caso in disamina. L'A., comunque, ricorda l'importanza di tenere distinte le due sfere, rimarcando come la Carta di Nizza imponga un alto livello di protezione dei consumatori, da leggersi in combinato disposto con l'art. 8 della stessa fonte normativa (dedicato invece ai dati personali). Amplia è, inoltre, la ricostruzione volta a escludere si tratti di donazione (anche modale), o di contratti gratuiti che propone J. MARTÍNEZ CALVO, *op. cit.* (pp. 561-618), che conferma la natura onerosa dello scambio dati personali – prestazione.
- 441 A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*. Napoli, 2017, p. 9; diversamente di doppia prospettiva parla R. M. GARCÍA PÉREZ, *op. cit.*, pp. 875-907, che richiama *sic et simpliciter* la natura onerosa dello scambio a mezzo dati personali.

sensi dell'art. 1271 del codice civile spagnolo, in combinato disposto con l'art. 18 della Costituzione spagnola⁴⁴².

In special modo il considerando afferma espressamente che, non parendo equo differenziare la fornitura di un servizio sulla base del corrispettivo (di dati o in denaro) *“L'applicabilità delle disposizioni della presente direttiva non dovrebbe pertanto dipendere dal pagamento o meno di un prezzo per il contenuto digitale in questione”*.

Anche nel testo della direttiva, comunque, si prospetta – pur senza che sia proposta espressa soluzione⁴⁴³ la questione della natura dello scambio basato sui dati personali.

Centrale è, poi, l'art. 3 della direttiva, rispetto al primo comma non possono sussistere dubbi nel definire il rapporto come contratto oneroso a prestazioni corrispettive, ma di maggior interesse si presenta il comma secondo. Orbene, rispetto a tale norma, ad una prima lettura sembrerebbe ravvisarsi una mancanza di corrispettività, a cui però il Legislatore pone prontamente rimedio. Questi stabilisce, infatti (dopo aver trattato al comma 1 delle forniture digitali a titolo oneroso) un'estensione della protezione del consumatore anche alle forniture digitali *“a struttura gratuita”*; venendo esclusa, viceversa, qualsivoglia forma di protezione nel caso delle forniture interamente gratuite.

Una vera e propria scelta di campo del legislatore europeo a favore della dottrina che già a livello interpretativo aveva seguito tale strada, decidendo di accordare espressamente la protezione prevista per il *“consumatore digitale”* senza preoccuparsi della natura effettivamente onerosa o meno del rapporto *“pagato”* con i propri dati. Tale soluzione costituisce una delle basi - forse la principale - per sostenere l'applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette ai rapporti fra piattaforme e utenti digitali. In tal senso, il principio di *primauté* del diritto comunitario, che come noto si estrinseca anche rispetto la scelta di una interpretazione della norma conforme al diritto europeo, pare rendere preferibile la ricostruzione che riconosce natura gratuita alla relazione fra utente e social ma, cionondimeno, esige espressamente di proteggere l'utente, ammantandolo della protezione propria della disciplina consumeristica.

L'analisi, in questo senso, si è qui limitata ai dati personali, e non concerne le informazioni ottenute ricombinando queste o altre forme di dati ottenendo i c.d. *big data*. Tale particolare tipologie di informazioni, di sempre maggior impatto nell'economia attuale, può semmai rilevare rispetto alle violazioni di concorrenza *“pura”* che non riguardano il tema dei consumatori – se non inci-

442 J. MARTÍNEZ CALVO, *op. cit.*, pp. 561-618.

443 *Così Commissione europea, 9 dicembre 2015, considerando n. 13 della Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuti digitali, COM (2015) 634 final, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52015PC0634>*

dentalmente – potendo le imprese che li detengono causare barriera all'entrata, intese restrittive della concorrenza o riduzione selettiva (o discriminazione di prezzo)⁴⁴⁴.

L'attuazione della direttiva nel contesto spagnolo è stata, comunque, particolarmente celere, anche considerando le tempistiche dei lavori preparatori⁴⁴⁵. E se da una parte è vero che solo 29 articoli della TRLGDCU sono stati modificati è altresì vero che l'impatto della direttiva europea si presenta particolarmente dirimente. L'attuazione, perfezionata con il Real Decreto-ley 7/2021 (ampiamente completo di materie di attuazione⁴⁴⁶) è in effetti stata assai scrupolosa⁴⁴⁷ del rispetto del principio di armonizzazione massima, si possono citare in questo senso l'art. 121 c5 della TRLGDCU⁴⁴⁸ e l'art. 126 bis della legge⁴⁴⁹.

L'attuazione della direttiva, inoltre, poteva porre il problema della resistenza – nell'ordinamento di attuazione - rispetto alla qualificazione di beni mobili come beni digitali (quest'ultima opzione ha prevalso nella direttiva) - con evidenti conseguenze in termini di adempimento dell'obbligo di consegna, mancanza di conformità e rimedi applicabili, nonché

444 Ampiamente sul punto P. CALLOL, *op. cit.*, p. 14.

445 Di vera e propria “sopresa per tutti gli operatori giuridici” parla S. CÁMARA LAPUENTE, in «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales», in *Diario LA LEY*, N° 9887, Sección Tribuna, 8 de Julio de 2021, p. 4.

446 Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril (LA LEY 9105/2021), de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (BOE n.º 101, 28 abril 2021, p. 49749 y ss., en particular, pp. 49891-49905).

447 S. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 11.

448 Si tratta dell'onere della prova nella mancanza di conformità. I commi 1 e 2 dell'art. 121 stabiliscono le presunzioni di esistenza della mancanza di conformità al momento della consegna del bene o della fornitura del contenuto o servizio digitale, quando queste si manifestino entro i termini legalmente stabiliti o durante il periodo di esecuzione del contratto nel caso in cui sia previsto un approvvigionamento continuo di contenuti o servizi digitali (rifondendo gli artt. 12 Dir. 2019/770 e 11 Dir. 2019/771).

I commi 3 e 4 dello stesso articolo escludono il regime precedente quando l'imprenditore –fornitore di contenuti o servizi digitali– dimostri che l'ambiente digitale del consumatore non è compatibile con i requisiti tecnici dei contenuti o servizi digitali e ciò sia stato comunicato all'utente prima del contratto; inoltre, si stabilisce un obbligo di cooperazione del consumatore con l'imprenditore per determinare la causa della mancanza di conformità, in modo che il rifiuto di collaborare possa addirittura portare a un'inversione dell'onere della prova a svantaggio del consumatore.

449 Infatti, si è evitato di estendere il regime di modifica dei contenuti o servizi digitali (dunque al contratto di fornitura) al contratto di compravendita di beni con elementi digitali, proprio per la mancanza di un articolo simile nella direttiva europea.

rispetto alla determinazione della persona responsabile (il venditore del bene o il fornitore del contenuto o servizio digitale).

Anche in tal caso l'apertura del legislatore spagnolo è stata ampia: la TRLGDCU, all'art. 59 bis c1 lett.a), riconosce espressamente tale scelta, escludendo solo i beni mobili che per loro struttura si limitano a incorporare un bene digitale (come i CD- Rom).

Tirando le somme sull'innalzamento della protezione del consumatore spagnolo successivo all'emanazione della direttiva alcune norme sono necessariamente da menzionare, in quanto persino superiori – rispetto alla protezione accordata alla parte debole – rispetto a quanto imposto dalle direttive del 2019⁴⁵⁰. Innanzitutto, l'art. 117 c1, che autorizza il consumatore *“a sospendere il pagamento in caso di inadempimento dell'imprenditore che fornisce contenuti o servizi digitali”*, così come l'aumento del termine per manifestare la mancanza di conformità nell'acquisto di beni con elementi digitali (ampliato da due a tre anni - art. 120 c1 -), stabilendosi sempre in tre anni il termine di responsabilità dalla consegna del bene che *“include una fornitura continua di contenuti o servizi digitali per un periodo inferiore (art. 120 c2)”*; si noti che la scelta non ha trovato eco nel legislatore italiano, ed è un chiaro - e apprezzabile - segno della consapevolezza del legislatore spagnolo della particolare natura di tale segmento di mercato, dove il consumatore è particolarmente debole rispetto ai professionisti digitali.

Del pari, la presunzione di mancanza di conformità viene elevata da uno a due anni (artt. 121 c1 e c2) per i beni con elementi digitali, vengono inoltre modificati l'art. 123 c1 e 122 della TRLGDCU per la sospensione dei termini in caso di mancanze di conformità che hanno imposto il ripristino del bene, altra regola – questa - non imposta dalle direttive, così come l'art. 124⁴⁵¹. Di rilievo inoltre l'art. 125.1 che consente di rivolgersi direttamente al produttore in casi specifici⁴⁵² (regola seguita dal legislatore italiano nel novellare il codice del consumo).

È inoltre imposto un onere documentale di rimessione in ripristino (art. 123), così come un incremento a dieci anni per la garanzia di sostituzione dei pezzi di ricambio (art. 127 bis)⁴⁵³; appare inoltre migliorata la protezione del

450 S. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 28.

451 In virtù del quale l'azione per richiedere le misure correttive si prescrive, n cinque anni dalla manifestazione della mancanza di conformità; aumentando così di due anni il termine di prescrizione previsto dal precedente art. 123.4.

452 Si propone una traduzione della norma: “quando per il consumatore o utente sia impossibile o comporti un onere eccessivo rivolgersi all'imprenditore per la mancanza di conformità, potrà reclamare direttamente al produttore al fine di ottenere che il bene o il contenuto o servizio digitale sia reso conforme”. Anche questa disposizione, seppur non espressamente disciplinata nelle direttive, è tuttavia ammessa nei considerando (12 e 13).

453 Consentito nella direttiva al considerando 33.

consumatore rispetto all'obbligo di denuncia per la non conformità, prima previsto dall'art. 123 c5⁴⁵⁴.

Se è correttamente stato fatto notare che le norme che vanno "oltre" il recepimento della direttiva potrebbero trovare la loro ragione nella facoltà generale concessa agli Stati membri di "regolare gli aspetti del diritto contrattuale generale, come le norme sulla stipulazione, la validità, la nullità o gli effetti dei contratti"⁴⁵⁵, ai sensi degli art. 3.10 Dir. 2019/770 e art. 3.6 Dir. 2019/771, a ciò pare di poter aggiungere la considerazione della particolarità di tale settore, unita alla *ratio* dell'intervento europeo. Ed infatti, già si è evidenziato che – persino al di là della presa di posizione nel dibattito fra natura onerosa e gratuita del dato corrisposto in cambio della prestazione digitale – *l'intentio legislatoris* è quella di elevare la protezione del consumatore il più possibile. In questo senso, non solo l'assetto rimediabile, ma altresì quello interpretativo deve rispecchiare la massima protezione possibile del consumatore. Ciò anche estendendo, ove possibile, la disciplina di *public enforcement*, quale quella sulle pratiche commerciali scorrette, al contesto digitale, ove il consumatore cede i propri dati in cambio della prestazione, come nel contratto con il *social network* (o con la piattaforma digitale in generale).

2.4.4. Le azioni a tutela del consumatore e dell'utente digitale nell'ordinamento spagnolo, gli artt. 117 ss. della TRLGCU: fra dati personali e rapporto contrattuale

Per il particolare impatto che l'esplicito riconoscimento della tutela del consumatore o dell'utente spagnolo hanno è necessario soffermare l'attenzione sugli articoli più interessanti che espressamente la disciplinano, per come modificati – o introdotti – dal recepimento delle direttive 770 e 771 del 2019.

Le cause della risoluzione del contratto di fornitura digitale sono disciplinate all'art. 66 bis della TRLGCU, che – dopo aver imposto un dovere di diffida in capo al consumatore (e uno *spatium adempiendi* in capo al professionista) prevede la risoluzione qualora questo non fornisca il contenuto o il servizio concordato, prevedendo poi – in ogni caso – dei casi di risoluzione in questo non è necessario⁴⁵⁶.

454 È stato infatti eliminato l'obbligo per il consumatore di notificare al venditore la mancanza di conformità entro due mesi dalla sua scoperta. Se la Direttiva 2019/770 vieta espressamente di imporre tale obbligo al consumatore di contenuti e servizi digitali (considerando 11), è però vero che l'art. 12 della Direttiva consente agli Stati di mantenere tale disposizione, scelta che il legislatore spagnolo non ha seguito, incrementando la protezione del consumatore.

455 *Ibidem*. Viene inoltre osservata una possibile contraddizione fra la presunzione di consegna o fornitura il giorno della fattura o dello scontrino di acquisto con il 39 della Direttiva 2019/771, che stabilisce che tali beni devono considerarsi consegnati al consumatore "quando sia stato consegnato il componente fisico del bene e inoltre sia avvenuto l'atto unico di fornitura dei contenuti o servizi digitali oppure sia iniziata la fornitura continua".

456 La norma prevede infatti che potrà chiedersi risoluzione qualora: a) l'operatore economico

La normativa (art. 117 c1) in *primis* disciplina le azioni del consumatore in caso di mancanza di conformità, cioè riduzione del prezzo o risoluzione del contratto (eventualmente cumulabili al risarcimento del danno) in caso di mancanza assoluta della fornitura del servizio, o mancanza di conformità o modifica dei contenuti o servizi forniti; la norma prevede espressamente la risoluzione in caso di modifica del contenuto digitale da parte del fornitore/professionista, espressamente prevedendo – e questo punto è di particolare importanza – la risoluzione come facoltà dell'imprenditore qualora il corrispettivo del consumatore consista in dati personali, e in seguito quest'ultimo revochi il proprio consenso all'uso di essi (art. 119 ter, 7 TRLGDCU)⁴⁵⁷.

In ogni caso, i rimedi non sono alternativi, ma gerarchici⁴⁵⁸, e dunque solo una volta fallita (o inevasa) la rimessa in ripristino gli artt. 14 DCSD e 119 TRLGDCU prevedono la possibilità per il consumatore di optare tra la riduzione del prezzo o la risoluzione⁴⁵⁹, nei casi – peraltro alternativi e non cumulativi⁴⁶⁰ - previsti dallo stesso art. 119 (si veda la penultima nota).

abbia rifiutato di consegnare i beni oppure abbia dichiarato, o risulti chiaramente dalle circostanze, che non fornirà i contenuti o servizi digitali; b) le parti abbiano concordato, oppure risulti chiaramente dalle circostanze sussistenti al momento della conclusione del contratto, che per il consumatore o utente è essenziale che la consegna o la fornitura avvenga in una data determinata o anteriormente ad essa. La norma prevede – inoltre – che tale accordo dovrà essere intervenuto prima della conclusione del contratto.

- 457 Come correttamente osservato (M. GARCÍA RIPOLL MONTIJANO, «La resolución por el consumidor del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales», in *Valores y Constitución, Editorial Aranzadi, S.A.U.*, 1.^a Ed., 2023, p. 3) il considerando 40 DCSD afferma che «La presente Direttiva non deve disciplinare le conseguenze per i contratti soggetti alla presente Direttiva nel caso in cui il consumatore revochi il consenso al trattamento dei propri dati personali. Questa questione rimane di competenza del diritto nazionale»; come evidente, il legislatore spagnolo ha scelto di regolamentarla, sebbene in modo estremamente sintetico.
- 458 In ossequio al diritto del *right to cure* o *right to perform*, *ibidem*. In particolare, rispetto all'assetto rimediabile (risoluzione del contratto e riduzione di prezzo) si confronti A. BUENO BIOT, *El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales*, 2024, p. 394. Dello stesso avviso rispetto al *right to cure* è il medesimo A. (A. BUENO BIOT, «Entre la resolución contractual y los datos personales: nuevos dilemas de la digitalización», *Revista boliviana de derecho* n° 39, 01/2025, pp.124-167). In riferimento alla parte successiva alla risoluzione del contratto quando sono coinvolti dati personali si veda altresì S. CÁMARA LAPUENTE, «Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales», in *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, I, 2020, pp. 838-862.
- 459 Resta fermo il criterio dei costi sproporzionati o dell'impossibilità, che consentono di rifiutare la rimessa in ripristino del bene; tale aspetto è comune all'ordinamento italiano. In ogni caso la norma prevede, oltre a quello appena menzionato, cinque casi di risoluzione (fra l'altro quando il professionista non ha provveduto alla riparazione nel caso previsto dall'art. 118, commi 5 o 6; o che i contenuti digitali non sono stati adeguati, come imposto dall'art. 118 c4).
- 460 A. BUENO BIOT, *El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales*, 2024, p. 394 ss., A. BUENO BIOT, «Entre la resolución contractual y los datos personales: nuevos dilemas de la digitalización», *Revista boliviana de derecho* n.° 39, 01/2025, pp.124-167.

In massima sintesi, la norma prevede la facoltà di risoluzione qualora l'imprenditore modifichi lecitamente la prestazione – a contenuto digitale – di durata, purché di una certa entità o comunque non scarsa importanza. La modifica può essere anche parziale, se impatta sul nucleo essenziale della prestazione, e va comunicata entro 30 giorni dalla comunicazione. Salvo che per le prestazioni già effettuate e di durata, è comunque previsto in caso di risoluzione un dover di rimborso in capo al professionista, ma non solo: il professionista dovrà inoltre – rispettando la normativa sulla *privacy*, qui espressamente richiamata⁴⁶¹ – subire la risoluzione del contratto a prescindere da qualsiasi valutazione sulla importanza dell'inadempimento quando il consumatore ha corrisposto i suoi dati personali, come espressamente sancisce il comma secondo dell'articolo (peraltro con onere della prova in capo al professionista).

In caso di risoluzione, comunque, si intenderà revocato altresì il consenso al trattamento dei dati personali⁴⁶², peraltro lasciando aperta il tema – tutt'altro che scontato – della facoltà di revoca al consenso dei propri dati (sempre consentita), rispetto al vincolo contrattuale, normalmente non recedibile da parte di un singolo contraente: due aspetti che appaiono inscindibilmente interconnessi laddove proprio i dati costituiscano la merce di scambio⁴⁶³.

Se per alcuni tale contrasto non può avere soluzione univoca⁴⁶⁴, per altri occorre rassegnarsi a tale eccezione nell'ambito del diritto dei contratti, dal momento che quella sulla facoltà di revoca al consenso dei dati (che diviene recesso) è norma imperativa (art. 7.3 RGPD) e pertanto non potrebbe né essere escluso tramite una clausola contrattuale (che sarebbe nulla⁴⁶⁵), né il suo esercizio potrebbe costituire inadempimento contrattuale, anzi non rilevando neppure il contrasto con l'art. 1256 del codice civile spagnolo (in

461 Il regolamento del 2016, così come la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.*, *op. cit.*

462 Ai sensi dell'art. 7 del Regolamento Privacy, M. GARCÍA RIPOLL MONTIJANO, *op. cit.*, p. 19. Sul punto *cfr.* A. PLANA *op. cit.*, pp. 561-618 ove afferma che *"la ineficacia del contrato impide que el tratamiento sea considerado lícito a partir de ese momento, pero no supone necesariamente que la legitimación del tratamiento anterior a la declaración de ineficacia desaparezca"* e dunque l'inefficacia del contratto (meglio in questa sede: la risoluzione) non implica per ciò solo che il trattamento fosse inefficace in precedenza.

463 Effacemente descritto da S. CÁMARA LAPUENTE, «Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales», in *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, I, 2020, pp. 838-862.

464 V. MAK, «The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content», in *Workshop for the (JURI) Committee on Legal Affairs, European Parliament: New rules for contracts in the digital environment, with the participation of EU National Parliaments*, Brussels, 17/02/ 2016, p. 9, <http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/98771/Mak.pdf>.

465 R. MAŃKO Y S. MONTELEONE: *Contracts for the supply of digital content and personal data protection. European Parliamentary Research Service*. 05/2017, pág. 8.

virtù del quale una parte non può essere soggetta all'arbitrio di un'altra), dal momento che la norma che consente la revoca del consenso è – come appena evidenziato – norma imperativa, non derogabile e che consente lo scioglimento del vincolo contrattuale (persino su iniziativa della controparte, qualora il soggetto cui appartengono i dati espressamente non la richieda e il professionista non desideri sciogliersi dal vincolo una volta pervenuta la revoca del trattamento)⁴⁶⁶.

Venendo all'effetto successivo alla risoluzione del contratto pagato con dati personali, il tema è di evidente interesse, dovendosi applicare i normali rimedi restitutori (al di là del risarcimento del danno, certo da ammettere, seppur con alcune osservazioni sull'entità del danno conseguenza⁴⁶⁷). Infatti, seppur alcune decisioni giudiziarie abbiano negato in passato il valore economico dei dati o persino il legame inscindibile fra profilo utente e persona fisica⁴⁶⁸, il tema è stato oggi definitivamente accolto dal legislatore (come l'art. 119 ter chiaramente indica). In concreto, ciò non significa che i dati vadano restituiti a titolo di indennizzo – dovendosi comunque sempre consentire accesso e trasferimento ai sensi del GDPR⁴⁶⁹ – ma semplicemente che il rimedio restitutorio debba essere valutato in senso economico, e dunque al valore alternativo che ai dati corrisponde⁴⁷⁰. Questo, come evidente, sarà da distinguere dal diritto al risarcimento del danno che l'art. 117 della TRLGCU già ammette.

Come quantificare dunque il valore del dato personale in caso di risoluzione del contratto (o di inadempimento nel contratto digitale)? Sul valore del profilo *social* nella giurisprudenza italiana si tornerà poi, ma proprio quello dei *social network* rappresenta un terreno di elezione interessante: in questo senso una pronuncia – già menzionata – ha visto domandare un valore (evidentemente simbolico) di un euro al giorno in caso di mancato accesso al

466 R. M. GARCÍA PÉREZ, *op. cit.*, pp. 875-907. L'A., condivisibilmente, invita comunque a distinguere – rispetto alla base di trattamento dei dati – il consenso rispetto a quest'ultimo dal consenso contrattuale. Se, come appena evidenziato, vi è un'evidente interrelazione a livello patologico (una volta revocato il consenso al trattamento) nella fase di stipulazione il consenso contrattuale va tenuto distinto nettamente da quello al trattamento dei propri dati (e viceversa, naturalmente).

467 Sebbene M. CALVO, *op. cit.*, pp. 561-618, proponga un'azione di arricchimento, *contra* (ma solo rispetto ai *big data*, e in effetti condivisibilmente), M. GARCÍA RIPOLL MONTIJANO, *op. cit.*, che espressamente lo afferma applicabile, alla nota 95.

468 SAP delle Isole Baleari (Sezione 3^a) 124/2020, del 26 marzo (JUR 2020, 154580); SJMerc 2 Barcellona 226/2022, del 15 marzo (AC 2022, 529).

469 A. BUENO BIOT, *El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales*, 2024, p. 119 ss.; A. BUENO BIOT, «Entre la resolución contractual y los datos personales: nuevos dilemas de la digitalización», *Revista boliviana de derecho* n.º 39, 01/2025, pp.124-167.

470 S. CÁMARA LAPUENTE, «Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales», in *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, I, 2020, pp. 838-862.

proprio profilo digitale⁴⁷¹, mentre la giurisprudenza italiana (lo si anticipa) ha già riconosciuto in un caso una somma a titolo di risarcimento del danno da chiusura del profilo - in effetti però risibile: qualche migliaio di euro - per la cancellazione del profilo *social*.

La dottrina, condivisibilmente, evidenzia che il valore economico dei dati personali non dovrebbe essere valutato rispetto al peso che essi hanno per l'individuo a cui appartengono ma, piuttosto, per l'utilizzo potenziale delle imprese⁴⁷², anche considerando la possibilità di futura profilazione o di utilizzo una volta ottenuti in grandi quantità (*id est i Big Data*).

Peculiare è poi il caso in cui oltre ai dati personali si fornisca anche un corrispettivo - si badi bene, aggiuntivo - in denaro, e i dati siano comunque stati scambiati anche in ragione del loro valore economico⁴⁷³, o quello in cui la risoluzione sia parziale (fattispecie apparentemente riconducibile all'art. 119 ter c5)⁴⁷⁴.

Come evidente, dunque, il tema della protezione del consumatore interseca certamente quello dei dati personali, ma conduce anche a una diversa considerazione: l'insufficienza dell'effetto dissuasivo - e protettivo - dei rimedi consentiti in capo ai consumatori stessi nei confronti dei "colossi" del web. Infatti, le somme assai contenute che sono state riconosciute, così come la risoluzione del contratto, mal si prestano a scoraggiare gli "over the top" della rete dall'attuare comportamenti o prassi lesivi dei diritti dei consumatori. Ciò, invece, può meglio essere attuato dagli strumenti di *public enforcement*, come le sanzioni per le pratiche commerciali scorrette.

Un altro terreno di disamina può risultare prezioso nell'analisi di tali aspetti: quello dei c.d. *influencer*, che per il loro impatto nel contesto della rete, e delle telecomunicazioni, richiedono di essere esaminati, anche - e soprattutto - perché proprio in questo caso il legislatore ha espressamente intersecato la tutela pubblicitaria (da applicarsi anche agli *influencer*) con quella delle pratiche commerciali scorrette.

471 SJMerc 2 Barcellona 226/2022, del 15 marzo, AC 2022, 529.

472 La teoria, condivisibile, viene affermata da J. MARTÍNEZ CALVO, *op. cit.*, pp. 561-618, sul punto si confronti altresì M. MARTÍNEZ VELENCOSO, M. SANCHO LÓPEZ, «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital ¿Realmente es gratis la App?», in *InDret* 1/2018, p. 20. Più possibilista M. I. DOMÍNGUEZ YAMASAKI, «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *RDP*, IV, 2020, pp. 101-102.

473 Viene osservato da attenta dottrina che il caso non è espressamente disciplinato dalla normativa nazionale (in effetti, neanche da quella italiana), cionondimeno viene ritenuto che - anche a fronte dell'art. 67 DCSD - la risoluzione si potrà domandare per l'intero, anche se di scarsa importanza (applicando dunque l'art. 119 ter c2 TRLGDCU, come ampiamente chiarito sul punto da A. BUENO BIOT, *El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales*, 2024, p. 420 ss. (si veda anche A. BUENO BIOT, *op. cit.*, pp.124-167).

474 Ove la dottrina da ultimo citata opta per la risposta negativa rispetto all'applicabilità della norma.

2.4.5. Gli *influencer* nella normativa spagnola, cenni sulla normativa pubblicitaria

All'interno del contesto spagnolo, non dissimilmente da altre realtà, il fenomeno degli *influencer* ha conosciuto considerevoli sviluppi negli ultimi anni⁴⁷⁵.

Se già tale scenario era stato analizzato nel secondo capitolo per il contesto italiano ha nella sua natura fattuale poco bisogno di presentazioni. Esso può rapidamente definirsi come la capacità di soggetti grandemente seguiti all'interno principalmente dei *social* (ma non solo), e che sfruttano tale abilità per promuovere beni o servizi. E di eccezionale importanza è il fenomeno in Italia e Spagna, dal momento che questi sono i due paesi europei dove il fenomeno ha maggior diffusione⁴⁷⁶.

In particolare, nel contesto spagnolo il 51% degli utenti di social media dichiara di seguire *influencer*, e il 40% afferma che le reti sociali hanno influenzato i loro acquisti di prodotti e servizi⁴⁷⁷, seppur sia evidente il rischio di confondere campagne genuine come annunci espliciti⁴⁷⁸, grazie – si ritiene – alla forte connessione emotiva con il pubblico che tali tipi di contenuti possono generare; in tal senso pare evidente il rischio – fra gli altri – di informazioni incomplete o fuorvianti, capaci di danneggiare i consumatori e, almeno in parte, il mercato in quanto tale.

Anche nel contesto spagnolo, ampi sforzi sono stati manifestati rispetto ai tentativi di auto-regolazione del fenomeno, ma con scarsi successi nella pratica⁴⁷⁹.

Venendo agli aspetti regolatori, la pubblicità tramite *influencer* ricade sotto alla *Ley General de Publicidad (LGP)* e alla *Ley de Competencia Desleal (LCD)*. Vietando esplicitamente la pubblicità occulta, si impone altresì l'obbligo di identificare chiaramente il carattere promozionale dei messaggi pubblicitari⁴⁸⁰. Secondo l'articolo 9 della LGP, i mezzi di diffusione e gli inserzio-

475 S., BATANÁS RODRÍGUEZ, *Publicidad en redes sociales, la actividad de los influencers*, Editorial Aranzadi, S.A.U., enero de 2020, pp. 369-400.; P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO «Publicidad encubierta e 'influencers'. A propósito de la Ley 13-2022, de 7 de julio», en *Revista de Derecho Mercantil* num.327/2023, pp. 2-40.

476 F.MICHAELSEN, L. COLLINI et al., *"The impact of influencers on advertising and consumer protection in the Single Market"*, European Parliament, February 2022, p. 29.

477 A. CASADO NAVARRO, *Regulación y autorregulación de la publicidad encubierta en el marketing de influencers*, Editorial Aranzadi, S.A.U., 01/2023.

478 *Ibidem*.

479 A. CASADO NAVARRO, *op cit.*, p. 24.

480 Comunque, tali soggetti non vengono ritenuti rientrare i prestatori di servizi (come la piattaforma stessa), ma piuttosto utenti di questa, che la utilizzano per i loro scopi (J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *La publicidad de I@s influencers1 Influencer marketing, Cuadernos de Derecho Transnacional* (X/2023), Vol. 15, II, pp. 833-852).

nisti devono assicurarsi che la natura pubblicitaria dei contenuti sia evidente per il pubblico⁴⁸¹, altrimenti rischiando di incorrere nelle sanzioni per pubblicità occulta. Non solo, l'attività dell'*influencer* non costituisce eccezione al principio per cui la stessa attività pubblicitaria rappresenta una proposta *ad incertam personam*, e dunque – a maggior ragione – deve rispettare i criteri di correttezza e lealtà⁴⁸².

Con l'introduzione della *Ley 13/2022*, il legislatore spagnolo ha adottato un approccio più specifico per regolamentare l'attività degli *influencer*. La normativa impone a questi di rispettare principi di trasparenza, protezione dei minori e comunicazione commerciale etica. Inoltre, prevede l'iscrizione obbligatoria in registri statali per monitorare meglio le loro attività (oggi previsione divenuta esecutiva con il RD 444/2024, art. 4). In questo senso il legislatore spagnolo sembra aver sfruttato le aperture della direttiva 770/2019 che, come ricordato da attenta dottrina⁴⁸³, consentiva (al considerando 18) che *“i fornitori di piattaforme potessero essere considerati professionisti ai fini della presente direttiva se agiscono per fini connessi alla propria attività e in qualità di partner contrattuale diretto del consumatore nella fornitura di contenuti o servizi digitali”*⁴⁸⁴. E lascia libertà agli Stati membri di *“ampliare l'applicazione della presente direttiva ai fornitori di piattaforme che non soddisfino i requisiti per essere considerati professionisti ai fini della presente direttiva”*.

Non solo, nel caso di pubblicità ingannosa o sleale si potrà (*recte*: dovrà) applicare la disciplina delle pratiche commerciali sleali⁴⁸⁵, peraltro con particolare riferimento alla pubblicità ingannevole⁴⁸⁶, oltre che ai casi in cui l'inganno non deve essere effettivo, bastando – anche in tal caso -come capace a influenzare un consumatore medio⁴⁸⁷, e, al contrario, l'art. 18 della *ley de competencia desleal* dispone che la pubblicità considerata illecita per la *ley*

481 S., BATANÁS RODRÍGUEZ, *Publicidad en redes sociales, la actividad de los influencers*, Editorial Aranzadi, S.A.U., 01/2020, pp. 369-400.

482 E. DÍAZ GÓMEZ, *op. cit.*, in particolare p. 28.

483 R. M. GARCÍA PÉREZ, *op. cit.*, pp. 875-907.

484 Lasciando così libertà agli Stati membri di *“ampliare l'applicazione della presente direttiva ai fornitori di piattaforme che non soddisfino i requisiti per essere considerati professionisti ai fini della presente direttiva”*.

485 Così gli artt. 19 ss. della *ley*, si veda sul punto F.L. DE LA VEGA, *Publicidad desleal, Lección 5ª*, en *Derecho de la Publicidad*, coord. da Lazaro Sanzsch, Navarra, 2012, p. 133 ss., E. DÍAZ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 89.

486 Intendendosi questa come non solo capace di ingannare il consumatore ma principalmente finalizzata a tale scopo, e conseguentemente colpirlo con un esito economico intrinsecamente sfavorevole (E. DÍAZ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 121).

487 *Ibidem*.

general de publicidad si considererà sleale, completando la simmetria, benché da una parte della dottrina la norma sia ritenuta superflua⁴⁸⁸.

Il punto è centrale nell'analisi: se all'*influencer* (e in generale, agli operatori che svolgono attività di *endorsement* di carattere pubblicitario anche all'interno della rete) si deve applicare la normativa sulle pratiche commerciali scorrette allora il cerchio di protezione dell'utente digitale come consumatore appare completo anche nell'*intentio legislatoris*. Non rilevanti appaiono in questa sede, viceversa, gli effetti che l'estensione all'*influencer* del combinato disposto evidenziato fra pratiche commerciali scorrette e normativa pubblicitaria per quanto concerne la normativa di *private enforcement*⁴⁸⁹.

Venendo al requisito di completezza informativa nella pubblicità – nel caso dell'*influencer* – ad opinione di chi scrive questo dovrebbe applicarsi limitatamente alla propria qualifica (già si è detto del dovere informativo di segnalare l'attività pubblicitaria all'interno dei propri contenuti digitali), altrimenti violandosi il dovere di non ingannare per omissione⁴⁹⁰, beninteso che occorre che quella del *testimonial* digitale (o *influencer*) sarà attività di promozione in quanto sia stato effettivamente retribuito o comunque coinvolto in questo senso (anche attraverso servizi o beni gratuiti) con scopo di controprestazione per la promozione *online*⁴⁹¹. Questo dovrà, infatti, per forza analizzarsi rispetto al media utilizzato (art. 7 c2 LCD), altrimenti ricadendosi nel caso di pubblicità "coperta" o *publicidad encubierta*⁴⁹², ritenuta una forma "diversa di pubblicità ingannevole"⁴⁹³. Non solo, le difficoltà sorgono altresì per la particolare capacità di influenzare dell'*influencer*, unite alla particolare pervasi-

488 *Ibidem*.

489 Perché anche in tale fattispecie la protezione di *private enforcement* sconta i limiti della disparità delle parti in gioco, così come delle difficoltà probatorie e di protezione legate al limitato danno conseguenza che la condotta del professionista potrebbe causare. Sulla questione, a onor del vero, spicca il tema dell'applicabilità dell'eventuale valenza del codice di auto-regolazione (su cui, ampiamente, E. Díaz Gómez, *op. cit.*, p. 269 ss.) che ai sensi dell'art. 38 LCD potrebbe consentire l'applicarsi delle azioni inibitorie (di cessazione e rettificazione, art. 32 c1 n.2 e n.4 della LCD) di fronte all'autorità giurisdizionale. Sul punto si confronti E. Díaz Gómez, *op. cit.*, p. 232. Che si tratti di azioni di *private* o *public enforcement*, la LCD, ad ogni modo, conferisce una legittimazione attiva considerevolmente ampia (sostanzialmente qualsiasi persona fisica o giuridica che agisce nel mercato e i cui interessi sono stati lesi, ai sensi dell'art. 32 c1 n.1 e n.5), e – nell'ambito pubblicitario – anche se non colpita purché vanti, comunque, un diritto soggettivo o un interesse legittimo (art. 33.1 n. 2).

490 Su cui, ampiamente, J. MASSAGUER FUENTES, *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, Madrid, 2006.

491 E. DÍAZ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 300.

492 C. FERNÁNDEZ, N. RODRÍGUEZ, *La publicidad encubierta*, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, III, pp. 371-400.

493 E. DÍAZ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 144.

vità degli strumenti digitali, e delle piattaforme *social* in particolare, capaci di travestire il messaggio pubblicitario in informazione⁴⁹⁴.

In definitiva, la *ley* 13/2022 è apparsa un apprezzabile tentativo di armonizzare il trattamento degli *influencer* con quello di altri attori del mercato audiovisivo, garantendo un equilibrio competitivo e una maggiore tutela dei consumatori. Il Real Decreto 444/2024, poc'anzi menzionato, rappresenta in questo quadro un indubbio passo avanti. Approvato il 30 aprile, dedica particolare attenzione al fenomeno degli *influencer*, inserendosi nel contesto normativo iniziato sin dal 2010 (con la *Ley* 7/2010, de 31 de marzo, *General de la Comunicación Audiovisual*, LGCA del 2010, che aveva unificato un panorama normativo frammentato e incorporato nel diritto nazionale la *Direttiva* 2007/65/CE del Parlamento Europeo), e la già citata *Ley* 13/2022, de 7 de julio, *General de Comunicación Audiovisual* (LGCA del 2022); pare così completato il recepimento della *Direttiva* 2018/1808⁴⁹⁵.

Questa ha ampliato l'ambito di applicazione per includere i fornitori di servizi di scambio video tramite piattaforme, riconoscendone il ruolo crescente nella produzione e diffusione di contenuti audiovisivi e comunicazioni commerciali. Tra i nuovi attori regolati rientrano anche gli *influencer*, considerati "utenti di rilevanza speciale" (preambolo, parte II della *ley*) nel mercato audiovisivo, equiparandoli in parte ai prestatori di servizi di comunicazione audiovisiva, purché soddisfino determinati criteri (art. 94.2 della LGCA del 2022).

L'articolo 122 c3 della legge vieta, comunque, esplicitamente la pubblicità occulta, definendola come qualsiasi presentazione verbale o visiva, diretta o indiretta, che abbia scopo pubblicitario e possa indurre in errore il pubblico sulla sua natura⁴⁹⁶.

L'articolo 94, inoltre, distingue un sottoinsieme di utenti definiti "di speciale rilevanza", che devono rispettare norme più rigorose sulla pubblicità. Tuttavia, gli *influencer* non rientrano in questa categoria se non soddisfano determinati criteri, come ottenere entrate significative dall'attività audiovisiva o avere un chiaro impatto sul pubblico⁴⁹⁷.

In questo senso, merita menzione la Legge 34/1988 che classifica come illecita la pubblicità ingannevole e subliminale (art. 3)⁴⁹⁸. Inoltre, l'art. 9 stabi-

494 J. M. OTERO LASTRES, B. M. CREMADES SANZ-PASTOR, *La protección de los consumidores cuarenta años después*, 2019, pp. 189-222.

495 M. DEL PILAR MESA TORRES, «El nuevo marco jurídico para los «influencers» tras la aprobación del Real Decreto 444/2024, de 30 de abril», *Diario LA LEY*, N° 10544, *Sección Tribuna*, 11/7/2024.

496 Inoltre, l'articolo 122 c4 vieta anche la pubblicità subliminale, ossia quella che utilizza tecniche al limite delle soglie sensoriali senza che il pubblico ne sia consapevole.

497 J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *op. cit.*, pp.833-852.

498 Mentre l'articolo 4 definisce la pubblicità subliminale come quella che agisce sul pubblico senza essere percepita consapevolmente.

lisce l'obbligo di identificazione della pubblicità, imponendo agli inserzionisti di rendere evidente il carattere commerciale degli annunci.

Rispetto alla nota legge 3/1991 sulla Concorrenza Sleale, occorre chiedersi se questa si possa applicare agli *influencer*, e la risposta è da ritenersi senz'altro positiva. Infatti, la norma considera sleale la pubblicità illecita definita come tale dalla Legge Generale sulla Pubblicità (art. 18) e gli strumenti di tutela della legge sono quelli – già noti – a favore del consumatore⁴⁹⁹ nei casi di pratiche commerciali scorrette. Spicca in questo senso l'articolo 7, che considera ingannevoli le omissioni di informazioni che non rendano chiaro il fine commerciale di una comunicazione, mentre l'articolo 26 vieta esplicitamente la pubblicità redazionale, ossia la promozione di prodotti pagata da un'azienda senza che venga chiaramente specificato che si tratta di pubblicità⁵⁰⁰.

Di rilevanza appare, inoltre, la legge 34/2002, sui Servizi della Società dell'Informazione, che disciplina le comunicazioni commerciali online e impone che esse siano chiaramente identificabili come pubblicità (art. 20.1). Essa prevede inoltre sanzioni amministrative in caso di violazioni, incluse multe proporzionate alla gravità della condotta (art. 39).

Ora, poiché gli *influencer* operano in un ambiente digitale internazionale, è necessario stabilire quando la normativa spagnola sulla pubblicità si applica a loro: se il mercato coinvolto è quello spagnolo, gli *influencer* devono rispettare le norme nazionali (art. 3 del Regolamento Roma I); se il contratto pubblicitario viene eseguito in Spagna, si applicano le (sole) norme imperative spagnole sulla pubblicità, indipendentemente dal diritto scelto dalle parti (art. 9 Regolamento Roma I); se un giudice spagnolo è competente, la normativa spagnola sulla pubblicità si applica automaticamente⁵⁰¹.

Diverso è, invece, il problema della pubblicità occulta, che è una forma di pubblicità ingannevole vietata sia dalla Legge Generale sulla Pubblicità (art. 9) sia dalla Legge sulla Concorrenza Sleale (artt. 5 e 7). In tal caso si ha: uno scopo promozionale, anche se non dichiarato esplicitamente, carattere commerciale non evidente per il pubblico e mancanza di un'indicazione chiara che specifichi la natura pubblicitaria del contenuto⁵⁰².

499 Cessazione e proibizione della condotta illecita, dichiarazione di slealtà, risarcimento dei danni (art. 32).

500 E. GUTIÉRREZ GARCÍA, «La publicidad encubierta a través de los influencers: la urgencia de una regulación», *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, no 29, julio 2021, p. 6.

501 J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *op. cit.*, pp., pp. 833-852.

502 E dunque non è occulta la pubblicità involontaria, in cui l'*influencer* mostra in un video un prodotto per errore o senza convenienza economica (rispettivamente pronunce del Giuri Spagnolo della pubblicità, casi numero – o "número de asunto": 176/R/Octubre 2022 79; 55/R/Marzo 2023).

Si ritiene⁵⁰³ che gli *influencer* possono essere ritenuti responsabili di pubblicità occulta se: ricevono una remunerazione per promuovere un prodotto senza indicarlo chiaramente, usano tecniche che confondono il pubblico, come integrare il messaggio pubblicitario con contenuti personali e non utilizzano diciture chiare, come #pubblicità, #sponsorizzato o "in collaborazione con". È proprio il Codice di Condotta degli Influencer⁵⁰⁴ (art. 5) che raccomanda l'uso di espressioni chiare e sconsiglia abbreviazioni come "#sponso" (similmente a quanto affermato dall'AGCM nell'ordinamento italiano, come visto al II capitolo). Non solo, il codice di condotta impone un requisito ulteriore rispetto a quelli – già menzionati – elaborati dalla dottrina di capacità di diffusione dell'*influencer* e promozione dietro corrispettivo: la capacità del titolare del bene o servizio rappresentato di imporre all'*influencer* una linea editoriale⁵⁰⁵.

La LGCA del 2022, in ogni caso, esclude dalle disposizioni menzionate specificamente alcuni soggetti (ad es. centri educativi e scientifici che svolgono attività divulgative o entità culturali come musei e teatri; rilevanti sono poi le esclusioni per amministrazioni pubbliche e partiti politici con scopi informativi e aziende e lavoratori autonomi che promuovono i propri beni o servizi)⁵⁰⁶.

A destare il massimo interesse (perché sostanzialmente non dissimile dalle recenti linee guida delle Autorità italiane, menzionate in chiusura del II capitolo) sono però i requisiti per essere considerati "di rilevanza speciale" e cioè:

- **Attività economica:** Generare entrate significative dai servizi di scambio video;
- **Responsabilità editoriale:** Essere responsabili dei contenuti pubblicati;
- **Audience significativa:** Raggiungere un pubblico ampio con un impatto rilevante;
- **Scopo principale:** Informare, intrattenere o educare attraverso contenuti audiovisivi;
- **Sede legale:** Essere stabiliti in Spagna e operare tramite reti di comunicazione elettroniche;

503 J. SIXTO-GARCÍA, A. ÁLVAREZ-VÁZQUEZ, «Influencers en Instagram y publicidad engañosa: la necesidad de regular y auto-regular», in *Estudios sobre el mensaje periodístico*, vol. 26, no 4, 2020, p. 1618.

504 M. RAMOS GUTIERREZ, E. FERNÁNDEZ-BLANCO, «La regulación de la publicidad encubierta en el marketing de influencers para la generación Z. ¿Cumplirán los/as influencers el nuevo Código de conducta de AUTOCONTROL?», *Revista Prisma Social*, no 34, p. 81.

505 F.J. GARCIA PEREZ, «El nuevo código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad», in *Actualidad jurídica*, Aranzadi, 967, 2020.

506 In questo senso spicca il problema del valore commerciale dei dati personali anche rispetto ai doveri informativi in capo al professionista, come condivisibilmente evidenziato da J. MARTÍNEZ CALVO, *op. cit.*, p. 561-618.

- **Entrate significative:** l'articolo 3 del decreto stabilisce che un influencer deve generare almeno 300.000 euro di entrate lorde annuali derivanti dalla somma delle attività su tutte le piattaforme utilizzate.

Al di là della metodologia di calcolo dei fondi di reddito rilevanti (anche indirettamente) l'assonanza con le linee guida italiane appare evidente (sia per il riferimento nazionale, che responsabilità editoriale). E il massimo livello di vicinanza si osserva con l'art. 4 del decreto ove si prevede l'inclusione nella fattispecie qualora siano rispettati i criteri (cumulativi) di a) "1 milione di follower su una singola piattaforma (o 2 milioni aggregati su più piattaforme)" e b) "pubblicare almeno 24 video nell'anno precedente, indipendentemente dalla durata".

Appaiono invece più stringenti i doveri degli *influencer* spagnoli rispetto a quelli italiani, laddove viene a questi richiesto (già con l'art. 86 della *ley* del 2022) il rispetto di contenuti dignitosi, promozione di uguaglianza di genere, alfabetizzazione mediatica, inclusione delle persone diversamente abili e adesione ai codici di autoregolamentazione, oltre (come già anticipato) alla iscrizione all'apposito registro statale (obbligo che andava rispettato entro il 2 settembre 2024).

Torna invece la vicinanza con la disciplina italiana rispetto ai doveri di chiarezza pubblicitaria, laddove (sez. I e II cap. IV *Ley 2022*) si impone agli *influencer* di differenziare chiaramente le comunicazioni commerciali (oltre che rispettare le normative in materia di dignità umana o normativa speciale, *id est* alcol e tabacco).

Anche in tal caso, come già si era affermato nel contesto italiano, una conclusione appare pacifica: l'importanza delle sanzioni di *public enforcement*⁵⁰⁷. Grande sarebbe infatti la difficoltà del consumatore nel provare che proprio perché ha seguito i consigli di un soggetto – magari travestitosi da consumatore a sua volta, in maniera ambigua e non chiara – che è stato determinante del consenso. Diversamente, appare molto dissuasivo l'intervento dell'Autorità della Pubblicità sul punto, capace di irrogare sanzioni che ben possono proteggere i consumatori, vista l'effetto di scoraggiamento che queste potranno avere sugli *influencer*.

2.4.6. Il consumatore medio come *vulnus al public enforcement*, focus sull'ordinamento spagnolo

Si sarà compresa a questo punto l'opinione di chi scrive: gli strumenti privatistici sembrano eccessivamente deboli nel tutelare l'utente digitale, anche

507 Ampiamente sul tema M. F. MARTÍN MORAL, «La actividad de los influencers y su encaje en el Anteproyecto de Ley general de comunicación audiovisual», in A. TATO PLAZA, J. COSTASOMESAÑA, P. I. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, F. J. TORES PÉREZ, S. LOUREDO CASADO, *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial III*, Granada, 2022, pp. 185-200.

se ammantato della protezione del consumatore (o di quella garantita ai suoi dati dal GDPR), contro le piattaforme digitali, i c.d. colossi del web. Le sanzioni di *public enforcement*, nell'ordinamento spagnolo come in quello italiano, sembrano d'altro canto molto più efficaci e dissuasive.

Ed in effetti non sembra revocabile in dubbio l'importanza di tale metodologia di tutela, e l'importanza del *public enforcement* in generale nella protezione del consumatore⁵⁰⁸.

Tale disamina sembra però presentare un punto debole, su cui ora occorre meglio soffermare l'attenzione (sebbene già in parte anticipata nelle pagine precedenti), la nozione di "consumatore medio", che vale non solo nel caso delle sanzioni pubblicistiche, ma altresì quando viene sollevata l'esigenza di tutela da parte di un singolo consumatore davanti all'autorità giudiziaria, ad esempio per clausole non trasparenti o ingannatorie, ma comunque nel caso di tutela di interessi collettivizzati, anche se sollevati da un singolo.

Se infatti nei rimedi privatistici ordinari è sufficiente (seppur non semplice) alla parte danneggiata dimostrare di essere stata effettivamente lesa, con la piena e più ampia facoltà per il giudice di analizzare il caso concreto, nei rimedi di *public enforcement*, e in particolar modo in materia di pratiche commerciali scorrette, così non è, dovendosi apprezzare la qualità di consumatore medio che viene colpita dalla condotta illecita. Con tale nozione si vuole intendere il consumatore come categoria, che nella sua normale diligenza, prudenza, imperizia o competenza, non avrebbe concluso il contratto se non ingannato, proprio con il mezzo che viene analizzato per la sanzione, tale "finzione giuridica" viene ritenuta dalla CGUE (proprio in materia di pratiche commerciali scorrette) un criterio oggettivo, e dunque il rispetto dell'ob-

508 In questo senso si confronti A. M. RUIZ MARTÍN, «ámbito material del reglamento bruselas i bis, prácticas comerciales desleales (b2c) y acciones colectivas de cesación: comentario a la *stjuemovic bv (c-73/19)*», in *Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2021)*, Vol. XIII, I pp. 1074-1084. Condivisibilmente viene osservato come sia di tale importanza la protezione del consumatore, in particolare tramite le pratiche commerciali scorrette, che non solo essa non è da ritenersi derogabile, ma debba sussumersi nella vera e propria *commercial law*, anche ai fini di riconoscimento internazionale e di vero e proprio *acquis communautaire*. In particolare, viene dall'A. menzionato il caso Belga (del 2016, ove le autorità belghe per la protezione dei consumatori - *Belgische Staat - Directeur Generaal van de Algemene Directie Economische Inspectie* - hanno citato davanti al tribunale commerciale (*Rechtbank van koophandel Antwerpen - afdeling Antwerpen*) di Anversa (Belgio), in un procedimento cautelare, tre società olandesi: *Movic, Events Belgium e Leisure Tickets & Activities International.*, deciso dalla Corte d'Appello di Anversa (*hof van beroep te Antwerpen*). Il dibattito verteva sulla questione se l'uso da parte di un'autorità di poteri pubblici per intentare un'azione volta a far cessare le infrazioni alla Legge del 30 luglio e al Codice di Diritto Economico costituissero effettivamente esercizio del potere pubblico, oppure se l'attività svolta non rientrasse nei compiti propri delle autorità pubbliche. Le autorità belghe hanno sostenuto che stavano esercitando la loro funzione di rappresentanza dell'interesse collettivo dei consumatori rispetto a pratiche commerciali scorrette B2C, in quanto tale facoltà era loro attribuita dalla normativa belga e dal diritto dell'UE in materia.

bligo di trasparenza deve essere verificato in base allo standard oggettivo del consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e perspicace⁵⁰⁹.

Se dunque nei rimedi di *private enforcement* ampio è il margine di apprezzamento dell'autorità giudiziaria, occorrerà riconoscere la concreta capacità di vulnerare tale categoria nei rimedi di *public enforcement*; in definitiva un requisito diverso e – in effetti – di maggior gravosità, la cui prova è posta in capo all'autorità sanzionante⁵¹⁰ che dovrà, evidentemente, valutare la questione nella sua – mera – standardizzazione contrattuale⁵¹¹.

Come noto, la nozione già era stata posta dalla originaria direttiva del 2005 (n.29/2025), ma negli anni più recenti ha trovato nuova e maggiore linfa, benchè già precedente giurisprudenza⁵¹² ne avesse anticipato la portata.

Si deve a quella più recente il doversi ritenere irrilevante la eventuale conoscenza che il singolo consumatore dovesse avere in quanto particolarmente esperto⁵¹³, rilevando solo lo scopo per cui agisce⁵¹⁴.

Viene però osservato⁵¹⁵ che nei tempi ancor più recenti la giurisprudenza spagnola (del *Tribunal Supremo*) sembra essersi aperta a diverse considerazioni, non respingendo più le peculiari caratteristiche del consumatore del caso concreto⁵¹⁶ quando la protezione del consumatore viene invocata

509 Corte di giustizia, caso C-450/22.

510 S. CÁMARA LAPUENTE, *In medio virtus? In favour of the objective case-law test of the 'average consumer' for the review of the transparency of non-negotiated terms*, op. cit., pp. 186-231

511 C-450/22.

512 *Ex plurimis*, nella giurisprudenza dell'Unione, si confronti la pronuncia della Corte di Lussemburgo del 26 febbraio 2015, C-143/13, *Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei contro SC Volksbank România SA*, § 75, con formulazioni molto simili a quelle riportate nel § 74 della causa *Kásler*: il giudice deve prendere in considerazione tutti gli elementi di fatto pertinenti, inclusi la pubblicità e le informazioni fornite dal mutuante, "tenendo conto del livello di attenzione che ci si può aspettare da un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto".

513 Ad esempio, dell'avvocato o dell'esperto investitore (CGUE, STJUE 15.1.2015, Šiba, e 21.09.2023, C-139/22, *AM y PM vs. mBank S.A.* Il ragionamento ha – evidentemente – una sua logica: la tutela è di *public enforcement*, e dunque una volta ricaduti in tale categoria poco importa che nel caso concreto – magari pure individualmente attivatosi in sede giudiziale – si possano far valere le peculiarità della fattispecie.

514 E non certo come esperto *homo economicus*, ma categoria media su cui svolgere il parametro di analisi (S. CÁMARA LAPUENTE, *In medio virtus? In favour of the objective case-law test of the 'average consumer' for the review of the transparency of non-negotiated terms*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2024), Vol. XVI, II, pp. 186-231).

515 S. CÁMARA LAPUENTE, *In medio virtus? In favour of the objective case-law test of the 'average consumer' for the review of the transparency of non-negotiated terms*, op. ult. Cit., pp. 186-231.

516 Rilevante è il caso di un consumatore aiutato nella sottoscrizione dal genitore, esperto

davanti all'autorità giudiziale, e dunque si chiede al giudice il sindacato sul caso concreto.

In ogni caso, anche le considerazioni dottrinali su tali fattispecie non sono prive di utilità, dal momento che si ritiene pacificamente congruente la nozione di consumatore medio nell'assetto rimediabile di *private* o *public enforcement*⁵¹⁷, dovendosi nel primo caso comunque considerare la nozione per accordare – presuntivamente – tutela al consumatore colpito dalla condotta illecita.

Da quanto brevemente evidenziato, risulta chiaro il problema della necessità della nozione nel panorama del sistema rimediabile, soprattutto di *public enforcement*. Infatti, dovendosi basare su un parametro medio, le autorità di settore potrebbero non intervenire qualora la pratica sia sleale (ad esempio, ingannatoria), ma non abbastanza da colpire una persona normalmente diligente o avveduta, benché sufficiente per colpire una sprovvista, e dunque – paradossalmente – proprio laddove ce ne sarebbe più bisogno.

Al contrario, nel caso della pratica evidentemente ingannatoria o sleale assai poco servirà il parametro, dal momento che ben sarà facile dimostrarne la capacità di colpire il consumatore medio. Un parametro, dunque, più descrittivo che di utilità pratica, e forse proprio a questa contraddittorietà si deve la giurisprudenza della corte suprema spagnola volta ad apprezzare la peculiarità del caso concreto, rendendo così permeabile il criterio alla fattispecie.

2.5. Segue: la nuova disciplina rimediabile a tutela della collettività dei consumatori e l'attuazione della direttiva 2169/2019 in Italia

Con la promulgazione del d.lgs. n. 26 del 7 marzo 2023, l'ordinamento giuridico italiano ha concretizzato le disposizioni espresse dalla Direttiva

conoscitore del mercato immobiliare e dei mutui bancari: sentenza STS 605/2019, del 12 novembre. In essa, il Supremo Tribunale ritiene che il requisito di trasparenza sia stato rispettato grazie alla rilevante partecipazione del padre dell'attore nel processo di stipula del contratto, poiché non solo era garante, ma anche perché fino a poco tempo prima era stato vicedirettore di una filiale della stessa banca.

Inoltre, le trattative relative al mutuo contratto si erano svolte con la persona che ricopriva quella stessa posizione nella filiale al momento della stipula. Il padre, pertanto, era a conoscenza delle caratteristiche del prodotto sottoscritto, inclusa la clausola contestata.

Altre pronunce nella stessa scia sono le seguenti: STS 487/2022, 16.06.2022; STS 130/2023, 31.01.2023; STS 237/2023, 14.02.2023.

517 In giurisprudenza, si vedano le sentenze della CGUE STJUE 15 marzo 2012 (*Pereničová*) y STJUE 22 settembre 2022, C 335/21 (*Vicente*); in dottrina, in particolare, S. CÁMARA LAPUENTE, *In medio virtus? In favour of the objective case-law test of the 'average consumer' for the review of the transparency of non-negotiated terms*, op. ult. Cit., pp. 186-231 in particolare l'A. citato sottolinea la natura congruente e cumulative delle azioni pubbliche e privatistiche a favore del consumatore (p. 220 e 226).

m. 2019/2169/UE, datata 27 novembre 2019, attinente alla modernizzazione del diritto dei consumatori. L'attuazione sopraggiunge, non senza sollevare perplessità, a oltre un anno di distanza dalla preclusione del termine temporale concordemente assegnato dal complesso istituzionale europeo, e susseguentemente all'adeguamento legislativo operato da ciascuna delle altre nazioni componenti l'Unione, (salvo l'isolata esclusione della Slovacchia) che hanno, nel biennio 2021-2022, già armonizzato i rispettivi ordinamenti interni in ossequio alle innovative disposizioni portate alla luce dalla menzionata direttiva.

Come si è già potuto constatare nei capitoli precedenti, l'attuazione della direttiva ha portato modifiche e integrazioni al Codice del consumo ritenute imprescindibili per il suo adeguato recepimento, in particolare attraverso l'introduzione di un insieme di novità significative nelle materie relative alla indicazione dei prezzi (mediante l'aggiunta di un nuovo art. 17-bis), alle pratiche commerciali scorrette (attraverso la modifica degli artt. 18, 21, 22, 23 e 27 c. cons.), alle clausole vessatorie nei contratti *b-to-c* (modificando l'art. 37-bis c. cons.), e ai contratti *b-to-c* conclusi a distanza e fuori dai locali commerciali (modificando gli artt. 45-49, gli artt. 51-53 e gli artt. 56-59, e introducendo un nuovo art. 49-bis).

Tra le numerose innovazioni derivanti dall'incorporazione della Direttiva 2019/2161/UE nel nostro ordinamento giuridico, le più impattanti emergono principalmente dall'implementazione di una disposizione che esplicita e norma i "rimedi" di diritto privato perseguibili dai consumatori, agendo in veste di singoli, nei confronti dei professionisti che abbiano perpetrato pratiche commerciali scorrette lesive dei loro interessi (introduzione del nuovo comma 15-bis dell'art. 27 c. cons.); altra modifica di rilievo appare la chiara identificazione del comportamento del professionista che adopera condizioni generali di contratto permeate da clausole vessatorie come infrazione amministrativa, sancendo così una via all'esame "*amministrativo*" dei contenuti dei contratti dei consumatori da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, alla quale è stata conferita, in maniera esclusiva, la competenza a verificare la predetta infrazione amministrativa e a imporre, nei confronti del professionista inadempiente, le correlate sanzioni amministrative pecuniarie (art. 37-bis cod. cons. nella sua forma modificata⁵¹⁸).

Mediante queste due sostanziali innovazioni, sono state efficacemente ricomposte due notevoli e opposte lacune che, antecedentemente all'emanazione del decreto legislativo di recepimento della Dir. 2019/2161/UE, caratterizzavano il sistema di *enforcement*, nel nostro ordinamento, delle due più salienti normative riguardanti i rapporti tra professionisti e consumatori (le uniche veramente generali, atteso che sono applicabili a qualunque rapporto

518 Così G. DE CRISTOFARO, «"Rimedi" privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette. Il recepimento nel diritto italiano dell'art. 11-bis della Direttiva 2005/29/CE (Comma 15-bis, art. 27 c. cons.)», in *Nuove leggi civili commentate*, 2, 2023, p. 441.

contrattuale tra consumatore e professionista, indipendentemente dall'oggetto e dalla causa): la normativa attuativa della Dir. 93/13/CEE (artt. 33 e ss. cod. cons.) e quella attuativa della Dir. 2005/29/CE⁵¹⁹ (artt. 18 e ss. c. cons.).

Per un verso, è evidente che nel diritto italiano non trovavano collocazione disposizioni che disponessero sanzioni amministrative pecuniarie a carico dei professionisti che, inserendo clausole vessatorie negli schemi contrattuali predisposti e adoperati per disciplinare uniformemente i rapporti contrattuali con i consumatori, le commettersero.

Il legislatore italiano, ispirandosi alle decisioni adottate dal legislatore europeo nella versione originale della Dir. 93/13/CEE, aveva difatti giudicato opportuno munire le correlative disposizioni di attuazione di un sistema di private enforcement, ancorato alla nullità "*di protezione*" delle clausole vessatorie (attivabile a sensi dell'art. 36 c. cons. nel contesto di giudizi "*individuali*" promossi dinanzi al giudice ordinario tra le parti del contratto) e all'inibitoria dell'uso di schemi contrattuali contenenti clausole vessatorie (ottenibile in ambito di giudizi "*collettivi*" instaurati davanti al giudice ordinario dalle associazioni dei consumatori e dei professionisti, a sensi dell'art. 37 c. cons.), a cui non era stato appaiato un sistema di *public enforcement*.

D'altra parte, il divieto di adottare pratiche commerciali scorrette, imposto dall'art. 20, comma primo, cod. cons., era certo sorretto da sanzioni amministrative pecuniarie e da altre misure sia inibitorie che ripristinatorie, la cui implementazione – rivolta nei confronti del professionista autore della violazione – era (e persiste essere) delegata alla competenza esclusiva dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (art. 27 c. cons.). Ciò nonostante, a differenza della normativa di altri Stati membri, il *corpus* legislativo italiano non era contrassegnato dalla presenza di una disposizione che attribuisse esplicitamente ai consumatori, "vittime" di pratiche commerciali disoneste, l'opportunità di esercitare, nei confronti del professionista responsabile, diritti e rimedi di natura privatistica nell'ambito di giudizi "*individuali*". Tale omissione aveva instaurato un clima di marcata incertezza e controversia tra gli interpreti riguardo alla possibilità, alle condizioni e ai presupposti entro i quali rimedi di tale natura potessero essere considerati esercitabili alla luce dei principi generali del diritto italiano dei contratti e della responsabilità civile.

Con riferimento, invece, agli strumenti che gli ordinamenti devono apprestare al fine di disincentivare i professionisti dal far ricorso a pratiche com-

519 Ampiamente sulla direttiva 29/2005, e in particolare rispetto ai considerando 3,4,11,14,17,20,21 e 22 E. DÍAZ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 38-39. L'A. evidenzia un evidente limite della direttiva, quello di spezzare il diritto della concorrenza nella relazione impresa-impresa e impresa – consumatori (dunque B2B e B2C), ma chi scrive ritiene, al contrario, opportuna la distinzione, dal momento che diverse sono le forze dei *player* in gioco, più decisa deve essere -infatti- la forza delle Authority di *public enforcement* nel rapporto coi consumatori, rispetto al caso del rapporto fra imprese, dove comunque la capacità dei professionisti di intervenire nel mercato è più marcata.

merciali scorrette e allo scopo di fornire ai singoli consumatori rimasti concretamente vittima di una pratica commerciale scorretta strumenti di tutela idonei ed efficaci, la Direttiva del 2019 ha preso le mosse dalla considerazione per cui la Direttiva n. 2005/29/CE è impostata sull'armonizzazione completa. Senonché, le attuali norme nazionali in materia di sanzioni sono molto diverse nell'Unione e sovente manifestano carenze per quanto riguarda sanzioni veramente effettive e proporzionate per scoraggiare e sanzionare le infrazioni intraunionali, così come apprestano rimedi individuali insufficienti per i consumatori danneggiati da violazioni della legislazione nazionale che recepisce la Direttiva n. 2005/29/CE. In tale prospettiva, come evidenziato dalla dottrina, "pur senza scardinare l'originaria impostazione, secondo cui spetta agli Stati membri scegliere i tipi di sanzione da irrogare e definire nel diritto nazionale le procedure sanzionatorie pertinenti (così il considerando n. 6, Dir. 2019/2161/UE) il legislatore europeo fornisce a quelli nazionali indicazioni ben più stringenti che in passato in ordine sia agli uni che alle altre"⁵²⁰.

In particolare, quindi, a tutela dell'interesse collettivo dei consumatori, la Direttiva del 2019 ha previsto che le normative nazionali si debbano adeguare a criteri comuni di applicazione delle sanzioni dando rilievo a:

- Natura, gravità, entità e durata della violazione;
- Eventuali azioni intraprese dal professionista per attenuare il danno subito dai consumatori o per porvi rimedio;
- Eventuali violazioni commesse in precedenza dal professionista;
- Benefici finanziari conseguiti o le perdite evitate dal professionista in conseguenza della violazione, se i relativi dati sono disponibili;
- Sanzioni inflitte al professionista per la stessa violazione in altri Stati membri; e
- Eventuali altri fattori aggravanti o attenuanti applicabili alle circostanze del caso⁵²¹.

Nel caso di infrazioni diffuse (ovvero, ai sensi dell'art. 3, Reg. n. 2017/2394/UE, gli atti od omissioni contrari alle norme dell'Unione sulla tutela degli interessi dei consumatori, che abbiano arrecato, arrechino o possano arrecare un danno agli interessi collettivi dei consumatori che risiedono in almeno due Stati membri diversi dallo Stato membro in cui hanno avuto origine o si sono verificati l'atto o l'omissione in questione, è stabilito l'operatore responsabile dell'atto o dell'omissione, o si rinvergono elementi di prova o beni dell'operatore riconducibili all'atto o all'omissione) e nel caso di infrazioni diffuse aventi una dimensione unionali (ovvero quelle infrazioni diffuse che abbiano arrecato, arrechino o possano arrecare un danno agli interessi collettivi dei con-

520 C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della dir. 2019/2161/UE*, cit., p. 501 ss.

521 *Ivi*, p. 504 ss.

sumatori in almeno due terzi degli Stati membri, che insieme rappresentino almeno i due terzi della popolazione dell'Unione), la Direttiva invita i singoli Stati a prevedere sanzioni di tipo pecuniario, che possono raggiungere livelli particolarmente elevati, vale a dire fino ad un importo massimo almeno pari al 4% del fatturato annuo del professionista nello Stato membro o negli Stati membri interessati, così da garantire che le sanzioni pecuniarie abbiano un effetto deterrente⁵²².

2.6. Segue: la nuova disciplina rimediale a tutela dei singoli consumatori

In relazione ai rimedi accordati al singolo consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta, la Direttiva del 2019, pur affermando che l'applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale è impregiudicata, precisa che i consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a rimedi proporzionati ed effettivi. Esprimendosi in tal senso, secondo la dottrina, "parrebbe, dunque, che il legislatore europeo indirizzi quelli nazionali all'adozione, a tutela dei singoli consumatori lesi da una pratica commerciale scorretta, di rimedi *ad hoc*, che vengano ad aggiungersi a quelli altri di applicazione generale e che da questi dovrebbero distinguersi proprio per il fatto di essere calibrati per fronteggiare il fenomeno specifico delle pratiche commerciali scorrette"⁵²³.

522 *Ibidem*.

523 Secondo la dottrina, l'emendazione della Direttiva del 2019, "potrebbe essere l'occasione, per il legislatore italiano, di un intervento volto a risolvere normativamente i principali nodi che sin qui hanno dissuaso i nostri consumatori dal farvi più ampio ricorso: se la violazione del precetto secondo cui le pratiche commerciali scorrette sono vietate (art. 21, comma 1, c. cons.) costituisca sempre, ex se, un illecito idoneo a legittimare il risarcimento del danno che dovesse eventualmente derivarne (si pensi, ad es., ad una pratica commerciale sì "idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta", ma che, nel caso di specie, raggiunga invece un consumatore concreto dotato di un livello di avvedutezza e/o esperienza ampiamente superiore alla media); se alla responsabilità dell'autore di una pratica commerciale scorretta trovi applicazione il regime della responsabilità contrattuale ovvero quello della responsabilità extracontrattuale (si pensi, ad es., alla pratica commerciale scorretta posta in essere da un soggetto diverso da quello che ha intrattenuto in via esclusiva i rapporti con il consumatore che agisce per il risarcimento; alla pratica commerciale scorretta posta in essere nei confronti non già di un consumatore determinato, bensì di una massa indeterminata di soggetti, non importa se consumatori o meno; alla pratica commerciale scorretta cui non faccia seguito la stipula, da parte del consumatore, di alcun contratto); se non sia opportuno un alleggerimento del gravoso onere probatorio che, stando almeno alle regole generali, dovrebbe gravare su chi esperisce un'azione risarcitoria; se, in particolare, un eventuale accertamento, da parte dell'AGCM ex art. 27 c. cons. ovvero dell'AGO ex art. 80-sexiesdecies c.p.c., del fatto che una determinata pratica commerciale è stata effettivamente posta in essere da un determinato professionista, così come del fatto che la stessa

Con riguardo, infine, alla sorte dei contratti stipulati a valle di una pratica commerciale scorretta, fatte salve le precisazioni sul regime di annullabilità e nullità che si esaminerà nel prossimo paragrafo, è importante sottolineare, in questa sede, che il legislatore comunitario, pur confermando l'applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale, ha indirizzato gli Stati membri ad adottare nuovi strumenti demolitori e manutentivi, rispetto a quelli già previsti in linea generale, determinandone le condizioni per l'applicazione e gli effetti⁵²⁴.

2.7. La direttiva (c.d. "green") 827/2024: prime considerazioni

La Direttiva (UE) 2024/825 del Parlamento europeo e del Consiglio, adottata il 28 febbraio 2024 e pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 6 marzo 2024, si colloca in un quadro politico e normativo di ampio respiro, segnato dalla crescente centralità delle politiche di sostenibilità ambientale e dalla volontà dell'Unione di fare dei consumatori un attore chiave della transizione verde. Come esplicitato sin dal titolo, la direttiva mira infatti alla "responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell'informazione".

La scelta di incidere sul diritto dei consumatori come strumento di politica ambientale si spiega alla luce delle linee strategiche fissate dalla Commissione con il Green Deal europeo del 2019, che ha posto al centro delle politiche dell'Unione l'obiettivo della neutralità climatica entro il 2050. In tale contesto, il diritto privato dei consumatori viene progressivamente reinterpretato non solo come presidio di tutela individuale e corretta concorrenza, ma anche come veicolo per orientare i comportamenti di acquisto verso modelli più sostenibili. Non a caso, la New Consumer Agenda del 2020 aveva già sottolineato la necessità di "empower consumers for the green transition", indicando la lotta al greenwashing come priorità normativa. La Direttiva 2024/825 rappresenta dunque il primo intervento organico che dà attua-

deve ritenersi effettivamente scorretta ai sensi degli artt. 20 ss. c. cons. valga a esonerare il consumatore, che agisca per il risarcimento del danno che asserisca essergliene derivato, dal relativo onere probatorio; se non sia auspicabile agevolare la prova richiesta al consumatore in punto, da un lato, di nesso causale tra pratica commerciale scorretta e lesione del suo diritto all'autodeterminazione negoziale e, da altro lato, di nesso causale fra lesione del suo diritto all'autodeterminazione e danno concretamente derivatogli; se è risarcibile il solo danno patrimoniale, ovvero anche quello non patrimoniale; se, al fine di distogliere il consumatore da quella apatia razionale che sovente lo induce a non far valere i propri diritti quando l'entità del danno sofferto è sensibilmente inferiore ai costi necessari per intraprendere un'azione risarcitoria, non possa riuscire funzionale la previsione di una sorta di risarcimento ultracompensativo". C. GRANELLI, Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della dir. 2019/2161/UE, cit., p. 506 ss.

524 *Ibidem.*

zione a tale programma, muovendosi in sinergia con altre iniziative legislative, quali la proposta di Direttiva sulle *green claims* (COM 2023, n.166), volta a disciplinare in maniera più dettagliata le dichiarazioni ambientali volontarie, e il nuovo Regolamento Ecodesign (Reg. 2024/1781), che stabilisce requisiti obbligatori di sostenibilità per determinate categorie di prodotti.

Sotto il profilo sistematico, la modifica normativa della direttiva introduce non una normativa autonoma, ma una modifica di due pilastri già consolidati del diritto europeo dei consumatori: la Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali e la Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori. La tecnica legislativa adottata è quella di una novella selettiva: da un lato, ampliando il novero delle pratiche considerate sleali (artt. 6 e 7 Dir. 2005/29/CE e Allegato I); dall'altro, rafforzando gli obblighi informativi precontrattuali (artt. 5 e 6 Dir. 2011/83/UE). Ciò consente al legislatore di perseguire un duplice obiettivo: reprimere le condotte ingannevoli degli operatori economici e, contestualmente, garantire al consumatore un'informazione trasparente e verificabile, così da metterlo in grado di compiere scelte di acquisto consapevoli.

Come rilevato dalla più attenta dottrina, la scelta di collocare la disciplina del *greenwashing* nel quadro delle pratiche commerciali sleali conferma l'approccio relazionale e informativo del diritto europeo dei consumatori: non si tratta di dettare standard tecnici di sostenibilità ambientale, ma di disciplinare il modo in cui tali caratteristiche vengono rappresentate al consumatore, sanzionando le informazioni false, fuorvianti o non verificabili⁵²⁵.

In altri termini, l'Unione non impone obblighi di produzione "verde", ma vieta che l'impresa comunichi al mercato performance ambientali inesistenti o non suffragate da dati oggettivi. Si tratta di una strategia che sposta il baricentro dalla "sostenibilità sostanziale" alla "sostenibilità comunicata", facendo del controllo delle pratiche di mercato il principale strumento di contrasto all'ambientalismo di facciata.

La Direttiva 2024/825 deve quindi essere letta come parte di una più ampia trasformazione del diritto europeo dei consumatori in diritto privato della sostenibilità, in cui la protezione individuale, la correttezza concorrenziale e la tutela dell'ambiente vengono a intrecciarsi in un disegno unitario. Il consumatore, tradizionalmente visto come soggetto da proteggere rispetto a pratiche aggressive o ingannevoli, viene ora investito di una funzione proattiva: attraverso la possibilità di reagire a condotte di *greenwashing* o obsolescenza programmata, egli diviene il motore stesso della transizione ecologica, orientando l'offerta di mercato mediante le proprie scelte di acquisto.

La ratio legis della Direttiva (UE) 2024/825 emerge chiaramente dai suoi considerando: l'intento principale è quello di "*empower consumers for the*

525 C. GALLI – A. RAIONE «La Direttiva "greenwashing": un common ground per la sostenibilità in Europa», in *Il Diritto Industriale*, 1/2025, p. 13 ss.

green transition”, ossia rendere il consumatore un attore (più) consapevole e partecipe nella costruzione di un’economia sostenibile. Come si legge al Considerando 1, l’obiettivo è duplice: da un lato, garantire “un elevato livello di protezione dei consumatori e dell’ambiente”; dall’altro, “compiere progressi nella transizione verde” assicurando che i consumatori possano prendere decisioni di acquisto informate. È una finalità che coniuga interessi individuali e collettivi: la tutela del singolo consumatore contro le pratiche ingannevoli si salda con l’interesse generale alla riduzione dell’impatto ambientale dei modelli di produzione e consumo.

Si assiste, dunque, a un mutamento paradigmatico nel diritto europeo dei consumatori: dal modello originario, centrato quasi esclusivamente sulla protezione da pratiche sleali o da clausole abusive, si passa a un modello proattivo, in cui la disciplina dei rapporti B2C viene impiegata come strumento per orientare i comportamenti economici verso finalità di sostenibilità. In tal senso, il diritto dei consumatori assume una funzione regolatoria indiretta del mercato, non più limitata a riequilibrare le asimmetrie informative, ma volta a promuovere modelli di consumo più responsabili.

La direttiva non è, dunque, una mera normativa “repressiva”: essa si propone di correggere le distorsioni informative che ostacolano la domanda di beni realmente sostenibili, stimolando la concorrenza tra imprese su basi effettive. Il Considerando 1 evidenzia come la garanzia di informazioni ambientali “eque, comprensibili e affidabili” consenta agli operatori economici di competere su un piano di parità e, al contempo, permetta ai consumatori di orientarsi verso prodotti effettivamente migliori per l’ambiente, generando un circolo virtuoso di concorrenza sostenibile.

L’obiettivo, tuttavia, non si limita al contrasto del greenwashing. La direttiva intende anche colpire pratiche quali l’obsolescenza precoce dei beni, le informazioni ingannevoli sulle caratteristiche sociali dei prodotti e l’uso di marchi di sostenibilità non trasparenti o non credibili. Si tratta di fenomeni diversi, ma accomunati dal medesimo effetto: impedire al consumatore di esercitare un potere di scelta consapevole e, conseguentemente, ostacolare la transizione verso modelli produttivi più rispettosi dell’ambiente e dei diritti sociali.

Questa impostazione risponde a una logica di *consumer-driven transition*: non sono solo le normative ambientali sostanziali (ad esempio quelle sugli standard di produzione o sulle emissioni) a indirizzare le imprese, ma anche la pressione esercitata dalla domanda informata dei consumatori. Come rileva la dottrina, il legislatore europeo sembra aver voluto affidare al consumatore un ruolo di “regolatore diffuso”, in grado di premiare le imprese effettivamente sostenibili e di penalizzare quelle che ricorrono a strategie di facciata⁵²⁶.

526 G. DE CRISTOFARO, «Le incongruenze e le ipocrisie del diritto europeo green e il rimedio contrattuale della riparazione del bene non conforme al contratto di vendita», in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, II, 2025, p. 395 ss.

È significativo, a questo riguardo, che la direttiva non introduca nuove regole tecniche di produzione, ma si concentri esclusivamente sul versante informativo: essa interviene sulla veridicità, completezza e verificabilità delle dichiarazioni ambientali e sociali, nonché sulla trasparenza dei marchi di sostenibilità. La ratio non è quella di armonizzare i requisiti di sostenibilità dei prodotti (compito demandato ad altri strumenti normativi, come il Regolamento Ecodesign), ma di assicurare che la comunicazione al consumatore rifletta fedelmente le caratteristiche effettive del bene o del servizio.

In questo senso, la Direttiva 2024/825 conferma la linea già tracciata con la Direttiva (UE) 2019/2161, che aveva introdotto l'art. 11-bis nella Dir. 2005/29/CE, riconoscendo al consumatore rimedi contrattuali in caso di pratiche sleali. Se la 2019/2161 aveva aperto la strada a un'ibridazione tra enforcement pubblico e rimedi privatistici, la 2024/825 ne rafforza il contenuto valoriale, attribuendo a tali rimedi una funzione non solo protettiva, ma anche propulsiva della transizione verde.

2.7.1. La direttiva (c.d. "green") 827/2024: gli effetti sulla disciplina vigente

Il cuore dell'intervento della Direttiva (UE) 2024/825 si concentra sulle modifiche alla Direttiva 2005/29/CE (*Unfair Commercial Practices Directive* - UCPD), che da quasi vent'anni costituisce la pietra angolare della disciplina europea sulle pratiche commerciali sleali. Le innovazioni introdotte riguardano sia la disciplina generale delle pratiche ingannevoli (artt. 6 e 7), sia la c.d. *black list* contenuta nell'Allegato I, che individua le pratiche vietate in ogni caso.

La prima novità concerne l'ampliamento dell'elenco delle "caratteristiche principali del prodotto" rispetto alle quali una dichiarazione può risultare ingannevole. L'art. 6, par. 1, come modificato dall'art. 1, punto 2, lett. a), della Direttiva 2024/825, include ora espressamente le caratteristiche ambientali o sociali e gli aspetti legati alla circolarità del bene, quali la durabilità, la riparabilità o la riciclabilità. Ne consegue che qualsiasi informazione fuorviante su questi profili rilevanti integra una pratica ingannevole vietata. Si tratta di un ampliamento di grande rilievo, poiché estende il perimetro applicativo della direttiva al cuore stesso delle strategie di sostenibilità delle imprese.

Un'ulteriore innovazione riguarda il trattamento delle asserzioni ambientali con riferimento a obiettivi futuri, in particolare quelli di neutralità climatica o riduzione delle emissioni entro una certa data. Il nuovo art. 6, par. 2, prevede che tali asserzioni siano sleali se non corroborate da impegni chiari, oggettivi, pubblicamente disponibili e verificabili, contenuti in un piano di attuazione dettagliato e realistico, corredato da risorse e soggetto a verifica indipendente. Viene così imposto un livello di trasparenza molto elevato, che obbliga le imprese a supportare le dichiarazioni sul futuro con elementi concreti e verificabili, onde evitare un marketing "aspirazionale" privo di fondamento.

La direttiva incide anche sull'art. 7, relativo alle omissioni ingannevoli, introducendo specifici obblighi informativi in caso di comparazioni ambientali. Gli operatori economici che propongono raffronti tra prodotti devono rendere disponibili informazioni sul metodo utilizzato, sui prodotti comparati, sui fornitori coinvolti e sulle misure per mantenere aggiornati i dati. L'obiettivo è evitare che comparazioni apparentemente oggettive si rivelino fuorvianti, creando un vantaggio competitivo sleale per il professionista che le utilizza.

L'intervento più incisivo riguarda l'ampliamento dell'Allegato I della Direttiva 2005/29/CE, che contiene l'elenco delle pratiche considerate sleali in ogni caso. Tra le nuove voci introdotte dalla Direttiva 2024/825 spiccano:

- il divieto di esibire marchi di sostenibilità non basati su un sistema di certificazione indipendente o non stabiliti da un'autorità pubblica (nuovo punto 2-bis);
- il divieto di formulare asserzioni ambientali generiche ("verde", "eco-compatibile", "amico della natura") in assenza di un'eccellenza riconosciuta delle prestazioni ambientali (nuovo punto 4-bis);
- il divieto di presentare come riparabile un bene che in realtà non lo è, o per il quale non esistono servizi di riparazione o pezzi di ricambio disponibili (nuovo punto 23-nonies).

Quest'ultima previsione, in particolare, ha un rilievo rimediabile di primaria importanza: non solo tutela il consumatore da false aspettative sulla vita utile del prodotto, ma favorisce anche l'economia circolare, incoraggiando le imprese a progettare beni realmente riparabili e scoraggiando la logica dell'obsolescenza programmata.

Queste innovazioni confermano il ruolo della UCPD come strumento dinamico, capace di adattarsi alle nuove sfide del mercato. Come sottolineato dalla dottrina, la direttiva del 2024 non impone standard ambientali uniformi, ma colpisce l'"ambientalismo di facciata" sul piano della comunicazione, assicurando che le scelte dei consumatori si basino su informazioni attendibili e verificabili⁵²⁷. In tal modo, il diritto europeo delle pratiche sleali diventa anche un diritto della trasparenza ambientale, in cui la comunicazione ingannevole sulle qualità verdi del prodotto assume rilievo pari a quello di altre informazioni essenziali, come il prezzo o le caratteristiche tecniche.

Accanto alle modifiche introdotte nella disciplina delle pratiche sleali, la Direttiva (UE) 2024/825 interviene anche sulla Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, rafforzando il quadro degli obblighi informativi precontrattuali. In particolare, l'art. 1, punto 5, della nuova direttiva modifica l'art. 5 della Dir. 2011/83/UE, imponendo agli operatori economici di fornire ai consumatori informazioni relative alla durabilità e riparabilità dei beni, nonché alla disponibilità di aggiornamenti software per i contenuti digitali e i servizi digi-

527 C. GALLI – A. RAINONE, *op cit.*, p. 15 ss.

tali. Analogamente, l'art. 6 della stessa direttiva, che disciplina le informazioni precontrattuali nei contratti a distanza e fuori dei locali commerciali, viene emendato per includere dati sulla possibilità di riparare i beni, sulla reperibilità dei pezzi di ricambio e sull'esistenza di servizi di assistenza post-vendita.

Queste previsioni rafforzano il principio secondo cui la trasparenza informativa costituisce parte integrante del contenuto contrattuale: le informazioni rese dal professionista non sono meri obblighi di cortesia, ma elementi essenziali del rapporto negoziale, la cui falsità o omissione può condurre alla non conformità del bene. In tal senso, la Direttiva 2019/771/UE sulla vendita dei beni di consumo assume un rilievo decisivo. Ai sensi dell'art. 6, infatti, il bene è conforme al contratto quando corrisponde anche "alle caratteristiche descritte dal venditore" e quando "possiede la qualità e le prestazioni che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi". La mancanza di riparabilità, o la falsità delle informazioni al riguardo, integra pertanto un difetto di conformità, con conseguente diritto del consumatore ai rimedi previsti dagli artt. 13 ss. della direttiva (riparazione, sostituzione, riduzione del prezzo o risoluzione del contratto).

Come sottolinea l'A. da ultimo citato, la novità del 2024 determina un'inedita saldatura tra diritto delle pratiche sleali e diritto della vendita consumeristica: la dichiarazione ingannevole sulla riparabilità non solo configura una pratica vietata ex art. 6 UCPD e punto 23-nonies dell'Allegato I, ma produce anche effetti sul piano contrattuale, integrando una non conformità ai sensi della Direttiva 2019/771/UE⁵²⁸. Ne deriva che il consumatore potrà cumulare la tutela offerta dall'art. 11-bis della UCPD (riduzione del prezzo, risoluzione, risarcimento del danno) con i rimedi tipici della disciplina della vendita.

Questa interazione conferma la progressiva integrazione funzionale tra diversi rami del diritto europeo dei consumatori: da un lato, il diritto delle pratiche sleali, incentrato sull'informazione e sulla correttezza concorrenziale; dall'altro, il diritto della conformità dei beni, fondato sull'esecuzione del contratto secondo buona fede. La Direttiva 2024/825 funge da cerniera tra i due ambiti, dimostrando come il contrasto al greenwashing e all'obsolescenza programmata non possa essere confinato in una logica puramente pubblicitaria, ma richieda un rafforzamento dei rimedi civilistici a disposizione del consumatore.

Sul piano applicativo, tuttavia, non mancano profili problematici.

L'informazione sulla riparabilità potrebbe risultare tecnica e complessa, richiedendo standard di verifica non sempre agevoli da implementare. Inoltre, la distinzione tra obbligo informativo e requisito di conformità potrebbe sollevare questioni interpretative, specie nei casi in cui il professionista abbia fornito informazioni parziali o formulate in termini vaghi. È qui che il coordinamento tra autorità di enforcement e giudici civili si rivelerà cruciale per garantire l'effettività della disciplina.

528 G. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 397 ss.

2.7.2. La direttiva (c.d. "green") 827/2024: profili rimediali, criticità e questioni aperte

L'innovazione rimediale introdotta dalla Direttiva (UE) 2019/2161, con l'inserimento dell'art. 11-bis nella Direttiva 2005/29/CE, ha rappresentato un punto di svolta nel sistema europeo delle pratiche sleali, tradizionalmente imperniato su sanzioni pubblicistiche e meccanismi di enforcement affidati alle autorità amministrative. Con tale disposizione, il legislatore europeo ha attribuito al consumatore un ventaglio di rimedi individuali e contrattuali, da esercitarsi direttamente nei confronti del professionista, in caso di danno subito a causa di una pratica commerciale scorretta. In particolare, l'art. 11-bis riconosce il diritto del consumatore a ottenere la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, senza pregiudizio per la possibilità di chiedere anche il risarcimento del danno.

La Direttiva (UE) 2024/825 si inserisce in questo contesto, ampliando in maniera significativa le ipotesi in cui tali rimedi diventano azionabili. Infatti, poiché il catalogo delle pratiche vietate si arricchisce di condotte tipiche del greenwashing (asserzioni ambientali generiche, marchi di sostenibilità privi di credibilità, dichiarazioni mendaci sulla riparabilità), i consumatori possono oggi invocare direttamente la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto quando si trovino ad aver acquistato un prodotto sulla base di informazioni ambientali o sociali ingannevoli.

Questa evoluzione produce effetti sistemici rilevanti. Da un lato, si consolida il modello di responsabilità ibrida, che affianca alle sanzioni amministrative (pecuniarie e interdittive) strumenti privatistici di tutela individuale; dall'altro, si accresce l'effettività della disciplina, in quanto la possibilità per il consumatore di reagire in via diretta consente di superare i limiti connessi alla lentezza e alla selettività dell'enforcement pubblico. Come sottolineato dalla dottrina, il passaggio da una disciplina esclusivamente pubblicistica a una che riconosce rimedi civilistici rappresenta un "salto di qualità" nella capacità del diritto dei consumatori di incidere realmente sulle strategie di mercato⁵²⁹.

La previsione di rimedi contrattuali, tuttavia, solleva questioni applicative complesse. Innanzitutto, occorre definire i rapporti tra i rimedi ex art. 11-bis e quelli previsti dalla Direttiva 2019/771/UE sulla vendita dei beni di consumo. Se, come visto, l'informazione mendace sulla riparabilità configura anche un difetto di conformità, il consumatore potrebbe trovarsi nella posizione di poter scegliere tra diversi rimedi (ad esempio riduzione del prezzo ex art. 11-bis UCPD o riduzione del prezzo ex art. 13 Dir. 2019/771/UE).

Un secondo profilo riguarda l'onere probatorio. Il consumatore dovrà dimostrare che la pratica sleale ha inciso sulla sua decisione di acquisto e che, in assenza di essa, avrebbe negoziato condizioni diverse o non avrebbe

529 C. GALLI – A. RAINONE, *op. cit.*, p. 19 ss.

concluso il contratto. Tale nesso di causalità, già problematico nelle pratiche tradizionali, rischia di essere ancor più complesso in relazione a dichiarazioni ambientali o sociali, spesso formulate in termini generici o suggestivi. È evidente che senza un adeguato sostegno da parte delle autorità amministrative (ad esempio mediante accertamenti tecnici sui *claim* ambientali) il rimedio civilistico rischia di restare poco utilizzabile in concreto.

Infine, l'estensione dei rimedi privatistici al campo della sostenibilità solleva interrogativi circa il loro rapporto con le azioni collettive. In linea di principio, la Direttiva (UE) 2020/1828 sulle azioni rappresentative per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori già consente di agire contro pratiche commerciali sleali. Tuttavia, la combinazione tra rimedi individuali ex art. 11-bis e azioni collettive potrebbe generare sovrapposizioni o, al contrario, aprire interessanti prospettive di complementarità: le azioni collettive possono accertare in via generale l'illiceità di una pratica di greenwashing, mentre i rimedi individuali consentono ai singoli consumatori di ottenere il ristoro concreto delle proprie posizioni contrattuali lese.

In questo senso, la disciplina rimediaria delineata dall'art. 11-bis, come arricchita dalla Direttiva 2024/825, rappresenta una vera e propria ibridazione tra diritto pubblico e diritto privato: da un lato, le autorità continuano a svolgere un ruolo essenziale nella vigilanza e nella repressione delle pratiche scorrette; dall'altro, il consumatore diventa protagonista attivo, titolare di diritti contrattuali immediatamente azionabili. L'obiettivo è chiaro: superare la tradizionale dicotomia tra enforcement pubblico e tutela individuale, costruendo un sistema integrato capace di rendere effettiva la lotta al greenwashing e alle condotte lesive della transizione verde.

Nonostante l'indubbio passo avanti rappresentato dalla Direttiva (UE) 2024/825, numerose criticità restano ancora irrisolte. In primo luogo, l'onere probatorio grava principalmente sul consumatore, chiamato a dimostrare la falsità o la non verificabilità delle asserzioni ambientali. Questo profilo, già problematico nelle pratiche commerciali tradizionali, rischia di essere aggravato dalla natura tecnica delle informazioni ambientali e sociali, che richiedono competenze specialistiche e dati scientifici non sempre accessibili. È prevedibile che il supporto delle autorità di enforcement nazionali (AGCM, CNMC, ecc.) diventi essenziale, con un conseguente aumento della complessità procedurale.

In secondo luogo, vi è il rischio di un *overload* informativo. L'obbligo per i professionisti di fornire dati dettagliati su riparabilità, durabilità e impatti ambientali, se non accompagnato da strumenti di semplificazione e standardizzazione, può tradursi in un eccesso di informazioni difficilmente fruibili dal consumatore medio. La dottrina ha già segnalato il pericolo di una "trasparenza paradossale", in cui l'abbondanza di dati oscura, piuttosto che chiarire, la capacità decisionale dell'acquirente⁵³⁰.

530 G. DE CRISTOFARO - *op. ult. cit.*, p. 19 ss.

Ulteriore questione aperta riguarda l'armonizzazione nazionale. Pur trattandosi di una direttiva di armonizzazione massima, non è escluso che gli Stati membri sviluppino prassi applicative divergenti, specie per quanto concerne la definizione di "asserzione ambientale generica" o di "marchio di sostenibilità affidabile". Ciò potrebbe determinare incertezza per gli operatori economici attivi su più mercati e indebolire la coerenza complessiva della disciplina europea.

Non meno delicato è il rapporto tra i rimedi introdotti e la responsabilità extracontrattuale. La direttiva non chiarisce se il consumatore possa cumulare i rimedi contrattuali ex art. 11-bis UCPD con azioni di risarcimento danni fondate sul diritto civile nazionale (art. 2043 c.c. in Italia, art. 1902 CC in Spagna). Tale mancanza di coordinamento rischia di generare conflitti interpretativi e di compromettere l'effettività della tutela.

Infine, resta aperta la questione della coerenza sistemica tra la disciplina del greenwashing e le altre iniziative normative europee: la proposta di direttiva sulle *green claims* e il Regolamento Ecodesign potrebbero introdurre standard più dettagliati e vincolanti, ponendo il problema del coordinamento con la UCPD novellata. Senza un adeguato raccordo, si rischia una frammentazione normativa che ridurrebbe l'impatto complessivo del nuovo quadro regolatorio.

In conclusione, la Direttiva 2024/825 segna un avanzamento importante, ma lascia aperti nodi interpretativi e applicativi. Il suo successo futuro sembra dipendere dalla capacità di garantire un equilibrio tra effettività della tutela, chiarezza informativa e armonizzazione normativa, evitando che il contrasto al greenwashing resti confinato sul piano dichiarativo senza produrre reali cambiamenti nei modelli di consumo e produzione.

2.7.3. La direttiva (c.d. "green") 827/2024: brevi riflessioni comparate

L'attuazione della Direttiva (UE) 2024/825 richiederà inevitabilmente un adattamento degli ordinamenti nazionali, in particolare nei due Paesi oggetto di analisi comparata in questa monografia: Italia e Spagna. In entrambi i sistemi, il quadro normativo sulle pratiche commerciali scorrette è già consolidato: in Italia con gli artt. 20 ss. del Codice del Consumo, che riproducono quasi integralmente il testo della Direttiva 2005/29/CE; in Spagna con gli artt. 4 ss. della Ley 3/1991 de Competencia Desleal, nonché con gli artt. 47 ss. del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) in Italia e la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) in Spagna hanno già maturato un'esperienza significativa nel contrasto al greenwashing. In Italia, basti ricordare il procedimento AGCM n. 29808/2021, che

aveva riguardato dichiarazioni ambientali ingannevoli nel settore energetico; in Spagna, la CNMC ha più volte richiamato operatori del settore elettrico e delle telecomunicazioni per campagne pubblicitarie fuorvianti relative alla sostenibilità dei servizi offerti. Queste esperienze dimostrano come l'enforcement amministrativo fosse già sensibile al tema, ma operasse su basi giuridiche generali. La Direttiva 2024/825 introduce invece categorie tipizzate, come il divieto di presentare come riparabili beni che non lo sono (punto 23-nonies Allegato I UCPD).

Un aspetto di particolare rilievo comparato concerne i rimedi privatistici. In Italia, la giurisprudenza ha accolto con favore l'art. 27 del Codice del Consumo, per come modificato in attuazione della Direttiva 2019/2161 (ed in particolare rispetto al comma 15 bis), che disciplina la riduzione del prezzo e la risoluzione del contratto in caso di pratiche sleali. In Spagna, invece, la Ley General de Consumidores y Usuarios non ha ancora sviluppato un quadro altrettanto dettagliato, e l'effettività dei rimedi contrattuali dipende in larga misura dall'interpretazione giurisprudenziale. È sperabile che il recepimento della Direttiva 2024/825 spingerà entrambi gli ordinamenti a un allineamento maggiore, rafforzando la possibilità per i consumatori di azionare rimedi individuali.

Non mancano, tuttavia, divergenze potenziali. In Italia, l'AGCM ha consolidato un ruolo di autorità "onnicomprensiva" nella repressione delle pratiche scorrette, spesso affiancata dalle autorità settoriali (ad es. ARERA per l'energia, AGCOM per le comunicazioni). In Spagna, invece, il sistema è più frammentato, con la CNMC e le comunidades autónomas che condividono competenze impongono una pluralità di centri decisionali potrebbe comportare interpretazioni non uniformi delle nuove fattispecie di greenwashing.

In prospettiva, la Direttiva 2024/825 fungerà da fattore di convergenza tra i due ordinamenti, riducendo le asimmetrie applicative grazie al principio di armonizzazione massima. Tuttavia, il margine di discrezionalità residuo – in particolare nella qualificazione delle asserzioni ambientali come generiche o nella valutazione della credibilità dei marchi di sostenibilità – lascia spazio a possibili differenze. Sarà quindi determinante il ruolo della Corte di giustizia, chiamata a garantire un'interpretazione uniforme e a dirimere eventuali conflitti interpretativi, così da assicurare che il contrasto al greenwashing si traduca in una protezione effettiva e omogenea in tutta l'Unione.

3. L'annullabilità del contratto

Le ultime osservazioni svolte consentono di affrontare, più nello specifico, la problematica degli effetti della pratica commerciale scorretta sul contratto stipulato, ricordando, a tal proposito, che l'art. 19, comma 2, lett. a) del Codice del Consumo afferma che "il presente titolo non pregiudica l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare

delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto". Ciò significa, nella pratica, la necessità di accertare la sussistenza, nel caso concreto, dei presupposti indicati dalle norme che disciplinano la validità del contratto, con particolare attenzione alle disposizioni che disciplinano l'annullabilità, ovvero gli artt. 1425-1446 c.c. Sul punto, la dottrina ha affermato che "ad un primo sguardo, non può negarsi una certa assonanza tra le pratiche commerciali scorrette, ingannevoli ed aggressive, e i casi di annullabilità per vizi della volontà, in particolare per dolo o violenza"⁵³¹.

In tale contesto, infatti, l'art. 1439 c.c. prevede che il dolo sia causa di annullamento del contratto quando gli artifici o i raggiri sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato. Tuttavia, in relazione all'estensione di tale disciplina ordinaria al tema che qui si sta trattando, la dottrina ha avuto modo di ricordare che la disciplina delle pratiche commerciali non richiede l'intenzionalità dell'inganno né che esso derivi dall'altro contraente⁵³². In ogni caso, nonostante il fatto che la disciplina delle pratiche commerciali non distingue, a differenza del codice civile, tra dolo determinante (causa di annullamento) e dolo incidente ex art. 1440 c.c. (causa di esclusivo risarcimento del danno, nel caso di mala fede), ma si riferisca all'induzione ad un più generico comportamento economico, "ciò non rappresenta in alcun modo un ostacolo per l'applicazione della disciplina civilistica del dolo, comportando semplicemente la necessità di accertare, per la singola pratica commerciale scorretta, la sussistenza dei relativi presupposti previsti dal codice civile"⁵³³. La risposta, come evidente, è tautologica, si consente l'applicazione dell'annullamento in caso di pratica commerciale scorretta se questa ha concretamente realizzato tutti i presupposti del dolo; ma ciò non risponde alla questione (*recte*: le questioni) di fondo: in tali casi c'è un rimedio automaticamente attivabile dal consumatore e – soprattutto – tale rimedio è concretamente preferibile al sollecito di una pratica di *public enforcement* e meno dissuasivo di queste?

Dal lato classificatorio, se l'ambito di applicazione del dolo incidente civilistico può coincidere, in tema di pratiche scorrette, con i casi di responsabilità precontrattuale, tanto da ritenere ammissibile, in questi casi, solo il risarcimento; diversamente, le omissioni ingannevoli, previste dall'art. 22 del Codice del Consumo, sono assimilabili al dolo omissivo, causa di annullamento del contratto, salvo che rientri nel caso di dolo incidente⁵³⁴.

531 A.P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratti*, 2018, VI, p. 689 ss.

532 *Ivi*, p. 690 ss.

533 *Ibidem*.

534 Secondo la dottrina, "un'implicita conferma dell'applicabilità della disciplina codicistica è rappresentata da una sentenza di merito con cui il giudice, riferendosi ad una pronuncia di ingannevolezza di una pubblicità da parte dell'A.G.C.M., l'ha considerata elemento indiziario per l'annullamento del contratto conseguentemente stipulato". SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 690 ss.

L'annullabilità del contratto per violenza morale, invece, potrebbe ravvisarsi nei casi previsti dall'art. 24 del Codice del Consumo, vale a dire nei casi in cui emergano forme di aggressività, di molestia, di coercizione, di forza fisica o di indebito condizionamento. La molestia, come è prevedibile, costituisce una delle modalità più diffuse di pratiche scorrette, dovendosi considerare, a tal proposito e a titolo esemplificativo, le visite presso l'abitazione del consumatore, ignorandone gli inviti a lasciare la residenza o a non tornarvi (lett. b), le ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono o altro mezzo di comunicazione a distanza (lett. c)⁵³⁵.

Dal lato procedurale, in tutti i casi di dolo o violenza, peraltro, la dottrina ha precisato che "il giudizio prognostico sotteso alla scorrettezza consumeristica è un giudizio di tipo oggettivo, riferito al parametro, costruito e tipizzato, del consumatore medio"⁵³⁶.

Sulla base di tale presupposto, quindi, per applicare la disciplina dell'annullamento civilistico, è necessario analizzare nel caso individuale gli effetti che la pratica, quale dolo o violenza, abbia concretamente avuto sul consenso del singolo contraente, a prescindere dall'ipotetica reazione del consumatore medio⁵³⁷. Il giudice, quindi, dovrà verificare nel caso concreto la sussistenza di tutti i requisiti civilistici per l'annullamento del contratto di quel determinato consumatore il cui consenso è stato viziato dalla pratica che si è tradotta in un dolo o in una violenza morale⁵³⁸. Una indagine processuale certamente com-

535 *Ivi*, p. 691 ss.

536 *Ibidem*.

537 *Ivi*, p. 692 ss.

538 Sul punto, infine, va osservato che "vi è chi ha sostenuto l'applicabilità dell'annullabilità per incapacità naturale, prevista dall'art. 428 c.c. (a cui rinvia l'art. 1425 c.c.), al contratto stipulato a seguito di una pratica commerciale scorretta. Considerando che, a parere della Cassazione, per annullare il contratto ai sensi dell'art. 428 c.c. è sufficiente una perturbazione che impedisca la seria valutazione del contenuto e degli effetti del negozio, pregiudicando la piena consapevolezza, non può escludersi che molte pratiche commerciali, ingannevoli o aggressive, possano generare nel consumatore una simile condizione. Innanzi tutto, tanto la definizione di falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore (art. 18, comma 1, lett. e) quanto quella di indebito condizionamento (lett. l), facendo riferimento all'alterazione e alla limitazione della consapevolezza della decisione, sembrano rientrare nell'ampia interpretazione giurisprudenziale della disposizione civilistica. A titolo esemplificativo, si pensi alla perturbazione della consapevolezza che può derivare dalla pratica stigmatizzata dall'art. 23, comma 1, lett. g (dichiarare, contrariamente al vero, che il prodotto sarà disponibile solo per un periodo molto limitato o che sarà disponibile solo a condizioni particolari per un periodo di tempo molto limitato, in modo da ottenere una decisione immediata e privare i consumatori della possibilità o del tempo sufficiente per prendere una decisione consapevole) o alla limitazione della libertà nel caso di cui all'art. 26, comma 1, lett. a (creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto). È chiaro che si tratterà di particolari casi, da accertare concretamente, di pressione psicologica tale da indurre una perturbazione della coscienza e volontà contrattuale del consumatore, situazione non da escludere se si tiene conto degli importanti risultati raggiunti nell'am-

plexa, sicuramente più difficoltosa di quella che potrebbe scaturire (peraltro solo eventualmente e successivamente, in sede amministrativa) in seguito a un provvedimento sanzionatorio dell'Antitrust, che non solo ha mezzi assai più ampi per assolvere il proprio onere probatorio, ma che ha quest'ultimo considerevolmente alleggerito, non dovendo provare l'impatto del dolo sui singoli consumatori ma solo il semplice comportamento posto in essere (e che solo in astratto poteva incidere sul "consumatore medio"⁵³⁹).

4. La nullità del contratto e la nullità parziale della clausola frutto della pratica commerciale scorretta, il caso del contratto "a valle" di un accordo anticoncorrenziale

Una possibile soluzione rispetto al rimedio caducatorio in seguito alla pratica commerciale scorretta sembra essere offerto dal regime della nullità.

A fronte della molteplice forma assumibile dalle condotte scorrette nella pratica quotidiana, e del differente impatto che le stesse possono produrre rispetto al mercato e rispetto al singolo consumatore, è in effetti più opportuno ricercare uno strumento in grado di intervenire su entrambi i fronti, fungendo da deterrente sotto il profilo economico, di dissuadere i professionisti dall'utilizzo delle pratiche scorrette in favore di un mercato più salubre, ed al contempo di garantire la miglior tutela possibile del consumatore⁵⁴⁰.

A tal fine, la migliore soluzione sembra essere quella di un utilizzo coordinato sia del rimedio invalidatorio in forma di nullità della clausola o delle clausole illegittime, che di quello risarcitorio in forma di responsabilità precontrattuale (sulla scarna misura del risarcimento accordato nel caso dell'utente digitale, e dunque dell'insufficienza del rimedio si dirà a breve)

In questa direzione si è rivolta parte della dottrina⁵⁴¹, sottolineando l'opportunità di garantire una maggiore coerenza dei contratti a valle con i valori di

*bito della ricerca sulla psicologia comportamentale, che hanno messo in luce le deviazioni dal modello olimpico dell'agente razionale e la possibilità per gli operatori del mercato di sfruttarle consapevolmente". In questi termini, A.P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 693 ss.*

539 C. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, in *Jus Civile*, V, 2013.

540 D. VALENTINO, «Timeo danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette», in *Riv. dir. civ.*, 5, 2013, p. 1189.

541 E. NAVARRETTA, «Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo», in *Eur. e dir. priv.*, 4, 2012, p. 953 ss.; E. NAVARRETTA, «Abuso del diritto e contratti asimmetrici d'impresa», in *Annuario del contratto - 2011*, a cura di A. D'Angelo e V. Roppo, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 80 ss.; G. CRISCUOLI G., «Buona fede e ragionevolezza», in *Riv. dir. civ.*,

buona fede e ragionevolezza propri del diritto europeo, favorendo una armonizzazione tra l'esigenza di sviluppo dell'autonomia privata con principi di giustizia sociale.

Di fatto, comunque, l'utilizzo del solo rimedio risarcitorio a tutela del consumatore finisce con il trascurare finalità di tipo generale⁵⁴².

La minaccia invalidatoria della nullità virtuale, al contrario, sarebbe più adatta a garantire al contempo il rispetto delle esigenze di concorrenza leale, ma anche la tutela degli interessi individuali minacciati da contratti illeciti;

La nullità volta ad agire sulla singola clausola e non sull'intero contratto consentirebbe infatti di riequilibrare quest'ultimo rispetto al principio di buona fede senza arrecare il pregiudizio al consumatore conseguente alla nullità classica.

Del resto, tale orientamento sembra essere stato accolto anche dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, secondo cui esso allontanerebbe i professionisti dalla tentazione di adottare condotte scorrette⁵⁴³.

Per questo, l'utilizzo combinato dei due rimedi della nullità e del risarcimento a titolo di responsabilità precontrattuale da lesione dell'interesse ad un'equa contrattazione consentirebbe una tutela più puntuale rispetto agli interessi in gioco, garantendo al consumatore un risarcimento parametrato.

In caso di contratto stipulato a seguito di condotta scorretta, infatti, il consumatore avrebbe davanti a sé due possibili strade da percorrere:

1) in caso di vizio non incidente su un elemento essenziale del negozio giuridico, egli potrà ricorrere al rimedio della nullità parziale, conservando il proprio diritto alla prestazione ed al risarcimento per il danno subito per *culpa in contrahendo*⁵⁴⁴;

2) in caso di vizio che abbia inciso su un elemento essenziale del negozio, o si sia rivelato determinante per la sua conclusione, egli potrà agire per la nullità totale del contratto oltre al risarcimento per l'intero valore del contratto, o in alternativa mantenere valido il contratto agendo per la sola nullità parziale, oltre al risarcimento del danno.

2001, p. 555; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992; C. SCOGNAMIGLIO, «Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 139 ss.

542 A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, ESI, 2012, p. 45; G. PAS-SAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 48; G. QUADRI, «“Nullità” e tutela del “contraente debole”», in *Contr. e impresa*, 2001, p. 1193.

543 Audizione del Presidente dell'AGCM CATRICALA, *Il credito al consumo*, Roma, 17 novembre 2009, in www.agcm.it.

544 G.V. VETTORI, «Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità», in *Riv. dir. priv.*, 2003; G.V. VETTORI, «Buona fede e diritto europeo dei contratti», in *Eur. dir. priv.*, 2002, pp 915 ss.; E. NAVARRETTA, «L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale», in N. LIPARI, P. RESSCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, vol. IV - *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, p. 239.

In questo modo sembra possibile ottenere una forma di tutela attenta alle varie esigenze in campo: da un lato quella del consumatore, lasciando a quest'ultimo la valutazione in merito all'opportunità di preservare l'assetto contrattuale, ed al contempo conseguire una compensazione di tipo economico rispetto ai danni subiti, dall'altro quella di dissuadere la conclusione di negozi *contra legem*.

La soluzione coordinata tra i due rimedi invalidatorio (eventuale, parziale e a vantaggio della parte debole) e risarcitorio (commisurato al concreto danno prodotti a seguito della creazione di un assetto a-concorrenziale), sembra in conclusione quella più adatta a tutelare allo stesso tempo il consumatore dal pericolo delle pratiche commerciali scorrette, realizzando quella tutela del mercato unico che rappresenta la ratio ultima della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette.

Recentemente, la questione è emersa rispetto al contratto concluso "a valle" di un accordo anticoncorrenziale, illecito rispetto all'art. 101 TFUE e all'art. 2 della L. 187/1990. In massima sintesi la pronuncia (Cass. Sez. Unite, n. 41994, 2021)⁵⁴⁵ ha ad oggetto un contratto "a monte" restrittivo della concorrenza, che vedeva alcuni istituti di credito accordarsi per imporre sul mercato delle tipologie contrattuali (fideiussioni *omnibus*) lesive dei consumatori⁵⁴⁶. In questo scenario, l'intesa anticoncorrenziale posta "a monte" e individuata nel provvedimento è stata dichiarata completamente nulla, in linea sia con la normativa italiana (art. 2, comma 2, lett. a) della Legge 287/90) sia con quella europea (art. 101 TFUE). Rimaneva tuttavia meno chiaro il destino delle fideiussioni stipulate "a valle" di tale intesa, le cui clausole erano state introdotte proprio in conseguenza dell'applicazione dell'accordo invalido. Su queste fideiussioni, però, le norme non indicano in modo esplicito quale rimedio debba essere adottato. La questione è stata oggetto di diverse pronunce della giurisprudenza italiana, dando vita a tre differenti interpretazioni (nullità totale, nullità parziale delle sole clausole inerenti all'intesa e nessuna invalidità, ma il solo rimedio risarcitorio). Proprio questa incertezza ha spinto le Sezioni Unite della Corte di Cassazione a intervenire per fare chiarezza⁵⁴⁷. In

545 G. CASTELLANO E N. STIAFFINI, «Gli oneri istruttori in tema di fideiussioni ABI alla luce delle sezioni unite n. 41994/2021. Prime applicazioni e diverse visioni», in *Riv. Dir. Rispr.*, n. 1/2022, p. 75; A. AMATO, «La sorte delle clausole conformi allo schema ABI del 2002 contenute in fideiussioni specifiche», in *Giurisprudenza Italiana*, n. 2, 1 febbraio 2024, p. 300.

546 In particolare, è stato redatto uno schema negoziale ad hoc per il contratto disciplinante la fideiussione omnibus, che permetteva alle banche di adottare uno standard comune di fideiussione a proprio beneficio, contenente numerose clausole in deroga alla disciplina civilistica e sfavorevoli per i clienti. Tuttavia, la Banca d'Italia – nell'esercizio della funzione di Autorità Garante della Concorrenza degli Istituti di credito poi trasferita all'AGCM a far data dal 12/01/2006 –evidenziava all'interno tre clausole restrittive della concorrenza. Ebbene, con il provvedimento n. 55 del 02.05.2005 la Banca d'Italia dichiarava lo schema ABI relativo al contratto di fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus), contrario alla normativa antitrust limitatamente alle clausole su indicate.

547 Per le Sezioni Unite, alla luce della normativa codicistica, di quella europea (art. 101 TFUE)

definitiva, il Supremo Consesso ha ritenuto che la soluzione da adottare per la massima tutela del consumatore danneggiato dall'intesa anticoncorrenziale fosse quello della nullità parziale del contratto a valle, limitatamente alle clausole che recepivano l'accordo anticoncorrenziale.

Sembra difficile, per i fini che qui interessano, non immaginare una soluzione analogica simile per il consumatore (in *primis*, il consumatore digitale) leso da una pratica commerciale scorretta, affacciandosi la nullità parziale come rimedio di particolare efficacia nel diritto dei consumatori (e non a caso non solo riconosciuta dalle Sezioni Unite come rimedio per il contratto a valle dell'intesa anticoncorrenziale, ma riconosciuta espressamente dal legislatore in materia di clausole vessatorie). In particolare, la nullità parziale dovrebbe colpire il contratto limitatamente a quelle parti che rappresentassero il frutto della pratica commerciale scorretta stessa, riconosciuta da un provvedimento dell'Antitrust, mentre il contratto rimarrebbe valido per tutto il resto (salvo il caso in cui sia da ritenersi centrale – nell'economia dell'accordo – la componente viziata, nel qual caso sembra preferibile la nullità totale del contratto).

5. Il risarcimento del danno

Con riguardo, infine, al risarcimento del danno conseguente ad una pratica commerciale scorretta prima della conclusione del contratto, va osservato che la base giustificativa della tutela risarcitoria è stata individuata nell'art. 1337 c.c., il quale dispone che le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede⁵⁴⁸.

Ai sensi della norma appena citata, come precisato dalla dottrina, può ritenersi rilevante una pratica commerciale scorretta, purché vi sia una relazione qualificata tra professionista e consumatore, significativa per la conclusione, attuale o potenziale, di un contratto⁵⁴⁹.

La fase di sviamento del comportamento economico del consumatore, infatti, è necessariamente quella precontrattuale, la quale può, ove vi sia una condotta contraria a buona fede, condurre ad una decisione che non si sarebbe altrimenti presa. In tale contesto, dunque, oltre alle ipotesi tipiche previste dal Codice del Consumo, la *culpa in contrahendo* potrebbe configurarsi anche in una serie di fattispecie differenti, come nel caso delle omissioni

e di quella in materia di concorrenza (L. 287/1990) la nullità è sia parziale, che di protezione e dunque invocabile dal solo consumatore leso. Questo dovrà dimostrare che il contratto sia stato direttamente influenzato da un'intesa anticoncorrenziale, e che esista un legame concreto tra l'intesa e il contenuto del contratto, ad esempio, attraverso prezzi imposti, limitazioni territoriali o clausole penalizzanti.

548 C. CAMARDI, «Pratiche commerciali scorrette e invalidità», in *Obbl. e contr.*, 2010, VI, p. 408 ss.

549 A. FACHECI, «Pratiche commerciali scorrette e (apparente) "gap" normativo: il "sistema" dei rimedi negoziali», in *Studium iuris*, 1, 2015, p. 181 ss.

ingannevoli di informazioni rilevanti per la decisione commerciale del consumatore o nelle dichiarazioni, contrarie al vero, che il prodotto sarà disponibile solo per un periodo molto limitato o che sarà disponibile solo a condizioni particolari per un periodo di tempo molto limitato, in modo da ottenere una decisione immediata e privare i consumatori della possibilità o del tempo sufficiente per prendere una decisione consapevole⁵⁵⁰.

Nel caso di accertamento della responsabilità precontrattuale, quindi, al consumatore dovrà riconoscersi il diritto al risarcimento del danno ex art. 1337 c.c., sempre che ciò abbia portato ad una situazione peggiore rispetto a quella raggiungibile in assenza di scorrettezza commerciale. Sul punto la dottrina ha sottolineato che ciò potrà avvenire sia nel caso in cui le parti non giungano alla conclusione del contratto, per decisione del professionista o dello stesso consumatore che si avveda successivamente della scorrettezza del comportamento della sua controparte, sia nel caso in cui il contratto sia concluso e rimanga valido, fondandosi comunque il risarcimento sulla violazione delle regole della responsabilità precontrattuale⁵⁵¹.

In conclusione, alcune brevi cenni merita la questione relativa alla possibilità di tutelare per mezzo della responsabilità extracontrattuale il consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta. Ebbene, in primo luogo, ove si ammettesse tale possibilità, bisognerebbe verificare, da una parte l'esistenza di un comportamento attivo o omissivo, dall'altra sua imputabilità a titolo di dolo o colpa, nonché la presenza di un danno ingiusto e del nesso di causalità tra comportamento e danno, con onere della prova a carico del consumatore.

Senonché, parte della dottrina ritiene possibile dimostrare la scorrettezza della pratica e l'ingiustizia del danno, con la semplice esibizione del provvedimento sanzionatorio dell'AGCM, potendo l'art. 2043 c.c. essere invocato anche con riferimento ad altre conseguenze, quali l'impatto sulla stabilità emotiva di una pratica aggressiva, o la mancata realizzazione, dovuta ad una pratica scorretta, di un interesse personale⁵⁵².

5.1. Il rimedio risarcitorio dell'utente digitale e l'insufficienza del rimedio rispetto ai provvedimenti di *public enforcement*: il caso della cancellazione del profilo digitale

Dopo aver analizzato i rimedi di *public enforcement* e aver proposto la suggestione del risarcimento del danno come strumento rimediabile anche in materia di

550 E. LABELLA, «Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici», in *Contr. e impr.*, 3, 2013, p. 688 ss.

551 *Ivi*, p. 689 ss.

552 Sul punto, E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, cit., p. 689 ss.

pratiche commerciali scorrette occorre soffermarsi sull'efficacia del secondo nel quadro giuridico. Infatti, se rispetto all'efficacia dissuasiva dei primi strumenti, ci si chiede se la tutela di *private enforcement* possa dimostrarsi altrettanto proficua, e la risposta sembra essere – pacificamente – negativa.

In questo senso si vuole proporre il caso (non di pratica commerciale scorretta ma) di lesione dell'identità digitale di un utente-consumatore, cui espressamente la giurisprudenza di merito ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno da lesione della propria identità digitale, sia in qualità di consumatore che in qualità di controparte (*recte*: utente digitale) di un contratto con una piattaforma *social*. È il caso della illegittima cancellazione del profilo digitale operato dalla piattaforma *facebook* ai danni di un utente – avvocato di un altro utente contro la stessa piattaforma – in seguito a mere segnalazioni relative all'inopportunità di alcune rievocazioni storiche da lui effettuate.

La vicenda viene affrontata da un'ordinanza del Tribunale di Bologna, datata 10 marzo 2021⁵⁵³, che ha dunque affrontato il tema del danno non patrimoniale derivante dalla lesione dell'identità digitale, con particolare riferimento ai social network. L'utente coinvolto, dopo oltre dieci anni di utilizzo del social, aveva visto la cancellazione di alcune pagine collegate al proprio profilo senza spiegazioni. Il ricorrente, inoltre, sospettava che la chiusura fosse una ritorsione legata al suo ruolo in un'altra vicenda giudiziaria contro la stessa società.

La Corte, innanzitutto, ha preso posizione sul complesso tema del rapporto fra utente e social, sposando la dominante tesi del rapporto patrimoniale, soggetto – dunque - alle regole dell'inadempimento contrattuale (art. 1218 c.c.).

Inoltre, ha ricordato che l'accordo tra utente e piattaforma prevede la possibilità di chiusura del profilo solo in caso di violazioni degli standard della community e previa comunicazione, elementi assenti nel caso in esame⁵⁵⁴. Ora, anche immaginando una reiterazione consistente pare difficile la fattispecie possa mai ricadere in una pratica commerciale scorretta (la plurima chiusura di profili sarebbe, intuitivamente, controproducente per l'impresa digitale); cionondimeno, lo sforzo teorico permette di prendere in esame cosa accadrebbe se un utente – singolarmente considerato – volesse difendersi in sede giudiziale, e attraverso il rimedio risarcitorio, in caso di violazione subita da parte di un'impresa, ed in particolare quella digitale. Anche a voler ricono-

553 LONDOLI e di A.J. LIGUORI, «Risarcibilità del danno non patrimoniale determinato dalla disattivazione, senza giusta causa, del profilo Facebook», in *Diritto di Internet*, 2021, p. 495 ss.

554 Peraltro, Facebook non solo non ha fornito prove che giustificassero la cancellazione, ma ha anche ammesso la distruzione dei dati rilevanti, rendendo impossibile ricostruire i motivi del provvedimento. Questo, insieme alla mancata contestazione dell'accusa di ritorsione, ha aggravato la posizione della società.

scere la possibilità di soddisfare l'onere probatorio (alleggerito, a fronte della natura contrattuale del rapporto, rispetto a quello extracontrattuale), occorre comprendere fino a che punto l'utente si possa concretamente difendere in termini risarcitori rispetto all'impresa, una volta assolta la dimostrazione della lesione del proprio diritto.

Il Tribunale ha dunque riconosciuto che la cancellazione del profilo e delle pagine ha leso diritti fondamentali della persona, come il diritto alla vita di relazione e alla libertà di espressione, tutelati dalla Costituzione, oltre alla identità digitale del soggetto⁵⁵⁵. Il punto che preme però rilevare in questa sede è la difficoltà di concreta soddisfazione che il rimedio risarcitorio può assicurare. Se da un lato l'utente è stato gravato di un complesso onere probatorio (seppur riuscendo a soddisfarlo) la compensazione pecuniaria che si è visto riconoscere appare in effetti insufficiente per poter competere con i più dissuasivi rimedi di *public enforcement* in capo alle *Authority*, capaci di colpire colossi del web dotati di strabiliante forza economica (nel dicembre del 2024 la sola *Facebook* ha una capitalizzazione di mercato – 1.510 miliardi di dollari – non distante dal PIL dell'Italia o della Spagna).

6. Pratiche commerciali scorrette, condizioni generali di contratto e clausole vessatorie: classificazione e atipicità delle clausole

A questo punto della trattazione, sembra interessante svolgere alcuni rilievi concernenti la possibilità che una pratica commerciale scorretta venga posta in essere nell'ambito delle condizioni generali di contratto, soffermandosi ancora sulla problematica dell'inquadramento rimediabile delle clausole vessatorie. Ebbene, una prima rilevante questione oggetto di disputa in letteratura concerne il rapporto tra il principio di tassatività e l'elenco di clausole vessatorie predisposta dal legislatore all'art. 1341, comma 2 c.c. In particolare, ci si è interrogati in dottrina ed in giurisprudenza sulla possibilità di estendere analogicamente tale catalogo tassonomicamente individuato dal legislatore. Una prima impostazione esclude l'operatività dell'analogia sulla base tanto di un argomento teleologico funzionale fondato sulla Relazione al Codice Civile del 1942⁵⁵⁶, quanto su un argomento sistematico fondato sul

555 Il punto non può essere ampiamente approfondito in questa sede, si rinvia in questo senso a G. ALPA, «L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione», in *Contratto e impresa*, Padova, 2017, 723 ss.; PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003, *passim*.

556 Relazione del Ministro Guardasigilli al progetto preliminare (n. 169) e Relazione al codice (n. 612) in cui si afferma trattarsi di «elencazione suscettibile bensì di interpretazione estensiva, ma non di estensione analogica». Sul punto, si v. C.M. BIANCA, «Condizioni generali di contratto», in *Diritto Civile*, vol. III - *Il Contratto*, Milano, 1984, p. 352: «è opinione generalmente seguita che la previsione dell'onere formale della specifica sottoscrizione riguarda

carattere eccezionale del comma 2 dell'art. 1341 c.c., in ragione del fatto che l'onere di specifica approvazione per iscritto delle singole clausole vessatorie rappresenta una sensibile deviazione del più generale principio – che permea il diritto privato – di libertà delle forme negoziali.

Seguendo quindi l'impostazione dell'orientamento prevalente in dottrina ed in giurisprudenza, si esclude in tale contesto l'operatività della fattispecie analogica prevista dall'art. 14 delle c.d. Preleggi⁵⁵⁷. Così, ad esempio, non rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina in esame la clausola "a prima richiesta" oggetto di un contratto di garanzia fideiussoria, la clausola che esclude l'indennità per i miglioramenti in materia di locazione e financo la clausola con cui il lavoratore subordinato aderisce ad un accordo di durata minima, disponendo così del proprio diritto di recesso. Aderendo dunque all'impostazione che esclude il ricorso allo strumento analogico in forza del carattere eccezionale della norma in esame, tuttavia, non si giunge ad escludere l'operatività dell'interpretazione estensiva, garantendo un margine di elasticità.

In effetti, la questione dell'applicazione analogica della disposizione dell'art. 1341, comma 2 c.c. è ormai superata – almeno per ciò che concerne i contratti conclusi tra "professionisti" e "consumatori" – dall'applicazione della normativa comunitaria in tema di clausole "abusive". Si tratta quindi di

esclusivamente le clausole indicate dalla legge e che non possa estendersi analogicamente ad altre clausole ugualmente gravose". In giurisprudenza, v. Cass. civ., Sez. Un., 14 giugno 1990, n. 5777, in *Giust. civ.*, 1, 1991, p. 79 ss.; Cass. 3 novembre 1987, n. 8062, in *Or. Giur. Lav.*, 1988, p. 79 ss.

557 In senso contrario alla tesi sopra esposta, a favore dell'applicazione analogica della disposizione contenuta nell'art. 1341 c.c. Si v. E. CESÀRO, «Condizioni generali di contratto ed elencazione delle clausole vessatorie», in *Trim.*, 1991, p. 55 ss. L'autore a negare che «il prototipo ideale» di contratto sia quello caratterizzato dallo svolgimento di trattative ritenendosi, di conseguenza, che il contratto concluso mediante condizioni generali non rappresenti una *deviazione* o divergenza dal modello che viene assunto con carattere di generale e centrale rappresentatività del sistema, in quanto tale modello non esiste. Per cui, esistendo soltanto, in materia di contratti, dei «corpi distinti ed autonomi, ciascuno dei quali assume il ruolo di microsistema» e non dovendosi considerare lo schema contrattuale delle condizioni generali di contratto come eccezionale, sarebbe possibile estendere il requisito della specifica approvazione per iscritto anche a casi diversi da quelli specificamente previsti dall'art. 1341, comma 2. Tale elencazione dovrebbe, dunque, considerarsi meramente esemplificativa. Tale tesi, pur condivisibile in merito all'osservazione che non corrisponde alla realtà dei fatti considerare il contratto concluso a seguito di trattative come quello «normale» e quello concluso in base a condizioni generali come «eccezionale», non tiene conto «di una argomentazione più specifica frequentemente utilizzata dalla giurisprudenza, che non contrappone la disciplina delle condizioni generali nel suo insieme a quella del contratto in generale, bensì considera eccezionale il requisito della specifica sottoscrizione per iscritto previsto dall'art. 1341, comma 2 c.c., rispetto al principio di generale della libertà di forma. In tale ultimo senso v. S. PATTI, *Le clausole vessatorie*, in da P. SCHLESINGER (diretto da), *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, Milano, 1993, p. 373. V. anche, in tal senso, U. MORELLO, «Condizioni generali di contratto», in *Digesto civ.*, vol. III, Torino, 1988, p. 397.

un ulteriore spunto di riflessione che consente di individuare, nella risoluzione del problema relativo all'applicazione analogica della disposizione in esame, un lume di continuità con la più recente disciplina di derivazione comunitaria posta a tutela del consumatore. Con riferimento alla prima macrocategoria di clausole onerose rispetto alle quali il legislatore ha espressamente previsto l'onere della specifica approvazione per iscritto, le clausole limitative della responsabilità del predisponente pongono al riguardo taluni spunti di riflessione. Così, si pone *ictu oculi* il problema del rapporto intercorrente tra le clausole *de quibus* e l'art. 1229 c.c. in base al quale sono nullo qualsivoglia patto che escluda o limiti la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave. Ne consegue che le clausole in disamina, qualora siano riprodotte nel contenuto di condizioni generali di contratto saranno da qualificare come nulle, quantunque risultino specificatamente approvate per iscritto.

Risulta, pertanto, ridimensionata la fisionomia delle clausole limitative della responsabilità rilevanti ex art. 1341, comma 2 c.c.: nello specifico, esso troverà applicazione con esclusivo riferimento alle clausole che escludano la responsabilità del predisponente per i soli casi di *culpa levis*. A tale categoria di clausole sono comunemente ricondotte quelle che escludono *tout court* o limitano in parte il diritto dell'aderente ad ottenere la risoluzione del contratto od il risarcimento del danno. Una questione molto dibattuta in giurisprudenza circa la rilevanza di tali clausole concerne la linea di confine con quelle atte ad individuare l'oggetto del contratto. In particolare, si nota come la linea di confine non sia così certa in materia assicurativa, dove si coglie la difficoltà dell'interprete di inquadrare la fattispecie nell'una o nell'altra categoria sopra menzionate: in particolare, con specifico riferimento al contratto di assicurazione⁵⁵⁸, le clausole atte a limitare la sfera del rischio assicurato con il regolamento negoziale non sarebbero da ricondurre nell'ambito applicativo dell'art. 1341, comma 2 c.c., in quanto specificatamente dirette a definire l'oggetto del contratto assicurativo⁵⁵⁹.

Sempre a titolo esemplificativo, con riferimento al contratto di parcheggio, la clausola che escluda dall'obbligo di custodia gli oggetti contenuti all'interno del veicolo, in quanto delimitante l'oggetto dell'accordo, dovrebbe

558 A tal proposito si veda Cass. civ., Sez. III, 4 febbraio 2002, n. 1430, in *Mass. giur. it.*, 2002, secondo la quale nel contratto di assicurazione, sono da considerare clausole limitative della responsabilità, per gli effetti dell'art. 1341 c.c. quelle clausole che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o che escludono il rischio garantito. Attengono diversamente all'oggetto del contratto quelle clausole che riguardano il contenuto e i limiti della garanzia assicurativa e, dunque, specificano il rischio garantito. (Principio affermato in tema di contratto di assicurazione infortuni, in un caso in cui i giudici di merito avevano ritenuto delimitativa dell'oggetto del contratto e non della responsabilità la clausola che faceva riferimento ad un diverso massimale per la liquidazione dell'infortunio in quei casi in cui il grado di invalidità fosse inferiore al 5%).

559 In materia assicurativa, *cfr.* la copiosa rassegna in P. STANZIONE, *Le clausole onerose nelle assicurazioni private*, Milano, 1970, *passim*.

essere correttamente qualificata come clausola limitativa dell'oggetto e non della responsabilità.

Passando in rassegna le altre clausole che compongono l'elencazione prevista dal legislatore del 1942 all'art. 1341, comma 2 c.c., assumono particolare rilievo quelle che fissano in favore del contraente predisponente la possibilità di recedere in casi diversi da quelli espressamente previsti dalla legge⁵⁶⁰ o di sospendere unilateralmente l'esecuzione del contratto. Tale categoria di clausole, determinando uno squilibrio negoziale in favore del contraente predisponente, meritano la collocazione tra le clausole vessatorie di cui alla disposizione in esame⁵⁶¹, a nulla rilevando che le medesime facoltà siano accordata anche nei confronti del contraente aderente⁵⁶². Tale clausola solleva la questione del rapporto con la fattispecie risolutoria, ed in particolare con la figura della clausola risolutiva espressa. Essa integra la pattuizione con la quale i contraenti convengono espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite. Con riferimento a tale istituto si è ritenuto in alcune pronunce di merito che il predisponente avrebbe comunque potuto agire in giudizio proponendo una domanda di risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c. e che pertanto tale clausola non potesse essere assoggettata agli oneri formali della doppia sottoscrizione di cui all'art. 1341, comma 2 c.c., escludendone pertanto la vessatorietà⁵⁶³.

Le clausole che prevedono decadenze rappresentano quelle particolari condizioni che collegano il prodursi di un effetto giuridico al soddisfacimento di un onere. Tali clausole rimandano implicitamente alla disciplina contenuta all'art. 2965 c.c., secondo cui è nullo il patto con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile a una delle parti l'esercizio del diritto. Il *punctum dolens* cui dottrina e giurisprudenza hanno tentato di dare una risposta concerne il *discrimen* tra un termine decadenziale⁵⁶⁴ convenzionale inammissibile in quanto rende eccessivamente gravoso l'esercizio

560 V. gli artt. 1372 c.c. e ss. e 1460 c.c. e ss.

561 Cfr., in tal senso, C.M. BIANCA, «Condizioni generali di contratto», I, in *Enc. giur. Treccani*, cit., p. 5. V. anche Cass., 8 ottobre 1968, n. 3161, in *Foro it.*, I, 1969, c. 383; Cass., 29 gennaio 1976, n. 275, che ha escluso la necessità della specifica approvazione per iscritto della clausola attributiva della facoltà di recesso per giusta causa al prestatore d'opera intellettuale in quanto facoltà espressamente riconosciuta dalla legge.

562 Considerando lo squilibrio tra le parti al momento del perfezionamento del contratto, la conclusione inversa darebbe la stura ad una sopraffazione del contraente economicamente più debole. In tal senso v. S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1996, p. 381.

563 Cass., 8 gennaio 1992, n. 126; Contra, S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, cit., p. 380; C.M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto*, cit., p. 5, secondo i quali è opportuno predicare la vessatorietà in quanto il contraente predisponente è posto nelle condizioni di sciogliere unilateralmente il contratto anche a fronte di inadempimenti di scarsa importanza.

564 Per l'inquadramento di tale specifica categoria di clausole onerose v. in tal senso, C.M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto*, cit., p. 355.

di un diritto ex art. 2965 cod. civ. ed una clausola che fissi una decadenza ammissibile condizionata all'onere formale della specifica approvazione per iscritto. In particolare, l'orientamento prevalente suggerisce una valutazione oggettiva del singolo caso concreto, che prescindendo dall'*animus* soggettivo dei contraenti e che tenga conto del tipo e della natura giuridica del negozio da porre in essere⁵⁶⁵.

A titolo meramente esemplificativo, sempre con riferimento al contratto di assicurazione, integrano la tipologia di clausole in esame quelle che escludono il risarcimento del danno in favore dell'assicurato che dichiari cose inesistenti al tempo di verifica del sinistro⁵⁶⁶.

Passando alla quarta tipologia di clausole tassativamente vessatorie ex art. 1341 comma 2 cod. civ., le clausole che frappongono limiti alla possibilità per l'aderente di opporre eccezioni al contraente predisponente riducono dal punto di vista processuale l'operatività del contraente aderente aggravandone pesantemente la posizione processuale. Emblematica a tal proposito è la c.d. clausola *solve et repete*, la quale subordina la possibilità per l'aderente di opporre eccezioni al previo adempimento della relativa prestazione. È pacificamente ricondotta a tale sub categoria di clausole vessatorie, la clausola in forza del quale il predisponente esclude la possibilità per l'aderente di sollevare l'eccezione "*inadimplenti non est adimplendum*" a fronte dell'inadempimento della controparte di un contratto sinallagmatico che agisca in giudizio per ottenere il soddisfacimento delle proprie ragioni creditorie. A contrario, non sono qualificate come vessatorie quelle clausole che operano sul piano sostanziale⁵⁶⁷ e non processuale, concernendo il diritto sostanziale

565 Cass., 1° aprile 1974, n. 926, in *Rep. FI*, 1974, voce *lavoro (rapporto)*, n. 295; l'eccessiva difficoltà dell'esercizio del diritto deve essere valutata principalmente in relazione ad un criterio temporale, senza che abbia rilevanza, peraltro, l'accertamento dell'eventuale malafede di una delle parti, avendo tale criterio un carattere oggettivo. Vi è chi propone, a tale riguardo, un'interpretazione, il più possibile, estensiva dell'art. 2965 c.c., non indicando l'espressione "*eccessivamente difficile*", in esso contenuta, una effettiva impossibilità, ma una «difficoltà che oltrepassa in modo significativo quella collegata al normale esercizio del diritto». Da tale interpretazione estensiva deriverebbe, naturalmente, una forte compressione dell'ambito di operatività dell'art. 1341, comma 2 c.c., che spiegherebbe la sua efficacia soltanto in un numero relativamente limitato di casi.

566 Cass., 10 gennaio 1980, n. 197, in *Giur. it.*, I, 1980, p. 1046, che considera vessatoria la clausola che collega ad un mancato comportamento dell'assicurato, successivo al sinistro ed estraneo al rischio assicurato, l'estinzione del diritto all'indennizzo già sorto con l'evento. V. anche Trib. Torino, 31 marzo 1956, in *Fpad*, I, 1958, p. 184; Trib. Venezia, 21 giugno 1978, in *Ass.*, 2, 1979, p. 46.

567 Con riguardo a tale specifica tipologia di clausole onerose v. Cass., 5 ottobre 1976, n. 3272, in *Foro it.*, I, 1976, c. 2691, con nota di A. LENER, *Condizioni generali di contratto, clausola solve et repete e tutela dalla prevaricazione*. Secondo il S. C., "*deve essere specificamente approvata per iscritto non soltanto la clausola (solve et repete), con cui si stabilisce che la parte non può opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta, ma anche quella che vieta di promuovere azioni intese ad ottenere l'adempimento della con-*

della parte del rapporto contrattuale: si pensi, in materia di contratto di locazione, alla clausola che escluda per l'aderente il conseguimento di un'indennità per i miglioramenti arrecati alla *res* durante l'esecuzione del rapporto negoziale; a tal proposito, si rileva che una siffatta clausola incida non tanto sulla posizione processuale dell'aderente, quanto più nel senso di limitare il proprio diritto sostanziale, esulando dall'applicazione dell'art. 1341 comma 2 cod. civ. Con riferimento poi alla clausola penale, quantunque essa produca l'effetto processuale di impedire alla parte di provare che il danno sia inferiore al *quantum debeatur* a titolo di penale, essa tendenzialmente non si considera come clausola vessatoria⁵⁶⁸.

Con specifico riguardo alle clausole che fissano restrizioni alla libertà di contrarre con i terzi, la norma si riferisce a quelle condizioni che comprimono l'autonomia negoziale dell'aderente nel perfezionamento di negozi giuridici con i terzi, nella determinazione del contenuto dei suddetti accordi o nella scelta dei contraenti con cui stipulare i contratti. Esemplificando la categoria di condizioni generali di contratto in esame, si può far riferimento ai divieti di alienazione, quantunque a tempo determinato, i c.d. prezzi imposti – *rectius*, le clausole che impongano all'aderente di rivendere determinati beni ad un prezzo unilateralmente fissato dal contraente predisponente –, i patti di non concorrenza, i patti di prelazione e financo quelli che conferiscono al predisponente la facoltà di rinnovo o di proroga del contratto⁵⁶⁹.

Proseguendo l'analisi delle condizioni generali di contratto tassativamente vessatorie ai sensi dell'art. 1341 comma 2 cod. civ., particolare rilevanza acquistano in tale contesto quelle che producono come effetto una proroga tacita od una rinnovazione del contratto in mancanza di una dichiarazione contraria dell'aderente⁵⁷⁰.

Si fanno comunemente rientrare in tale categoria quelle clausole che, ampliando la previsione normativa in tema di proroga o di rinnovazione tacita, fissano un termine più lungo per il preavviso della disdetta o prevedono uno

troparte prima di eseguire la propria prestazione, in quanto diretta allo scopo di assicurare la priorità temporale del soggetto gravato della clausola”.

568 V. A. MARINI, «In tema di approvazione specifica per iscritto della clausola penale», in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 550 ss. Per una panoramica delle differenti posizioni espresse, si v. M. PERSICO, «La clausola penale», in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2, 1996, p. 75 ss.

569 Cfr. C. M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto*, cit., p. 6. In giurisprudenza, si v. Cass., 29 marzo 1977, n. 1214, in *Giust. civ.*, 1, 1977, p. 1399, con nota di Z.O. ALGARDI, *Brevi note in tema di approvazione scritta del patto di non concorrenza*; Trib. Milano, 26 settembre 1977, in *Fpad.*, 1, 1977, p. 362; Cass., 17 gennaio 1979, n. 337, in *Archivio locaz.*, 1979, p. 41, esclude che possa farsi rientrare tra le clausole onerose quella che stabilisce il divieto di sublocazione.

570 Cfr. Corte App. Napoli, 2 maggio 1970, in *Dir. giur.*, 1970, p. 549; Cass., 16 giugno 1976, n. 2266, in *Rep. FI*, 1976, voce *contratto in genere*, n. 117, in riferimento alla c.d. clausola di riscrittura, contenuta in un contratto di scrittura artistica, considerata onerosa in quanto l'artista si obbliga a fornire le proprie prestazioni anche per la stagione successiva

specifico requisito formale per la stessa. Secondo una parte della letteratura, tali particolari clausole si considerano vessatorie quand'anche presentino il requisito della bilateralità, in quanto si tratta comunque di condizioni che il predisponente pone a proprio vantaggio, sebbene possa avvantaggiarsene anche il contraente aderente.

Vi sono poi le clausole compromissorie in forza delle quali si demandano agli arbitri, giudici privati la cui giurisdizione è fissata di comune accordo tra le parti, la risoluzione di determinate controversie tra il predisponente e l'aderente o tra quest'ultimo ed i terzi. Le condizioni generali di contratto che derogano alla competenza dell'autorità giudiziaria derogano le norme relative alla giurisdizione o alla competenza per territorio dei giudici, stabilendo un foro diverso da quello competente per legge o limitando la scelta tra fori alternativamente previsti dalle norme processuali. Un particolare questione controversa in letteratura concerne la clausola compromissoria per la quale si prevede *ex lege* la forma scritta *ad substantiam* ex art. 808, comma 1 c.p.c.: in particolare ci si è chiesti se tale clausola sia da includere tra quelle onerose anche quando preveda la sottoposizione di eventuali liti all'arbitrato libero od irrituale. Una prima impostazione di natura negativa si fonda sull'essenza prettamente contrattuale della decisione demandata agli arbitri, i quali opererebbero quali mandatari delle parti in lite. Si sostiene, seguendo il suddetto orientamento, che proprio la natura contrattuale della decisione degli arbitri non sarebbe di per sé idonea a derogare le regole sulla competenza giudiziaria previste dalla legge⁵⁷¹. Per contro, vi è chi sostiene che la decisione degli arbitri, pur vantando una natura certamente contrattuale, postuli comunque una sorta di rinuncia abdicativa dell'aderente alla tutela giurisdizionale in senso stretto, che giustificerebbe l'assoggettamento di tale specifica clausola agli oneri formali di cui all'art. 1341, comma 2 c.c.⁵⁷².

Trattando poi della natura giuridica delle clausole derogatorie della giurisdizione del giudice italiano, l'orientamento più risalente in letteratura ed in giurisprudenza le collocava tra quelle vessatorie, richiedendo per esse il soddisfacimento dell'onere formale della doppia approvazione per iscritto. Nella sostanza tale impostazione valorizzava la natura eminentemente processuale della clausola *de qua*, la quale era ritenuta valida solo in quanto specificatamente approvata per iscritto dal contraente aderente. Tale impostazione

571 In senso negativo, Cass., 20 ottobre 1965, n. 2157, in *Rep. FI*, voce *arbitrato*, n. 40; Cass., 15 giugno 1979, n. 3373, in *Giur. it.*, 1, 1979, p. 236; Trib. Milano, 10 ottobre 1972, in *Giur. it.*, 1, 1974, p. 71; Corte app. Milano, 13 luglio 1976, in *Mon. Trib.*, 1976, p. 535.

572 La più convincente tesi contraria ha argomentato nel senso della non impugnabilità del lodo arbitrale irrituale per *error iuris* e nel senso della limitazione del potere di impugnativa per manifesta iniquità al caso di dolo degli arbitri, dimostrando con ciò come anche l'arbitrato irrituale integri una rinuncia, sebbene parziale, alla tutela dinanzi agli organi di giustizia ordinari. Lo ricorda S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, cit., p. 390. Ammette l'impugnazione del lodo arbitrale irrituale per errore di diritto E. FAZZALARI, *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Digesto civ.*, vol. I, Torino, 1987, p. 406.

è stata superata da quanti hanno ritenuto che tale clausola presenterebbe una natura negoziale, e di conseguenza sarebbe sottratta all'applicazione dell'onere della doppia sottoscrizione. Per concludere questa scorsa panoramica sull'elencazione tassonomica delle condizioni generali di contratto aventi carattere vessatorio ex art. 1341, comma 2 c.c., è opportuno sottolineare come sono sottratte all'applicazione del suddetto onere formale quelle clausole onerose e squilibranti che fissano un luogo di adempimento dell'obbligazione differente rispetto a quello fissato ex lege: quantunque tali clausole incidano indirettamente sul foro competente a decidere eventuali controversie, si ritiene che esse riguardino l'elemento sostanziale del rapporto negoziale.

Conclusa l'analisi sull'elencazione tassonomica di cui all'art. 1341 c.c. comma 2, contenente le condizioni generali di contratto avente ex lege natura vessatoria, occorre svolgere talune puntualizzazioni sugli oneri formali fissati in materia dal legislatore del 1942, al fine di curarne nel proseguo della presente trattazione l'aspetto comparativo rispetto ai canoni della trasparenza nei contratti del consumatore, evocati dalla *direttiva 93/13/CEE* a cui è stata data attuazione con la disciplina settoriale del Codice del Consumo.

6.1. Gli oneri imposti

La pratica commerciale scorretta, in tali casi, può manifestarsi proprio per la presenza delle condizioni generali di contratto unilateralmente poste dal predisponente e qualificate ex lege come vessatorie ex art. 1341, comma 2 c.c., le quali, comunque, sono valide ed efficaci in quanto soddisfino, per l'appunto *ad validitatem*, il requisito formale della specifica approvazione per iscritto.

Il primo problema su cui la letteratura e la giurisprudenza si sono interrogate riguarda le modalità attuative dell'onere formale in parola. Di riflesso, dottrina e giurisprudenza si sono altresì interrogate sugli effetti del mancato assolvimento del requisito formale: in particolare, ci deve domandare se dalla mancata specifica approvazione per iscritto delle condizioni generali di contratto vessatorie ex art. 1341, comma 2 c.c. derivi la nullità o l'inefficacia della clausola, vagliando le differenti conseguenze che la risoluzione di tale interrogativo può produrre sulle sorti dell'intero contratto.

Il requisito formale previsto dal codice del 1942 richiede una specifica approvazione per iscritto recante la sottoscrizione della dichiarazione di accettare il vincolo derivante dalle condizioni generali di contratto vessatorie: si tratta di una sottoscrizione ulteriore rispetto a quella apposta dall'aderenza in calce all'intero regolamento negoziale⁵⁷³. Occorre, peraltro, che il conte-

573 Cass., 29 gennaio 1970, n. 201, in *Rep. FI*, 1970, voce obbligazioni e contratti, n. 1486; Cass., 29 dicembre 1970, n. 2773, in *Foro it.*, I, 1971, c. 980; Cass., 8 luglio 1971, n. 2186, in *Rep. FI*,

nuto della dichiarazione di accettazione individuati chiaramente e secondo criteri di intelligibilità, il contenuto delle clausole onerose di guisa che consti la certezza circa la conoscibilità da parte dell'aderente della portata sostanziale di tali clausole. In taluni, e per la verità, isolati casi si è ritenuto sufficiente l'utilizzo di un rimando numerico⁵⁷⁴ *per relationem* alla singola condizione generale di contratto onerosa, anche se più propriamente si è ritenuto, in una logica di maggior tutela dell'aderente, integrato il requisito formale solamente mediante la sottoscrizione della dichiarazione contenente non solo il rinvio numerico alla singola clausola ma anche ma anche il suo specifico contenuto vincolante. Sempre operando secondo una logica di maggior tutela nei confronti del contrante aderente, si è via via consolidato l'orientamento teso a richiedere che la dichiarazione di approvazione contenga ogni singola clausola e di conseguenza anche il suo specifico contenuto.

Se risulta ormai consolidato il contenuto di tale specifico onere della c.d. doppia sottoscrizione previsto per le condizioni generali di contratto vessatorie – per cui non è sufficiente un'unica sottoscrizione del regolamento contrattuale comprensivo delle clausole vessatorie richiamate nella dichiarazione di accettazione, né il mero richiamo alle suddette clausole mediante il richiamo numerico senza alcuno riferimento al loro oggetto – rilevante risulta la questione relativa alla qualificazione giuridica di tale onere ed alle conseguenze sulle sorti del contratto nell'ipotesi della sua violazione. Secondo una prima impostazione risalente della Suprema Corte⁵⁷⁵, l'onere formale di cui all'art. 1341 comma 2 c.c. integrerebbe un requisito di forma *ad substantiam*⁵⁷⁶, la cui violazione produrrebbe una forma di nullità, che formerebbe oggetto di un'eccezione in senso lato opponibile anche dal proponente e rilevabile *ex officio* dal giudice. In questa prima *tranche* di pronunce veniva lambito anche il tema delle sorti del regolamento contrattuale per effetto dell'accertata nullità della clausola onerosa che non fosse specificatamente approvata per iscritto: in particolare, secondo l'impostazione in esame, in tale fattispecie trovava applicazione la disciplina di cui all'art. 1419 comma 1 c.c.,

1970, voce contratto in genere, n. 702; Cass., 9 maggio 1975, n. 1789, in *Rep. FI*, 1975, voce contratto in genere, n. 61; Cass., 5 ottobre 1976, n. 3272, in *Foro it.*, I, 1976, c. 2621, Cass., 20 febbraio 1978, n. 803, in *Arch. civ.*, 1978, p. 887 ss.; Cass., 3 marzo 1980, n. 1415, in *Rep. FI*, 1978, voce contratto in genere, n. 552; Cass., 14 ottobre 1981, n. 5394, in *Rep. FI*, 1981, voce contratto in genere, n. 620;

574 Cass., 9 ottobre 1976, n. 3361, in *Rep. FI*, 1976, voce contratto in genere, n. 668; Cass., 3 ottobre 1980, n. 5368, in *Rep. FI*, 1980, voce contratto in genere, n. 604.

575 Cass., Sez. Un., 11 novembre 1974, n. 3508, in *Giust. civ.*, I, 1974, p. 1469 ss. e in *Riv. dir. comm.*, 2, 1975, p. 202 ss. In tal senso, in dottrina si v. G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995, p. 189. Nello stesso senso, in merito alle alienazioni di beni di interesse storico senza il rispetto delle condizioni di legge, Cass., 24 maggio 2005, n. 10920, in *Foro it.*, I, 2006, c. 1880; e Cass., 26 aprile 1991, n. 4559, in *Mass. giur. it.*, 1991.

576 A. GENOVESE, *Le Condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, p. 232; M. DOSSETTO, voce «Condizioni generali di contratto», in *Noviss. dig. it.*, vol. III, Torino, 1959, p. 1112 ss.

con la conseguente nullità dell'intero contratto qualora risultasse che le parti non lo avrebbero concluso in mancanza della clausola affetta da nullità. Tale impostazione fu oggetto di aspre critiche in letteratura, soprattutto ad opera di quanti ritenevano che il rinvio all'applicazione della normativa in tema di nullità consentisse al predisponente di farne uso processuale a proprio vantaggio, con ciò violando la *ratio* dell'onere formale previsto dalla normativa in esame, ovvero la tutela dell'aderente dagli abusi perpetrati dal predisponente attraverso la modalità contrattuale standardizzata⁵⁷⁷. Se si tratta di una normativa prodromica e funzionale alla tutela della parte aderente contro gli eccessi, la sopraffazione e gli abusi del predisponente, ne consegue che di tale forma di tutela e di protezione possa giovare solo ed esclusivamente la parte aderente. Secondo un ulteriore orientamento affermatosi in letteratura⁵⁷⁸, non vi sarebbero dubbi circa il fatto che l'art. 1341, comma 2 c.c. sia una norma posta a tutela del contraente aderente, ma dalle *littera legis* in esame non può derivare una forma di tutela che si estenda alla legittimazione ad agire in giudizio, con l'ulteriore conseguenza della totale estromissione del contraente predisponente e con il venir meno della rilevanza *ex officio*. Pertanto, si tratterebbe di una forma di tutela che attiene, non tanto alla limitazione della legittimazione ad agire per far valere tale nullità, quanto al momento genetico formativo dell'accordo. Dall'applicazione della disciplina dell'art. 1419, comma 1 c.c. deriverebbe dunque un effetto contrario, e quasi paradossale, rispetto alla *ratio* di tutela del contraente aderente: in particolare, si ritiene che il riferimento alla volontà delle parti sussunto nella *littera legis* dell'art. 1419, comma 1 c.c. sia da considerarsi in senso disgiuntivo; ne deriva che, il predisponente, provando in giudizio che non avrebbe concluso il contratto senza la clausola vessatoria di cui si rileva la nullità, potrebbe ottenere la caducazione dell'intero regolamento contrattuale.

Passando all'analisi della seconda impostazione affermatasi sul punto in letteratura, vi è chi ritiene che il mancato soddisfacimento dell'onere formale della doppia sottoscrizione ex art. 1341, comma 2 c.c. non dia luogo ad una forma di nullità – come tale rilevante ai sensi dell'art. 1419, comma 1 c.c., con la possibilità di dar luogo alla caducazione dell'intero regolamento contrattuale, qualora si dimostri che si tratti di clausola essenziale – quanto piuttosto ad una forma di inefficacia che colpisca la singola condizione generale di contratto onerosa. Si sottolinea a tal proposito come l'espressione utilizzata dal legislatore al secondo comma dell'art. 1341 c.c. "*non hanno effetto*" fa riferimento al piano delle conseguenze e non a quello delle cause che le

577 G.B. FERRI, «Nullità parziale e clausole vessatorie», in *Rdcomm.*, 1977, I, p. 11 ss.; in particolare si vedano le tesi già espresse da A. DE MARTINI, «Contratti per adesione e approvazione specifica delle clausole vessatorie», in *Giur. Cass. civ.*, 3, 1948, p. 1095 ss.; A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954; M. DOSSETTO, *Condizioni generali di contratto voce del Noviss. Dig.*, Torino, 1959, p. 1112 ss.

578 G. DE NOVA, «Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto», in *Rdciv.*, 2, 1976, p. 480 ss.

producono. Ciò posto, ne deriva che il negozio nullo è certamente inefficace ma non vale in assoluto il contrario. Sotto il profilo strettamente formale, tale impostazione rammenta come sarebbe errato far discendere dall'inefficacia per violazione del requisito formale della doppia sottoscrizione la nullità della clausola onerosa, con possibilità di incidere dunque sulla stabilità dell'intero regolamento negoziale. Se ne ricava che le condizioni generali di contratto non specificatamente approvate per iscritto non entrerebbero a far parte del regolamento negoziale, bensì ne rimarrebbero ad esso esterne e, in definitiva, che l'onere formale di cui all'art. 1341, comma 2 non integri un requisito previsto *ad substantiam* bensì una condizione di efficacia di natura formale per l'operatività della clausola onerosa⁵⁷⁹. A sostegno di tale impostazione, si sottolinea che il requisito formale della doppia sottoscrizione opera anche nel caso in cui sia prevista per il contratto la forma scritta *ad substantiam* ex art. 1350 c.c.: l'osservazione della prescrizione relativa alla forma scritta prevista *ex lege* per la forma del contratto non comporta l'automatica conseguenza dell'efficacia delle singole clausole vessatorie non specificatamente approvate per iscritto.

6.2. Effetti del contratto concluso mediante clausole unilateralmente predisposte e profili di tutela

Riprendendo le fila del discorso sui vantaggi connessi a tale speciale modalità di conclusione dell'accordo negoziale, il contratto concluso mediante clausole unilateralmente predisposte dal contraente, sacrificando o comunque comprimendo la fase delle trattative negoziali, riduce fortemente i tempi necessari ad addivenire alla conclusione del contratto⁵⁸⁰; ma non si tratta dell'unico vantaggio da ricollegare a tale speciale modalità di contrattazione, quantunque sia il più evidente e percepibile all'esterno: in particolare, il contratto unilateralmente predisposto consente l'abbattimento dei costi di negoziazione e, ampliando l'indagine sui principi costituzionali che si riflettono sul diritto civile, dà piena attuazione al principio di uguaglianza, parificando la posizione contrattuale di ogni potenziale cliente – non individuabile aprioristicamente – dinanzi alle regole del giuoco unilateralmente poste dal predisponente. L'ampia gamma di vantaggi così delineati consente a tale forma di contrattazione standardizzata il superamento del vaglio di meritevolezza degli interessi in gioco. In virtù della disciplina posta dal legislatore

579 Se il connubio dato dalla volontà e dall'intesa contrattuale vertente sulle clausole onerose non si forma, più che di difetto di una forma scritta *ad substantiam* dovrà più correttamente parlarsi di assenza del consenso, di modo tale che sulle clausole onerose non potrà essersi raggiunto l'accordo. In tal senso, v. F. VENOSTA, «Condizioni generali vessatorie, forma della ratifica e nullità parziale del contratto», in *Banca borsa*, 1, 1990, p. 646.

580 A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954; C.M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto* (dir. civ.), in Enc. giur., VII, Roma, 1988, p. 2.

del '42, le condizioni generali di contratto unilateralmente predisposte producono effetto a condizione che risultino conosciute o conoscibili mediante l'ordinaria diligenza, al momento della conclusione del contratto. Tuttavia, erano noti al legislatore i rischi di abuso del contraente predisponente che poteva approfittare della soggezione dell'aderente, a prescindere dallo *status*⁵⁸¹ da quest'ultimo rivestito, e per tale ragione sono state previste alcune forme di tutela, come ampiamente esposto nell'analisi preliminare della normativa.

Nello specifico, si è stabilito che qualora il predisponente inserisca unilateralmente nel contratto una clausola vessatoria – in quanto rientrante nell'elencazione tassonomica di cui all'art. 1341, comma 2 c.c. – tale clausola sarà improduttiva di effetti giuridici, a meno che non sia soddisfatto l'onere della specifica approvazione per iscritto⁵⁸². Si tratta di un profilo di tutela avente carattere eminentemente formale funzionale alla tutela del contraente aderente contro l'onerosità di talune clausole unilateralmente inserite dal predisponente nel contenuto del regolamento negoziale. L'abuso architettato dal contraente predisponente, oltre a perpetrarsi mediante l'inserimento nel contenuto negoziale di clausole onerose in quanto vessatorie, può concretizzarsi financo nell'elaborazione di clausole c.d. ambigue di cui sia controversa l'esatta interpretazione protettiva⁵⁸³: nella suddetta ipotesi, l'aderente potrà agire in giudizio affinché l'interprete provveda all'attribuzione, con riferimento alla clausola controversa, di un significato protettivo fondato su di un'interpretazione favorevole all'aderente e contrario all'interesse del predisponente, secondo quanto statuito dall'art. 1370 c.c.: anche quest'ultima norma sarà utilizzata quale *tertium comparationis* nell'indagine volta ad individuare i rapporti intercorrenti tra l'impianto generale del codice civile e le regole specialistiche di cui al Codice del consumo. Ciò che preme rilevare è che sia nell'ipotesi di clausola onerosa sia in quella di clausola polisemica, il sistema rimediale accordato dal codice del '42 prescinde totalmente dallo statuto soggettivo del contraente aderente, non rilevando la sua qualifica-

581 N. IRTI, «Scambi senza accordo», in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 352.; P. BONFIGLIO, *L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 1469-bis cod. civ.*, nota a Corte cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Nuova giur. civ.*, 1, 2003, p. 178; A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, cit., p. 21; A. GENOVESE, «Sulla specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie», in *Obbl. e contr.*, 2005, p. 215 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 17 marzo 1998, n. 2849, in *Corr. giur.*, 5, 1998, p. 511 ss.

582 In generale, sul punto, P. ZANCHI, «Presunzione, onere della prova e giudizio di vessatorietà delle clausole contrattuali», in *Giur. it.*, 4, 2018, p. 848 ss.

583 In tal senso v. di A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, vol. II, Torino, 2015, p. 601; M. CASSOTTANA, «Il problema dell'interpretazione delle condizioni generali di contratto», in C.M. BIANCA (a cura di), *Le condizioni generali di contratto*, vol. I, Milano, 1979, p. 123; C. DONISI, *In tema di interpretazione delle condizioni generali di polizza*, in *Ass.*, 2, 1979, p. 60; V. RIZZO, *Condizioni generali di contratto e predisposizione normativa*, Napoli, 1983, p. 306; A. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, cit., p. 24 ss.; G. CHINE', «Contrattazione standardizzata», in M. BESSONE (diretto da), *Il contratto in generale*, vol. VIII, Torino, 2000, p. 556.

zione soggettiva alla stregua di professionista o consumatore, categorie invece evocate dalla normativa di matrice comunitaria che rispetto all'impostazione tradizionale codicistica rappresenta uno *jus superveniens*⁵⁸⁴ che ha determinato, nella disciplina in esame, uno stravolgimento anche di natura assiologico-valoriale. Presupposto di tale nodo tematico connesso ai profili di crisi e decadenza della disciplina dell'art. 1341 c.c. è la *ratio* della disciplina in esame funzionale ad approntare una tutela avverso il rischio di abuso dello strumento della predisposizione unilaterale di condizioni generali di contratto vessatorie o polisemiche, prescindendo totalmente dagli statuti soggettivi del rapporto negoziale considerato.

Vi è chi in letteratura, a più riprese, ha considerato talvolta la progressiva inidoneità – parallelamente allo sviluppo del mercato ed alle nuove tecniche di commercializzazione – della disciplina sulle c.d. condizioni generali di contratto quale strumento volto alla repressione di forme di abuso da parte del contraente predisponente nella redazione di testi contrattuali di carattere uniforme ed utilizzabili nella contrattazione con una pluralità indifferenziata di potenziali clienti. Nello specifico si è acutamente osservato che qualora si tratti di beni o servizi di stretta necessità per l'aderente, quest'ultimo sarebbe senza dubbio disposto ad accettare il rischio dell'inserimento nel regolamento negoziale di clausole onerose o polisemiche che fissino per quest'ultimo condizioni altamente svantaggiose⁵⁸⁵.

Un altro limite ravvisato dalla letteratura e dalla giurisprudenza – anche di merito – è rappresentato dall'elencazione tassativa contenuta al comma 2 dell'art. 1341 c.c.: si ritiene infatti che tale contenuto, tassonomicamente fissato dal codice, in quanto idoneo a introdurre un requisito di natura formale, sia soggetto a stretta interpretazione, in quanto la specifica approvazione per iscritto – che evoca il principio della c.d. doppia sottoscrizione delle c.d. condizioni generali di contratto – assurge a deroga ed eccezione al più generale principio della libertà delle forme⁵⁸⁶. La diretta conseguenza di tale assunto è stato il moltiplicarsi di casi di clausole che, quantunque esprimessero un contenuto particolarmente gravoso ed oneroso per l'aderente, non rientravano nell'elenco tassativo delle clausole vessatorie di cui all'art. 1341, comma 2 c.c. e dunque venivano considerate dall'ordinamento pienamente valide ed efficaci

584 Sul punto, si v. F. ASTONE, *Ambito di applicazione soggettiva. La nozione di «consumatore» e «professionista»*, in G. ALPA, S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Art. 1469-bis - 1469-sexies*, Milano, 2003, p. 139 ss.; L. GATT, *L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie*, in *Giust. civ.*, 5, 1998, p. 2341 ss.; L. GATT, «Ambito soggettivo di applicazione della disciplina sulle clausole vessatorie. Il consumatore ed il professionista», in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999, p. 100 ss

585 A. GENOVESE, *Sulla specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie*, cit., p. 213.

586 Sullo specifico punto, F. LEONI, «Condizioni generali di contratto», in *Studium Iuris*, 5, 2003, p. 638.

anche senza il soddisfacimento dell'onere formale della doppia sottoscrizione: esse infatti entravano a far parte del contenuto del regolamento negoziale unilateralmente posto dal contraente predisponente attraverso il solo soddisfacimento del requisito della conoscenza e/o della conoscibilità oggettiva di cui al primo comma della norma in esame. Se dalla lettura della norma, *prima facie* sembrerebbe porsi nei confronti dell'aderente un'alternativa secca tra il rifiuto dell'adesione ad un contratto per lui "oneroso" ed una stipulazione mediante specifica sottoscrizione di clausole vessatorie, vi è chi ha osservato che tale forma di *aut aut* tende a perdere i connotati di rigidità in quanto su tale modalità di contrattazione influiscono in modo condizionante i caratteri del mercato: accade spesso, infatti, che il bene provenga da un predisponente che si presenta quale operatore in regime di monopolio sul mercato, riducendo, se non facendo scomparire, la logica dell'*aut- aut* sopra menzionata. Venendo ad un aspetto di carattere eminentemente psicologico, si rileva che in tale frangente si crea in capo all'aderente una forte spinta motivazionale che trae origine dalla scelta di tutti i clienti che si sono già vincolati a quel specifico contratto *standard* e di cui, con ogni probabilità, ne continueranno l'esecuzione.

Ed in particolare ciò appare tanto più vero nel contesto digitale, dove le condizioni generali di contratto (*recte*: la velocità imposta dalla realtà digitale all'accettazione da parte dell'utente) sembrano ancor più insidiose della libertà negoziale dell'utente consumatore.

Con precipuo riguardo alla tutela di natura ermeneutico-interpretativa, ad ogni modo, il criterio ex art. 1370 c.c. fissato dal legislatore con riferimento alle condizioni generali di contratto che diano luogo ad una fattispecie polisemica, anche in riferimento a tale precetto si possono riconnettere taluni rischi: in particolare, tale norma postula la corretta comprensione della clausola ambigua, di modo tale che, in caso di inesatta comprensione nella sua completezza, si potrebbe generare un'interpretazione in *favor* dell'aderente che non abbia tuttavia la capacità di soddisfare appieno l'interesse perseguito da quest'ultimo. E' certamente anche la rilevazione di tali aspetti critici connessi alla disciplina delle condizioni generali di contratto che ha gettato le basi per la nuova disciplina di stampo comunitario che trova ampia espressione nella *Dir. 93/13/CEE*⁵⁸⁷, che ha fatto ingresso nell'ordinamento italiano prima con gli artt. 1469-*bis* e ss. e poi gli artt. 33 ss. del Codice del Consumo, certo più efficace della normativa codicistica – anche nel contesto digitale, rispetto al quale comunque non sono mancate novelle e modifiche normative – e che comunque comporta un affiancamento fra normativa codicistica (ordinaria) e consumeristica (speciale), senza abrogarla.

587 A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2017, p. 15 ss.; S. KIRSCHEN, «Commento all'art. 3, 1° comma, lett. A», in G. ALPA, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005, p. 46 ss.; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2014, p. 33 ss.; L. DELOGU, «Nozione di consumatore. Consumatore e professionista: il lavoratore dipendente dinanzi al suo difensore», in *Giur. it.*, 2018, p. 854 ss.

In particolare, in contrasto alle rigidità provenienti dall'elencazione tassativa di cui all'art. 1341, comma 2 c.c., si è introdotta una clausola generale di abusività, in forza del quale il singolo patto, ancorché non astrattamente riconducibile al suddetto elenco, viene qualificato *ex lege* come vessatorio qualora determini – *rèctius*, sia, in potenza, in grado di determinare – un significativo squilibrio tra diritti ed obblighi gravante sul contraente consumatore. In tale contesto si è addivenuti ad una forma di tutela che non ha più i crismi della formalità ma che è ispirata a logiche di natura sostanziale contro la natura vessatoria delle singole clausole. Nello specifico, il legislatore del 2005, in attuazione della direttiva comunitaria in materia di clausole abusive, ha introdotto la regola secondo cui è possibile superare la presunzione *iuris tantum* di vessatorietà dimostrando che la singola clausola che si presume vessatoria sia stata oggetto di una specifica fase di trattativa individuale tra il predisponente ed il consumatore. Con riferimento a tale specifico *onus probandi* gravante sul professionista, egli è sarà chiamato a fornire una c.d. *probatio diabolica*, dando contezza dei fatti di aver concretamente attribuito al consumatore il potere di incidere in modo serio, puntuale ed effettivo sul contenuto della singola clausola unilateralmente predisposta⁵⁸⁸. Il legislatore europeo ha inoltre previsto una presunzione *iuris et de iure* di vessatorietà nei confronti della quale non è ammessa la prova per cui la singola clausola è stata oggetto di specifiche trattative. Inoltre, accanto alla regola *dell'interpretatio contra stipulatorem* è stata introdotto l'obbligo di redigere le clausole in modo chiaro e comprensibile, in applicazione del principio di trasparenza delle clausole contrattuali, la cui genesi ed i cui confini applicativi verranno poi trattati in appendice di questa trattazione preliminare al *punctum dolens* che ci si è proposti di trattare.

La suddetta disciplina di matrice comunitaria, non trova applicazione con riferimento a qualsivoglia forma di contrattazione *standard*, ma solamente con riferimento al contratto *standard* soggettivamente qualificato⁵⁸⁹, in quanto perfezionato tra un professionista ed un consumatore ai sensi e per gli effetti dell'art. 3, comma 1, lett. a) e c) del Codice del Consumo⁵⁹⁰. Appare già *prima facie*, come il regime di disciplina previsto dagli artt. 1341 e 1370 c.c.

588 Tra le prime voci sulla rilevanza delle trattative individuali escludenti il controllo di abusività, si v. E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Milano, 1999, p. 60; R. PARDOLESI, «Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?», in *Foro it.*, V, 1994, c. 139; P. SIRENA, «Commento sub art. 1469-ter, 3° comma», in A. PATTI (a cura di), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, p. 935 ss.; A. GENOVESE, *Vessatorietà e abusività delle clausole d'uso*, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 246 ss.

589 È interessante sul punto, la visione d'insieme di M.A. ASTONE, «Diritti dei consumatori e obblighi di informazione tra Direttiva 25 ottobre 2011 n. 83 e D.lgs. 21 febbraio 2014 n. 24. Ambito applicativo: i contratti standard di servizi di assistenza legale», in *Europa e dir. priv.*, 3, 2015, p. 672.

590 S. D'ANDREA, «Contratti standard, contratti del consumatore e Costituzione», in M. RESCIGNO (a cura di), *Autonomia provata, individuale e collettiva*, Napoli, 2006, p. 59.

non viene sostituito *tout court* dalla normativa prevista dal codice del consumo. Infatti, tra le due forme di disciplina non si instaura alcun rapporto di *genus ad speciem* né un modello di regola-eccezione. Pertanto, si potranno avere contratti *standard* cui sia applicabile esclusivamente la disciplina del codice civile ed altri a cui si cumula la disciplina dettata dal codice del consumo, essendo il contraente aderente qualificabile come consumatore. Non va dimenticata un'ulteriore possibile circostanza, la quale si riferisce a quei regolamenti contrattuali interamente posti in via unilaterale da uno solo dei contraenti ma non predisposti mediante la modalità delle condizioni generali di contratto e che pertanto andranno assoggettati alla disciplina del codice del consumo.

In tale contesto appare congruo dar conto di quell'orientamento affermato in letteratura, secondo il quale legislatore sarebbe incorso in una forma di contraddizione⁵⁹¹. Infatti, secondo un'impostazione accreditata in letteratura la disciplina introdotta nel codice del consumo in attuazione della Direttiva n. 93/13/CEE si sarebbe posta come obiettivo quello di colmare i limiti della disciplina relativa alle condizioni generali di contratto, evitando il perpetrarsi di forme di abuso da parte del contraente predisponente del regolamento contrattuale. Tuttavia, con riferimento a questo specifico scopo, il legislatore del 2005 ha introdotto un sensibile limitazione soggettiva, creando una disciplina *ad hoc* che trovasse applicazione esclusivamente con riferimento a quei contratti stipulati tra professionista e consumatore, il quale non va inteso quale generica parte debole del rapporto, ma quale persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta ex art. 3, comma 1, lett. c), c. cons.⁵⁹².

Parte della letteratura ha ravvisato in tale scelta programmatica una deriva del fenomeno della contrattazione standardizzata, tentando quindi – con scarsissimi risultati – di interpretare la suddetta nozione di consumatore in modo da estendere il significato dell'espressione “*persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*”, proponendo la qualificazione come consumatore anche dell'imprenditore che non avesse contratto mediante la stipula di contratti di cessione di beni o servizi con i propri clienti. Il tentativo – drammaticamente fallito – di tale impostazione è stato quello di colmare i *vulnera* della disciplina di cui all'art. 1341 c.c. mediante una forma di elastica estensione del concetto di consumatore, indebita-

591 In merito alle molteplici applicazioni del principio di ragionevolezza nel diritto privato, si v. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 1 ss.; NIVARRA, «Ragionevolezza e diritto privato», in AA. VV., *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica, VII, Ragionevolezza e interpretazione*, Padova, 2002, p. 373 ss.; S. PATTI, «La ragionevolezza nel diritto civile», in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 5 ss.

592 F. MACARIO, «Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale», in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 872 ss.; N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 1105 ss.

mente sovrapposto a quello di contrente aderente del contratto standard unilateralmente posto dal contraente predisponente⁵⁹³. Sempre nella logica di un tentativo di allargamento delle maglie della disposizione contenente la nozione tipica di consumatore, un ulteriore orientamento postula il superamento di tali rigidità mediante una questione di illegittimità costituzionale⁵⁹⁴, ripercorrendo il seguente *iter* logico: se la *ratio* della nuova disciplina è quella di ampliare la tutela in favore del consumatore che si trovi collocato in una situazione di debolezza dinanzi all'imprenditore, l'esclusione di una paritaria tutela in favore di imprenditori e professionisti che si trovano nella medesima situazione di fatto, si porrebbe in evidente contrasto con l'art. 3 della Costituzione. Alla questione di legittimità costituzionale così sollevata dalla giurisprudenza di merito ha fatto seguito il rigetto della stessa da parte della Corte Costituzionale. Ripercorrendo l'iter argomentativo seguito dalla Suprema Corte, il rigetto della questione di legittimità costituzionale troverebbe la sua ragion d'essere oggettiva nella circostanza secondo cui il professionista, quand'anche agisse per scopi estranei alla propria attività professionale, potrebbe comunque fare affidamento su di un certo grado di competenza ed attitudine a qualsivoglia forma di negoziazione⁵⁹⁵. Inoltre, tale scelta sarebbe ispirata ad una logica di armonizzazione minima del diritto privato europeo, rilevato che molte legislazioni nazionali hanno optato per una nozione di consumatore analoga a quella contenuta nel codice del consumo. A tali argomentazioni svolte dalla Corte Costituzionale si è opposto chi ha sottolineato che se tra il professionista ed il consumatore vi è lo spazio per una forma di asimmetria informativa, andrebbe per contro dimostrato che l'imprenditore sia effettivamente dotato della competenza idonea alla negoziazione sul mercato. Vieppiù, essendo stata sollevata un'ulteriore critica alla Consulta, secondo la quale occorre ben distinguere sul piano concreto tra la generica competenza a contrattare e il concreto potere di farlo⁵⁹⁶.

593 P. BONOFILIO, *L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 1469-bis cod. civ.*, cit., p. 181-182.

594 A proposito dell'impiego del principio di ragionevolezza nella giustizia contrattuale, si v. ancora G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 56 ss.

595 Corte Cost., 22 novembre 2002, n. 469, cit., con nota di A. PALMIERI, «Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte costituzionale»; in *Nuova giur. civ.*, 1, 2003, p. 174 ss., e anche con nota di P. VIOLANTE, «L'interpretazione "conforme" della nozione di consumatore», in *Riv. dir. civ.*, 4, 2003, p. 967 ss.

596 P. GALLO, «Meritevolezza dell'interesse e controllo contenutistico del contratto», in G. CONTE, S. LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni: Scritti in onore di Giovanni Furguele*, vol. III, Mantova, 2017, p. 68. Si v., inoltre, H. SCHULTE-NOLKE, C. TWIGG-FLESNER, M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Munchen, 2008, p. 457 e 460-461, dove si pone in rilievo che la legislazione e/o la giurisprudenza di Austria, Belgio, Danimarca, Francia, Grecia, Ungheria, Repubblica Ceca e Slovacchia estendono la disciplina di protezione del consumatore anche a favore delle persone giuridiche.

7. Sull'inefficacia della dichiarazione di pratica commerciale scorretta nel rapporto privatistico, fra ordinamento spagnolo e italiano: riflessione comparata

In chiusura di questo lavoro, appare opportuno soffermarsi su un nodo sistemico cruciale, che incide trasversalmente su tutti i profili analizzati: la relazione – o meglio, la mancanza di automatica relazione – tra l'accertamento di una pratica commerciale scorretta da parte dell'autorità competente e le sorti del contratto concluso tra professionista e consumatore.

In particolare, è necessario chiarire che, tanto nell'ordinamento italiano quanto in quello spagnolo, la declaratoria di scorrettezza di una pratica commerciale non produce automaticamente effetti caducatori sul contratto stipulato tra le parti. A ciò si aggiunge un ulteriore elemento, di natura funzionale: i rimedi apprestati dal sistema di *public enforcement*, affidati alle autorità indipendenti di regolazione del mercato, si rivelano – nella pratica applicativa – di gran lunga più efficaci, incisivi e dissuasivi rispetto ai rimedi di *private enforcement*, azionabili in sede giudiziale dal singolo consumatore.

Questo duplice profilo, teorico e operativo, impone una riflessione articolata. Da un lato, è necessario riaffermare – alla luce della normativa e della giurisprudenza – l'autonomia dell'accertamento amministrativo (*recte*: pubblicistico) rispetto ai rimedi civilistici, anche in caso di pratiche gravemente scorrette. Dall'altro lato, occorre prendere atto del ruolo ormai centrale che il *public enforcement* ha assunto nella tutela del consumatore, specie in contesti digitali, globalizzati e algoritmici, dove la debolezza informativa e contrattuale del consumatore è aggravata dalla complessità strutturale del mercato (oltre che dalla forza economica degli operatori, *c.d.* "over the top").

Nel diritto italiano, come si è cercato di chiarire (ma che in questa sede occorre richiamare) la disciplina delle pratiche commerciali scorrette è contenuta nel Codice del Consumo (d.lgs. n. 206/2005), in particolare negli articoli 19 ss., che vietano ogni condotta ingannevole o aggressiva idonea a falsare il comportamento economico del consumatore medio. L'art. 27 attribuisce all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) il potere di inibire tali pratiche, anche in via d'urgenza, e di irrogare sanzioni pecuniarie fino a cinque milioni di euro. Tuttavia, la legge non prevede alcun effetto automatico sulla validità o efficacia del contratto eventualmente concluso sulla base della pratica scorretta: l'accertamento dell'AGCM ha valore autonomo, non vincolante per il giudice civile, e non produce di per sé l'invalidità del contratto⁵⁹⁷, giusto – d'altronde – il principio ispiratore delle stesse pratiche com-

597 E, similmente, sono occorsi anni perché la giurisprudenza – in seguito ad un dibattito dottrinale e giurisprudenziale amplissimo – pervenisse alla conclusione della nullità parziale

merciali scorrette da parte del legislatore europeo, la separazione fra piano contrattuale e sanzionatorio pubblicistico⁵⁹⁸.

Il Codice del Consumo, all'art. 19, comma 2, lett. a), precisa che la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette "*non pregiudica l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità ed efficacia del contratto*". Questo implica che la sorte del contratto stipulato tra professionista e consumatore resta disciplinata dalle regole ordinarie del Codice civile: vizi del consenso (errore, dolo), nullità per illiceità della causa, inadempimento, responsabilità contrattuale. Il consumatore leso, per ottenere la caducazione del contratto o un risarcimento, deve promuovere dunque un'azione giudiziale autonoma, assumendosi il relativo onere probatorio. La pronuncia dell'AGCM potrà costituire un elemento indiziario rilevante, ma non è né sufficiente né vincolante.

Una simile impostazione è adottata anche nel diritto spagnolo. Il *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (TRLGDCU), riformato dal Real Decreto-ley 24/2021 in recepimento della Direttiva (UE) 2019/2161, ha inserito all'art. 19.2 una disposizione di estrema chiarezza: "*No tienen la consideración de prácticas comerciales las relaciones de naturaleza contractual, que se regirán conforme a lo previsto en el artículo 59*". Il legislatore spagnolo esclude quindi espressamente che le relazioni contrattuali rientrino nell'ambito delle pratiche commerciali, affermando che esse devono essere regolate secondo le norme civilistiche generali. Né si può immaginare una svista sul punto, o interpretare la norma come un *laspsus calami*. Come condivisibilmente chiarito in relazione a tale aspetto, infatti⁵⁹⁹, la norma è stata non solo il frutto della trasposizione della direttiva europea in materia, ma successivamente modificata, e pertanto è chiara l'*intentio legislatoris* di tener distinti i due piani. Sul punto, ad onor del vero l'A. da ultimo citata (in nota) chiarisce che i piani non sono perfettamente distinti: è vero che lo sono i rimedi, ma comunque è proprio tramite il contratto che

del contratto nel peculiare caso delle fideiussioni *omnibus* vietate ai sensi del c.d. "schema ABI". Sul punto si è già detto in precedenza (trattasi della pronuncia di Cass. Sez. Unite, n. 41994, 2021), ma il caso è differente, trattandosi dell'esito di una intesa già dichiarata "nulla ad ogni effetto". Epperò, qualche conclusione si può trarne: infatti, persino in tal caso la fattispecie non ha comportato la nullità totale, ed allora – a maggior ragione – non si può applicare lo strumento di invalidità totale nel caso della pronuncia di pratica commerciale scorretta, stante la mancanza di una normativa espressa in tal senso.

598 Si veda in tal senso la *Relazione sulla cittadinanza 2020, Rafforzare il ruolo dei cittadini e proteggere i loro diritti* della Commissione UE agli organi legislativi, del 15.12.2020; sul punto cfr. inoltre C. FUENTESECA DEGENEFTE, *Prácticas comerciales desleales y validez del contrato: El último inciso del art. 19.2 TRLGDCU*, 2021.

599 C. FUENTESECA DEGENEFTE, *op. cit.*, in particolare p. 25 sulla trasposizione della Direttiva e 27 sugli aggiornamenti normativi; sull'esclusione dell'errore di traduzione, invece, si veda p. 30.

si realizza la pratica commerciale scorretta, sebbene il rimedio sullo scioglimento segua i normali strumenti rimediali, interni allo stato membro⁶⁰⁰.

L'art. 59 TRLGDCU, a sua volta, disciplina gli obblighi formativi e informativi del contratto e richiama la necessità di trasparenza, ma non prevede alcuna automaticità invalidante connessa all'eventuale declaratoria di pratica scorretta⁶⁰¹. Non solo, lo stesso art. 19 c4, nel richiamare fra i suoi esempi vari rapporti contrattuali, evidenzia che un legame fra pratiche commerciali scorrette e contratto esiste, sebbene non sotto l'aspetto rimediale (lasciato, come anticipato, ai rimedi "ordinari" di diritto civile)⁶⁰².

Anche in Spagna, dunque, l'autorità amministrativa (che può essere statale o locale, a seconda delle competenze territoriali) può accertare l'illiceità della pratica commerciale e comminare sanzioni, ma non può intervenire sul vincolo contrattuale. È necessario un procedimento giudiziale autonomo per far valere la nullità, l'annullabilità o la risoluzione del contratto. Il consumatore, come in Italia, dovrà provare che la pratica scorretta ha inciso in modo determinante sul proprio consenso, ovvero che ricorrono altri presupposti di invalidità previsti dal diritto civile.

Tale scelta sistematica, comune ai due ordinamenti, si fonda su una distinzione di fondo tra due modelli di tutela: il *public enforcement* e il *private enforcement*. Come già evidenziato, il primo è affidato ad autorità pubbliche, dotate di poteri istruttori, regolatori e – soprattutto – sanzionatori; il secondo richiede l'attivazione del giudizio parte del singolo consumatore leso. Ora, se si passa dal piano teorico a quello operativo, risulta evidente che il *public enforcement* assicura una tutela ben più efficace, pronta e incisiva rispetto al *private enforcement*, specie in un contesto economico digitale e dinamico.

L'AGCM, peraltro, può anche coordinarsi con il Garante Privacy, portando a sanzioni ulteriori (ai sensi del GDPR) che possono raggiungere il 4% del fatturato mondiale annuo o 20 milioni di euro. Si tratta di importi che hanno una forza dissuasiva ben superiore rispetto a un'ipotetica sentenza civile che riconosca, ad esempio, 1.000 o 2.000 euro di danno patrimoniale o morale al singolo utente⁶⁰³.

600 *Ibidem*, p. 29.

601 L'A. da ultimo citata è in effetti assai critica sulla scelta legislativa, e – se riconosce la mancanza di dubbi interpretativi sul primo comma dell'articolo – rileva una ambiguità con il secondo comma, laddove sembra voler suggerire una distinzione intrinseca fra pratica commerciale scorretta e rapporto contrattuale, con la conseguenza di una netta distinzione ontologica, oltre che riimediale.

Come anticipato, la tesi viene respinta (si veda p. 43), anche qualora si consideri – fra l'altro – la mera relazione informativa (p. 52). Non solo, si arriva ad affermare la strutturale inutilità del richiamo all'articolo 59 (p. 43).

602 *Ibidem*., in particolare p. 62.

603 Si pensi al Tribunale di Bologna, sent. 10 marzo 2021, sul caso Facebook; piuttosto che al caso SJMerc 2 Barcellona 226/2022, del 15 marzo, AC 2022, 529, entrambi già citati.

In Spagna, lo stesso vale per le sanzioni previste dall'art. 47 TRLGDCU, che distingue tra infrazioni lievi, gravi e molto gravi, con sanzioni che possono variare da poche migliaia di euro fino a diversi milioni, a seconda della portata dell'infrazione e della reiterazione. Le autorità di consumo spagnole, inoltre, possono ordinare la cessazione della pratica, la rettifica pubblica, l'indennizzo collettivo e perfino l'adozione di misure preventive nei confronti delle piattaforme digitali. Anche in questo caso, l'impatto dell'intervento pubblico è sistemico, immediato, e destinato a produrre effetti cospicui – e dunque dissuasivi – verso l'operatore economico.

Al contrario, il consumatore che agisce in sede civile si scontra con numerosi ostacoli: oneri probatori elevati, costi legali spesso sproporzionati rispetto al danno subito, i tempi lunghi del giudizio (contro quelli, di norma più celeri, dell'autorità amministrativa). Non a caso, come riconosciuto anche dalla giurisprudenza italiana (si pensi al Tribunale di Bologna, sent. 10 marzo 2021, sul caso Facebook), il risarcimento riconosciuto per la lesione del singolo utente è spesso modesto, simbolico, e non in grado di compensare effettivamente il danno subito. Né è pensabile che il consumatore possa attivarsi sistematicamente ogniqualvolta venga colpito da una pratica scorretta. Il rischio concreto è che, pur in presenza di un diritto sostanziale alla tutela, l'assenza di strumenti rapidi ed economici per farlo valere sul piano privato finisca per tradursi in una protezione meramente teorica.

Alla luce di ciò, pare possibile affermare che, sebbene l'ordinamento continui a considerare il *public enforcement* e il *private enforcement* come strumenti complementari, nella realtà applicativa essi non si pongono su un piano di parità, anzi. Il *public enforcement* è oggi il presidio primario della correttezza del mercato, tanto per la sua funzione repressiva quanto per quella preventiva e regolatoria. L'intervento delle autorità, anche laddove non produca effetti caducatori sul contratto, rappresenta l'unico strumento realmente efficace per contrastare le pratiche scorrette in un'economia digitale, fluida e ad alta intensità informativa. Esso consente non solo di correggere comportamenti illeciti già realizzati, ma anche di prevenirli, e di orientare le condotte degli operatori.

In conclusione, se è vero che tanto l'ordinamento italiano quanto quello spagnolo confermano la netta separazione tra declaratoria amministrativa di scorrettezza e invalidità del contratto, la tutela contrattuale resta affidata ai rimedi privatistici ordinari, da azionare in giudizio.

Tuttavia, l'efficacia concreta di tali rimedi si rivela spesso limitata, mentre il *public enforcement* – attraverso l'azione delle autorità indipendenti – costituisce oggi il canale principale, e il più incisivo, per garantire una reale protezione del consumatore. Questa asimmetria tra i due strumenti non è necessariamente una debolezza del sistema, ma riflette una strategia normativa e istituzionale fondata sulla specializzazione e sull'efficienza: alla giurisdizione ordinaria la tutela dei singoli diritti soggettivi; all'autorità amministrativa la

tutela dell'interesse collettivo al buon funzionamento del mercato. In tempi in cui il consumo digitale è la regola, e non più l'eccezione, questa distinzione non può che essere valorizzata e sviluppata, nella consapevolezza che, tra diritto e mercato, la prevenzione collettiva vale spesso più della reazione individuale.

CONCLUSIONI

1.- Nel corso delle ultime due decadi, il diritto dei consumatori ha assunto un ruolo sempre più centrale all'interno dell'ordinamento giuridico europeo e nazionale, non solo come strumento di riequilibrio nei rapporti di forza tra professionisti e consumatori, ma anche come elemento strutturale dell'equilibrio di mercato e garanzia di funzionamento del sistema economico in un contesto sempre più digitalizzato, opaco e disintermediato. La protezione del consumatore non è più (e forse non lo è mai stata) una categoria "debole" del diritto, destinata a meri strumenti compensatori o paternalistici. Al contrario, risponde a una logica sistemica, nella quale la posizione del consumatore si assume come parametro per misurare la trasparenza, la correttezza, l'efficienza e la sostenibilità delle relazioni di mercato. Nel contesto contemporaneo, segnato dalla centralità delle piattaforme digitali, dall'uso intensivo dei dati personali e dalla diffusione di pratiche contrattuali sempre più asimmetriche, la posizione del consumatore è divenuta ancora più fragile, e con essa si è rafforzata l'esigenza di una tutela avanzata, multilivello e tecnologicamente consapevole.

2.- La vulnerabilità del consumatore digitale si manifesta in forme nuove ed estese: dalla personalizzazione algoritmica dei prezzi (cap. II, sez. 11.2), alla disinformazione mascherata da recensioni o comparazioni di prodotti (cap. II, sez. 8 e 7), passando per il ruolo onnipresente di influencer e micro-influencer (cap. II, sez. 13; cap. III, sez. 2.4.4). In questo quadro, il diritto dei consumatori assume una funzione regolatoria di primo ordine, capace di incidere non solo sui rapporti contrattuali individuali, ma sulle stesse architetture del mercato, imponendo limiti di trasparenza, correttezza, chiarezza e proporzionalità alle condotte dei professionisti. È in questa logica che la Direttiva 2019/2161/UE ha ampliato in maniera significativa la disciplina delle pratiche sleali a nuovi ambiti e strumenti, aggiornando il "New Deal for Consumers" in chiave tecnologica e rafforzando il legame tra diritto all'informazione, protezione dei dati e trasparenza contrattuale (cap. I, sez. 1.1; cap. II, sez. 4.2.1; cap. III, sez. 2.4 e ss.). Questa funzione sistemica e trasversale della protezione del consumatore si riflette anche nei meccanismi di enforcement e nell'approccio sanzionatorio, come discusso nel capitolo III: non più (solo) tutela dell'individuo, ma protezione della collettività dei consumatori, quale bene giuridico autonomo, interesse pubblico e condizione del corretto funzionamento del mercato.

3.- Uno dei principali risultati che emergono da tutta la ricerca riguarda la diversità strutturale tra il diritto privato "classico" e il diritto dei consuma-

tori. Pur condividendo strumenti comuni – come l’annullabilità, la nullità o il risarcimento del danno – essi si fondano su logiche profondamente differenti: asimmetriche nel secondo, paritarie nel primo; funzionali alla protezione della parte debole nel secondo, orientate all’autonomia privata nel primo. La disciplina delle pratiche commerciali sleali si colloca precisamente lungo questa linea di demarcazione. L’articolo 20 del Codice del Consumo (cap. II, sez. 3) esprime una clausola generale la cui interpretazione deve essere guidata non solo dalla grammatica privatistica (abuso, errore, dolo), ma da principi propri del diritto dei consumatori: diligenza professionale, trasparenza informativa, rispetto per la libertà di scelta.

4.- Il concetto di diligenza professionale applicato al professionista differisce da quello civile classico: non si tratta di una diligenza “media” o “del buon padre di famiglia”, ma di una diligenza qualificata, misurata secondo le competenze tecniche e professionali dell’operatore economico, e riferita alla sua capacità di influire sul comportamento del consumatore medio. In modo analogo, la nozione di comportamento economico rilevante non si limita al momento della conclusione del contratto, ma abbraccia anche la fase pre-contrattuale e pubblicitaria, coinvolgendo l’intera esperienza del consumatore nel rapporto con il professionista (cap. I, sez. 1.5.2).

5.- Gli strumenti classici del diritto delle obbligazioni (nullità, annullabilità, risarcimento) devono essere rilette alla luce della ratio propria del diritto dei consumatori: non come rimedi neutri, ma come strumenti funzionali a una giustizia contrattuale sostanziale, che tenga conto del contesto relazionale, informativo e tecnologico nel quale si collocano le decisioni economiche del consumatore. Per questo si conferma il ruolo centrale della disciplina delle pratiche commerciali sleali nel sistema di tutela del consumatore. Lungi dall’essere una materia settoriale o meramente repressiva, essa costituisce oggi uno strumento trasversale e sistemico, capace di incidere su più livelli:

- Prevenzione dell’inganno,
- Repressione degli abusi,
- Promozione della trasparenza e della lealtà commerciale,
- E, infine, riequilibrio sostanziale del rapporto tra consumatore e professionista.

6.- La Direttiva 2005/29/CE ha introdotto un modello normativo basato su una clausola generale di illiceità e su un sistema articolato di condotte vietate, comprese le cosiddette “liste nere” (allegati I e II della direttiva), che qualificano certe pratiche come sempre sleali, indipendentemente dall’impatto effettivo sul consumatore. Tale modello è stato recepito in Italia con il Decreto Legislativo n. 146/2007 e ha consentito di introdurre un sistema dinamico, capace di adattarsi a forme nuove e mutevoli di comunicazione commerciale. Vi è una funzione euristica della disciplina delle pratiche sleali, che consente di identificare condotte non espressamente vietate da altre

norme, ma che risultano lesive della libertà di scelta del consumatore e della concorrenza tra operatori. In questo senso, la disciplina non è solo repressiva, ma anche promozionale e preventiva, orientata a costruire un ambiente economico basato sulla lealtà e sull'integrità informativa.

7.- Un punto essenziale emerso dal confronto con il sistema spagnolo è che la disciplina delle pratiche sleali non si limita alla protezione del consumatore: essa si inserisce nel diritto della concorrenza sleale e assume anche una funzione strutturale, di garanzia dell'equilibrio del mercato. Questo aspetto rafforza ulteriormente l'idea della centralità normativa e sistemica della materia. Postulato centrale di questa opera è che la disciplina delle pratiche commerciali sleali non può essere considerata in modo statico, né nella sua formulazione originaria né nella sua applicazione concreta. Al contrario, essa è sottoposta a un processo continuo di evoluzione, che segue e interpreta i cambiamenti del mercato, delle condotte imprenditoriali e delle tecnologie. La Direttiva 2019/2161/UE rappresenta una delle tappe più significative di questa evoluzione. Tale direttiva ha voluto modernizzare il diritto europeo dei consumatori, tenendo conto del ruolo crescente delle piattaforme digitali, del commercio elettronico, dei meccanismi di profilazione e personalizzazione e, in generale, della perdita di trasparenza strutturale nei mercati digitali. Le novità introdotte abbracciano questioni di massima attualità:

- L'indicizzazione dei risultati nei motori di ricerca,
- La trasparenza delle recensioni e delle comparazioni di prezzi,
- L'informazione precontrattuale relativa all'algoritmo che determina i prezzi personalizzati,
- Il ruolo degli influencer (cap. II, sez. 13; cap. III, sez. 2.4.4). Questi ambiti, fino a pochi anni fa estranei alla disciplina delle pratiche sleali, ne costituiscono oggi il principale terreno di applicazione. L'"evoluzione della disciplina" non si è realizzata solo a livello normativo, ma anche interpretativo: giurisprudenza, dottrina e autorità di controllo hanno progressivamente ampliato l'ambito di operatività delle norme alle interfacce digitali, agli ambienti algoritmici, ai contenuti generati dagli utenti, ridefinendo la stessa nozione di "pratica commerciale".

8.- La rete Internet non è un ambiente neutro, ma uno spazio giuridicamente rilevante, dove operano professionisti, si concludono contratti, si influenzano decisioni economiche e si sviluppa la dimensione pubblicitaria. In tale contesto, la disciplina delle pratiche sleali non solo può, ma deve applicarsi, con particolare attenzione alla trasparenza delle piattaforme, alla qualità dell'informazione commerciale e alla protezione delle decisioni del consumatore digitale.

9.- Si apprezza l'asimmetria di efficacia tra i rimedi offerti dal private enforcement e quelli riconducibili al public enforcement, in particolare in materia di pratiche commerciali sleali. Benché il diritto offra al consumatore una gamma di rimedi civilistici – annullabilità del contratto, nullità, risarcimento

del danno – la capacità effettiva di farli valere si scontra con barriere economiche, cognitive e processuali che ne riducono drasticamente la portata. Il consumatore individuale, infatti: a) spesso non è in grado di percepire l'illeceità della pratica subita; b) non ha la forza contrattuale, il tempo o le risorse per intraprendere un'azione giudiziaria; c) si confronta con aspetti tecnici opachi, come quelli relativi agli algoritmi di personalizzazione o alla gestione dei dati in contesti digitali. La tutela civilistica risulta, dunque, strutturalmente inadeguata a rispondere in modo tempestivo e generalizzato alle violazioni in materia di pratiche sleali, specialmente in un contesto – quello digitale – caratterizzato da automatismi su larga scala, effetti in serie e diffusione massiva del danno. In questo scenario, si rafforza la centralità del public enforcement, affidato alle autorità amministrative indipendenti – in primo luogo, l'autorità antitrust – dotate di poteri di indagine, sanzione e correzione, come previsto dalla Direttiva 2005/29/CE e come sviluppato a livello nazionale tramite il Codice del Consumo.

10.- L'AGCM – nel caso italiano – ha progressivamente ampliato il proprio raggio d'azione, assumendo un ruolo non solo repressivo, ma anche promozionale ed educativo, orientato a prevenire le condotte sleali e a guidare le imprese verso modelli di comunicazione leale. In particolare, la sinergia tra tutela della concorrenza e tutela del consumatore consente di comprendere come il public enforcement non sia solo funzionale alla repressione della frode, ma costituisca uno strumento di regolazione del mercato, capace di incidere sulle strutture informative, sulle dinamiche pubblicitarie e sull'accesso equo e trasparente ai servizi digitali.

11.- Un aspetto particolarmente rilevante concerne la capacità del public enforcement di proteggere categorie vulnerabili di consumatori, come i minori, i consumatori anziani o più in generale gli utenti digitali esposti a pratiche manipolatorie e opache. L'AGCM, anche grazie al coordinamento con le autorità europee, ha avviato procedimenti sanzionatori contro giganti del web per pratiche legate al design ingannevole di default (default design), alla mancanza di trasparenza nel trattamento dei dati e alla presentazione ingannevole di offerte commerciali. Questo tipo di interventi – difficilmente attivabili per via giudiziaria dal consumatore individuale – rappresenta la conferma che solo il public enforcement può garantire una protezione effettiva dell'interesse collettivo, nonché assicurare un effetto dissuasivo efficace di fronte a pratiche sleali sistematiche.

12.- Una considerazione ulteriore, emersa dal confronto con il sistema spagnolo, è la crescente attenzione verso l'armonizzazione europea dei poteri sanzionatori, come previsto dal Regolamento (UE) 2022/2065 (Digital Services Act), e dalla stessa Direttiva 2019/2161, che rafforza i meccanismi sanzionatori e i rimedi collettivi a livello transfrontaliero. In Spagna, l'integrazione tra azioni pubbliche e diritti dei consumatori digitali rappresenta un esempio di enforcement avanzato, dal quale anche il sistema italiano può trarre ispirazione.

13.- Il rafforzamento del public enforcement non deve essere letto come una negazione della tutela individuale, ma come un complemento necessario in un contesto in cui la lesione non è solo individuale, ma sistemica e seriale. La disciplina delle pratiche commerciali sleali rappresenta oggi, in definitiva, una delle frontiere più dinamiche e strategiche del diritto europeo dei consumatori. Il suo sviluppo, la sua applicazione concreta nei contesti digitali, il suo ruolo trasversale tra diritto civile, diritto della concorrenza e diritto pubblico, la rendono un laboratorio giuridico vivo, in costante evoluzione. La lettura sistematica e critica di tale disciplina mette in rilievo:

- La sua natura bifronte (pubblica e privata),
- La sua evoluzione adattiva rispetto alle trasformazioni del mercato,
- E la sua funzione fondamentale nella protezione dell'utente digitale. È necessario, pertanto, rafforzare gli strumenti del public enforcement, ripensare i rimedi civilistici in chiave realmente accessibile ed effettiva, e promuovere un diritto dei consumatori capace di parlare il linguaggio della tecnologia, dell'informazione, della vulnerabilità e della fiducia. Ciò è richiesto per costruire un mercato giusto, trasparente e umano, nel quale le regole del gioco siano realmente paritarie, e in cui la libertà contrattuale sia una libertà reale, fondata sulla conoscenza, sull'uguaglianza e sulla consapevolezza.

BIBLIOGRAFIA⁶⁰⁴

- A. AMATO** «La sorte delle clausole conformi allo schema ABI del 2002 contenute in fideiussioni specifiche», in *Giurisprudenza Italiana*, n. 2, 1 febbraio 2024, p. 300.
- A. BARENGHI**, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2017, p. 15 ss.; S. KIRSCHEN, «Comento all'art. 3, 1° comma, lett. A», in G. ALPA, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005, p. 46 ss.
- A. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO**, «Cláusula General», in BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (a cura di), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 106.
- A. BUENO BIOT**, *El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales*, 2024, p. 394 ss.
- A. BUENO BIOT**, Entre «la resolución contractual y los datos personales: nuevos dilemas de la digitalización», *Revista boliviana de derecho* n.° 39, 01/2025, pp.124-167.
- Á. CARRASCO PERERA**, «Resolución de contrato pagado con datos personales como precio», in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 988, Sección Tribuna.
- A. CASADO NAVARRO**, *Regulación y autorregulación de la publicidad encubierta en el marketing de influencers*, Editorial Aranzadi, S.A.U., 01/2023.
- A. CATRICALÀ, M.P. PIGNALOSA**, *Manuale dei diritti dei consumatori*, Dike giuridica, Roma, 2013, p. 66.
- A. DE FRANCESCHI** «Il pagamento mediante dati personali», in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di). *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2219, p. 1397.
- A. DE FRANCESCHI**, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*. Napoli, 2017, p. 9; diversamente di doppia prospettiva parla R. M. GARCÍA PÉREZ, *op. cit.*, pp. 875-907.

604 Anche per la bibliografia spagnola si è seguita l'impostazione italiana, per cui il nome (*nombre*) nella sola iniziale viene posto prima del cognome (*apellidos*); la scelta è esclusivamente dettata da ragioni di semplicità organizzativa.

- A. FACHECHI**, «Pratiche commerciali scorrette e (apparente) "gap" normativo: il "sistema" dei rimedi negoziali», in *Studium iuris*, 2015, I, p. 181 ss.
- A. FACHECHI**, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, 2012.
- A. GENOVESE**, (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione ed impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, p. 335.
- A. GENOVESE**, «I divieti di pratiche commerciali scorrette, Enforcement e tutele», in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*.
- A. GENOVESE**, *L'interpretazione del contratto standard*, cit., p. 24 ss.
- A. GENOVESE**, «La diligenza professionale», in *Atti del Seminario AIPPI*, 2011, consultabile al sito www.aippiit.wordpress.com/category/seminari.
- A. GENOVESE**, *Le Condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, p. 232.
- A. GENOVESE**, «Sulla specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie», in *Obbl. e contr.*, 2005, p. 215 ss.
- A. GENOVESE**, «Vessatorietà e abusività delle clausole d'uso», in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 246 ss.
- A. GENTILI**, «Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica», in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 58 ss.
- A. GENTILI**, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, vol. II, Torino, 2015, p. 601.
- A. KLUN, R. SPAGNESI**, *recensioni su tripadvisor*, Milano, 2018.
- A. LENER**, *Condizioni generali di contratto, clausola solve et repete e tutela dalla prevaricazione*.
- A. M. RUIZ MARTÍN**, «Ámbito material del reglamento bruselas i bis, prácticas comerciales desleales (b2c) y acciones colectivas de cesación: comentario a la *stjuemovic bv* (c-73/19)», in *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2021), Vol. XIII, I pp. 1074-1084.
- A. METZGER**, «Data as Counter-Performance. What Rights and Duties do Parties Have?», in *JIPITEC*, 2017, 8(2), p. 28.
- A. NOBILE**, «Le tutele civilistiche avverso le pratiche commerciali scorrette», in *Contr. Impr. Europa*, 2014, pp. 180-199.
- A. P. SEMINARA**, «La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette», in *I contratti*, VI, 2018 p. 689 e ss.

- A. PALMIERI**, *La tutela collettiva dei consumatori. Profili soggettivi*, Milano, 2011, pp. 82-87.
- A. PREDIERI**, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, *passim*.
- A. RANTOS**, *Presse Release, Conclusioni dell'Avvocato Generale*, 20 settembre 2022, 2022, Case C-252/21, *Meta Platforms e a. v. Bundeskartellamt*, punto n. 2.
- A. SACCOMANNI**, «Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE», in AA. VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007, p. 165.
- A. SIMONCINI**, «L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà». *Bio-Law Journal*, 2019, I, p. 27 ss..
- A. TATO PLAZA** (a cura di), «La Nueva Cláusula General de Represión de la Competencia Desleal, La Reforma de la Ley de Competencia Desleal», *La Ley*, Madrid, 2010, p. 80.
- A. VERDESCA**, «Pratiche commerciali scorrette e tutela del consumatore: tra conformazione del contratto e poteri delle Authorities», in *Corr. Giur.*, 7, 2019, p. 934 ss.
- A. ZOPPOLINI**, «Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai "codici di settore" (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)», in C. GIUSTOLISI (a cura di), *La direttiva Consumer Rights. Impianto sistematico della direttiva di armonizzazione massima*, Roma, 2017, p. 18 ss.
- B. ACCONCIAIOCO**, «Carte SIM contenenti servizi a pagamento preimpostati e pratiche commerciali aggressive. La tutela dei consumatori può prevalere sulle regole del mercato?», in *Giustiziacivile.com*, 4, 2019, p. 7.
- B. RABAI**, «La tutela del consumatore-utente tra Autorità Antitrust e Autorità di regolazione», in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 1, 2016, p. 100-103.
- B.B. DEL SAGRARIO**, «Mayor transparencia en las transacciones realizadas a través de mercados en línea: novedades en el real decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre», in *Revista CESCO*, 2021, n. 40, p. 38 e ss.
- C. VAN DAM.**, «The Average Consumer – a pluriform phenomenon», in *Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, 3, 2009, p. 11 ss.
- C. ALVISI**, «Dati personali e diritti dei consumatori», in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 669 ss.
- C. RIEFA, S. SAINTIER**, «In search of (access to) justice for vulnerable consumers», in ID. (a cura di), *Vulnerable consumers and the law. Consumer protection and Access to justice*, Routledge, Oxon, 2020, p. 5.

- C. BENETAZZO**, «I nuovi poteri “regolatori” e di precontenzioso dell’ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti», in *Fed.* del 28 febbraio 2018, p. 10 ss.
- C. CAMARDI**, «La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo», in *Jus Civile*, V, 2013, p. 305 ss.
- C. CAMARDI**, «Note critiche in tema di danno da illecito trattamento dei dati personali», in *Jus civile*, 2020, 3, 786 ss.
- C. CAMARDI**, «Pratiche commerciali scorrette e invalidità», in *Obbl. e contr.*, 2010, VI, p. 408 ss.
- C. CAMARDI**, «Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali, Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali», in *Giust. Civ. III*, 2019, p. 499 ss.
- C. DONISI**, «In tema di interpretazione delle condizioni generali di polizza», in *Ass.*, 2, 1979, p. 60.
- C. FERNÁNDEZ-NÓVOA**, «La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias», in *RDM*, n. 107, 1978, pp. 13 ss.
- C. FERNÁNDEZ, N. RODRÍGUEZ**, *La publicidad encubierta*, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, III, pp. 371-400.
- C. GRANELLI** «Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della dir. 2019/2161/UE», in *Contratti*, 2021, V, p. 493 ss.
- C. GRANELLI**, *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l’attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, cit., p. 777.
- C. PONCIBÒ**, «Il consumatore medio», in *Contr. e imp. Europa*, 2007, p. 734; C. ALVISI, «Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali», in *Contr. e imp.*, 2008, p. 700; MAYR C.E., «Il parametro del consumatore», in *AIDA*, 2008, p. 274.
- C. SCOGNAMIGLIO**, «Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell’interpretazione del contratto?)», in *NuovA. Giur. civ. comm.*, 2010, p. 139 ss.
- C. SCOGNAMIGLIO**, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992.
- C. TWIGG-FLESNER**, «Conformity of Goods and Digital Content/Services», in AA. VV., *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, arroyo

- amayuelas, E y cámara lapuente*, a cura di S. MARCIAL, *Pons. Collegi de Notaris de Catalunya*, Madrid, 2020, p. 52.
- C.A. CIARALLI**, «Intelligenza artificiale, decisione politica e transizione ambientale: sfide e prospettive per il costituzionalismo», in *Federalismi*, 15, 2023, p. 76 ss.
- C.M. BIANCA**, «Condizioni generali di contratto», in *Diritto Civile*, vol. III - *Il Contratto*, Milano, 1984, p. 352.
- D. RUIZ**, «Will pay-for-privacy be the new normal?», in <https://www.malwarebytes.com/blog/news/2019/02/will-pay-privacy-new-normal>, 2019.
- D. VALENTINO**, «Timeo danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette», in *Riv. dir. civ.*, 5, 2013, p. 1189.
- D.V. GARCÍA**, «La Directiva 2005/29/ce, de 11 de mayo de 2005: un nuevo paso hacia la protección del consumidor», in *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, 2005, n. 12, pp. 71 e ss.
- E. BANI, G. MONTEODORO**, «Le autorità amministrative indipendenti», in M. PELLEGRINI (a cura di), *Corso di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2016, p. 243 ss.
- E. BARGELLI**, «L'ambito di applicazione della direttiva n.2005/29/CE: la nozione di pratica commerciale», in BARGELLI, CALVO, CIATTI, DE CRISTOFARO, DI NELLA, RAIMO, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, G. DE CRISTOFARO, (a cura di), Torino, 2007.
- E. BARGELLI**, «La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ambito di applicazione (art. 18, lett A)-D) e art. 19, comma 1°, c. cons.)», in AA. VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29 Ce nel diritto italiano (decreti legislative nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, Giappichelli, 2008, p. 119-120.
- E. BARGELLI**, «Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori: la direttiva 2005/29/ Ce e il diritto italiano», in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese e consumatori*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 9.
- E. BATTELLI**, «Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità», in *Europa e Diritto Privato*, II, 2016, p. 425 ss.
- E. BATTELLI**, «Questioni aperte in materia di contrattazione nelle piattaforme» online, in *Contratti*, 5, 2022, p. 563.
- E. CESÀRO**, «Condizioni generali di contratto ed elencazione delle clausole vessatorie», in *Trim.*, 1991, p. 55 ss.

- E. DEUTSCHER**, «Google Shopping and the quest for a legal test for self-preferencing under article 102 TFUE», in *European Papers*, 26(3), 2021, p. 1351.
- E. DÍAZ GÓMEZ**, *Prácticas comerciales engañosas y su represión por el Derecho de la Competencia Desleal*, Coruna, 2024, p. 21.
- E. FAZZALARI**, «Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)», in *Digesto civ.*, vol. I, Torino, 1987, p. 406.
- E. GONZÁLEZ PONS**, «Discriminación a los consumidores: una valoración a partir de la Ley española de competencia desleal, discrimination of consumers: an evaluation from the Spanish unfair competition law», in *Revista Justicia & Derecho*, 3(1), 2020, p. 4.
- E. GONZÁLEZ PONS**, *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*, BOE, 2019, pp. 75 ss.
- E. GUERINONI**, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, 2010, p. 98.
- E. GUTIÉRREZ GARCÍA**, «La publicidad encubierta a través de los influencers: la urgencia de una regulación», *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, no 29, julio 2021, p. 6.
- E. LABELLA**, *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Torino, 2018.
- E. LABELLA**, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. Eimp.*, 3, 2013, pp. 692.
- E. LUCCHINI GUASTALLA**, «Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori», in *Contr. e impr.*, 2018, 1, p. 125.
- E. MINERVINI L. ROSSI CARLEO** (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali*, cit., p. 30.
- E. MINERVINI**, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2014, p. 33 ss.
- E. MINERVINI**, «Il codice del consumo e la direttiva delle pratiche commerciali sleali», in E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali: direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 77.
- E. MINERVINI**, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Milano, 1999, p. 60.
- E. NAVARRETTA**, «Abuso del diritto e contratti asimmetrici d'impresa», in *Anuario del contratto – 2011*, a cura di A. D'Angelo e V. Roppo, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 80 ss.
- E. NAVARRETTA**, «Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo», in *Eur. e dir. priv.*, 4, 2012, p. 953 ss.

- E. NAVARRETTA**, «L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale», in N. LIPARI, P. RESSCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, vol. IV - *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, p. 239.
- E. TOSI**, *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale*, Milano, 2019, p. 49 ss., p. 93 ss.
- F. ASTONE**, «Ambito di applicazione soggettiva. La nozione di "consumatore" e "professionista"», in G. ALPA, S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Art. 1469-bis - 1469-sexies*, Milano, 2003, p. 139 ss.
- F. BERNABÈ**, *Libertà vigilata: Privacy, sicurezza e mercato nella rete*, Roma-Bari, 2012, p. 10-11.
- F. BERNARDI**, «Il diritto «generale» delle pratiche commerciali scorrette e le discipline "settoriali"», in *Pers. e merc.*, 2, 2019, p. 31-32.
- F. BILOTTA**, «La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali», in AA. VV., *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*, a cura di R. PANETTA, Milano, 2019, 445 ss.
- F. CAFAGGI E P. IAMICELI**, «The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions», in *European Review of Private Law* (2017), p. 577.
- F. DE ELIZALDE IARBIA**, «La Directiva 2019/2161 de modernización del derecho de consumo, por la que se conceden remedios individuales contra las prácticas comerciales desleales ¿Un paso más hacia la estandarización del Derecho privado de la Unión Europea?», in *Revista de Derecho Civil*, VIII, 4, pp. 47-89.
- F. DENOZZA**, «Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita», in *Atti del convegno "Il diritto dei consumatori nella crisi e prospettive evolutive del sistema di tutela*, 2010, consultabile al sito www.agcm.it
- F. DI CIOMMO**, «La buona fede correttiva di regole contrattuali», in *Contratti*, 2000, p. 1111 ss.
- F. LEONI**, «Condizioni generali di contratto», in *Studium Iuris*, 5, 2003, p. 638.
- F. MACARIO**, «Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale», in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 872 ss.
- F. MARTÍNEZ SANZ**, *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 64-65.

- F. PASQUARELLI**, «Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE», in *Dir. ind.*, 2016, p. 252 ss.
- F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ**, «Buena fe ex art. 1.258 cc y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios», in *InDret*, n. 4, 2016, p. 12.
- F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ**, *LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS POR UN DEFECTO DE TRANSPARENCIA*, Navarra, 2004, p. 107.
- F. PIRAINO** «Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza del diritto privato», in *Europa e Diritto Privato*, 2010, p. 1117.
- F. PIZZETTI**, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali regolazione*, Torino, 2018.
- F. POLITI**, «La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio», in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009, p. 300 ss.
- F. TRUBIANI**, «La microimpresa dentro e fuori il Codice del consumo», in *Studium Iuris*, X, 2016, p. 1151 ss.
- F. VENOSTA**, «Condizioni generali vessatorie, forma della ratifica e nullità parziale del contratto», in *Banca borsa*, 1, 1990, p. 646.
- F.J. GARCÍA PÉREZ**, «El nuevo código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad», in *Actualidad jurídica*, Aranzadi, 967, 2020.
- F.L. DE LA VEGA**, «Publicidad desleal», Lección 5, en *Derecho de la Publicidad*, coord. da Lazaro Sanzech, Navarra, 2012, p. 133 ss.
- F. MICHAELSEN, L. COLLINI et al.**, «The impact of influencers on advertising and consumer protection in the Single Market», European Parliament, February 2022, p. 29.
- G. DE CRISTOFARO**, «Art. 20 cod. cons.», in DE CRISTOFARO e ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)*, Padova, 2014, p. 161.
- G. ABBAMONTE**, «The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition», in *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, a cura di S. WETHRILL – U. BERNITZ, cit., p. 20 ss.
- G. ALPA**, «L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione», in *Contratto e impresa*, Padova, 2017, 723 ss.

- G. ANGIOLINI**, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Torino, 2020.
- G. BRUZZONE, M. BOCCACCIO**, «Il rapporto tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo: una prospettiva economica», in *Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela*, Convegno AGCM-Luiss-Università degli Studi Roma Tre, 29 gennaio 2010.
- G. CASTELLANO E N. STIAFFINI**, «Gli oneri istruttori in tema di fidejussioni ABI alla luce delle sezioni unite n. 41994/2021. Prime applicazioni e diverse visioni», in *Riv. Dir. Risp.*, n. 1/2022, p. 75.
- G. CHINE'**, «Contrattazione standardizzata», in M. BESSONE (diretto da), *Il contratto in generale*, vol. VIII, Torino, 2000, p. 556.
- G. COSTANTINO**, «Note su authorities e giurisdizione», in *Riv. Dir. Proc.*, I, 2019, p. 26 ss.
- G. CRISCUOLI**, «Buona fede e ragionevolezza», in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 555.
- G. D'IPPOLITO**, «Monetizzazione, patrimonializzazione e trattamento dei dati personali», in E. CREMONA, F. LAVIOLA, V. PAGNANELLI (a cura di), *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, Torino, 2022, p. 61.
- 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.
- G. DE CRISTOFARO**, «Art. 19», in DE CRISTOFARO e ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)*, Padova, 2014, p. 137.
- G. DE CRISTOFARO**, *La direttiva 2005/29/CE, in Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo – Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di ID., cit., p. 11.
- G. DE CRISTOFARO**, «La nozione generale di pratica commerciale "scorretta"», in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, 2008, p. 143 ss.
- G. DE CRISTOFARO**, «Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei paesi UE», in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 881, nota 4.
- G. DE CRISTOFARO**, «Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori», in *Le Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2008, p. 1092.

- G. DE CRISTOFARO**, «Rimedi privatistici “individuali” dei consumatori e pratiche commerciali scorrette: l’art. 11-bis dir. 2005/29/UE e la perdurante (e aggravata) frammentazione dei diritti nazionali dei Paesi UE», in *Jus Civile*, n. 2, 2022.
- G. DE CRISTOFARO**, «Vessatorietà e trasparenza delle clausole dei contratti b-to-c e procedimenti amministrativi di competenza dell’AGCM. Il novellato art. 37-bis c. cons.», in *Nuove leggi civ. comm.*, 3, 2023, p. 517 ss.
- G. DE NOVA** «Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto», in *Rdciv.*, 2, 1976, p. 480 ss.
- G. DEBUSSCHE, J. CÉSAR**, *Data-related legal, ethical and social issues*, in <https://www.twobirds.com/-/media/pdfs/eu-data-economy-legal-ethical-social-issues.pdf>, 2019, p. 36.
- G. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI** (a cura di), *Informazione e big data tra innovazione e concorrenza*. Milano, Giuffrè, 2017.
- G. FERRARI, M. MAGGIOLINO**, «Il potere across markets delle GAFAM: come reagire?», in *Orizzonti dir. comm, Fascicolo Speciale*, 2021, p. 473.
- G. GHIDINI**, «Informazione economica e controllo sociale: il caso del Waren-test», in *Pol. Dir.*, 1973, 626.
- G. GITTI-P.SPADA**, «La regolazione di mercato come strategia», in GITTI (a cura di), *Il contratto e le autorità indipendenti. La metamorfosi dell’autonomia privata*, Bologna, 2006, p. 15 ss.
- G. MINERO ALEJANDRE**, «¿Responsabilidad de Amazon por las ventas concertadas por terceros en su marketplace? Estudio de la cuestión a fecha de 2021 y perspectivas de futuro», in *Revista CESCO*, 2021, n. 37, p. 34 ss.
- G. PASSAGNOLI**, *Le nullità speciali*, Milano, 1995, p. 189.
- G. PERLINGIERI**, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 1 ss.
- G. PINO**, «Diritti fondamentali e principio di proporzionalità», in *Ragion partica*, 2014, p. 541.
- G. QUADRI**, «“Nullità” e tutela del “contraente debole”», in *Contr. e impresa*, 2001, p. 1193.
- G. RESTA** «Contratto e diritti fondamentali», in G. D’AMICO (a cura di). *Enciclopedia del diritto - I tematici: Il contratto*, Milano, 2021, p. 298.
- G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH**, «Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2018, p. 417 ss.

- G. ROMAGNOLI**, «Concorrenza e “complementarietà” delle vigilanze economiche», in *P.A. Pers. e amm.*, 1, 2020, p. 131 ss.
- G. ROMAGNOLI**, «L’espansione della competenza sanzionatoria di Agcm. Note sulla – dubbia – separazione delle prerogative di regolazione e sulla pretesa (sostanziale) marginalizzazione delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari», in *Giustamm.it*, 4, 2016, par. 4.
- G. SCACCIA**, «Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee», in *Rivista AIC*, n. 3 del 26 settembre 2017, p. 11.
- G. TESAURO**, *Diritto dell’Unione Europea*, Padova, 2012.
- G. ALPA**, «Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell’Unione europea», in *Contratto e Impresa*, III, 2019, p. 825 ss.
- G.B. FERRI**, «Nullità parziale e clausole vessatorie», in *Rdcomm.*, 1977, I, p. 11 ss.
- G. DE CRISTOFARO**, «Il divieto di pratiche commerciali sleali», in AA. VV., *Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, Giappichelli, 2008.
- G.M. BARSÌ**, «Il conflitto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati approda in Corte di Giustizia. Commento a Consiglio di Stato», sez. VI, ord. 17 gennaio 2017, n. 167, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 1, 2017, p. 156.
- G.V. VETTORI** «Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità», in *Riv. dir. priv.*, 2003.
- G.V. VETTORI**, «Buona fede e diritto europeo dei contratti», in *Eur. dir. priv.*, 2002, pp 915 ss.
- H. SCHULTE-NOLKE, C. TWIGG- FLESNER, M. EBERS**, *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Munchen, 2008, p. 457 e 460-461.
- H.-W MICKLITZ.**, «Unfair Commercial Practices and Misleading Advertising», in AA. VV. *European Consumer Law*, Intersentia, 2014, p. 88.
- H.W.MICKLITZ**, «The General Clause of Unfair Practices», in HOWELLS G., MICKLITZ H.-W., WILHELMSSON, *European Fair Trading Law*, Ashgate, 2006, p. 117 ss.
- I. SPEZIALE**, «La dir. 2019/2161/ue tra protezione dei consumatori e promozione della competitività sul mercato unico», in *Corriere Giur.*, n. 4, 2020, p. 441.
- IONDOLI E DI A.J. LIGUORI**, «Risarcibilità del danno non patrimoniale determinato dalla disattivazione, senza giusta causa, del profilo Facebook», in *Diritto di Internet*, 2021, p. 495 ss.

- J. A. GÓMEZ SEGADÉ**, *La nueva cláusula general en la LCD, El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI, El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños / coord. por José Antonio Gómez Segade, Angel García Vidal; Manuel Olivencia (pr.), Carlos Fernández-Nóvoa Rodríguez (hom.)*, 2010, pp. 331-344.
- J. GUILLÉN CARAMÉS**, «las competencias de la comisión nacional de los mercados y de la competencia y las autoridades autonómicas en la aplicación del derecho de la competencia», in *Estudios de Deusto*, Vol. 63/1, Enero-Junio 2015, págs. 37-83.
- J. LANIER**, *You Are Not a Gadget: a Manifesto*, Regno Unito, 2011, ed. digit.
- J. M. OTERO LASTRES, B. M. CREMADES SANZ-PASTOR**, *La protección de los consumidores cuarenta años después*, 2019, pp. 189-222.
- J. MARTÍNEZ CALVO**, «Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», *InDret*, 4.2021, pp. 561-618.
- J. MASAGUER**, «El Nuevo Derecho contra la Competencia Desleal “La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas comerciales desleales»», Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 63 e 70, citato in J.A. GARCÍA-CRUCES, (a cura di), *Tratado de Derecho*, p. 1192.
- J. MASAGUER**, «La reforma de la Ley de Competencia Desleal de 2021: Una reforma menor, coyuntural y continuista del tratamiento de las prácticas comerciales desleales con consumidores», in *Revista de Derecho Mercantil*, n. 324, 2022, p. 3.
- J. MASSAGUER, F. MARCOS, A. SUÑOL**, «The Implementation into Spanish Law of EU Directive 2005/29/EC on Commercial Unfair Practices (in Spanish)», in *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, 2006, n. 2013, pp. 1925-1963.
- J. RODRÍGUEZ RODRIGO**, *La publicidad de I@s influencers1 Influencer marketing, Cuadernos de Derecho Transnacional (X/2023)*, Vol. 15, II, pp. 833-852.
- J. SIXTO-GARCÍA, A. ÁLVAREZ-VÁZQUEZ**, «Influencers en Instagram y publicidad engañosa: la necesidad de regular y auto-regular», in *Estudios sobre el mensaje periodístico*, vol. 26, no 4, 2020, p. 1618.
- J. TRZASKOWSKI**, «Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practices Directive», in *Journal of Consumer Policy*, Vol. 34, Iss. 3, 2011, p. 380.
- J.A. GARCÍA-CRUCES**, «La formación del derecho represor de la competencia desleal», in GARCÍA-CRUCES (a cura di), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 1172.

- J.A. GÓMEZ SEGADE**, *El secreto industrial (Know-how). Concepto y protección*, Tecnos, Madrid, 1974, pp. 389 ss.
- J.R. ESPINOSA**, «Principi romanistici della contrattazione a distanza nell'UE», in *Vergentis. Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III*, n. 14, 2022, p. 109.
- J.V. GAVIDIA SÁNCHEZ**, *El crédito al consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 115.
- L. AMMANATTI**, «Regolatori e supervisori nell'era digitale: ripensare la regolazione», in *Giur. Cost.*, 2024, p. 12.
- L. ANTONIOLLI** «Contratti del consumatore nel diritto dell'Unione europea», in *Dig. civ.*, Torino, 2011, Agg. VI, p. 220.
- L. DELOGU**, «Nozione di consumatore. Consumatore e professionista: il lavoratore dipendente dinanzi al suo difensore», in *Giur. it.*, 2018, p. 854 ss.
- L. DI NELLA**, «Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive», in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, p. 49.
- L. GATT**, «Ambito soggettivo di applicazione della disciplina sulle clausole vessatorie. Il consumatore ed il professionista», in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999, p. 100 ss.
- L. GATT**, «L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie», in *Giust. civ.*, 5, 1998, p. 2341 ss.
- L. GUFFANTI PESENTI**, *Scorrettezza delle pratiche commerciali e rapporto di consumo*, Napoli, 2020.
- L. LORENZONI**, «Il riparto di competenze tra Autorità Indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette», in *Riv. It. Antitrust*, I, 2015, p. 83 ss.
- L. ROSSI CARLEO**, «Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette», in *Europa e diritto privato*, 2010, p. 690.
- L. ROSSI CARLEO.**, «Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali», in AA. VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007, p. 17.
- L. TORCHIA** (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010, p. 22 ss.
- M. ANGEL EGUSQUIZA**, «Prácticas comerciales desleales e incidencia en la contratación de consumo: algunas cuestiones desde la perspectiva española, Estudios de Direito do Consumidor», in *Centro de Direito do*

Consumo, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, XIII, 2017, p. 9 ss.

M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eterointegrazione del contratto*, Napoli, 2012, p. 100.

M. BARCELLONA, «L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico», in *Riv. Dir. Civ.*, II, 2014, p. 467 ss.

M. CASSOTTANA, «Il problema dell'interpretazione delle condizioni generali di contratto», in C.M. BIANCA (a cura di), *Le condizioni generali di contratto*, vol. I, Milano, 1979, p. 123.

M. CLARICH, «Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette», in *Giur. comm.*, 5, 2010, p. 698 ss.

M. CUENA CASAS, «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», in *Cuadernos De Derecho Transnacional*, 12(2), p. 327 e ss.

M. CUNIBERTI, *Autorità Indipendenti e Libertà Costituzionali*, Milano, 2007, *passim*.

M. D'ALBERTI *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2013, p. 99.

M. DEL PILAR MESA TORRES, «El nuevo marco jurídico para los «influencers» tras la aprobación del Real Decreto 444/2024, de 30 de abril», *Diario LA LEY*, N° 10544, Sección Tribuna, 11/7/2024.

M. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel codice del consumo*, UTET, 2008, p. 20.

M. DOSSETTO, «voce Condizioni generali di contratto», in *Noviss. dig. it.*, vol. III, Torino, 1959, p. 1112 ss.

M. F. MARTÍN MORAL, «La actividad de los influencers y su encaje en el Anteproyecto de Ley general de comunicación audiovisual», in A. TATO PLAZA, J. COSTASOMESAÑA, P. I. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, F. J. TORES PÉREZ, S. LOUREDO CASADO, *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial III*, Granada, 2022, pp. 185-200.

M. GARCÍA RIPOLL MONTIJANO, «La resolución por el consumidor del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales», in *Valores y Constitución*, Editorial Aranzadi, S.A.U., 1.ª Ed., 2023, p. 3.

M. I. DOMÍNGUEZ YAMASAKI, «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *RDP*, IV, 2020, pp. 101-102.

M. LIBERTINI, «Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette», in *I decreti legislativi sulle pratiche*

- commerciali scorrette – Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. GENOVESE, cit., pp. 28- 29; ID., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 73-74.
- M. LIBERTINI**, «Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette», in AA. VV. *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Padova, 2008, p.27ss.
- M. MARTÍNEZ VELENCOSO, M. SANCHO LÓPEZ**, «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital ¿Realmente es gratis la App?», in *InDret* 1/2018, p. 20.
- M. MELI.**, «Trasparenza e vessatorietà delle clausole nei contratti per adesione», in DE CRISTOFARO (a cura di) *I "Principi del diritto comunitario dei contratti. Acquiscommunautaire e diritto privato europeo"*, Giappichelli, 2009, p. 484.
- M. MURSA, C.A. TROVATO** «The commodification of our digital identity: limits on monetizing personal data in the European context», in *Media Laws, Rivista di Diritto dei Media*, 2021.
- M. ORLANDI**, «Autonomia privata e autorità indipendenti», in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. Le metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006, p. 89.
- M. PERSICO**, «La clausola penale», in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2, 1996, p. 75 ss.
- M. RAMOS GUTIERREZ, E. FERNÁNDEZ-BLANCO**, «La regulación de la publicidad encubierta en el marketing de influencers para la generación Z. ¿Cumplirán los/as influencers el nuevo Código de conducta de autocontrol?», *Revista Prisma Social*, no 34, p. 81.
- M. ROFFI**, «Sanzioni AGCM - Sindacato giurisdizionale e provvedimenti sanzionatori dell'AGCM», in *Giurisprudenza Italiana*, XI, 2019, p. 2503 ss.
- M. WINNER**, *La regulación jurídica de los contratos celebrados a través de plataformas: el Derecho europeo*,
- M.ASTONE** «Diritti dei consumatori e obblighi di informazione tra Direttiva 25 ottobre 2011 n. 83 e D.lgs. 21 febbraio 2014 n. 24. Ambito applicativo: i contratti standard di servizi di assistenza legale», in *Europa e dir. priv.*, 3, 2015, p. 672.
- M.J.M. ALMARAZ**, «La modificación de la Ley de Consumidores. Changes in Consumer Law», in *Ars Iuris Salmanticensis*, n. 2, 2014, p.14.
- M.S. BONOMI** «Tutela del consumatore, pratiche commerciali scorrette e riparto di competenze tra autorità indipendenti», in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2016, p. 793 ss.

- M.^a T. ÁLVAREZ MORENO**, *La contratación electrónica mediante plataformas en línea: odelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores)*, Reus, Madrid, 2021, pp. 149 e ss.
- N. IRTI** «Scambi senza accordo», in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 352.
- N. IRTI**, «Rilevanza giuridica», in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 1105 ss.
- N. ZORZI**, «Il controllo dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive a danno dei consumatori», in *Contr. e imp.*, 3, 2010, pp.672-735.
- NIVARRA**, «Ragionevolezza e diritto privato», in AA.VV., *Ars interpretandi. Anuario di ermeneutica giuridica, VII, Ragionevolezza e interpretazione*, Padova, 2002, p. 373 ss.
- P. BARTOLOMUCCI**, «Le pratiche commerciali scorrette e il contratto: un’evoluzione del principio di trasparenza», in AA. VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007.
- P. BILANCIA**, *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012.
- P. BONOFILIO**, «L’ambito soggettivo di applicazione dell’art. 1469-bis cod. Civ.», nota a Corte cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Nuova giur. civ.*, 1, 2003, p. 178.
- P. CALLOL**, «Datos en la Sociedad de la Información y Derecho de la Competencia», in *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas) Anuario de Derecho de la Competencia 2018*.
- P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO**, «Publicidad encubierta e ‘influencers’. A propósito de la Ley 13-2022, de 7 de julio», in *Revista de Derecho Mercantil* num.327/2023, pp. 2-40.
- P. FUSARO**, «Il riparto di competenze tra autorità amministrative indipendenti nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato», 3 aprile 2013, in www.federalismi.it.
- P. GALLO**, «Meritevolezza dell’interesse e controllo contenutistico del contratto», in G. CONTE, S. LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni: Scritti in onore di Giovanni Furguele*, vol. III, Mantova, 2017, p. 68.
- P. PERLINGIERI** (a cura di), *Authorithies e tutela della persona*, Napoli, 1999.
- P. STANZIONE**, *Le clausole onerose nelle assicurazioni private*, Milano, 1970, *passim*.
- P. ZANCHI** «Presunzione, onere della prova e giudizio di vessatorietà delle clausole contrattuali», in *Giur. it.*, 4, 2018, p. 848 ss.

- PINO**, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003, *passim*.
- R. ANGELINI**, Art. 18, in C. CUFFARO (a cura di), *Codice del Consumo*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 120.
- R. BARCELÓ COMPTE**, «El consumidor especialmente vulnerable: de la protección class-based a la protección state-based», in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, n. 16, pp. 636 e ss.
- R. COSTI** «Autorità indipendenti sotto l'alta vigilanza del Ministro dell'Economia?», in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2002, II, p. 399-401.
- R. DI RAIMO**, «L'art. 14 della Direttiva 2005/29/CE e la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa», in AA. VV., *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, Padova, 2008, p. 289 ss.
- R. GIOVAGNOLI**, «Autorità Indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale», in *Atti del Convegno "Le Autorità Amministrative Indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati"* presso il Cons. Stato, 28 febbraio 2013.
- R. INCADORNA**, «La direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali. Prime valutazioni», in *Dir. comun. e scambi internaz.*, 2006, p. 372.
- R. INCADORNA., C. PONCIBÒ.**, «The average consumer, the unfair commercial practice directive, and the cognitive revolution», in *Journal of Consumer Policy*, 2007, p. 21.
- R. M. GARCÍA PÉREZ**, «Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales», in *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2020), XII, I, pp. 875-907.
- R. MAÑKO Y S. MONTELEONE**: *Contracts for the supply of digital content and personal data protection. European Parliamentary Research Service*. 05/2017, pág. 8.
- R. PARDOLESI**, «Clause abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?», in *Foro it.*, V, 1994, c. 139. P. SIRENA, *Commento sub art. 1469-ter, 3° comma*, in A. PATTI (a cura di), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, p. 935 ss..
- R. ROLLI**, «Autorità, libertà e indipendenza. La copertura costituzionale delle autorità indipendenti», in LUCIANI (a cura di), *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Napoli, 2011, p. 174 ss..
- S. AUGENHOFER**, «Ein "flickenteppich" oder doch der "große Wurf"», in *Zeitschr. Rechtsvergl.*, 2005, p. 207.

- S. CÁMARA LAPUENTE**, *In medio virtus? In favour of the objective case-law test of the 'average consumer' for the review of the transparency of non-negotiated terms*, *op. cit.*, pp. 186-231.
- S. CÁMARA LAPUENTE**, in «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales», in *Diario LA LEY*, N° 9887, Sección Tribuna, 8 de Julio de 2021, p. 4.
- S. CÁMARA LAPUENTE**, «Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales», in *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, I, 2020, pp. 838-862.
- S. CASSESE**, «Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni» in ID.-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 217 ss.
- S. D'ANDREA**, «Contratti standard, contratti del consumatore e Costituzione», in M. RESCIGNO (a cura di), *Autonomia provata, individuale e collettiva*, Napoli, 2006, p. 59.
- S. MONTI**, «Le decisioni dell'AGCM e il danno da illecito anticoncorrenziale», in *I Contratti*, III, 2022, p. 299 ss.
- S. NAVAS NAVARRO**, *El valor de los datos personales en el mercado*, 2018; A. PLANA A M.^a CARMEN (2020), «Los datos personales como contraprestación», en GONZÁLEZ PACANOWSKA (coord.), *Protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 561-618.
- S. PAGLIANTINI** (a cura di) *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino.
- S. PAGLIANTINI**, «Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa», in *Riv. dir. comm.*, 2010, p. 409.
- S. PATTI**, «La ragionevolezza nel diritto civile», in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 5 ss.
- S. PATTI**, «Le clausole vessatorie», in da P. SCHLESINGER (diretto da), *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, Milano, 1993, p. 373.
- S. PATTI**, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1996, p. 381.
- S. TOMMASI**, *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*, Cacucci, Roma, 2012, p. 57.
- S. TOMMASI**, «Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale», in AA. VV., *Quaderni di Diritto Privato Europeo*, Bari, 2012, p. 68.
- S. TOMMASI**, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012.

- S. WEATHERILL**, «Who is the 'Average Consumer'?, in AA. VV., *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Hart Publishing, 2007, p. 119.
- S. WHITTAKER, S.**, «The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws», in AA. VV., *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/59/CE. New Rules and New Techniques*, Oxford, 2007, p. 145.
- S., BATANÁS RODRÍGUEZ**, *Publicidad en redes sociales, la actividad de los influencers*, Editorial Aranzadi, S.A.U., 01/2020, pp. 369-400.
- S.M. GÓMEZ**, «La directiva 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019, sobre mejora en la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión», in *Publicaciones jurídicas*, 2020, p. 2.
- T. FEBBRAJO** *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*.
- T. FEBBRAJO**, *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, Napoli, 2018.
- T. WILHELMSSON**, «The Informed Consumer v. the Vulnerable Consumer in European Trade Practices Law – a Comment», in *Yearbook of Consumer Law*, 2006, p. 211.
- U. MORELLO** «Condizioni generali di contratto», in *Digesto civ.*, vol. III, Torino, 1988, p. 397.
- V. A. MARINI**, «In tema di approvazione specifica per iscritto della clausola penale», in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 550 ss..
- V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO** (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 1181-1212.
- V. D'ANTONIO, G. SCIANCALEPORE**, «Le pratiche commerciali» in *La tutela del consumatore*, P. STANZIONE – A. MUSIO (a cura di) p. 133-210 Torino, 2010.
- V. MAK**, «The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content», in *Workshop for the (JURI) Committee on Legal Affairs, European Parliament: New rules for contracts in the digital environment, with the participation of EU National Parliaments*, Brussels, 17/02/ 2016, p. 9.
- V. MAK.**, «Standards of Protection: In Search of the 'Average Consumer' of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive», in *Tisco Working Paper Series on Banking, Finance and Services*, 4, 2010, pp. 1-16.
- V. MAZZAMUTO E A. PLAIA**, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012.

- V. MAZZAMUTO**, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. Dir. priv.*, 2011, p. 861.
- V. MELI**, «“Diligenza professionale”, “consumatore medio” e regola de minimis nella prassi dell’Agcm e nella giurisprudenza amministrativa», in MELI V., MARANO P. (a cura di), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, UTET, Torino, 2011, p. 38.
- V. MELI**, «Voce pubblicità ingannevole», in *Eng. giur. Treccani*, 2012, disponibile al sito www.treccani.it
- V. MOSCA**, «Verso un equilibrio nel riparto di competenze per la tutela del consumatore», in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2019, p. 195-206.
- V. RICCIUTO**, «I regolatori del mercato nell’ordinamento italiano. Indipendenza e neutralità delle autorità amministrative indipendenti», in DI RAIMO-RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica ed intervento dello Stato in economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 356 ss.
- V. RICCIUTO**, «Regolazione del mercato e “funzionalizzazione” del contratto», in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, p. 1611.
- V. RIZZO**, *Condizioni generali di contratto e predisposizione normativa*, Napoli, 1983, p. 306.
- V.M. COLLÍ EK**, «¿Libertad de expresión o responsabilidad? ¿Cuándo, en el caso de portales sobre noticias, de acuerdo con la Corte Europea de Derechos Humanos? Análisis y lecturas actuales», in *Cuestiones constitucionales*, 2015, n. 33.
- V. TREITEL**, *The Law of Contract*, 2015., p. 377.
- X. ARZOZ**, «El impacto de los puntos de conexión de la Ley 1/2002 en la aplicación descentralizada del Derecho de la Competencia: análisis de las resoluciones adoptadas en 2003 por el TDC», in *Anuario de Defensa de la Competencia*, Marcial Pons-ICO, Madrid, 2004, pag. 327 ss.
- Y.N. HARARI**, *21 lezioni per il XXI secolo*, Milano, 2018, p. 116.
- Z.O. ALGARDI**, *Brevi note in tema di approvazione scritta del patto di non concorrenza*.



LA EDITORIAL JURÍDICA DE REFERENCIA PARA
LOS PROFESIONALES DEL DERECHO **DESDE 1981**



Paso a paso

Códigos
comentados

Vademecum



Formularios



Flashes
formativos



Colecciones
científicas

DESCUBRA NUESTRAS OBRAS EN:

www.colex.es

Editorial Colex SL Tel.: 910 600 164 info@colex.es

PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE NEL CONTESTO DIGITALE: UNA ANALISI COMPARATIVA FRA ORDINAMENTO ITALIANO E SPAGNOLO

La monografia analizza il regime giuridico delle pratiche commerciali scorrette nel diritto dell'Unione europea, concentrandosi sull'evoluzione della Direttiva 2005/29/CE e sulla sua riforma attraverso la Direttiva (UE) 2019/2161, nonché sulla loro trasposizione e applicazione in Italia e in Spagna. Attraverso un approccio comparato e dogmatico, esamina l'interazione tra tutela del consumatore, concorrenza, e protezione dei dati personali, in particolare nell'ambiente digitale. Vengono affrontate le nuove forme di pratiche commerciali scorrette collegate alle piattaforme online, ai social network, agli algoritmi, agli influencer e alla personalizzazione dei prezzi, evidenziando le lacune normative e le sfide legate all'enforcement. L'opera dedica un'attenzione particolare al ruolo delle autorità indipendenti (AGCM, CNMC) e ai rimedi contrattuali e risarcitori, sottolineando la crescente convergenza tra public e private enforcement. Nel suo complesso, offre una visione critica e integrata del sistema europeo di tutela del consumatore nell'economia digitale, evidenziando la necessità di adattare gli strumenti giuridici ai nuovi modelli di mercato e alla vulnerabilità dell'utente digitale.



EDOARDO VINCHESI

È Dottore di ricerca in Diritto privato presso l'Universidad Pública de Navarra e presso l'Università Ca' Foscari di Venezia, dove attualmente è Professore a contratto. Ex Magistrato ordinario in tirocinio e attuale Dirigente presso l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS) in Italia, svolge la propria attività accademica nei settori del diritto digitale, della protezione dei dati e del diritto privato europeo. Autore di diverse pubblicazioni scientifiche, unisce l'attività di ricerca universitaria all'esperienza maturata nell'amministrazione pubblica italiana.

ISBN: 979-13-7011-411-4

