

MARIO LIBERTINI

Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette

SOMMARIO: 1. La struttura **piramidale** della disciplina europea sulle pratiche commerciali sleali e la funzione residuale della «clausola generale» **nell'intenzione** del legislatore. - 2. Critica dell'interpretazione corrente: la necessità logico-sistematica di leggere la clausola generale come disposizione di principio in materia di pratiche commerciali scorrette. Considerazioni preliminari. - 2.1. La clausola generale in materia di pratiche commerciali sleali come disposizione di principio. - 3. Il contenuto della clausola generale. - 4. La contrarietà alla diligenza professionale nel testo della direttiva. - 5. La contrarietà alla diligenza professionale nella disciplina legislativa italiana. La sostituzione di «pratiche di mercato oneste» con «correttezza»). - 6. Il nucleo essenziale della clausola generale: l'idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio. - 7. Il concetto di libertà di scelta del consumatore. - 8. Il requisito della «apprezzabilità» dell'effetto distorsivo della libertà di scelta del consumatore («materiali@test»). - 9. Lo standard del consumatore medio. - 10. Le disposizioni speciali di apparente deroga alle norme generali. - 10.1. I codici deontologici delle professioni regolamentate. - 10.2. Le pratiche pubblicitarie e di marketing generalmente ammesse. - 10.3. La pubblicità superlativa. - 11. Il rapporto fra la clausola generale e le definizioni intermedie. - 12. L'interpretazione delle «liste nere». Alcune applicazioni dei criteri interpretativi accolti.

1. - È noto che la dir. Ce 29/05 sulle pratiche commerciali sleali ha adottato una struttura normativa «a piramide» (o, secondo altra diffusa immagine, «a cerchi concentrici»), che comprende:

- una clausola generale ⁽¹⁾, che definisce l'intera categoria («*grand general clause*»; «*grosse Generalklausel*»);

(1) Useremo, nel corso del lavoro, il termine «clausola generale», pur sussistendo qualche dubbio che la norma in discussione presenti tutte le caratteristiche di tale figura.

Per «clausola generale» si intende, com'è noto, una norma che **affida** al giudice il compito di effettuare una valutazione comparativa fra interessi in conflitto, sulla base di criteri predeterminati ma non sufficienti a determinare una disciplina dettagliata della materia (*Delegationsnorm*). In questo senso non può condividersi l'affermazione, pur diffusa (v., da ulti-

- due norme generali di divieto («*small general clauses*»; «kleine *Generalklauseln*»), riguardanti distinte sottocategorie di pratiche (rispettivamente, «*ingannevoli*» e «*aggressive*»);

- due «liste nere» di PCS vietate «in ogni caso», perché considerate dalla stessa legge come, rispettivamente, ingannevoli o aggressive.

Nell'interpretazione di questo complesso normativo, è possibile seguire due vie diverse (*):

mo, RESTIVO, *Contributo ad una teoria sull'abuso del diritto*, Milano, 2007, p. 131), secondo cui, sul piano logico, non vi sarebbe alcuna differenza fra la previsione normativa di fattispecie tipizzate ed il ricorso ad una clausola generale.

La struttura di clausola generale vera e propria è tradizionalmente riconosciuta alle norme generali in materia di concorrenza sleale [cfr. FEZER, in *Lauterkeitsrecht-Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, a cura di Fezer, Beck, Miinch, 2005, p. 360-1; LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 237 ss.].

Questa struttura normativa è facilmente riconoscibile nella disciplina tradizionale della concorrenza sleale, impostata sulla risoluzione di conflitti fra interessi omogenei. Invece, nelle norme in esame, impostate in funzione di tutela del consumatore, potrebbe ritenersi, a prima vista, che i termini del conflitto siano stati predefiniti dal legislatore e che al giudice spetti solo il compito di applicare ai casi concreti un divieto rigidamente strutturato, con normali tecniche di sussunzione della fattispecie concreta nella norma astratta di divieto.

Credo però che anche la norma generale in esame presenti alcuni profili «aperti», che lasciano al giudice margini di apprezzamento discrezionale nella soluzione del conflitto fra libertà dell'impresa di scegliere i mezzi di promozione delle proprie vendite e libertà di scelta del consumatore (tali sono, come si tornerà a dire più avanti nel testo, sia il *materiality test*, dettato dal legislatore per la valutazione della concreta incidenza della pratica, sia lo stesso criterio del ((consumatore medio»).

Pertanto, credo che il termine «clausola generale» possa continuare ad essere impiegato, nella discussione in materia di PCS, senza incorrere in una forzatura terminologica.

(2) Sulla dialettica, presente nell'interpretazione di tutte le norme generali, fra attribuzione alle stesse di un valore di principio o di un valore soltanto residuale, e sulla necessaria riconduzione a giudizi di valore della scelta fra l'uno e l'altro risultato interpretativo, v. LIBERTINI, *Alla ricerca del "diritto privato generale" - Appunti per una discussione*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 544 ss.

In questo scritto ho sostenuto che ambedue le categorie di norme generali (di principio e residuali) sono importantissime in un ordinamento sviluppato, e che la costruzione delle relative *regulae iuris* (attività che una volta era designata con la nobile parola «*dogmatica*») deve avvenire tenendo conto del tessuto normativo complessivo (pubblico e privato).

Non appropriati sono i commenti critici che a queste opinioni rivolge MAZZAMUTO, *Postfazione*, in PLAIA (ma in realtà AA.Vv.), *Diritto civile e diritti speciali - Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008, p. 277 ss., il quale intende la mia affermazione secondo cui «*non e più tempo di diritto privato generale*» come espressione di rassegnazione all'affermarsi degli specialismi, laddove l'espressione significava chiaramente che il «diritto generale» (principi e norme residuali) non può essere solo diritto *privato* generale,

(i) si può intendere la norma generale come norma residuale, da applicare solo quando un caso non sia già coperto da una norma più dettagliata (quindi secondo lo schema logico «norma generale / norma speciale») (3);

(ii) si può intendere la norma generale come norma fondamentale del-

e quindi ridursi alle tradizionali categorie civilistiche, più o meno rivisitate (mentre, riguardo all'affermarsi degli specialismi, l'opinione da me espressa era opposta a quella attribuita da M.). Invece, M. si dichiara convinto che tutte le normative speciali sono «derivate dal tronco del diritto civile» (affermazione storicamente inaccettabile) e solo nella cornice del diritto civile possono trovare punti di riferimento sicuri. Salvo poi ad affermare che, oggi, i contenuti del c.d. diritto privato generale sono indeterminati e che «il perimetro del diritto privato generale è tutto da costruire» (il che non mi sembra ideale per fornire ai giuristi specialisti punti di riferimento sicuri).

(3) Cfr. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali*, in *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2007, p. 116 ss.; CALVANO, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, p. 78; GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" fra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, p. 777.

Prevalente è il medesimo orientamento anche fra i commentatori stranieri della direttiva V., per esempio, GONZALEZ VAQUÈ, *La directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales: entre l'objectif d'une harmonisation totale et l'approche d'une harmonisation complète*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2005, p. 796, che attribuisce espressamente alla norma generale la funzione di norma di chiusura del sistema (*safety net clause*); HENNING-BODEWIG, *Die Richtlinie 2005/29/EG über unlauteren Geschäftspraktiken*, in *GRUR Int.*, 2005, p. 631.

Un tentativo di approfondimento può leggersi in STUYCK-TERRYN-VAN DYCK, *Confidence through Fairness? The New Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices in the Internal Market*, in *43 Common Market Law Rev.*, p. 107 ss. [2006]. Gli aa. muovono dalla considerazione che la struttura normativa a tre livelli, adottata nella direttiva, è analoga a quella presente nella legge tedesca sulla concorrenza sleale (UWG) del 2004, in cui i tre livelli normativi vengono interpretati come parti di un sistema unitario; ma poi evidenziano che la volontà del legislatore comunitario e chiaramente diretta in senso opposto, e vuol dare autosufficienza (per ragioni di certezza applicativa) alle norme di dettaglio. Gli aa. proseguono poi con puntuale critiche alla «lista nera»), la cui applicazione letterale (che si suppone imposta dal legislatore) porterebbe a incoerenze interne, nell'applicazione della disciplina, lasciando inoltre agli interpreti una serie di dubbi sul significato da attribuire a diversi dati testuali generici, contenuti nella lista nera. Queste considerazioni sono sostanzialmente uguali a quelle svolte nel testo, e ritenute da chi scrive idonee ad imporre un'interpretazione delle norme diversa da quella dichiaratamente preferita dalla Commissione. Secondo gli aa. qui citati il rispetto dell'intenzione del legislatore imporrebbe invece di accettare soluzioni normative incoerenti, e spesso neanche idonee a realizzare l'auspicata certezza applicativa.

Questa disputa interpretativa sembra esemplare al fine di saggiare alcuni punti critici della teoria dell'interpretazione, ma le riflessioni teorico-generalì in materia possono essere rinviate ad altra sede.

l'intera materia e le norme di dettaglio come applicazioni particolari della disposizione di principio (secondo lo schema logico «norma (generale) fondamentale / norme applicative (o indicazioni esemplificative)»⁽⁴⁾.

Accreditata è però anche una tesi intermedia, che respinge la lettura del testo normativo in termini di relazione tra norma generale e norme speciali, e considera piuttosto le diverse disposizioni come un insieme normativo unitario, in cui le diverse norme sono fra loro equiordinate. Risultato di questa impostazione è che la clausola generale può essere richiamata, in via ausiliaria, per risolvere problemi interpretativi lasciati aperti dalle norme speciali, ma non può essere mai utilizzata in funzione conettiva del dato testuale delle stesse. In altri termini, per questa tesi le norme esemplificative, in quanto espressione di consapevole volontà legislativa, devono trovare piena e integrale applicazione, cioè danno luogo ad una sorta di presunzione assoluta di illiceità della pratica⁽⁵⁾. Il risultato pratico di questa linea ricostruttiva mi sembra, malgrado le premesse e l'iter diverso, identico a quello della tesi sub ①, che attribuisce alla clausola generale un ruolo soltanto residuale.

Una variante di questa tesi intermedia, semplificando l'orientamento da ultimo riassunto, nega l'esistenza stessa del problema interpretativo, affermando che la clausola generale può comprendersi solo alla luce della lista nera, cioè costituisce la somma di una serie di disposizioni particolari⁽⁶⁾.

Quest'ultima interpretazione mi sembra immediatamente da scartare,

⁽⁴⁾ Questa tesi, che si cercherà di difendere nel testo, risulta al momento sostanzialmente isolata. V. comunque *infra*, nota 11.

⁽⁵⁾ MICKLITZ, *The General Clause of Unfair Practices*, in *Howells-Micklitz-Wilhelmsen, European Fair Trading Law*, Ashgate, Aldershot (UK), 2006, p. 117 ss.

Per una impegnata dimostrazione di questa tesi, in un orizzonte più ampio (ma anche con riferimento espresso alla materia trattata nel testo), v. SCHÜNEMANN, *Generalklauseln und Regelbeispiele*, in *Juristenzeitung*, 2005, p. 271 ss. Questo a. esprime chiaramente il giudizio di valore, che sta alla base dell'orientamento ricostruttivo del rapporto fra clausola generale e norme esemplificative: la valorizzazione di queste ultime è vista come uno strumento per limitare la discrezionalità giurisprudenziale.

⁽⁶⁾ Così DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, p. 44 ss.

Sostanzialmente nello stesso senso GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *Contratti*, 2007, p. 175, il quale si pone il problema se l'art. 5 della direttiva sia semplicemente riassuntivo delle disposizioni sulle pratiche ingannevoli e su quelle aggressive o se invece possa avere una funzione integrativa, e conclude per questa seconda soluzione, che permetterebbe «una tutela più ampia del consumatore, in quanto idonea a comprendere tutte le ipotesi, anche minori, in cui la volontà del consumatore sia comunque coartata».

perché porta, sostanzialmente, a cancellare la clausola generale: l'interprete dovrebbe limitarsi ad applicare per analogia, ai casi non previsti nelle liste nere, singole disposizioni in queste contenute.

Ugualmente inaccettabile è però - a mio avviso - l'interpretazione prevalente e «ortodossa» (tale perché corrispondente all'orientamento espresso dalla stessa Commissione), che attribuisce *invero* alla clausola generale un valore normativo autonomo, ma soltanto residuale: la clausola generale sarebbe stata introdotta per consentire di colpire con il divieto eventuali comportamenti nuovi, che il legislatore attuale non è stato in grado di prevedere, e quindi per consentire alle norme della direttiva di superare «*the test of time*»⁽⁷⁾. L'importanza della norma generale appare dunque - nell'intenzione del legislatore - piuttosto limitata⁽⁸⁾.

Alla radice di tale ragionamento sta, più o meno consapevolmente, una lettura della normativa alla luce del principio di specialità. Ciò è però discutibile, in termini di teoria generale, in questo come in tutti gli altri contesti normativi in cui sono presenti norme generali e norme esemplificative⁽⁹⁾: il principio di specialità è uno strumento costruito per risolvere antinomie fra norme diverse, caratterizzate da parziale sovrapposizione della fattispecie e da diversità di sanzioni (s'intende qui ((sanzione», nel senso più lato, di disciplina - quale che ne sia il contenuto - dettata dall'ordinamento a fronte di una determinata fattispecie). Di fronte ad antinomie di questo tipo, la presenza di una fattispecie (X+1) più complessa di un'altra (X) comporta - giustamente - l'applicazione esclusiva della disciplina dettata per X+1 e non anche l'applicazione cumulativa della disciplina di X e di X+1.

Il problema logico-interpretativo che si pone nel nostro caso è, però, completamente diverso: si tratta di costruire in modo coerente un insieme di fattispecie, accomunate da certe caratteristiche; fattispecie a cui dovrà applicarsi una identica e comune disciplina (non si pone, in altri termini, il problema del concorso fra discipline diverse, che caratterizza la dialettica «norma generale/norma speciale»).

Ne consegue che il criterio interpretativo dev'essere quello della coerenza sistematica, e quindi dell'applicazione cumulativa, e non quello della specialità (cioè quello dell'applicazione esclusiva di una o altra disposizione, al fine di evitare antinomie). La ricostruzione più coerente porta

⁽⁷⁾ Cfr. Comm. Ce, *The unfair commercial practices Directive. Questions and answers*, MEMO/07/572, Bruxelles, 12 dicembre 2007.

⁽⁸⁾ Cfr. HANDIG, *The Unfair Commercial Practices Directive - A Milestone in the European Unfair Competition Law*, in *European Business Law Review*, 2005, p. 1123 [«*the General Clause in Article 5 (1) although is rather limited in its scope*»].

⁽⁹⁾ Cfr. SCHÜNEMANN (nota 5).

dunque a vedere nel rapporto fra le diverse norme in materia di PCS non un rapporto fra norma generale e norma speciale, bensì un rapporto fra principio generale e disposizioni applicative (o, se si vuole, esemplificative).

A ciò si aggiunga che anche la tesi che legge le norme sulle PCS alla luce del principio di specialità porta, sostanzialmente, ad un'interpretazione abrogatrice della norma generale. Se questa, infatti, dovesse applicarsi solo a casi residuali, ne conseguirebbe che essa non vale né per le pratiche ingannevoli, né per le pratiche aggressive (dato che ambedue queste fattispecie sono espressamente definite da norme più dettagliate rispetto a quella generale). La norma generale si dovrebbe applicare dunque solo ad un *tertium genus* di pratiche scorrette, né ingannevoli né aggressive⁽¹⁰⁾, ma ugualmente lesive della libertà di scelta del consumatore; di tale ipotetica categoria non si riesce però a formulare alcun ragionevole esempio⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Questa affermazione è peraltro corrente fra i commentatori della direttiva (v., oltre agli aa. citati nelle note precedenti, NAHON, *Unfair Commercial Practices Directive - Taking the Pressure out of Selling*, in *Business Law Rev.*, 2006, p. 205; SACCO GINEVRI, *La direttiva 2005/29/CE e la disciplina della concorrenza*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di Mignervini e Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 88; PALLOTTA, *Le pratiche commerciali aggressive*, *ivi*, p. 174).

Diversamente, però, DE CRISTOFARO (nota 3), p. 132, secondo cui le pratiche scorrette, che non possano qualificarsi come ingannevoli, né aggressive, sarebbero del tutto fuori dell'ambito applicativo della direttiva.

⁽¹¹⁾ Significativo, a tal proposito, anche per l'autorevolezza della fonte, mi sembra l'esempio addotto da ABBAMONTE, *The Unfair Commercial Practices Directive: an Example of the New European Consumer Protection Approach*, in *12 Columbia Journal of European Law*, p. 709 ss. [2006], il quale ipotizza un caso di discriminazione a danno di un consumatore. Non vedo però come questa ipotesi possa tradursi in una distorsione della libertà di scelta del consumatore (requisito essenziale per potersi applicare la clausola generale) senza che il consumatore sia stato ingannato (non sapeva che altri consumatori avevano ottenuto condizioni ben migliori, e se lo avesse saputo non avrebbe compiuto quello specifico atto di consumo) owoero abbia subito una coercizione o un indebito condizionamento. In altri termini, l'esempio non sembra idoneo a descrivere un'ipotesi di pratica scorretta verso il consumatore, che non sia ingannevole, né aggressiva.

Altri aa. (KÖHLER, *Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, in *GRUR*, 2005, p. 793 ss.; GARCIA PEREZ, *Tempo de cambios para el derecho contro la competencia desleal - La directiva sobre practicas comerciales desleales*, in *Actas de derecho industrial*, 2006, p. 482-3) fanno l'esempio di vendite abbinate con concorsi a premi di natura tale da rendere aleatorio l'acquisto del consumatore. Mi sembra però che tale fattispecie (pur assente dalla lista nera e dagli indici espressamente menzionati nella definizione delle pratiche aggressive, contenuta nell'art. 25 c. cons.) presenti tutte le caratteristiche dello «indebito condizionamento», costituente parte integrante della definizione generale della figura.

Per questo può dirsi che l'interpretazione corrente è sostanzialmente abrogativa dell'art. 5 della direttiva. Ma proprio il canone ermeneutico, che impone di rifiutare l'interpretazione abrogatrice, salvo casi estremi di impossibilità di soluzioni diverse, introduce un dubbio grave sulla coerenza dell'orientamento corrente.

La scelta interpretativa da compiere, nella materia in esame, si riduce dunque al dilemma fra l'attribuzione alla clausola generale del valore di vera e propria disposizione di principio, idonea a giustificare anche applicazioni (restrittive o estensive) non letterali delle norme particolari; ovvero l'attribuzione alla clausola generale del valore di norma ausiliaria, da utilizzare solo in presenza di concreti dubbi interpretativi, nascenti dall'incompletezza del dato letterale di questa o quella norma particolare (secondo la tesi che sopra abbiamo qualificato come «intermedia»)).

La ragione che, nella *mens* del legislatore storico e della maggior parte degli interpreti, indurrebbe a preferire quest'ultimo orientamento, è quella della certezza applicativa.

A tal proposito, un dato estrinseco, che può avere contribuito al formarsi dell'orientamento interpretativo corrente, è costituito dalla infelice e complicata formulazione della clausola generale nella dir. Ce 29/05 (punto su cui si tornerà fra breve): qualcuno può aver pensato che focalizzare l'attenzione su tale clausola, anziché sulle disposizioni più particolari, possa portare a gravi incertezze⁽¹²⁾. Tutto ciò è abbastanza plausibile, ma non può esimere dall'esigenza di una costruzione razionale complessiva della disciplina. Tanto più che, come si cercherà di dimostrare più avanti (v., in particolare, parr. 11 e 12), le norme particolari non consentono, spesso, di raggiungere quei risultati di certezza applicativa, che sono auspicati dall'orientamento corrente, e devono essere integrate spesso con le indicazioni provenienti dalla clausola generale.

In ogni caso, malgrado l'intenzione del legislatore storico, e le intrinseche debolezze della formulazione della norma generale, ritengo che il ri-

Anche in questo caso, dunque, ci si trova di fronte ad una pratica già astrattamente inquadrabile in una delle due categorie generali.

Altri aa. ancora (come, sia pur dubitativamente, DI CATALDO, nelle *Conclusioni*, pubblicate in questo stesso volume) fanno riferimento al *marketing* subliminale, che però può farci rientrare, senza eccessive difficoltà, fra le pratiche commerciali aggressive.

⁽¹²⁾ Cfr. DE CRISTOFARO (nota 3), p. 125, secondo cui nella clausola generale «gli organi comunitari [hanno] forzatamente accomunato categorie e concetti tra loro assai eterogenei, ponendo in tal modo gli interpreti intenzionati a ricostruire in modo organico la portata della 'defmizione generale' di cui al comma 2° dell'art. 5 di fronte ad un ostacolo insormontabile».

La ricostruzione, che viene tentata nel testo, si muove proprio nella direzione che, per l'autore testé citato, è impraticabile.

sultato interpretativo, proposto dalle tesi correnti sia inaccettabile, e che la clausola generale debba essere intesa come una disposizione di principio, su cui deve fondarsi l'interpretazione dell'intera disciplina⁽¹³⁾.

2. - Per inquadrare meglio il problema interpretativo sopra impostato, è opportuna qualche riflessione sulla scelta del legislatore europeo di dar vita ad una disciplina dal contenuto così articolato e dettagliato, come quella che è stata inserita nella dir. Ce 29/05.

Anzitutto è opportuno muovere dall'affermazione corrente, presente anche nel preambolo della direttiva, che giustifica l'adozione della stessa con il fine di unificare discipline nazionali eterogenee relative alle «(pratiche commerciali sleali che falsano il comportamento dei consumatori)»⁽¹⁴⁾, che come tali finiscono per «ledere gli interessi economici dei concorrenti legittimi». L'affermazione non deve intendersi nel senso che tutte le discipline nazionali in materia di concorrenza sleale contengano norme di tutela diretta dei consumatori, divergenti fra loro nei contenuti di dettaglio; bensì nel senso, più radicale, che diverse discipline nazionali trattano la concorrenza sleale solo come strumento di soluzione di conflitti imprenditoriali e non danno giuridica rilevanza ai casi in cui comportamenti, individuali o paralleli, di imprese pregiudichino la libertà di scelta dei consumatori, ma, per qualsiasi ragione, non suscitino una reazione da parte di alcun concorrente. Il problema più grave, sotto questo profilo, è simile a quello

⁽¹³⁾ Per quanto a mia conoscenza, la tesi che viene esposta nel testo è, al momento, pressoché isolata in dottrina, salvo la posizione incidentale di OHLY, in Piper-Ohly, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (cit. da DE CRISTOFARO [nota 3], p. 117).

Anche qualche a., che pur afferma «l'assoluta centralità» della clausola generale, in realtà finisce per attribuire alla stessa valore sussidiario, «in qualsiasi situazione in cui non si disponga di alcuna difesa specifica» (VIGORITI, *Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, p. 532 ss.).

Afferma di voler valorizzare la "clausola generale di scorrettezza", ma in una prospettiva vaga (nel senso che la clausola consentirebbe di sindacare i comportamenti dell'impresa nella fase della sollecitazione del consenso e in quelle successive della formazione e dell'esecuzione del contratto), BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali scorrette e il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, in questa rivista, 2007, p. 1427 ss.

Per contro, la soluzione interpretativa accolta nel testo sembra implicitamente affermata nella prassi applicativa dell'AGCM, che, negli atti di contestazione degli addebiti alle imprese interessate, richiama di solito cumulativamente l'art. 20 e altri articoli più specifici del c. cons. Peraltra, questo modo di impostare i procedimenti è compatibile anche con la tesi «intermedia», di cui si discute nel testo (e v. in particolare, in tal senso, SCHÜNEMANN [nota 5]).

In senso conforme a quanto sostenuto nel testo v. anche ASSONIME, *Circolare* n. 80 del 17 dicembre 2007, *Le pratiche commerciali scorrette*.

⁽¹⁴⁾ Così il ((considerando) 13 della direttiva.

che si pone nei riguardi delle intese vietate dalla norma *antitrust*: può darsi il caso che una pratica, lesiva degli interessi dei consumatori, si generalizzi in un determinato settore, e che nessuna impresa sia perciò incline ad utilizzarla, per fare cessare tale pratica, i rimedi previsti dalla disciplina della concorrenza sleale. Di fronte a situazioni del genere, si poneva come problema urgente quello di unificare le discipline dei paesi membri, nel senso di assicurare dovunque una tutela diretta degli interessi dei consumatori, che le tradizionali discipline della concorrenza sleale non sempre erano in grado di assicurare.

La direttiva si giustifica dunque - al di là delle dichiarazioni ufficiali, volte a giustificare l'intervento come misura di riawicinamento delle legislazioni ai sensi dell'art. 95 Tratt. Ce - soprattutto come strumento volto a colmare la lacuna, propria di molte discipline nazionali della concorrenza sleale, nella previsione di tutele dirette dei consumatori e delle loro associazioni, piuttosto che come strumento di uniformazione, nella normativa di dettaglio, di discipline di tutela dei consumatori contro le PCS, presenti nei vari ordinamenti.

A tale fine anche una disciplina strutturata sulla base di una clausola generale e di poche indicazioni esemplificative, accompagnata da precise indicazioni in ordine ai rimedi da garantire agli interessi tutelati, avrebbe, a mio avviso, ugualmente raggiunto lo scopo⁽¹⁵⁾. La scelta del legislatore non è stata, dunque, una scelta necessitata.

Non credo però che la tecnica legislativa prescelta imponga di interpretare le norme in materia di PCS nel senso dell'attribuzione alla clausola generale di un ruolo soltanto sussidiario.

A tale proposito si deve considerare che, in ordine al rapporto tra clausola generale e norme esemplificative, non può rinvenirsi, nell'esperienza giuridica europea, un orientamento univoco o chiaramente prevalente⁽¹⁶⁾. Accanto alle opinioni che attribuiscono alla clausola generale valore normativo centrale (quindi anche correttivo, integrativo e comunque interpretativo delle norme di dettaglio)⁽¹⁷⁾, sono frequenti altre opinioni, che

⁽¹⁵⁾ Sulla possibilità ed opportunità di una politica di armonizzazione dei diritti degli stati membri, realizzata attraverso lo strumento della legislazione per principi, v. VAN GERVEN, *Harmonization of Private Law: do We Need It?*, in 41 *Common Market Law Rev.*, 505 ss. (2004).

⁽¹⁶⁾ V., in particolare, SCHÜNEMANN, *Generalklauseln und Regelbeispiele* (nota 5).

⁽¹⁷⁾ Cfr., per riferimenti, WILHELMSSON, *Misleading Practices*, in *European Fair Trading Law* (nota 4), p. 124. Per la dottrina tedesca, v. FEZER (nota 1), p. 363 ss. (anche se l'esperienza tedesca è, in realtà, più ambigua, per il prevalere, nel diritto vivente, del metodo delle *Fallgruppen*: v. *infra* nel testo). Per la dottrina italiana mi permetto di rinviare a LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 533 ss.

concepiscono la clausola generale come norma residuale ed ausiliaria, per supposte ragioni di certezza applicativa. I termini di questo dibattito non sono però sempre chiari agli interpreti, e l'adesione del legislatore europeo al secondo orientamento, pur presente nei lavori preparatori, non si è tradotta in dati normativi stringenti per gli interpreti.

La scelta del legislatore europeo, peraltro, può spiegarsi anzitutto con l'influenza della cultura di common law e della relativa concezione della legge scritta come norma derogatoria rispetto al common law, e come tale bisognosa di stesura precisa e dettagliata⁽¹⁸⁾. Questa concezione della legge è idealmente collegata - com'è noto - all'idea di un ordine giuridico formato, primariamente, dall'accumulo di casi sperimentati e decisi dalla giurisprudenza, e solo in via secondaria dalle regole derogatorie fondate sullo *statute law*: in questo quadro non v'è spazio per norme legislative che fissino principi o clausole generali. Questa diversa esperienza culturale si è riflessa anche nella disciplina della concorrenza sleale, che vede il diritto inglese tradizionalmente caratterizzato, a differenza degli altri diritti europei (e della Convenzione internazionale in materia di proprietà industriale), dalla mancanza di una clausola generale⁽¹⁹⁾.

Si deve peraltro riconoscere che è stata ovunque abbastanza forte la tendenza a tipizzare diverse categorie di atti di concorrenza sleale, ricorrenti in giurisprudenza, sì da farne delle vere e proprie fattispecie normative di origine giurisprudenziale. Questa tendenza ha avuto particolare forza nell'ordinamento tedesco, per l'operare del metodo delle Fallgruppen, cioè di un metodo di classificazione dei precedenti giurisprudenziali a cui, spesso, si tende ad attribuire valore normativo⁽²⁰⁾.

Al di là dell'influenza delle diverse esperienze matureate, negli ordinamenti nazionali, in materia di concorrenza sleale, nella fase di elaborazione della disciplina delle PCS l'esigenza di disposizioni dettagliate rispon-

⁽¹⁸⁾ HOWELLS, *Unfair Commercial Practices Directive - A Missed Opportunity?*, in *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29/CE*, ed. by Weatherill e Bernitz, Hart, Hoxford, 2007, p. 113, afferma che «*The Directive actually adopts the form of the continental general clauses, but has the policy perspective of the United Kingdom*».

⁽¹⁹⁾ V. l'accurata trattazione di R.W. DE VREY, *Towards a European Unfair Competition Law*, Nijhoff, Leiden / Boston, 2006.

⁽²⁰⁾ In tal senso v., soprattutto, OHLY, *Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs*, Heymanns, Köln, 1996; ID., *Generalklausel und Richterrecht*, in *Arch. civ. Praxis*, 2001, p. 2 ss.

In senso critico contro l'irrigidimento delle soluzioni derivanti dall'impiego normativo della tecnica delle *Fallgruppen*, e quindi in senso conforme a quanto sostenuto nel testo, v. WEBER, *Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln*, in *Arch. civ. Praxis*, 1992, p. 516 ss.; FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, p. 94 ss.

deva anche alla preoccupazione che una normativa basata solo su una clausola generale avrebbe potuto portare ad applicazioni troppo differentiate fra un paese e l'altro, data la presenza storica di diverse sensibilità e tradizioni culturali⁽²¹⁾.

C'è da chiedersi, in effetti, se il pericolo di tale inconveniente non sia stato sopravvalutato, e se veramente fosse da combattere la prospettiva di un ragionevole adattamento della norma generale alle culture locali, nel quadro di una funzione unitaria della disciplina, che è quella di tutelare la libertà di scelta del consumatore. Del resto, la norma sulla concorrenza sleale, contenuta nella Convenzione, ha operato nei diversi paesi con differenze applicative, che però non hanno mai costituito serio ostacolo al commercio internazionale, né violato la parità concorrenziale fra imprese, più di quanto non possa derivare dalle ineliminabili differenze culturali, esistenti nei diversi ambienti e territori.

Probabilmente, anzi, il dialogo interpretativo, che può nascere in relazione ad un testo condiviso e ricostruito sistematicamente a partire da sensibilità anche diverse, può portare a soluzioni complessivamente più solide e coerenti di quelle che possono derivare da un'interpretazione letterale, com'è quella che il legislatore comunitario sembra volere imporre⁽²²⁾.

In ogni caso, il testo normativo della direttiva è nato da una volontà di compromesso, ed ha così dettato una clausola generale, in continuità con la tradizione legislativa dei diritti europei in materia di concorrenza sleale, cercando però di depotenziarne il contenuto attraverso la proliferazione di norme di dettaglio. In presenza di questo testo normativo di compromesso, l'interprete è comunque chiamato a svolgere - come si è già detto - un'opera di razionalizzazione.

2.1. - La tesi che attribuisce alla clausola generale una funzione solo residuale mi sembra inaccettabile perché porta a riconoscere la possibilità di

⁽²¹⁾ V., fra i tanti, BARTOLOMUCCI, *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 268; CALVO, *Le pratiche commerciali sleali "ingannevoli"*, in *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori* (nota 3), p. 206.

HOWELLS, *Aggressive Commercial Practices*, in *European Fair Trading Law* (nota 5), p. 182, fa l'esempio della diversa sensibilità nei confronti della pratica della sollecitazione svolta attraverso il contatto personale con il consumatore su una pubblica via, valutata come normale nei paesi mediterranei, ed invece come una molestia intollerabile neipasi nordici.

⁽²²⁾ Viene in proposito da richiamare le belle pagine di SUPIOT, *Homo juridicus - Saggio sulla funzione antropologica del diritto* (2005), trad. it., Milano, 2007, p. 236 ss., che, in relazione alle norme internazionali sui diritti dell'uomo, sottolinea il valore del processo interpretativo di un testo condiviso, come fattore di comprensione reciproca e di costruzione di risultati dotati di senso e contenuti più profondamente radicati nel sentire comune.

conflitti assiologici all'interno di una disciplina, che risponde invece chiaramente ad uno scopo unitario.

A dimostrazione di quanto affermato, sembra opportuno sottolineare, anzitutto, che alcuni dei requisiti compresi nella clausola generale, in primo luogo quello della ((idoneità falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore» (v. *infra*, par. 8), non possono che avere portata trasversale, sì da coprire l'intera disciplina. Se si rimanesse fermi ad un'interpretazione letterale, si dovrebbe giungere ad affermare (v. ancora *infra*, par. 8) che, per le ipotesi atipiche di PCS e per le pratiche commerciali aggressive, l'idoneità a falsare il comportamento del consumatore dovrebbe superare un certo standard di «apprezzabilità», mentre, per le pratiche commerciali ingannevoli, il divieto si applicherebbe in presenza del semplice dato strutturale, anche se la pratica in questione fosse inidonea a falsare in modo apprezzabile il comportamento dei consumatori.

Per le categorie più importanti e tipiche di PCS si avrebbe dunque un'applicazione formalistica dei divieti, mentre per le altre fattispecie si dovrebbe passare ad una più complessa analisi funzionale, avente ad oggetto il requisito della idoneità a ledere il bene giuridico tutelato dalla norma. Una simile interpretazione potrebbe trovare fondamento solo in un'ossessione di certezza, che non è coerente alle finalità e alle caratteristiche del diritto della concorrenza. Il buon funzionamento dei mercati non può essere assicurato applicando le norme con mentalità da rubricista, ma solo analizzando a fondo gli effetti economici e sociali delle diverse fattispecie. Effetti, oltretutto, variabili nel tempo (l'uso di corpi nudi o di certi vocaboli, in messaggi pubblicitari, sarebbe stato sconvolgente qualche tempo fa, mentre può apparire oggi ininfluente sull'attenzione del consumatore medio). Da ciò la superiorità di un'interpretazione teleologica e sistematica, rispetto ad un'interpretazione letterale delle norme in materia.

Lo stesso ragionamento può farsi per la determinazione dello standard del ((consumatore medio» (*infra*, par. 8) che, nella clausola generale dell'art. 5, è costruito in modo complesso, tenendo conto anche di gruppi tipizzati di consumatori vulnerabili; questa precisazione (praticamente assai importante), non compare nelle clausole intermedie che definiscono le pratiche ingannevoli e quelle aggressive: ciò potrebbe portare all'irragionevole conclusione che una norma di protezione di categorie di consumatori vulnerabili avrebbe solo carattere residuale e non si applicherebbe alle pratiche commerciali tipiche⁽²³⁾.

Inoltre, il criterio di certezza è illusorio, perché molte delle fattispecie

⁽²³⁾ Pone il problema, pur non giungendo espressamente alle conclusioni esposte nel testo, HOWELLS (nota 13), p. 106.

tipiche di PCS danno luogo (come meglio vedremo *infra*, par. 10 ss.) a dubbi interpretativi. Il superamento di tali dubbi può avvenire awalendosi della clausola generale come criterio interpretativo, oworo ricostruendo ogni singola fattispecie come una monade a sé stante. A parte l'evidente irrazionalità di quest'ultimo ipotetico criterio, è evidente che esso non fornirebbe alcun particolare guadagno, in termini di certezza applicativa. Ne consegue la ragionevolezza dell'impiego della clausola generale, almeno come criterio di soluzione dei dubbi interpretativi inerenti alle singole fattispecie (risultato ammesso anche dalla tesi intermedia, che qui si viene discutendo).

Però, se si ammette l'impiego della clausola generale come criterio di risoluzione dei dubbi interpretativi, non si vede come possa negarsene l'impiego anche come criterio integrativo (e, all'occorrenza, correttivo) di determinazione delle diverse fattispecie tipiche, anche nei casi in cui la definizione normativa non dia luogo, a prima vista, a particolari dubbi. A quest'ultima conclusione si oppongono soltanto supposte ragioni di certezza applicativa, che però, a mio avviso, non sono coerenti con le finalità proprie del diritto della concorrenza, in cui il valore prevalente dev'essere quello della coerenza e dell'efficienza delle soluzioni applicate.

In ultima analisi, il dilemma interpretativo in materia di PCS si concentra sulla preferibilità meno di un'interpretazione strettamente letterale delle disposizioni che prevedono singole ipotesi di PCS («liste nere»), nonché delle disposizioni intermedie, a fronte della possibilità di un'interpretazione teleologica delle stesse, alla luce della clausola generale.

A me sembra che l'interpretazione teleologico-sistematica da preferire, per la maggiore coerenza dei risultati finali che consente di conseguire. Ma in ogni caso mi sembra che l'assunto di base, da cui muove l'interpretazione qui criticata (cioè l'assunto **dell'unitarietà** sostanziale del complesso normativo), non sia coerente con i successivi sviluppi della stessa, che portano ad interpretare alcune disposizioni di questa disciplina unitaria con criteri strettamente letterali, ed altre con criteri teleologici e sistematici. Appare metodologicamente più corretta un'interpretazione omogenea dell'intero complesso normativo.

La linea interpretativa qui proposta non porta, peraltro, a svuotare di significato l'elencazione di fattispecie particolari. Il valore delle definizioni intermedie, e degli elenchi di pratiche assolutamente vietate ((listi nere»), contenuti nella direttiva, sta nell'esprimere il risultato di una valutazione applicativa del principio, fatta dal legislatore stesso. È bensì vero che - secondo la linea interpretativa qui proposta - l'interprete, nel caso in cui si imbatta in un conflitto (anche solo parziale o potenziale) fra il principio e la lettera della disposizione speciale deve far prevalere il principio, e non la lettera della disposizione speciale, ma è anche vero che la valutazione

del legislatore non può rimanere priva di rilievo: deve invece presumersi una piena coerenza fra principio e disposizione speciale. Solo che questa presunzione non è assoluta (come invece l'interpretazione qui criticata ritiene), bensì relativa: può dunque accadere che una fattispecie, pur inquadrabile nel dato testuale della norma di dettaglio, debba essere poi considerata estranea al divieto di PCS, perché priva dei connotati essenziali della fattispecie, descritti nella norma generale (v. *infra*, par. 12).

Ne consegue che il risultato interpretativo finale dev'essere nel senso che definizioni intermedie e black list forniscono un elenco di fattispecie, la cui ricorrenza dà luogo ad una presunzione legale di conflitto con il principio generale regolante la materia. Il ragionamento finora svolto impone, come già detto, di riconoscere che la presunzione ha carattere relativo e non assoluto: spetterà all'impresa interessata l'onere di fornire la prova contraria⁽²⁴⁾.

Quanto detto vale nei casi di ricorrenza di tutti gli elementi della fattispecie che determina l'illecito per se. È invece pressoché generale l'accordo sul punto riguardante la ricostruzione "interna" della fattispecie contenuta nella black list, che, oltre alle inevitabili lacune presenti in ogni testo normativo, sono talora davvero a maglie larghe e quindi bisognose di una incisiva opera di precisazione da parte dell'interprete (v. *infra*, par. 12). In casi del genere, solo il ricorso alla clausola generale può condurre ad una soluzione sistematicamente accettabile del problema interpretativo insorto.

3. - Se già la struttura generale della normativa delle PCS è frutto di compromessi, non meno compromissoria è stata la formulazione stessa della clausola generale. Un confronto storico-comparatistico sulle clausole generali vigenti nei vari ordinamenti, in materia di concorrenza sleale, consente di individuare quattro diversi modi di costruzione della clausola generale in materia, facenti capo rispettivamente a:

- a) gli usi correnti del settore;
- b) la best practice del settore;

⁽²⁴⁾ Vorrei aggiungere che questo gioco di presunzioni vale anche più in generale, nel diritto della concorrenza, dal momento che in tutti i casi, anche dove manca una clausola generale in senso stretto (come nella disciplina *antitrust*), si pone una dialettica fra regole generali a carattere funzionale e norme esemplificative di illeciti *antitrust*, consolidati dalla tradizione applicativa. Anche la distinzione americana fra illeciti *perse* e illeciti qualificati in applicazione della *rule of reason* dovrebbe essere letta in questa chiave (regola presuntiva), così come da tempo propone una dottrina americana minoritaria.

V. sul punto **LIBERTINI**, *La causa neipatti limitativi della concorrenza tra imprese*, in *Contratto e antitrust*, a cura di Olivier e Zoppini, Bari-Roma, 2008, p. 99 ss. (ove altre indicazioni bibliografiche).

c) le norme di deontologia professionale vigenti nell'ambito della categoria di operatori interessata;

d) regole oggettive esterne (etiche o giuridiche) di valutazione dei comportamenti imprenditoriali.

La formula impiegata dall'art. 10 bis della Convenzione internazionale in materia di proprietà industriale (« usi onesti in materia industriale o *commerciale* ») si colloca tra le definizioni b e c dell'elenco sopra riportato. La formula impiegata dall'art. 2598 c.c. (« correttezza professionale ») si pone, piuttosto, a cavallo delle definizioni c e d. La tendenza legislativa e interpretativa più recente (anche dovuta all'impatto sistematico della normativa antitrust) porta alla prevalenza della concezione d⁽²⁵⁾. Questa evoluzione è stata particolarmente netta nell'ordinamento tedesco, che, nel 2004, ha sostituito la vecchia clausola generale formulata in termini di contrarietà ai gute Sitten, con quella di *Unlauterkeit*.

In tale contesto, si sarebbe attesa una scelta del legislatore comunitario coerente con tali orientamenti. Tanto più in un testo normativo avente come fine la tutela del consumatore, quindi presumibilmente redatto sulla base della consapevolezza del conflitto d'interessi *insito* nella materia. È nota infatti la tendenza delle imprese ad allinearsi spontaneamente su standard di comportamento non molto rispettosi della libertà del consumatore, in contesti di mercato in cui, inevitabilmente, la moneta cattiva (cioè la pratica commerciale più disinvolta) finisce per scacciare la buona. Più che sotto ogni altro profilo, una disciplina delle pratiche commerciali volta a tutelare efficacemente il consumatore deve dunque fondarsi su criteri eteronomi, rispetto alla volontà e alle abitudini delle imprese interessate.

Naturalmente, le associazioni imprenditoriali non sarebbero facilmente d'accordo sulle affermazioni sopra esposte. Esse difendono, solitamente, la superiorità dell'autodisciplina, rispetto alla regolazione eteronoma dei comportamenti imprenditoriali, e in ciò sono largamente sostenute dal filone prevalente dell'ideologia della Corporate *Social Responsibility*⁽²⁶⁾. Per questa corrente di opinione sarebbe già in atto una competizione vir-

⁽²⁵⁾ V. gli scritti citati *supra*, nota 17.

⁽²⁶⁾ V., in particolare, i saggi raccolti in *Guida critica alla Responsabilità sociale e al governo dell'impresa*, a cura di Sacconi (Bancaria, Milano, 2005), e ivi, in particolare, SACCONI, *Le ragioni della CSR nella teoria economica dell'impresa* (p. 91 ss.); ID., *CSR: verso un modello allargato di corporate governance* (p. 113 ss.); ID., *Reputazione e autoregolazione nella CSR* (337 ss.); nonché SILVA, *Consumatori e imprese* (p. 543 ss.), ove peraltro si legge l'osservazione (presente anche in altri saggi raccolti nel volume) secondo cui «l'attuale tendenza dei mercati a dare molto valore ai risultati immediati non costituisce una condizione favorevole alla responsabilità sociale dell'impresa».

tuosa per la reputazione d'impresa, che si realizzerebbe attraverso la moltiplicazione di codici di condotta, aziendali o collettivi: compito della legislazione sarebbe solo quello di agevolare il consolidamento di questo processo spontaneo.

In effetti, si deve ammettere che l'esperienza storica dell'autodisciplina pubblicitaria è stata largamente positiva. Si devono però ricordare - senza affrontare, in questa sede, il problema generale dei limiti dell'autodisciplina come strumento di realizzazione della responsabilità sociale d'impresa (27) - tre limiti, propri dell'esperienza dell'autodisciplina pubblicitaria:

a) l'autodisciplina pubblicitaria è sorta storicamente come reazione difensiva razionale, in un contesto in cui le critiche ideologiche contro i «persuasori occulti» sembravano destinate a crescere, sì da poter delegittimare gravemente l'intera esperienza pubblicitaria (28); non è affatto probabile che codici di condotta altrettanto incisivi si affermino in relazione a pratiche di minore importanza economica e di minore frequenza statistica, ma non per questo meno pericolose per la libertà e la dignità del consumatore;

b) l'autodisciplina pubblicitaria detta norme nettamente migliorative delle pratiche un tempo correnti, ma non può strutturalmente spingersi verso scelte radicali, dovendo sempre muoversi su scelte accettabili alla grande maggioranza delle imprese (non è un caso che la pubblicità comparativa sia stata imposta per legge, costringendo il codice di autodisciplina ad adeguarsi; e che, in materia di obblighi informativi a carico delle imprese, le regolazioni speciali di settore si siano spinte molto oltre ciò che emergeva dalle norme autodisciplinari) (29);

c) l'autodisciplina è generalmente debole sul piano dei rimedi e delle sanzioni; ma i sistemi di *soft law* possono essere efficaci quando la riprova-

(27) Un filone di pensiero fortemente critico - di cui il più noto esponente è, in Italia, Guido Rossi - tende a vedere nell'ideologia della CSR che si realizza attraverso l'autoregolazione una ideologia (in senso marxiano) atta a nascondere soluzioni di massima libertà d'azione per i *manager* delle grandi imprese. V. anche GALLINO, *L'impresa irresponsabile*, Torino, 2005.

Una rassegna accurata di queste opinioni critiche (in un quadro di difesa della visione ottimistica, da tali opinioni criticata) è in ZAMAGNI, *La critica alle critiche alla CSR e il suo ancoraggio etico*, in *Guida critica* (nota 18), p. 319 ss.

(28) Mi permetto di richiamare, per una descrizione di quel contesto storico, LIBERTINI, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, a cura di Galgano, II, Padova, 1979.

(29) Si vedano le discipline regolamentari imposte dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni o dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, che non è il caso di richiamare, in questa sede, in dettaglio.

zione sociale, derivante dalla violazione delle regole, ha forte funzione tenente; ma quando l'interesse comune degli interessati inclina verso la tolleranza delle devianze, anziché verso la riprovazione, la *soft law* non è strumento appropriato a conseguire le finalità che le norme si propongono.

A ciò si aggiunga - per tornare al profilo più generale dell'autoregolazione - che la scelta del legislatore europeo, nella dir. Ce 29/05, è stata nel senso di abbandonare progressivamente l'ideologia della centralità dei codici di condotta, per tornare ad una impostazione più tradizionale, volta a dettare norme di legge secondo il modello «comando/controllo», attribuendo all'autoregolazione solo una utile funzione integrativa.

Ci sarebbero state dunque diverse e serie ragioni per adottare, in una disciplina di tutela del consumatore contro le pratiche commerciali sleali, una clausola generale chiaramente impostata su criteri eteronomi rispetto alla volontà delle imprese.

La scelta del legislatore europeo è stata invece frutto di evidenti compromessi. Ne è venuto fuori un testo complesso e artificioso. La clausola generale è costruita (art. 5.1, dir. Ce 29/05) intorno a due elementi:

- a) la contrarietà alla diligenza [non alla «correttezza»] (30) professionale;
- b) l'idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio.

Questi due elementi sono, a loro volta, oggetto di definizioni e precisazioni normative, che complicano il quadro. Conviene trattarne separatamente.

4. - La diligenza professionale è normativamente definita (art. 2.h, dir. Ce 29/05) in base ai seguenti parametri:

- il ((normale grado di speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori));
- questo parametro di diligenza professionale deve peraltro essere applicato «rispetto a pratiche di mercato oneste...»
- e/o al principio generale di buonafede nel settore di attività del professionista».

Un punto fermo di questa definizione è che il legislatore ha voluto imporre un parametro di diligenza professionale, da valutare quindi con crite-

(30) Il dato testuale esprime certamente una scelta normativa consapevole. A parte i riferimenti esplicativi dei lavori preparatori, basti confrontare il testo tedesco, in cui è stato usato il termine *Sorgfalt*, anziché quello di *Unlauterkeit*, corrispondente alla clausola generale della disciplina di diritto interno. È evidente il parallelismo con il testo italiano («*diligenza*»)- «*correttezza*»).

ri oggettivi di tipicità sociale, escludendo ogni rilevanza di criteri di diligenza quam in *suis* o fondati su parametri non professionali (31).

Questa scelta normativa presenta due profili altamente critici:

a) la diligenza esprime la misura dell'impegno richiesto nel rispettare certe regole, ai fini del giudizio di colpevolezza, ma non ci dice ancora come debbano essere individuate queste regole (32);

b) la violazione del dovere di diligenza può assumere rilievo, in ogni caso, solo ai fini del giudizio di colpevolezza; ma il giudizio di colpevolezza

(31) La possibilità di attribuire alla scelta del termine «diligenza», come riferibile ad una nozione civilistica più generale, un plausibile significato normativo, induce a non seguire l'opposta ricostruzione di G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale "scorretta"*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008, 180-1, secondo cui la nozione di «diligenza», usata dalla direttiva, non avrebbe alcunché a vedere con il concetto di diligenza come criterio di valutazione della colpevolezza, ma costituirebbe un concetto speciale, proprio della disciplina in esame, e si riferirebbe a «regole oggettive di comportamento corrispondenti ad un determinato grado/livello di conoscenze specialistiche, di cura e d'attenzione... che il professionista è tenuto ad osservare nelle pratiche commerciali che pone in essere nei confronti dei consumatori». Non mi sembra però che tale ricostruzione porti a risultati diversi dall'attribuzione al termine «diligenza» dei significati di «perizia» e ((attenzione)), certamente rilevanti ai fini del giudizio di colpevolezza.

(32) Cfr., come più recente, TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008, p. 25 ss.

Nelle formule ricorrenti in giurisprudenza, diligenza e perizia sono indicate come criteri paralleli di valutazione della colpevolezza (anche se di norma comprese in un'endadi, e quindi fra loro inscindibili). Tuttavia, essendo intuitivo che la diligenza comprende anche l'obbligo di agire in modo informato, è frequente e tradizionale anche la qualificazione della *perizia*, come parte integrante dell'obbligo di diligenza (cfr. Trib. Modena, 25 ottobre 2007, in *Banche Dati Giuridiche Infoutet*; Cass.civ., sez. III, 16 febbraio 2001, n. 2335, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 580; Trib. Milano, 10 febbraio 2000, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 326; Cass.civ., sez. III, 22 febbraio 1999, n. 589, in *Danno e resp.*, 1999, p. 781; quest'ultima sentenza usa l'espressione «diligenza-perizia»).

Sull'inclusione della perizia all'interno della nozione tradizionale di diligenza v. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, p. 233 ss.

Il legislatore comunitario ha, in effetti, tenuto presente questa nozione tradizionale di diligenza-perizia, nel dettare la norma commentata nel testo.

I due concetti, in realtà, dovrebbero rimanere distinti: la perizia si riferisce al dovere professionale di preparazione e di aggiornamento, proporzionati alla prestazione da compiere, e quindi alla capacità di individuare in modo appropriato la soluzione tecnica dei problemi da affrontare; la diligenza si riferisce all'impegno profuso nell'attuazione concreta di tali soluzioni. Può essere dunque in colpa tanto il debitore espertissimo, che però esegua la prestazione con scarsa attenzione, collaboratori inadeguati etc., quanto il debitore diligensissimo, che però applichi tecniche superate o non appropriate, e così esponga il creditore a costi e rischi evitabili.

za è necessario solo ai fini del risarcimento del danno e dell'irrogazione di ammende, mentre le PCS sono già rilevanti ai fini dell'inibitoria - conformemente alla tradizione legislativa in materia di concorrenza sleale - e ciò in base ad un giudizio di *antigiuridicità* oggettiva, che prescinde dalla colpa: il punto è confermato espressamente dall'art. 11.2 della direttiva, ove si dispone che la pratica sleale dev'essere fatta cessare «*anche* in assenza di prove sulla... negligenza da parte del professionista».

In altri termini, il dato testuale è chiaro nel senso che la violazione dei criteri di diligenza (cioè la ((negligenza))) non è requisito essenziale ai fini dell'inibitoria delle PCS. Ciò implica che la negligenza non è un connotato essenziale della fattispecie della *PCS* (33), ma solo della fattispecie della «pratica commerciale scorretta colpevole».

Ciò che il legislatore ha voluto affermare è solo che il requisito della colpevolezza, ai fini del risarcimento del danno e dell'irrogazione di ammende, dev'essere accertato con criteri oggettivi e tipici («diligenza professionale»). Il punto è rilevante (anche se allo stesso risultato si sarebbe giunti ugualmente applicando principi generali in materia di colpa professionale): l'indicazione legislativa è chiara nel senso che l'imprenditore non può allegare, a propria discolpa, né la propria disinformazione, né le proprie personali abitudini, e che risponde altresì delle «disfunzioni imputabili alla cattiva organizzazione aziendale concepita in senso ampio (ausiliari esterni, fornitori, coadiutori) e risponde già nelle fasi preparatorie» (34).

Ciò significa, però, che gli altri due termini (((pratiche di mercato oneste», «buona fede nel settore professionale»)) surrettiziamente presentati nel testo come elementi della definizione di diligenza, hanno invece una portata normativa autonoma (35). Del resto, sarebbe ben strana un'inter-

(33) Si è anche sottolineato che il riferimento all'impegno diligente si riferiva, nei lavori preparatori, all'impegno diligente richiesto nella ricerca di soluzioni di *co-regulation* attraverso codici di condotta concordati con le associazioni dei consumatori (accordi economici collettivi). V. sul punto *supra*, nota 18 e 19 e testo corrispondente.

Un obbligo di tal genere non è però imposto, nel testo finale della direttiva. sicché la norma sulla diligenza sarebbe rimasta sostanzialmente priva di oggetto [MICKLITZ (nota 5), p. 101].

L'osservazione è probabilmente esatta, ma non esclude che il riferimento alla diligenza professionale continui ad avere una sua rilevanza normativa, ancorché limitatamente al giudizio di colpevolezza.

(34) Così, con riferimento alla diligenza professionale imprenditoriale, in generale, BRECCIA (nota 31), p. 478.

(35) In senso completamente diverso DE CRISTOFARO (nota 3), p. 121, secondo cui «pratiche di mercato oneste» e ((buona fede)) costituirebbero solo ((parametri da utilizzare per individuare il livello di competenza, cura ed attenzione cui ci si può legittimamente attendere il professionista si attenga)).

pretazione strettamente letterale dell'art. 5 della direttiva, che porterebbe ad assumere che il criterio di diligenza vale per le pratiche oneste e conformi al principio di buona fede, mentre le pratiche *disoneste* e quelle *attuate in mala fede* sarebbero fuori dell'ambito di applicazione della direttiva. La sola interpretazione ragionevole è dunque, per contro, quella per cui le pratiche *disoneste* e quelle *contrarie al principio di buona fede*, sono vietate di per sé, a prescindere da un controllo sulla diligenza del relativo comportamento.

Rimane dunque il problema di individuare i criteri per stabilire quali pratiche siano disoneste o contrarie al principio di buona fede in senso oggettivo. E qui l'indicazione del legislatore comunitario, per quanto espressa in modo obliquo, è abbastanza netta nel senso di non volere imporre alle imprese *standard* di comportamento troppo severi. Ciò è già evidente dall'impiego della formula «*pratiche di mercato oneste*», che di per sé non può che riferirsi alla *best practice* del settore, con esclusione di criteri deontologici più rigorosi. Ma anche il riferimento alternativo «*al principio generale di buona fede nel settore di attività del professionista*», che certamente consente di andare oltre la *best practice*, è attenuato dal riferimento al «settore di attività», che potrebbe essere inteso come una surrettizia reintroduzione del riferimento alle pratiche correnti nel settore.

Una simile interpretazione sarebbe però inaccettabile: il principio di buona fede è testualmente indicato, nella direttiva, come criterio *aggiuntivo e indipendente*, rispetto a quello delle «*pratiche di mercato oneste*»; deve quindi trattarsi di un criterio idoneo ad imporre anche comportamenti che, in atto, sono diversi da tutte le pratiche di mercato esistenti, ma sono conformi ad un dovere di solidarietà che, nella specie, non può che essere solidarietà verso il consumatore⁽³⁶⁾.

⁽³⁶⁾ In diritto italiano, costituisce luogo comune, in giurisprudenza, la riconduzione dei doveri di buona fede sanciti espressamente dalla legge (artt. 1175 c.c., art. 1375 c.c., art. 385, ult. cpv., c.p.c., etc.) al principio di solidarietà sociale, sancito dall'art. 2 Cost. (cfr., fra le più recenti, Cass. civ., sez. un., 11 dicembre 2007, n. 25831; Cass. civ., sez. un., 15 dicembre 2007, n. 23726; Cass. civ., sez. II, 29 maggio 2007, n. 12644). In dottrina, in senso favorevole a detto collegamento, v. da ultimo MANTELLO, *Autonomia dei privati e problemi giuridici della solidarietà*, Milano, 2007, p. 250 ss., con approfondita considerazione del valore costituzionale di solidarietà come solidarietà generale, implicante dovere di considerazione di interessi deboli, e non come solidarietà settoriale o corporativa. Radicalmente contrario RESTIVO (nota 1), p. 204 ss., secondo cui «*l'agire secondo buona fede si inserisce nella cornice di un individualismo egoista, e denuncia la sua insopprimibile alterità rispetto al valore della solidarietà*». Quest'ultima opinione muove da una concezione estremistica del principio di solidarietà, attribuendo ad esso una valenza altruistica, che lo renderebbe incompatibile ad operare come principio giuridico di valenza generale. Invece, la giuridicizzazione del principio di solidarietà comporta proprio il riconoscimento di un principio minimo di doverosità universale

Non è dubbio che il legislatore comunitario abbia richiamato consapevolmente il principio di buona fede, che è generalmente riconosciuto come «*principio pervasivo in tutti gli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale*», non limitato alla disciplina dell'esecuzione dell'obbligazione, e idoneo a fondare specifici obblighi di comportamento (custodia, informazione, protezione), sulla base del contatto sociale instauratosi tra le sfere di attività di due soggetti⁽³⁷⁾. Si tratta dunque di un criterio che va oltre il semplice rispetto delle *best practices*.

Consegue a quanto detto che l'espressione «*principio generale di buona fede nel settore di attività del professionista*» non può essere interpretata nel senso di un rinvio al modo in cui il principio è autonomamente inteso dagli operatori del settore, il che porterebbe alla legittimazione di standard anche diversi e non rispettosi allo stesso modo degli interessi dei consumatori. Questa interpretazione porterebbe a negare il significato del richiamo ad un «*principio generale*», che pur è chiaro nel testo della disposizione. Il «*principio generale*» deve invece avere, in quanto tale, una portata generale e comune a tutti i mercati; il riferimento al «*settore*» serve solo a declinare i doveri di custodia, informazione e protezione, adeguandoli a

di cura di interessi altrui in occasione di contatto sociale, con il limite costituito dall'apprezzabilità del sacrificio dell'interesse proprio (cfr., per tutti, BIANCA, *Diritto civile*, IV, Milano, 1990, p. 89); questo principio di doverosità minima è ovviamente diverso dalla visione «forte», ma strettamente comunitaria (e per ciò stesso di più ristretta applicazione) del principio (v. da ultimo, in tema, PAZÈ, *Il destino della solidarietà tra comunità e mondo*, in *Filosofia politica*, 2007, p. 131 ss.).

In realtà, la solidarietà costituzionale e la buona fede codicistica non possono che operare entrambe come limiti esterni al lecito perseguitamento dell'interesse proprio: per ciò che riguarda le imprese il quadro di riferimento è la dottrina della responsabilità sociale d'impresa, del quale esistono – e sono anzi prevalenti – versioni efficientistiche, che non negano affatto la liceità del perseguitamento dell'obbiettivo del profitto (v. da ultimo, oltre agli scritti compresi in *Guida critica* [nota 18], DE FERRA, *La responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 349 ss.).

Non credo neanche che il riferimento al principio costituzionale possa considerarsi mero orpello retorico (come ritiene GRONDONA, *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 727 ss.): proprio l'accennata ricostruzione del contenuto del principio di solidarietà porta ad arricchire di contenuti anche i doveri di comportamento delle imprese nei confronti dei consumatori e di altri soggetti deboli.

Altro problema (molto discusso e che non è il caso di trattare in questa sede) è se la violazione dei doveri di comportamento fondato sul principio di buona fede comporti solo conseguenze di tipo risarcitorio o possa incidere anche sulla validità dei contratti stipulati fra le parti.

⁽³⁷⁾ Cfr., da ultimo, RANIERI, *Il principio generale di buona fede*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo e Mazzamuto, Milano, 2007, II, p. 495 ss.

quelle che possono essere le aspettative socialmente adeguate delle diverse categorie di consumatori tipici, nei diversi mercati e settori economici.

A ciò si aggiunga che la giurisprudenza comunitaria ha affermato che le regole deontologiche devono cedere, in caso di conflitto, di fronte alle regole legali in materia di concorrenza (per esempio, in materia di pubblicità comparativa) (38). Non v'è ragione dunque per interpretare il riferimento al ((settore), nella dir. Ce 29/05, come implicito rinvio alle regole deontologiche interne, elaborate ed accettate dagli addetti al settore stesso: le regole generali di concorrenza non hanno un valore sistematico gerarchicamente più elevato delle regole di tutela del consumatore (per chi le consideri due settori distinti); ancor più chiaramente il problema deve risolversi nel senso della prevalenza dei criteri legali se si ritiene - come a me sembra preferibile - che le norme a tutela della libertà di scelta dei consumatori siano parte integrante ed essenziale del diritto generale della concorrenza (39).

5. - Le soluzioni sopra accolte ricevono maggior forza dal testo della normativa italiana di recepimento della direttiva. Il legislatore italiano, infatti, ha avuto uno spunto di autonomia, riformulando la clausola generale, non tanto nella sua struttura di base (da questo punto di vista l'art. 19 c. cons. corrisponde all'art. 5, dir. Ce 29/05), quanto proprio nella definizione di «diligenza professionale». Esso ha infatti sostituito il riferimento alle ((pratiche di mercato oneste)) con quello relativo al «*rispetto dei principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista*». Non vi è dunque più alcuna equiordinazione (almeno letterale, benché poi logicamente non sostenibile) fra ((pratiche)) e ((principi generali)). La clausola generale è stata concentrata sul criterio del «*rispetto di principi generali*», il che appare incompatibile con l'idea che il legislatore abbia voluto richiamare norme interne alla categoria imprenditoriale interessata (40).

(38) Trib. Ce, I grado, 28 marzo 2001, T-144/99, *Istituto dei mandatari abilitati presso l'Ufficio europeo dei brevetti*.

(39) Cfr. in tal senso CSERES, *Competition Law and Consumer Protection*, Kluwer, The Hague, 2005 (spec. cap. 7); AVERITT-LANDE, *Using the "Consumer Choice" Approach in Antitrust Law*, in 74 *Antitrust Law Journal*, p. 175 ss. [2007]; LIBERTINI, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in *Corriere giur.*, 2005, p. 1093 ss.

(40) Si pone il dubbio se la norma italiana debba essere interpretata alla luce del criterio delle «pratiche di mercato oneste» (cioè, in sostanza, della *best practice* del settore), G. DE CRISTOFARO (nota 31), p. 149. Il dubbio non ha - a mio avviso - ragion d'essere, dal momento che il testo comunitario presenta - come si è cercato di dimostrato nel par. 4 - ambiguità, e consente un'interpretazione coerente con la scelta affermata, in modo testualmente più netto, dal legislatore italiano. Peraltra, sarebbe paradossale che il criterio dell'interpreta-

Per di più, il principio generale richiamato è rafforzato dal richiamo al valore della «correttezza».

In effetti, nell'uso linguistico corrente fra i giuristi italiani, «correttezza e buona fede» (oggettiva) sono spessissimo impiegate (di solito con il richiamo parallelo agli artt. 1175 e 1375 del c.c.) come un'endiadi, e sostanzialmente come sinonimi (41). Ed è probabile che il legislatore italiano abbia voluto soltanto richiamare l'endiadi corrente (42), sicché l'impiego del termine «correttezza» potrebbe risolversi in una ridondanza linguistica.

Però è anche vero che, nel linguaggio giuridico italiano, il termine «correttezza» è usato anche in un'accezione più ampia e diversa, cioè non più nel senso di ((rispetto di diritti o interessi altrui nel caso concreto)), bensì nel senso di ((rispettodi regole della convivenzasociale) (43), o di norme tecniche o anche di principi giuridici». Quest'uso linguistico di «correttezza» come ((ottemperanza a regole oggettive)), a prescindere da quel profilo di equità del caso concreto che caratterizza il principio di buona fede oggettiva, è ben noto proprio nel diritto dell'impresa, come nelle norme che fissano il principio di correttezza dei bilanci (art. 2423 c.c.) (44) o i doveri di «corretta gestione societaria e imprenditoriale» (art. 2497 c.c.), che attengono all'efficiente gestione dell'impresa sociale. Il punto è dubbio in relazione al concetto di «correttezza professionale» in materia di concor-

zione filocomunitaria dovesse portare ad indebolire la tutela del consumatore, nei confronti di pratiche oggettivamente ingannevoli o aggressive, ma ampiamente tollerate anche nella *bestpractice* di un settore. Se poi per ((pratiche di mercato oneste)) si intende qualcosa di diverso dalla *bestpractice*, il problema si svuota in partenza.

(41) V., per esempio, Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 335 ss., ed ivi i commenti di DE CRISTOFARO e DALLA MASSARA (anch'essi caratterizzati dallo stesso uso linguistico).

Più in generale, in dottrina, sulla ((identità sostanziale dei due concetti)) v. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, II ed., Padova, 1999, p. 83 ss; nonché UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004; A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007; in tali opere anche un'accurata rassegna di applicazioni giurisprudenziali ed esaurenti indicazioni bibliografiche.

(42) In tal senso, anche se con riferimento all'art. 39 c. cons., cfr. MINERVINI, *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali* (nota 10), p. 80.

(43) In tal senso CARUSI, *Correttezza (Obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 709; ora ripreso da GUACCERO, *Interesse al valore per l'azionista e interesse della società*, Milano, 2007, p. 37.

(44) In materia contabile è anche frequente l'espressione ((correttezza formale)) delle scritture contabili» (per esempio in Cass. civ., sez. V, 7 febbraio 2008, n. 2847), ove è palese il senso di correttezza come ((ottemperanza a regole generali e astratte)), incompatibile con il significato del principio di buona fede, di cui non è concepibile un rispetto puramente ((formale)).

renza sleale (art. 2598 c.c.), ove però la concezione «normativa» tende a prevalere nettamente nelle interpretazioni oggi prevalenti⁽⁴⁵⁾. L'uso linguistico di correttezza come ((ottemperanza a norme oggettive)) è frequente anche fuori del diritto privato, per esempio in espressioni come «correttezza procedurale» o «correttezza delle indagini», o anche «correttezza costituzionale»⁽⁴⁶⁾. In qualche caso l'uso di ((correttezza)) interferisce con il campo semantico di ((legittimità))⁽⁴⁷⁾.

Ciò non autorizza ancora ad affermare che questa accezione «forte» del termine «correttezza» corrisponda all'intenzione del legislatore storico. Però, se si considera che il termine è stato volontariamente impiegato in sostituzione di «pratiche oneste», che invece è stato volontariamente cassato, ne segue un rafforzamento del risultato interpretativo sopra esposto: i ((principi generali di correttezza e buona fede)), in un contesto disciplinare finalizzato alla tutela del consumatore, devono essere intesi come insieme di regole oggettive esterne, che impongono alle imprese, che offrono beni o servizi ai consumatori finali, doveri di informazione e di protezione, funzionali al rispetto della libertà di scelta del consumatore, e ciò a prescindere da qualsiasi consuetudine o pratica corrente⁽⁴⁸⁾.

Rimane, certo, anche nel testo della norma italiana il riferimento al «settore di attività), con il relativo problema interpretativo. Il richiamo al principio di correttezza consente però di riaffermare, a fortiori, l'argomento per cui tale riferimento esprime solo un criterio di adeguamento dei principi legali alle caratteristiche tipiche degli scambi che avvengono nei diversi settori, e non lascia spazio a interpretazioni che ricostruiscano la clausola generale sulla base di criteri interni alla categoria interessata.

6. - Dal ragionamento finora svolto emerge che la prima parte della clausola generale (cioè quella che fa capo al criterio della diligenza professionale) è piuttosto povera di contenuto. Per meglio dire, il criterio della diligenza professionale, in senso proprio, ha un contenuto preciso, ma

(45) E v. ancora LIBERTINI (nota 17).

(46) Qui però non mancano le tendenze a sovrapporre correttezza costituzionale e «leale collaborazione», anche con richiami al principio civilistico di buona fede oggettiva (cfr. FIGONI, *Leale collaborazione e correttezza costituzionale*, in *Jus*, 2007, p. 189 ss.).

(47) Cfr., di recente, Cass. civ., sez. V, 28 febbraio 2008, n. 3057 («la Corte di Cassazione esercita un sindacato pieno sulla correttezza 'in diritto' della sentenza emessa nel giudizio di ottemperanza»).

(48) Per quanto detto nel testo, la soluzione affermata dal legislatore italiano è confermativa (con maggiore chiarezza) di scelte già insite nella clausola generale di diritto comunitario. Non sembrano perciò fondate le preoccupazioni di DE CRISTOFARO (nota 3), p. 128, circa un rischio di illegittimità comunitaria, insito nella sostituzione di ((correttezza)) a «diligenza».

questo rileva solo ai fini del giudizio di colpevolezza dell'agente e non anche del giudizio di antigiuridicità oggettiva della pratica (che costituisce fondamento della sanzione inibitoria). Il richiamo ai principi di correttezza e buona fede, con cui il legislatore ha voluto, impropriamente, precisare il contenuto del criterio di diligenza professionale, ha invece un'autonoma portata normativa solo in quanto consente di affermare la necessità di individuare un criterio valutativo oggettivo ed esterno dei comportamenti delle imprese volti a sollecitare scelte di acquisto dei consumatori.

In questa prospettiva, assume importanza centrale la seconda parte della clausola generale, cioè quella che fa capo alla «idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio». Qui ci si trova di fronte ad un criterio normativo dal contenuto abbastanza preciso, come tale idoneo a fondare applicazioni coerenti del principio generale di correttezza e buona fede.

Nell'insieme di indicazioni testuali fornite dal legislatore, non sempre coerenti (come si è visto), è necessario individuare una gerarchia fra i criteri richiamati. La prevalenza, allora, non può che essere data al criterio di tutela della libertà di scelta del consumatore (espressione speculare del divieto di comportamenti imprenditoriali idonei a falsare le scelte del consumatore). Questa conclusione si giustifica non solo perché rispondente ad una corretta interpretazione teleologica del complesso della disciplina, ma anche perché, come si è visto, l'esame esegetico della disposizione porta a concentrare su tale aspetto la ricostruzione normativa.

Questa situazione, che abbiamo chiamato ((alterazione della libertà di scelta del consumatore)) è in realtà definita, nel testo della direttiva e nelle norme di recepimento, in modi diversi:

- ((idoneità a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio)) (art. 20.2 c. cons.);

- ((idoneità ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso)) (art. 18.1.e, c. cons., che dovrebbe essere definitorio della locuzione precedente, ma ne è piuttosto una parafrasi);

- ((idoneità a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio)) (art. 24 c. cons., contenente la definizione di pratica commerciale aggressiva);

- «limitazione notevole della capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole» (art. 18.1.1, c. cons., che non fa parte della clausola generale, bensì della definizione di ((indebito condizionamento)), a sua volta costituente una delle possibili figure di pratica commerciale aggressiva; anche questa definizione sembra tuttavia utile da richiamare, sul piano sistematico).

Si ritiene che queste diverse definizioni siano tra loro equivalenti⁽⁴⁹⁾. L'opinione mi sembra condivisibile, anche se, a prima vista, le espressioni ((decisione consapevole)) e «decisione consapevole di natura commerciale» potrebbero apparire differenti, se per ((decisione commerciale)) si intendesse solo «decisione negoziale». Ma, in effetti, dall'art. 2.k della direttiva emerge una nozione più ampia, idonea a comprendere nella voce «decisione commerciale» anche una decisione di contenuto negativo (cioè la decisione di non negoziare l'acquisto di un determinato prodotto o servizio), nonché tutta una gamma di possibili comportamenti intermedi. Possiamo dunque considerare sinonimi, nel contesto in esame, ((comportamento)) e «decisione», ed altresì intendere la «commercialità» del comportamento (o decisione) come riferito a qualsiasi scelta di acquisto, o di non acquisto o di gestione del rapporto con il professionista⁽⁵⁰⁾.

Considerata dunque la possibilità (oltre che l'opportunità) di semplificare e razionalizzare il contenuto della clausola generale, ne emerge un contenuto normativo relativamente chiaro, articolato su tre punti:

- un punto principale, costituito dall'idoneità (del comportamento imprenditoriale) a falsare le decisioni di acquisto del consumatore;
- due requisiti ulteriori, di precisazione del primo, costituiti rispettivamente
- dalla circostanza che l'alterazione del comportamento del consumatore sia «apprezzabile», «sensibile», ((notevole)), «considerabile» (cioè dalla necessità di sottoporre la valutazione del caso ad un *maturity test*);
- dal riferimento allo standard di comportamento del ((consumatore medio)).

Questi tre elementi (principale e secondari) devono essere ora analizzati separatamente, al fine di giungere ad una ricostruzione coerente del contenuto della clausola.

7. - Il bene giuridico protetto dalla norma generale, che vieta alle imprese di comportarsi in modo idoneo a falsare le decisioni di acquisto dei consumatori, è dunque la libertà di scelta del consumatore.

Questo concetto può apparire di immediata evidenza, ma in realtà può essere oggetto di infiniti approfondimenti analitici, sotto il profilo psicologico o sociologico.

Per orientarci sul punto, si deve ricordare che, su un piano psicosociologico, ((consumatore)) è il soggetto in grado di esprimere una volontà di acquisto di un bene o servizio, alimentata da un sistema di bisogni e di de-

⁽⁴⁹⁾ Cfr. MICKLITZ (nota 5), p. 103.

⁽⁵⁰⁾ Conf. G. DE CRISTOFARO (nota 31), p. 155.

sideri⁽⁵¹⁾. La definizione di ((consumatore)), data dall'art. 2.a della direttiva e dall'art. 18.1.a c. cons., è invece più generica, e per di più costruita in negativo: consumatore è «qualsiasi *persona fisica* che, nelle [sic]⁽⁵²⁾ pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce per *fini* che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale etc.».

Una volta chiarita l'estranchezza alla disciplina degli acquisti di beni o servizi per finalità professionali, l'ampiezza della definizione legislativa si presterrebbe anche ad interpretazioni estensive, tali da comprendere nella fat-tispecie l'intero agire di consumo, fino ai profili fondamentali che attengono alle scelte identitarie dell'individuo consumatore e ai fenomeni di formazione di mode e di atteggiamenti culturali⁽⁵³⁾.

Una simile interpretazione estensiva renderebbe però impraticabile la disciplina in esame. Le scelte di consumo sono normalmente frutto di un *mix* di scelte personali di *affermazione* e manifestazione esteriore della propria personalità (di norma, però, volte a rappresentare la stessa secondo modelli socialmente tipici, anche se, al giorno d'oggi, molto differenziati fra loro) e di condizionamenti sociali accettati per ragioni generali di appartenenza ad un certo ambiente. La disciplina delle PCS deve accettare questo dato, e non può porsi come obiettivo quello di tutelare un'astratta libertà assoluta dell'individuo nell'effettuazione delle proprie scelte di consumo. Né il divieto di PCS può divenire uno strumento di controllo fanatico della comunicazione rivolta dalle imprese ai consumatori. Si deve dunque concludere che rimane fuori dal divieto tutto ciò che, nell'ambito della comunicazione d'impresa, contribuisce alla formazione delle mode e dei riferimenti culturali, che poi costituiscono le ragioni profonde delle scelte compiute dal consumatore finale.

In altri termini, la rilevanza giuridica del divieto di PCS si concentra esclusivamente sulla decisione finale di acquisto, mentre rimane ad esso estraneo tutto il processo culturale e psicologico che determina le ragioni profonde delle scelte finali di acquisto compiute dal consumatore.

Ciò implica che è, in linea di principio, consentito alle imprese di rivolgersi ai consumatori con messaggi suggestivi, cioè di contenuto non verifi-

⁽⁵¹⁾ Traggo la definizione, con rielaborazione personale, da TEDESCHI, Marketing e psicologia del consumatore, in Psicologia economica, a cura di Rumiati e aa., Carocci, Roma, 2008, p. 107.

⁽⁵²⁾ Dato che autori delle pratiche commerciali, oggetto della disciplina, possono essere solo ((professionisti)), cioè imprese, il consumatore è, per definizione, «destinatario» e non autore della pratica. Il testo della definizione è dunque difettoso, perché il consumatore non «agisce nella» pratica, bensì ((reagisce alla)) pratica, posta in essere da altri.

⁽⁵³⁾ Sui processi motivazionali nell'agire di consumo, v., come più recenti, SASSATELLI, Consumo, cultura e società, Bologna, 2004; FRANCHI, Il senso del consumo, Milano, 2007; FABRIS, Societing - Il marketing nella società postmoderna, Milano, 2008.

cabile, che si pongono dichiaratamente sul terreno dell'opinabilità, del gusto, delle scelte culturali etc. Sempre in linea di principio, la comunicazione d'impresa gode della stessa libertà che spetta alla comunicazione culturale in genere. Si riconosce però che essa possa essere sottoposta, per ragionevoli esigenze di interesse pubblico, a limiti che non sarebbero consentiti per l'attività artistica o scientifica o culturale in genere⁽⁵⁴⁾. Ciò si giustifica per il fatto che, di fronte alla comunicazione promozionale d'impresa, il consumatore ha di solito un ruolo passivo, mentre per altre forme di comunicazione (film, romanzi etc.) vi è il filtro di una scelta ulteriore di accesso al contenuto del messaggio (la comunicazione televisiva, com'è noto, ha uno statuto a parte, sostanzialmente intermedio).

Da qui risulta relativamente facile trarre le prime conclusioni:

- per i messaggi descrittivi, cioè idonei ad essere sottoposti ad un test di *verificazione*, il limite alla liceità è costituito dalla veridicità e *verificabilità* del messaggio [il divieto tocca dunque i messaggi falsi, nelle diverse forme della falsità in senso stretto, della tendenziosità (o falsità mascherata), della oscurità (o opacità)];

- per i messaggi suggestivi, cioè non idonei ad essere sottoposti ad un test di verificazione (perché contenenti opinioni o immagini o segni comunque non descrittivi) il limite è costituito dalla circostanza che il messaggio possa procurare uno shock psicologico (ciò che, per altre forme di comunicazione cui il consumatore accede per libera scelta, sarebbe invece perfettamente ammissibile);

- per i comportamenti difatto delle imprese, volte ad influenzare le decisioni di acquisto dei consumatori, il limite è costituito dalla aggressività, cioè dall'idoneità della pratica a suscitare nel consumatore ansia e timore di pregiudizi per il caso di mancato acquisto (l'art. 24 c. cons. specifica poi il concetto di aggressività nelle tre figure sintomatiche della molestia, della coercizione e dell'indebito condizionamento).

Chiarito in questo modo il contenuto di base della libertà di scelta del consumatore, tutelata dal divieto di PCS, si devono ora esaminare i due criteri secondari: il carattere sostanziale ((apprezzabile), «considerevole», «notevole») dell'effetto distorsivo della libertà di scelta e il riferimento allo standard del consumatore medio.

8. - È chiara - nella definizione della clausola generale - l'intenzione del legislatore di prevenire applicazioni rigoristiche del divieto di PCS, e

⁽⁵⁴⁾ Per indicazioni sul punto mi permetto di rinviare a LIBERTINI, *La pubblicità commerciale*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo e Mazzamuto, Milano, 2007,111, p. 461 ss. V. anche, per esempio, KOTLER, *Il marketing dalla A alla Z* [2002], trad. it., *Il Sole/24 Ore*, Milano, 2003, p. 158 ss.

quindi di tollerare pratiche formalmente censurabili, ma sostanzialmente ininfluenti sul processo di scelta del consumatore.

L'applicazione di questo criterio rende inevitabile (oltre che opportuna) la formazione di standard. L'alternativa è tra il lasciare che questi si formino solo per accumulo di precedenti o il tentare di tracciare fin d'ora dei criteri di interpretazione razionale della disposizione.

Un tentativo in questa seconda direzione appare opportuno. Infatti, lo standard applicativo del test di «apprezzabilità» potrebbe essere fissato su livelli nettamente diversi. Per esempio: potrebbe pensarsi che siano esclusi dal divieto solo i casi in cui manchi assolutamente qualsiasi idoneità ad influenzare le scelte del consumatore; o, all'estremo opposto, che debba essere provata l'idoneità in concreto del comportamento di cui si discute, ad esercitare tale influenza. Come soluzioni intermedie, potrebbero poi ipotizzarsi diversi criteri presuntivi o probabilistici.

In proposito, mi sembra anzitutto da scartare un'interpretazione estrema, per cui sarebbero da escludere dal divieto di PCS solo i casi in cui, pur essendovi componenti non veritieri del messaggio, queste siano assolutamente irrilevanti rispetto al processo decisionale. Si pensi, per fare qualche esempio scolastico, al caso in cui un personaggio non noto, impiegato in un testimonial, venga designato con un nome diverso da quello vero, o che errori di vario genere siano contenuti in messaggi descrittivi di ambienti o di fatti storici, che precedono il vero e proprio claim pubblicitario. In questi casi, tuttavia, l'irrilevanza dell'inesattezza informativa è già desumibile dalla definizione di pratica ingannevole, di cui all'art. 21 c. cons. (l'inesattezza incide infatti su elementi dell'offerta diversi da quelli elencati nell'articolo citato). Non si può peraltro ritenere che il legislatore, imponendo il test di «apprezzabilità», abbia voluto dettare una precisazione superflua. Il guadagno sistematico dell'aver previsto il criterio di «apprezzabilità» sta, plausibilmente, nel consentire una ragionevole disapplicazione del divieto dell'art. 21 proprio in casi in cui, formalmente, il divieto potrebbe applicarsi (si pensi, in primo luogo, ad inesattezze od omissioni bagatellari su qualche aspetto del contenuto del messaggio).

All'estremo opposto, il criterio di «apprezzabilità» potrebbe essere inteso come necessità di provare un nesso di causalità diretta e immediata fra la pratica scorretta e l'acquisto deciso dai consumatori. Questa prova potrebbe essere però molto problematica. Si deve infatti considerare che l'incidenza dei messaggi sulla soglia di attenzione del consumatore, e sulla relativa memorizzazione, può essere molto diversa. Nella tecnica pubblicitaria si distinguono da tempo tre livelli⁽⁵⁵⁾:

⁽⁵⁵⁾ V. già REEVES, *La realtà pubblicitaria*, Milano, 1961.

- l'attenzione del consumatore verso il contenuto del messaggio in quanto tale (slogan, immagini, musiche etc.);
- l'attenzione (curiosità) verso il prodotto veicolato tramite il messaggio;
- la vera e propria induzione all'acquisto del prodotto veicolato tramite il messaggio.

Non c'è corrispondenza univoca fra questi tre livelli. Si dà anzi, frequentemente, il caso che la parte di fantasia del messaggio, se particolarmente brillante, possa «cannibalizzare» la parte promozionale vera e propria. O, al contrario, che un messaggio appaia insignificante o noioso per la maggioranza dei destinatari, ma risulti altamente efficace per una minoranza, costituita dagli effettivi, potenziali acquirenti del prodotto. In ogni caso, la pubblicità sembra ancora essenziale per mantenere desta l'attenzione sull'impresa e sul marchio, e quindi per sostenerne la reputazione, mentre le vere e proprie decisioni d'acquisto sono ancora di norma influenzate, in modo decisivo, dalla comunicazione interindividuale (il «passaparola») (56).

Però è veramente difficile valutare a *priori* se un messaggio pubblicitario è efficace o inefficace o addirittura controproducente, ed applicare il divieto solo ai casi appartenenti alla prima categoria (o addirittura a quella sola componente del messaggio che risulti effettivamente dotata di capacità persuasiva). L'applicazione del divieto diverrebbe troppo **difficile** e gli accertamenti istruttori da compiere troppo complessi. Ne consegue dunque che, se non si vuole depotenziare il divieto, deve presumersi la rilevanza dell'inesattezza informativa, tutte le volte in cui questa riesca a raggiungere la soglia di attenzione del consumatore medio, qualunque sia il livello del messaggio in cui la distorsione informativa si collochi.

In sostanza, il test di «apprezzabilità» deve essere applicato in base a criteri intermedi fra i due estremi ipotizzati:

- disapplicazione del divieto nei casi in cui l'infrazione sia puramente formale, e l'inesattezza informativa sia, al di là di ogni ragionevole dubbio, **inidonea** a modificare la soglia di attenzione del destinatario del messaggio;
- applicazione del divieto, con presunzione di «apprezzabilità», in tutti gli altri casi, cioè ogni qual volta l'inesattezza, comunque inserita nel messaggio, sia idonea ad attirare particolare attenzione;
- possibilità, per l'impresa interessata, di provare l'inidoneità in concreto del messaggio ad incidere sulla libertà di scelta del consumatore.

(56) Cfr., per tutti, PRATESI, *Marketing sleale e tutela giuridica dei consumatori*, in *Le pratiche commerciali sleali* (nota 10), p. 49 ss.; KOTLER (nota 54), pp. 134-5.

Questi criteri possono essere applicati in modo parallelo anche per le pratiche aggressive:

- possono considerarsi estranee al divieto tutte le molestie, etc., che, secondo una valutazione di tipicità sociale, possono considerarsi **bagatellari**, cioè **inidonee** ad influire sulla scelta del consumatore (per esempio, la distribuzione di volantini per strada, non accompagnata da commenti o interPELLI al passante);

- al di sopra di questa soglia minima, può presumersi la scorrettezza della pratica (i.e. l'idoneità della stessa ad alterare le decisioni del consumatore), tutte le volte in cui essa sia idonea a suscitare attenzione (nel caso delle pratiche aggressive, potrebbe parlarsi piuttosto di tensione psicologica, che non significa necessariamente concreta induzione all'acquisto) nel consumatore.

9. - Il requisito di «apprezzabilità», di cui si è discorso nel § precedente, funziona dunque come una regola *de minimis* (57), volta ad evitare un'applicazione formalistica del divieto di PCS, in relazione a fattispecie che, in base ad una valutazione sociale tipica, appaiano **inidonee** ad influire sui processi di scelta del consumatore. In altri termini, la pratica è vietata solo se appaia tipicamente in grado di alterare la libertà di scelta del consumatore.

Posta in questi termini, la scelta normativasi rivela però incompleta⁽⁵⁸⁾. L'accertamento, con criteri di tipicità sociale, del requisito **dell'idoneità** ad ingannare o a turbare richiede infatti l'individuazione di un certo **standard** di applicazione del criterio, con riferimento alla capacità di intendere e di volere di un consumatore **tipizzato**. Infatti, qualsiasi tentativo di inganno o di turbamento può essere più o meno adatto ad ottenere successo, ma è certo che anche l'inganno, o l'aggressione, meglio costruiti, possono trovare l'interlocutore particolarmente avveduto o sicuro di sé, e quindi in grado di evitare l'insidia; mentre anche l'inganno grossolano e generalmente riconoscibile, o la minaccia palesemente inconsistente, possono pur sempre avere effetto, a danno di qualche persona particolarmente sprovveduta.

In relazione alla disciplina della pubblicità ingannevole si è discusso, in

(57) In tal senso, richiamando la nota terminologia impiegata nel diritto antitrust europeo, v. anche BERNITZ, *The Unfair Commercial Practices Directive: Its Scope, Ambitions and Relation to the Law of Unfair Competition*, in *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29* (nota 18), p. 40.

(58) In questa direzione si può anche affermare (cfr. DI NELLA, *Le pratiche commerciali aggressive*, in *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori* [nota 3], p. 230) che il requisito della ((limitazione)considerazione) della libertà di scelta del consumatore è in sostanza assorbito dal parametro del «consumatore medio», di cui si discorre nel testo.

passato, se lo **standard** da adottare debba essere quello di un consumatore ((medio)» ovvero se il divieto debba applicarsi sulla base del criterio di precauzione, cioè tenendo conto della idoneità del messaggio ad ingannare anche singoli consumatori, culturalmente o psicologicamente più deboli della media. In passato sembrava prevalere la soluzione più rigoristica, che appariva più coerente ad una visione complessiva della disciplina dei consumatori come disciplina di tutela di «soggetti deboli».

Nel quadro di una visione («liberale» e non «paternalistica») (59), che oggi tende a prevalere, e che vede il diritto dei consumi come parte integrante del diritto della concorrenza, un eccesso di rigorismo è apparso inefficiente: lo **standard** del «consumatore più debole» porterebbe a vietare un'infinità di messaggi e finirebbe per privare il mercato di buona parte di quel flusso di informazioni che, per quanto parziali e interessate, contribuiscono a rawivare l'interesse di molti consumatori e quindi a tenere vivo il gioco della concorrenza. Per di più, la scelta politica del diritto europeo tende a costruire un mercato caratterizzato dall'attivismo dei consumatori: da qui il moltiplicarsi di regole sostanziali e di rimedi efficaci, ma anche il rifiuto di scelte normative che potrebbero spingere i consumatori a delegare del tutto al potere pubblico la tutela dei loro interessi. Per questo la giurisprudenza comunitaria ha ritenuto, dagli anni '90, di adottare lo **standard** del ((consumatore medio europeo)), qualificato come una persona dotata di un buon livello di istruzione e di capacità critica nelle decisioni di consumo (60).

(59) Le espressioni usate sono di CSERES (nota 39).

V. anche WILHELMSSON, *Scope of the Directive*, in *European Fair Trading Law* (nota 5), p. 49, secondo cui «*the regulation of unfair business practices in the EU is closely connected with an idea of creating workable competition with the consumer as a central actor within the internal market*». Cfr. anche ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali* (nota 10), p. 14, secondo cui «la direttiva sancisce il passaggio dalla protezione del consumatore quale soggetto debole alla considerazione del consumatore quale operatore economico»; nonché MAGNO, *Ruolo e funzione della pubblicità nell'ambito della direttiva sulle pratiche commerciali sleali* (ivi, p. 111), secondo cui la direttiva ((perseguelo scopo di tutelare non tanto l'interesse dei consumatori quanto piuttosto il soddisfacimento dell'interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato quale luogo di incontro tra domanda e offerta)).

(60) Cfr. Corte giust. Ce, 10 novembre 1982, C-261181, *Walter Rau Lebenmittelwerke*; Corte giust. Ce, 18 maggio 1993, C-126191, *Yves Rocher*, Corte giust. Ce, 6 luglio 1995, C-470/93, *Mars*; Corte giust. Ce, 16 luglio 1998, C-210/96, *Gut Springenheide*.

Su tale orientamento giurisprudenziale, per più ampie informazioni, v. SACCOMANI, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE*, in *Le pratiche commerciali sleali* (nota 10), p. 141 ss.; PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, p. 734 ss.

La soluzione è stata poi sancita dalla Commissione, che, nel «considerando» (61) n. 18 della dir. Ce 29/05, così recita: «*la presente direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto*». Il termine ((consumatore medio)) è stato poi ripreso nelle definizioni delle clausole generali della direttiva.

L'adozione dello **standard** europeo è da ritenersi senz'altro vincolante anche per il diritto italiano, che pur non ha espressamente recepito il testo del «considerando 18»: non si può ragionevolmente ritenere che il termine «consumatore medio» sia stato ripreso dal testo della direttiva, ma con un significato normativo diverso da quello che esso ha nella direttiva stessa (62). Né possono approvarsi proposte interpretative secondo cui, in diritto italiano, il giudice potrebbe derogare, «in considerazione delle caratteristiche della singola fattispecie», al criterio del consumatore medio (63) (il che equivarrebbe a disapplicare, per ragioni equitative, una norma comunitaria).

Il significato del rinvio alla norma europea richiede però delle precisazioni.

In primo luogo si deve ricordare che, per espressa indicazione del giudice e del legislatore europeo, lo **standard** del consumatore medio europeo non dev'essere inteso come uno **standard** fondato su base statistica, bensì come uno **standard** qualitativo. Tale **standard** qualitativo è costruito su due criteri: quello dell'**istruzione** generale e quello dell'**attenzione** rivolta all'atto di acquisto. Si vuole che il consumatore medio europeo sia un soggetto dotato di una discreta cultura generale ed abbastanza attento nel momento dell'acquisto. In sostanza, il criterio del ((consumatore medio)), più che fissare uno **standard** oggettivo, pone un onere di diligenza a carico del consumatore (in tal senso può darsi che esso si fonda sul rifiuto di una concezione paternalistica della tutela del consumatore). Si tratta - come già accennato - di una scelta normativa che intende incentivare un certo atti-

(61) Per quanto il preambolo dell'atto comunitario non abbia valore direttamente vincolante, e non possa derogare a disposizioni dell'articolo, i «considerando» devono considerarsi parte integrante del disposto normativo delle direttive comunitarie ai fini dell'**interpretazione** delle stesse (cfr., da ultimo, Corte giust. Ce, 24 novembre 2005, C-136/04, *Deutsches Milch-Kontor GmbH*). In questo senso la specificazione contenuta nel ((considerando)) è del tutto coerente con il dato testuale della direttiva e ne costituisce una evidente esplicazione.

Considera invece del tutto priva di valore precettivo l'indicazione contenuta nel «considerando» 18 DE CRISTOFARO (nota 3), pp. 137-8.

(62) Ritiene invece non vincolante per il legislatore nazionale lo **standard** del consumatore medio, sancito della giurisprudenza comunitaria, DE CRISTOFARO (nota 3), p. 138 (v. nota prec.).

(63) PONCIBÒ (nota 60), pp. 736-7, 756-7.

vismo del consumatore, già al momento della decisione d'acquisto, nel quadro di una visione complessiva della disciplina dei mercati che vede il consumatore come protagonista, e non come mero spettatore del «gioco della concorrenza»⁽⁶⁴⁾.

Nello standard, così ricostruito, non si richiede però il possesso di un particolare grado di perizia specifica, bensì solo quello di un certo grado di cultura generale: si deve immaginare un bravo cittadino europeo, mediamente istruito, che per la prima volta compra una bottiglia di vino di qualità, o un disco di musica colta, aut similia.

In altri termini, si deve tener conto della circostanza, di comune esperienza, che i consumatori possono distinguersi in diverse categorie, in funzione dei diversi atti di acquisto: ci sono beni che, anche se destinati al consumo nel senso rilevante per la disciplina delle PCS, vengono acquistati solo da soggetti esperti e, spesso, dotati di particolari conoscenze tecniche (per esempio: un gioco elettronico, un telescopio), altri (e sono la stragrande maggioranza: dalle bottiglie di vino alle automobili, ecc.) che possono essere acquistati tanto da soggetti esperti quanto da altri, inesperti. In tal caso, lo standard non può essere quello del soggetto esperto, bensì quello del soggetto non dotato di esperienza specifica, e però fornito di una discreta cultura generale e di una discreta attenzione.

In altri termini, lo standard è quello del consumatore medio (istruito ed attento), ma non dotato di specifica esperienza nel settore in cui decide di compiere un atto di acquisto.

Ci sono, peraltro, molti beni che vengono offerti, soprattutto o comunque regolarmente, a «gruppi di consumatori chiaramente individuabili e par-

⁽⁶⁴⁾ Perciò non è pertinente l'osservazione secondo cui la nozione di consumatore medio «è scarsamente aderente alla realtà» e dà luogo ad «una finzione legale... che presenta talvolta il pericolo di un abbassamento del livello di tutela degli interessi dei consumatori» (**PONCIBÒ** [nota 60], p. 752 ss.). Il riferimento al «consumatore medio» non è stato costruito come fotografia della realtà, bensì come scelta normativa che intende incentivare l'attivismo del consumatore, e in questa prospettiva esso può essere approvato o criticato.

Ugualmente non condivisibile mi sembra l'altra affermazione di **PONCIBÒ** (nota 60), p. 742 ss. e *passim*, secondo cui, dal diritto comunitario, ((emergono diverse concezioni del consumatore, che è inteso ora come un attore del mercato, informato sulle caratteristiche dei prodotti e consapevole delle proprie scelte, ora come una potenziale vittima dello squilibrio di potere economico)). In realtà, appare ragionevole la scelta del legislatore comunitario di distinguere la fase della decisione di scelta del bene o servizio da acquistare, nella quale è possibile incentivare il consumatore ad esercitare fino in fondo il suo ruolo di «sovranino» del mercato, dalla fase della negoziazione delle clausole contrattuali, nella quale è praticamente impossibile sostituire la negoziazione standardizzata con una negoziazione individuale delle singole clausole, sicché lo «squilibrio strutturale» fra consumatori e imprese appare inevitabile.

ticolarmente vulnerabili» (art. 5.3 dir. Ce), come possono essere i bambini o gli anziani o gli ammalati. Per questi casi, lo standard di valutazione delle pratiche si abbassa, per espressa disposizione dell'art. 5.3 citato, e diviene quello del «consumatore vulnerabile».

In realtà, basta porre mente alla sommaria classificazione sopra esposta per rendersi conto che il criterio del «consumatore medio» inclina sempre verso la categoria tipica più debole⁽⁶⁵⁾: a volte la debolezza di questa categoria tipica sta tutta nell'inesperienza del settore specifico; altre volte (come appunto per le categorie tipiche di consumatori ((vulnerabili), a cui il legislatore fa riferimento) attiene alla capacità più generale di intendere o di volere.

Resta fermo che, in tutti i casi in cui una pratica commerciale si rivolga a diverse categorie tipiche di soggetti, la categoria più debole dev'essere protetta. Ne consegue che, a parte il caso che l'impresa differenzia le pratiche commerciali destinate a diverse categorie di clienti, lo standard imposto, per il caso (normale) di pratica commerciale rivolta al pubblico, sarà quello della tutela del consumatore tipicamente più debole di quella particolare categoria di prodotto o servizio⁽⁶⁶⁾.

Ciò che rimane invece fuori dal parametro è la debolezza individuale, idiosincratica.

Si deve però anche tenere conto della circostanza che lo standard del consumatore medio trova la sua giustificazione nell'esigenza di favorire la diffusione di informazioni commerciali e la libertà di espressione dell'autore della pubblicità. Laddove il messaggio non presenti lati positivi di tal genere, e possa trovare spiegazione solo con il tentativo di ingannare la fascia più sprovvista di consumatori, allora il messaggio sarà da considerare ingannevole, anche se il consumatore medio, istruito ed attento, sarebbe in grado di decodificare il messaggio.

Un esempio può essere opportuno, per chiarire il punto da ultimo affermato. Un messaggio pubblicitario potrebbe essere reticente su alcune caratteristiche del prodotto, che ne limitano l'utilità, ma veritiero sulle qualità positive indicate, e magari accompagnato da una grafica estetica-

⁽⁶⁵⁾ In tal senso v., soprattutto **WEATHERILL**, *Who is the "Average Consumer"?*, in *The Regulation of Unfair Commercial Practices* (nota 18), p. 115 ss., il quale approva le scelte del legislatore europeo, sottolineando che esse non limitano la tutela a favore di categorie, ben individuate con criteri di tipicità sociale, di consumatori oggettivamente vulnerabili, mentre previene gli eccessi di tutela, talora attuati dagli stati membri, con criteri paternalistici e sostanzialmente rivolti più a tutelare lo *status quo* nei mercati, che non le vere esigenze dei consumatori.

⁽⁶⁶⁾ Conf. **DE CRISTOFARO** (nota 3), p. 142; **RADEIDEH**, *Fair Trading in EC Law*, Europa Law Publ., Groningen, 2005, p. 265.

mente pregevole. In questo caso il messaggio può svolgere ancora (entro certi limiti: v. par. succ.) una sua positiva funzione di fornitura di informazioni al mercato e di richiamo di attenzione, nella dialettica competitiva. Il consumatore aweduto e mediamente informato potrà filtrare criticamente il messaggio, pur non essendo un esperto del settore, e ciò può bastare ad assolvere il messaggio stesso. Prendiamo invece il caso del messaggio che pubblicizzi un bene di largo e generale consumo, indicando il prezzo con la formula «€ xxx + IVA». La formula è certo decodificabile da parte di un consumatore aweduto, che non avrebbe difficoltà ad informarsi sul tasso d'imposta e a fare una semplice addizione. Tuttavia, questa modalità di presentazione del prezzo non presenterebbe alcun vantaggio di informazione, e neanche servirebbe a rendere più efficace il richiamo pubblicitario. La sua unica funzione sarebbe quella di distorcere le informazioni in possesso del consumatore un po' disattento, che concentrerebbe la sua attenzione sulla cifra numerica, essendo abituato a considerare i prezzi dei prodotti come prezzi finali, senza calcolare su di essi l'IVA.

Una ulteriore precisazione sembra opportuna, con riguardo al parametro dell'applicazione dello *standard* del «consumatore medio» con riferimento alle pratiche aggressive. In effetti, questo standard è stato costruito con esclusivo riferimento alle asimmetrie informative, di cui il consumatore può essere vittima nel momento dell'effettuazione delle sue decisioni di acquisto. I parametri della «istruzione» e della «attenzione» non sono appropriati per descrivere le alterazioni del processo decisionale del consumatore, che sia vittima di una pratica aggressiva. Possono esservi persone informatissime, ed anche pignole nel gestire la loro economia domestica, che però, per debolezza di carattere o per desiderio di non perdere tempo, siano inclini a rispondere adesivamente ad una proposta aggressiva, che, se formulata in modo normale, avrebbero invece sicuramente respinto.

Sul piano strutturale, il parametro del consumatore medio sembrerebbe dunque addirittura inutilizzabile per le pratiche aggressive. Sembra però innegabile che il legislatore europeo abbia voluto affermare una identità di *ratio* nel divieto di pratiche commerciali e in quello di pratiche aggressive. Lo dimostra il fatto che, nella definizione di pratica aggressiva (art. 8, dir. Ce 29/05), il riferimento al consumatore medio sia stato accompagnato dall'altra indicazione normativa della limitazione «*considerevole*» della libertà di scelta del consumatore. Può richiamarsi allora quanto sopra rilevato in ordine alla circostanza che lo *standard* del consumatore medio esprime, in sostanza, la scelta legislativa di imporre al consumatore un certo onere di diligenza nelle decisioni di acquisto e di rifiutare una versione a paternalistica» della disciplina di tutela del consumatore. Inteso in questa prospettiva funzionale, lo *standard* del consumatore medio diviene applicabile anche alle pratiche commerciali aggressive. Analogamente a

quanto si è visto per le pratiche ingannevoli, la lesione deve ritenersi accertata in tutti i casi in cui il comportamento aggressivo superi la normale soglia di attenzione, che in questi casi va intesa nel senso di irritazione o ansietà, anche se di norma non vi è concreta induzione all'acquisto (67). Allo stesso modo, lo *standard* implica l'irrilevanza delle debolezze di carattere idiosincratico, cioè radicate in patologie individuali, e viceversa la rilevanza di condizioni di debolezza tipiche (come possono essere quelle degli anziani, dei malati etc.).

A conclusione del ragionamento svolto, può comunque concludersi nel senso che il significato della clausola generale in materia di PCS può riassumersi nella formula della ((idoneità ad alterare la libertà di scelta del consumatore medio» (o, se si vuole, ((idoneità a danneggiare il consumatore medio »).

10. - Nella dir. Ce 29/05 sono presenti alcune disposizioni sparse, non perfettamente coordinate con la struttura **piramidale** della disciplina, ed apparentemente rivolte a dettare deroghe alla norma generale.

Tali disposizioni sono frutto di pressioni degli ambienti imprenditoriali, miranti a salvaguardare prassi e norme autodisciplinari già esistenti, a fronte del possibile impatto della nuova disciplina europea delle PCS.

In realtà, come meglio vedremo più avanti, tali concessioni sono più formali che sostanziali e non intaccano l'unitarietà della disciplina, anche se, certamente, potranno suscitare parecchi dubbi interpretativi.

10.1 - L'art. 3.8 dir. Ce (recepito dall'art. 19.2 c. cons.) dispone che le norme della direttiva stessa «*non pregiudicano i codici deontologici di condotta o altre norme specifiche che disciplinano le professioni regolamentate, volti a mantenere livelli elevati di integrità dei professionisti*»).

Il dato testuale fa pensare, a prima vista, ad una deroga totale; ma in realtà il dato testuale stesso è ambiguo, perché non pone una deroga a favore dei codici deontologici in quanto tali, bensì per quelle norme deontologiche che abbiano come finalità quella di garantire l'integrità (*scil. morale*) dei professionisti intellettuali. Come tali non potrebbero certo intendersi eventuali norme deontologiche che riducessero il livello di tutela dei consumatori, per esempio limitando la facoltà del professionista di praticare sconti, o vietando ogni forma di comparazione pubblicitaria, etc.

In ogni caso, la disposizione dev'essere letta in coerenza con l'indicazione più generale del diritto europeo, secondo cui i codici deontologici delle professioni sono pur sempre subordinati al rispetto dei principi gene-

(67) Cfr. HOWELLS, *Aggressive Commercial Practices, in European Fair Trading Law* (nota 5), p. 175.

rali del diritto della concorrenza, di cui il divieto di PCS deve considerarsi parte integrante⁽⁶⁸⁾.

Al più, la disposizione di deroga a favore dei codici deontologici può essere intesa come fondamento di una presunzione relativa di liceità dei comportamenti imposti da tali norme (e viceversa, per i comportamenti vietati).

10.2. - Il considerando 6 dir. Ce fa salve «*le pratiche pubblicitarie e di marketing generalmente ammesse, quali il product placement consentito, la differenziazione del marchio o l'offerta di incentivi in grado di incidere legittimamente sulla percezione dei prodotti da parte del consumatore e di influenzarne il comportamento senza però limitarne la capacità di prendere una decisione consapevole*».

Si deve dire subito che questo testo non è stato recepito nelle norme italiane di attuazione della direttiva. Ciò è dipeso più da un banale fenomeno di disinteresse del legislatore italiano per i ((considerando) della direttiva che da una consapevole scelta di politica legislativa. Il testo del ((considerando) potrebbe dunque essere da qualcuno richiamato in una prospettiva di interpretazione filo comunitaria del diritto interno. In ogni caso, il testo normativo interno facilita, per ciò che riguarda l'ordinamento italiano, l'interpretazione riduttiva della disposizione, che a me sembra preferibile in via generale.

A tal proposito, si deve anzitutto rilevare che la formulazione del testo del considerando 6 è particolarmente ambigua.

In primo luogo essa determina veri e propri circoli viziosi: il «*product placement*» è fatto salvo solo se ((consentito); l'offerta di incentivi solo se può incidere ((legittimamente) sulla percezione del consumatore; non si dice però quale sia la fonte da cui i criteri di legittimità di queste pratiche debbano essere desunti. Da qui un dilemma: se la norma contenesse un rinvio aperto a qualsiasi altra fonte, nazionale o consuetudinaria, negherebbe il primato del diritto comunitario; se invece i criteri di legittimità devono essere desunti dalla stessa direttiva, la disposizione assume il valore di una definizione circolare e sostanzialmente priva di valore normativo.

In secondo luogo, la disposizione sembra perfino contraddittoria, quando dichiara che certe pratiche sono ammesse anche quando possono influenzare il comportamento del consumatore, purché non ne limitino la capacità di prendere una decisione consapevole. Se una pratica è idonea ad ((influenzare)), ciò è come dire che essa «limita» la libertà di scelta del

⁽⁶⁸⁾ Cfr. da ultimo, sul punto, TICOZZI, *Autonomia contrattuale, professioni e concorrenza*, Padova, 2007, p. 142 ss.

consumatore, anche se non la esclude del tutto. Ne consegue un dilemma interpretativo non semplice, perché l'accento potrebbe porsi sulla parte centrale della previsione normativa, dando campo libero a tutte le pratiche di uso generale, con il solo limite del caso estremo della piena costrizione delle scelte del consumatore; ovvero si può dare peso sistematico decisivo proprio all'inciso finale, che pone la salvaguardia della libertà di decisione consapevole del consumatore, attribuendo all'intera norma un significato semplicemente confermativo del requisito generale della «apprezzabilità» della distorsione della libertà di scelta del consumatore.

Questa seconda interpretazione mi sembra senz'altro preferibile. Pur non volendo sottovalutare il ((considerando), è pur sempre necessario intenderlo come elemento di integrazione del testo normativo vero e proprio, e non come testo normativo autonomo (che, nella diversa ipotesi interpretativa, qui respinta, sconvolgerebbe addirittura l'impianto normativo della direttiva).

Se si segue detta interpretazione, deve concludersi nel senso che il considerando 6 non esprime una volontà di far salve le pratiche di mercato di uso generale in quanto tali, bensì solo nel caso in cui le stesse, pur essendo apparentemente contrastanti con qualche disposizione della direttiva, siano praticamente ininfluenti sulle scelte del consumatore. La previsione normativa diviene dunque una specificazione del criterio generale della «apprezzabilità» dell'influenza.

Una volta accettata questa lettura della disposizione, qualche ulteriore precisazione può essere fatta per le singole fattispecie, contemplate nel «considerando» 6.

Viene in rilievo, in primo luogo, il «*product placement consentito*». Questa previsione sembrerebbe un esempio scolastico di definizione circolare, ma - come già detto - non può essere dunque presa alla lettera: non può ritenersi che la disposizione contenga una delega in bianco agli ordinamenti nazionali, perché stabiliscano i requisiti di liceità del *product placement*. Deve piuttosto ritenersi che il legislatore europeo abbia voluto ammettere in linea di massima il fenomeno del *productplacement*, e quindi escluderlo dalla lista delle pratiche commerciali comunque vietate; ma lo abbia voluto ammettere *purché regolamentato* (in questo senso: «consentito»), e non lasciato completamente libero, da norme nazionali. Ciò, ovviamente, implica che la salvezza può essere data solo a favore di norme nazionali che siano a loro volta in coerenza con i principi generali sul divieto di pratiche ingannevoli⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁹⁾ L'ordinamento italiano contiene, com'è noto, una disciplina espressa della materia: l'art. 9, comma 3°, d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 28, ha disposto che l'esibizione di marchi nel

Non chiarissima è poi la disposizione relativa alla «*differenziazione del marchio*»: si tratta della traduzione letterale del termine *brand differentiation* che, nell'organizzazione aziendale, si riferisce alle politiche volte ad affermare una forte identità del marchio ed a sostenerne il valore suggestivo. Questa tutela dei valori suggestivi e reputazionali del marchio, che da qualcuno è contestata come fonte di inganno occulto per il consumatore, è invece, per il diritto europeo della proprietà intellettuale, economicamente razionale⁽⁷⁰⁾. Il riferimento alla *brand differentiation* ha dunque il senso di chiarire che il divieto di PCS non può essere preso a fondamento di soluzioni volte a limitare l'impiego del marchio con finalità suggestive e di sostegno della reputazione generale dell'impresa. Le scelte generali compiute dalle norme europee in tema di marchi sono dunque confermate espressamente, a scanso di equivoci.

10.3. - L'art. 5.3, dir. Ce 29/05 (in questo caso riprodotto dall'art. 20.3 c. cons.) sancisce che «*è fatta salva la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera*».

corso di opere cinematografiche dev'essere coerente con il contesto narrativo e dev'essere accompagnata da idoneo avviso al pubblico dell'esistenza del finanziamento pubblicitario. Tale norma demandava ad un successivo regolamento la determinazione delle regole di dettaglio. Tale regolamento è poi intervenuto (d.m. Beni Attività Culturali del 30 luglio 2004). In base a questa disciplina «*è ammesso il collocamento pianificato di marchi e prodotti nelle scene di un'opera cinematografica* (product placement)», con «*modalità... rimesse alla contrattazione tra le parti*», ma nel rispetto dei seguenti criteri:

- «*1. La presenza di marchi e prodotti è palese, veritiera e corretta... Essa deve integrarsi nello sviluppo dell'azione, senza costituire interruzione del contesto narrativo.*

- *2. Ai fini della riconoscibilità delle forme di collocamento pianificato... l'opera cinematografica deve contenere un avviso nei titoli di coda che informi il pubblico della presenza dei marchi e prodotti all'interno del film, con la specifica indicazione delle ditte inserzioniste).*

La disciplina del comma 1º appare coerente alle finalità della disciplina comunitaria. La prassi amministrativa dell'AGCM, confermata dalla giurisprudenza amministrativa (cfr., da ultimo, Tar Lazio - Roma, sez. I, 4 aprile 2007, n. 4815), è piuttosto rigorosa nel valutare il requisito della «*interruzione del contesto narrativo*».

È invece insufficiente, a mio avviso, e quindi di dubbia legittimità, l'obbligo di informazione limitato ai «*titoli di coda*», rispetto ai quali il livello di attenzione del consumatore è abitualmente inferiore rispetto a quello dedicato ai titoli di testa. Tanto più che la prassi applicativa, in relazione a questa seconda parte della disposizione, sembra essere sempre più lassista (fino a ridursi a semplici «*ringraziamenti*» delle imprese interessate, in caratteri minuscoli e alla fine dei titoli di coda).

⁽⁷⁰⁾ Questa scelta sembra meritevole di condivisione. Cfr. sul punto LIBERTINI, *The protection of business investments regarding the reputation of the trademark*, in *Europa e dir. pri~.*, 2007, 757 ss.

Qualcuno ha detto che questa disposizione introduce una contraddizione nell'impianto della direttiva⁽⁷¹⁾. Questo risultato interpretativo non può, tuttavia, essere accettato: è compito dell'interprete razionalizzare la disciplina, anche quando il testo potrebbe portare a soluzioni contraddittorie (come quella di legittimare *qualsiasi* «*dichiarazione esagerata*»).

Il vero è che questa disposizione riprende (come sempre è avvenuto, nelle discussioni sulla pubblicità iperbolica)⁽⁷²⁾ l'antica figura del *dolus bonus*, tradizionalmente costruita intorno a due requisiti, non sempre coerenti fra loro: l'esistenza di una ((pratica generalizzata)) e la circostanza che la pratica sia ((innocua, perché da tutti riconoscibile come iperbolica)). In realtà, non è detto che fra i due requisiti vi sia corrispondenza biunivoca: una pratica può essere comune e però anche ingannevole; un'altra può essere eccezionale (non comune), ma non destinata ad essere presa sul serio. Il dato testuale della disposizione sembra voler distinguere: da un lato le pratiche pubblicitarie «*esagerate*» comuni; dall'altro le pratiche inconsuete, assolte purché non destinate ad essere prese alla lettera. Lo stesso dato testuale è però chiaro nel senso che la ((pratica pubblicitaria esagerata comune)) non è assolta in ogni caso, bensì solo se «*legittima*»). Questa espressione potrebbe essere intesa come un'aggiunta inutile ed enfatica, oppure potrebbe leggersi come un circolo vizioso. In entrambi i casi si determinerebbe un'interpretazione abrogatrice, comunque da evitare. Sembra dunque preferibile intendere il riferimento alla ((legittimità)) della pubblicità iperbolica come un inciso avente valore normativo sostanziale: il legislatore chiarisce che l'iperbole pubblicitaria non è considerata ingannevole di per sé, ma lo diventa solo quando sia incompatibile con i criteri generali dell'ordinamento (cioè, in questo caso, con i criteri fissati dalla stessa direttiva).

⁽⁷¹⁾ RADEIDEH (nota 64), p. 265. V. anche G. DE CRISTOFARO (nota 31), p. 173, il quale definisce la disposizione di cui si tratta «*improwida e del tutto inopportuna*», nonché «*fortemente ambigua ed oscura*».

⁽⁷²⁾ Come già accadeva di notare tanti anni fa (cfr. LIBERTINI *Il mercato: i modelli di organizzazione* [nota 28], p. 377), la tradizionale tolleranza della pubblicità iperbolica, da parte delle norme sulla concorrenza sleale, accompagnata alla tendenziale avversità alla pubblicità comparativa, si spiega con la considerazione che pubblicità comparativa e superlativa hanno una portata completamente diversa nei piccoli mercati tradizionali e nei grandi mercati, dominati dalla comunicazione di massa. Nei primi l'esaltazione generica del proprio prodotto è poco più di un rito innocuo, perché il consumatore conosce, di norma, bene le caratteristiche del prodotto che compra; per contro, la comparazione diretta, fra imprenditori che operano in condizioni di contiguità (spesso anche in senso fisico) in piccoli ambienti, creerebbe spesso tensioni difficilmente tollerabili.

Ne consegue la preferibilità di un'interpretazione logico-sistematica unitaria, non strettamente letterale, della disposizione: l'attitudine del messaggio pubblicitario «a non essere preso alla lettera» deve intendersi come nucleo essenziale della disciplina, valevole sia per le pratiche pubblicitarie comuni, sia per quelle isolate.

11. - Secondo la tesi finora sostenuta, il divieto di PCS dev'essere interpretato come un sistema unitario, in cui le definizioni intermedie («pratiche ingannevoli» e «pratiche aggressive») costituiscono esplicazioni successive di una norma generale unitaria, fondate su meccanismo di presunzione legale relativa di appartenenza delle fattispecie più ristrette a quella più ampia, generale.

La praticabilità e l'opportunità di questo criterio interpretativo possono essere verificate, anzitutto, con riferimento alla fondamentale definizione intermedia, relativa alle pratiche commerciali ingannevoli.

L'art. 6 dir. Ce è chiaramente costruito secondo l'intenzione di distinguere una serie (numerosa) di pratiche ingannevoli vietate *per se* (quelle elencate nel primo comma), da una serie (più breve) di pratiche vietate sulla base di una sorta di *rule of reason*, consistente nella valutazione in concreto della idoneità delle stesse ad alterare i processi decisionali del consumatore medio (quelle elencate nel secondo comma). Tuttavia, anche per le pratiche vietate *per se* si dice che devono essere «idonee ad indurre [il consumatore] ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altriamenti preso». Anche con riguardo ai divieti *per se* si deve dunque procedere, ancorché secondo una valutazione di tipicità sociale, a valutare l'idoneità concreta della pratica ad incidere sui processi di scelta del consumatore. Ci si deve domandare quindi quale sia la reale **differenza** rispetto alla disposizione del secondo comma, per la quale si richiede che la valutazione dell'idoneità a danneggiare sia fatta «nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e le circostanze del caso». Tuttavia, dal momento che il divieto del secondo comma si applica pur sempre a ((pratiche)), e non a casi isolati, ne consegue che anche la valutazione di idoneità a danneggiare, prevista dal secondo comma, dev'essere condotta con criteri di tipicità sociale.

C'è da chiedersi, a questo punto, in che cosa queste indicazioni **normative** si differenzino tra loro e si differenzino dal **materiality test**, stabilito nella clausola generale dell'art. 5. A mio avviso, non c'è alcuna differenza. Da ciò il passo è breve per ritenere che l'elenco di pratiche ingannevoli *per se*, contenuto nell'art. 6 dir. Ce, ha carattere solo esemplificativo (o, se si vuole, presuntivo).

Del resto, basta scorrere, a titolo esemplificativo, alcune lettere dello sterminato elenco, per rendersi conto che la disposizione non è ragione-

volmente applicabile se non sulla base del criterio dell'idoneità a danneggiare il consumatore medio:

- l'art. 6.1.b dir. Ce (testualmente riprodotto dall'art. 21.1.b c. cons.) dichiara ingannevoli *per se* tutti i messaggi contenenti indicazioni non verbali su «*le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi* (73), *i rischi, l'esecuzione, la composizione* (74), *gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità* (75), *la descrizione, l'origine geografica commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto*»;

- l'art. 6.1.f dir. Ce (testualmente riprodotto dall'art. 21.1.f.c. cons.) richiama poi «*la natura* (76), *le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, lo status, il riconoscimento, l'affiliazione o i collegamenti e i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale o i premi e i riconoscimenti*»).

Scorrendo questo elenco, che dovrebbe dare certezza applicativa, ci si rende conto che, a parte alcuni arcaismi di difficile interpretazione [come quello sulla ((proprietà commerciale)), che dovrebbe riferirsi alla ditta, o quello relativo allo «*status*]], esso contiene un elenco sterminato di informazioni commerciali, rispetto alle quali è facile immaginare inesattezze di dettaglio che potrebbero essere irrilevanti in ordine alla scelta del consumatore.

D'altra parte, l'elenco non menziona profili, che pur possono essere decisivi nella scelta del consumatore contemporaneo, come la qualità ambientale del processo produttivo, o la conformità o meno dell'attività del produttore a principi di responsabilità sociale d'impresa, a prescindere dal-

(73) Particolare rigore è usato dall'AGCM nei confronti delle diete dimagranti: gli obesi sono considerati un gruppo particolarmente vulnerabile (infermità). V. da ultimo AGCM, prov. n. 17352 (PI5347) del 13 settembre 2007, *Distillato 19 Erbe Vivalight*.

(74) Cfr. AGCM, prov. n. 16588 (PI5716), *Paté di fegato d'anatra Jensen's*; malgrado la riportata denominazione, l'etichetta riportava anche, ben visibile, la composizione del prodotto, da cui risultava che la componente di fegato d'anatra era appena l'8%; inoltre, il prezzo era molto più basso di quello dei pate simili, sicché la differenza sarebbe stata riconosciibile da parte del consumatore medio (difese respinte dall'AGCM).

(75) Ingannevolezza della presentazione complessiva: per esempio confezione molto grande che contiene un prodotto utilizzabile molto piccolo (scatole cinesi).

(76) Si fa l'esempio del venditore che si qualifichi falsamente come ((produttore diretto)) o «grossista», così facendo balenare al consumatore l'idea che le merci siano vendute a prezzi particolarmente convenienti (cfr. WILHELMSSON [nota 5], p. 143). Si tratta, in effetti, di pratiche un po' arcaiche, ma pur sempre possibili.

l'adozione espressa ad appositi codici di condotta (77). Per far rientrare anche queste ipotesi nell'ambito di applicazione del divieto (risultato che sembra difficilmente negabile) si deve far riferimento alle espressioni più generiche dell'elenco (come la «natura del prodotto» o la «natura del professionista»), oppure attribuire portata generale alla previsione dell'idoneità a danneggiare il consumatore medio, contenuta nella frase iniziale del primo comma dell'art. 6. Ma questo iter argomentativo non garantisce alcuna maggiore certezza applicativa, rispetto al riferimento diretto alla clausola generale dell'art. 5. Si conferma dunque la razionalità dell'ipotesi di considerare gli artt. 5 e 6 dir. Ce come parti integranti di una norma unitaria.

Questa tesi è ulteriormente rafforzata dalla considerazione di altri punti della disciplina delle pratiche ingannevoli, che danno luogo a concreti problemi interpretativi. Si pensi all'art. 21.1.g, c. cons., che fa riferimento agli inganni aventi ad oggetto «i diritti del consumatore, incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi dell'articolo 130 del presente Codice» (78). Ora, nel testo della direttiva il riferimento ai «diritti» del consumatore è accompagnato dal riferimento ai «rischi». Nel decreto di recepimento quest'ultimo riferimento è venuto meno: probabilmente il legislatore italiano ha pensato che esso fosse assorbito nella distinta previsione relativa ai «rischi del prodotto»; ma, se così è, la scelta di sopprimere il riferimento si fonda su un equivoco, perché una cosa sono i rischi derivanti dal prodotto o dall'uso dello stesso, altra cosa sono i rischi negoziali, a cui si riferisce il richiamo contenuto nella direttiva, e soppresso dalla norma di recepimento. Quel richiamo aveva, peraltro, notevole importanza pratica: giustamente si è suggerita un'interpretazione estensiva della norma della direttiva, tale da comprendere anche i «doveri» (o gli «oneri») del consumatore (79). Nel testo italiano questo ragionevole risultato interpretativo non sarebbe più raggiungibile, a meno di ricorrere ad applicazioni analogiche di altre previsioni dell'art. 6 o all'applicazione diretta di clausole generali.

Si deve in ogni caso ammettere, dunque, che l'elenco di pratiche ingannevoli dell'art. 21 c. cons. non ha carattere esaustivo, bensì esemplificativo.

12. - Per concludere il ragionamento sin qui svolto, è opportuno soffermarsi sulla praticabilità e l'opportunità del criterio interpretativo sistematico, sopra proposto, con riferimento all'interpretazione delle norme

(77) L'esempio è in WILHELMSSON (nota 5), p. 140 (ma in molti casi il punto può essere compreso nell'ambito delle informazioni sul processo produttivo).

(78) Cfr. WILHELMSSON (nota 5), p. 144, il quale giustamente rileva che l'inganno, in questi casi, può derivare tanto dalla reticenza o dal mascheramento, come dall'enfasi eccessiva.

(79) Cfr. WILHELMSSON (nota 5), p. 144.

che contengono gli elenchi dei comportamenti assolutamente vietati (le «liste nere»).

È noto che le liste nere contengono spesso elencazioni lunghe, e perfino ridondanti, che però, al vaglio dell'esperienza, lasciano sempre fuori ipotesi fattuali di una certa importanza. Si è perciò affermato che «It is difficult to discern clear logic, coherence or policy priority in the selection and ordering of the examples of the list» (80); o anche, in modo ancor più colorito, che le liste nere «appear to be a rather rag bag collection of unfairpractices » (81).

Questa critica ricorrente è fondata e contrasta palesemente con l'altra ricorrente affermazione, che vuole valorizzare le norme particolari della direttiva per ragioni di certezza applicativa.

È questa invece, a mio avviso, proprio la ragione di critica più radicale delle scelte del legislatore. La tecnica della «lista nera» è stata prescelta perché dovrebbe consentire di applicare automaticamente una serie di divieti, senza ricorrere all'applicazione di criteri più generali sulla valutazione dell'incidenza concreta della pratica sul processo decisionale del consumatore tipico. Questa pretesa di elencare una serie di divieti per se, indifferenti alla funzionalità concreta della pratica da valutare, è - come più volte si è detto - irrazionale ed ingenua: non si vede ragione per privilegiare, in una disciplina volta a tutelare il buon funzionamento dei mercati, la certezza applicativa rispetto ai valori della coerenza, della funzionalità, dell'efficienza nell'applicazione del divieto. Per di più, e decisivamente, in molti casi un'applicazione immediata ed automatica del divieto contenuto nella lista nera è impossibile, perché la fattispecie è descritta in maniera tale da richiedere un'analisi attenta e complessiva della funzionalità del comportamento da valutare.

Possiamo procedere con alcuni esempi:

a) l'art. 23.1.g, c. cons., sanziona la falsa dichiarazione della disponibilità molto limitata, temporale o commerciale del prodotto, in modo da imporre una decisione immediata; si sottolinea l'uso del superlativo, inserito dal legislatore per sottolineare l'eccezionalità, che dovrebbe caratterizzare la fattispecie (82); è evidente, dunque, che non si tratta di un requisito di immediata evidenza, idoneo a fondare un'applicazione «automatica»; in realtà, ciò costituisce la riprova dell'impossibilità di applicare correttamente la lista nera senza ricorrere alla clausola generale (come si fa a stabilire che un periodo di tempo è «molto limitato» senza ricostruire il processo

(80) BAKARDJIEVA ENGELBREKT, *EU and Marketing Practices Law in the Nordic Countries - Consequences of a Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices*, 43, cit. da WILHELMSSON (nota 5), p. 160.

(81) HOWELLS (nota 18), p. 107.

(82) WILHELMSSON (nota 5), p. 162.

decisionale di un consumatore tipico del prodotto, e quindi senza ricorrere al criterio dell'idoneità a danneggiare il consumatore medio?);

b) l'art. 23.1.h, c. cons., sanziona l'impegno a fornire l'assistenza post-vendita in un contratto negoziato in lingua diversa da quella *ufficiale* del luogo di negoziazione (vale a dire l'impegno implicito ad offrire l'assistenza post-vendita in una determinata lingua, diversa da quella ufficiale del luogo di negoziazione), in caso di successiva *offerta* dell'assistenza in lingua diversa, senza comunicazione della circostanza al consumatore prima della conclusione del contratto; a rigore, l'applicazione letterale di questa disposizione (come richiesto dalle interpretazioni correnti) farebbe rientrare nella lista nera anche l'offerta dell'assistenza in lingua italiana in un contratto stipulato in Italia in lingua inglese; il che, in taluni casi, può essere effettivamente scorretto, mentre in altri può essere anche un favore reso al consumatore stesso; a parte ciò, vi può essere il caso della perfetta padronanza di ambedue le lingue da parte del consumatore tipico del prodotto; in altri termini, questa previsione della lista nera non è ragionevolmente applicabile, senza il ricorso al criterio integrativo costituito dalla clausola generale;

c) l'art. 23.1.m, c. cons., sanziona, salvo il divieto di pubblicità occulta radiotelevisiva [non è richiamato l'analogo divieto di pubblicità occulta, contenuto nell'art. 8, d. lgs. 9 aprile 2003, n. 70, sul commercio elettronico], il fatto di impiegare contenuti redazionali promozionali, qualora i costi di promozione siano stati sostenuti dal professionista senza che ciò emerga dai contenuti o da immagini o da suoni chiaramente individuabili dal consumatore; la disposizione sembra costruita sull'ingenua pretesa di distinguere i casi più gravi di pubblicità occulta, meritevoli di inclusione nella lista nera (e caratterizzati dal fatto dei «costi di promozione sostenuti dal professionista») dai casi di semplice mancata indicazione dell'intento commerciale del messaggio, richiamati dalla norma generale sulle omissioni ingannevoli (art. 22.2 c. cons.), per i quali l'applicazione del divieto dovrebbe invece passare attraverso il test di valutazione dell'effettivo impatto sulla libertà di decisione del consumatore; la complessità del fenomeno della pubblicità indiretta od occulta rende però veramente difficile tracciare un confine fra le due categorie di fattispecie, sicché deve anche stavolta riconoscersi che l'intento di automaticità applicativa, espresso dal legislatore, non può essere raggiunto; peraltro, non si comprende bene il senso dell'avere «fatto salvo» il divieto di pubblicità occulta radiotelevisiva (si vuol dire che, solo in questo caso, il divieto opera per se, indipendente dall'accertamento dell'effettiva influenza distorsiva sulla scelta del consumatore? ma questa ipotetica diversità di trattamento non sembra ragionevole);

d) l'art. 23.1.n, c. cons., sanziona la formulazione di affermazioni inesatte in ordine ai rischi per la sicurezza derivanti dal mancato acquisto del pro-

dotto⁽⁸³⁾; ricadono in questo divieto, secondo molti interpreti⁽⁸⁴⁾, anche le comunicazioni che fanno appello alla superstizione; se così fosse, queste sarebbero vietate per se, con tutte le difficoltà relative alla distinzione tra superstizione assolutamente vietata e offerta di servizi astrologici o paranormali, che vengono generalmente ammessi, purché non accompagnati da promesse e garanzie (per non parlare dei servizi religiosi, pubblicizzati da alcune chiese «nuove»); anche in questo caso la disposizione non sembra applicabile, senza il contestuale ricorso ai criteri generali;

e) l'art. 26.1.b, c. cons., sanziona il fatto di «*effettuare* visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti dal consumatore a lasciare la sua residenza e a non *ritornarvi*, fuorché nelle circostanze nella misura in cui siano *giustificate* dalla legge nazionale ai *fini dell'esecuzione* di un'obbligazione contrattuale»; la disposizione si riferisce all'uso ripetitivo di tale pratica e non ad episodi isolati, che - nell'intenzione del legislatore - potrebbero giustificare solo l'esperimento di rimedi da parte del singolo danneggiato; è intuitivo però che l'accertamento della ricorrenza di questa pratica richiede un'adeguata istruttoria, sicché non è possibile un'applicazione «automatica» del divieto;

f) un ulteriore esempio può trarsi dalla disciplina relativa ai codici di condotta: dalla lettura del testo normativo si desume che sono valutate con maggiore severità le dichiarazioni false relative all'adesione al codice e alla natura (approvata etc.) del codice (comprese nella lista nera, ai sensi dell'art. 23.1.a, c. cons.), che non le violazioni degli impegni assunti dall'impresa attraverso l'adesione al codice (previste invece dall'art. 22.2.b e quindi sanzionate solo nel caso di idoneità «in concreto» a danneggiare il consumatore). La ratio di questa scelta normativa⁽⁸⁵⁾ è vista nell'esigenza di non disincentivare l'adesione ai codici: ciò giustificherebbe la massima severità in ordine alle dichiarazioni di adesione, ma una certa elasticità nella valutazione dei comportamenti ex post. Il risultato finale non mi sembra molto coerente: al limite, sarebbe considerata imperdonabile l'inesattezza informativa di chi si attiene alle norme del codice, senza aver effettuato una regolare adesione, mentre, nel caso di violazioni, anche ripetute, di norme del codice da parte di un aderente regolare, si dovrebbe verificare in concreto l'idoneità lesiva del comportamento. Ancora una volta, sembra preferibile attribuire alle liste nere valore soltanto presuntivo e costruire il divieto di PCS come norma unitaria.

⁽⁸³⁾ Dai lavori preparatori della direttiva si desume che il legislatore ha voluto sanzionare tanto la pratica della sopravalutazione, quanto quella della sottovalutazione dei rischi. Cfr. WILHELMSSON (nota 5), p. 163.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. WILHELMSSON (nota 5), p. 163.

⁽⁸⁵⁾ V. FABBIO, I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 706 ss.