

La Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali, ovvero del pater familias del terzo millennio e dei vizi del consenso nei contratti di consumo

Antonella Valsecchi

La Direttiva del 2005 rappresenta una sorta di testo unico sulla buona fede e i vizi della volontà in sede di stipulazione dei contratti di consumo: le regole che essa pone servono, infatti, a contrastare le pratiche commerciali volte a influenzare le decisioni dei consumatori relative all'acquisizione di beni e servizi. Prioritario è il divieto di due tipologie di pratiche commerciali scorrette: quelle ingannevoli e quelle aggressive, tali da ingannare il "consumatore medio", inducendolo ad assumere decisioni di acquisto che non avrebbe altrimenti adottato.

Lo scenario

Il nuovo millennio si è aperto all'insegna della globalizzazione, i beni e i servizi sono allineati alle esigenze di un mercato multinazionale e i capitali sono investiti senza frontiere: il mercato mondiale impone l'adozione di modelli culturali in grado di comprendere e governare sistemi comunicativi, economici e altresì politici profondamente modificati rispetto a un passato che è recente, ma appare remoto.

Di questo processo evolutivo è parte determinante il costante sviluppo delle modalità di acquisizione e distribuzione in tempo reale di ogni sorta di dati.

Globalizzazione del mercato e dell'informazione comportano, oltre che metamorfosi sociali dalle inquietanti implicazioni, anche nuovi modi di produrre, distribuire e consumare beni e servizi, mutando le prospettive e i comportamenti dei due principali attori economici: le imprese e i consumatori.

La produzione massificata e la razionalizzazione sempre più esasperata dei processi produttivi e distributivi creano tensioni sociali cui non possono rimanere estranei i cittadini-consumatori, per definizione protagonisti della "società dei consumi", ma - come è sovente rilevato - sprovvisti di un potere adeguato al loro peso economico, specie allorquando i loro diritti e interessi entrano in conflitto con quelli delle imprese.

Dovrebbe, a rigor di logica, essere evidente a tutti che un'efficace politica di *consumer protection* non salvaguarda "soltanto" gli interessi degli stessi consumatori, ma permette loro di adempiere efficacemente al ruolo di arbitri del

mercato: tutela dei consumatori e politica economica rappresentano, infatti, due facce della medesima finalità, l'eliminazione delle distorsioni e delle diseconomie che precludono la razionalizzazione del mercato.

Nella prospettiva europea, il consolidamento di un mercato unico e "razionale" presuppone e comporta l'armonizzazione delle regole nazionali applicabili ai comportamenti economici dei cittadini-consumatori: infatti, *"la certezza del diritto dei privati ha la capacità e l'effetto di rendere certe le norme regolatrici dei rapporti interni ad un mercato plurinazionale, facilita gli scambi al suo interno e favorisce l'instaurazione di un mercato unitario"*¹.

Questa è, per l'appunto, la "doppia anima" degli interventi delle istituzioni comunitarie, volti a tutelare il consumatore: la salvaguardia dei diritti di un soggetto che è protagonista, ma "debole", e insieme il perseguimento della *ratio* essenziale del Trattato della Comunità europea, per cui l'attuazione dell'Unione economica non può prescindere dal ravvicinamento delle legislazioni nazionali nella misura necessaria al "buon" funzionamento del mercato interno.

Armonizzare i diritti nazionali significa garantire la concorrenza e rendere possibile la libera circolazione dei prodotti e dei servizi definendo, al contempo, un efficace sistema di "protezione" dei consumatori nei confronti dei danni correlati alla produzione di massa, anche al fine di espellere dal mercato gli operatori incapaci di operare nel rispetto dei dovuti standard di efficienza e sicurezza: questi sono stati gli elementi fondanti della politica comunitaria degli ultimi anni relativa ai rapporti di consumo e di utenza².

In questo contesto economico-giuridico si inserisce la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea n. 2005/29/CE, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno³, che considera i comportamenti scorretti posti in essere prima, durante e dopo l'attività di commercializzazione di un prodotto o di un servizio⁴, definendo regole che si affiancano, senza pregiudicarle, a quelle, esistenti,

¹ Galgano, 1990, Diritto Civile e Commerciale, I, Padova, 86.

² Merita ripercorrere le tappe della formazione della politica europea dei consumatori accennando almeno alla Comunicazione del 28 marzo 1990, relativa all'adozione di un piano generale di azione triennale per la politica di protezione dei consumatori nella Comunità da attuarsi nel periodo 1990-1993 nei settori della rappresentanza dei consumatori; dell'informazione e formazione dei consumatori; della sicurezza e salute dei consumatori e delle transazioni commerciali che riguardano i consumatori; al Piano generale di azione triennale della Commissione per il periodo 1993-1995, inerente al consolidamento del corpus legislativo comunitario e al miglioramento del livello di tutela dei consumatori esistente, al fine di renderli maggiormente coscienti dei propri diritti; al terzo e quarto piano di azione triennale della Commissione, rispettivamente, per il periodo 1996-1998 e 1999-2001, dettanti norme per il coordinamento tra le diverse politiche comunitarie; alla Decisione del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 gennaio 1999, che stabilisce un

Quadro generale per le attività comunitarie a favore dei consumatori per il periodo 1999-2003; nella Comunicazione della Commissione del 7 maggio 2002, recante la Strategia della politica dei consumatori 2002-2006; nella decisione n. 854/2005/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, datata 11 maggio 2005, istitutiva di un programma comunitario pluriennale inteso a promuovere un uso più sicuro di Internet e delle nuove tecnologie on line, da attuarsi nel periodo 2005-2008.

³ G.U.C.E., 11 giugno 2005, L 149/22.

⁴ La Direttiva 2005/29/CE dell'11 maggio 2005, in particolare, modifica alcuni articoli delle seguenti direttive: Direttiva 84/450/CEE del 10 settembre 1984, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa; Direttiva 97/7/CE del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza; Direttiva 98/27/CE del 19 maggio 1998, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori; Direttiva 2002/65/CE del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

sulle azioni individuali, i singoli rapporti contrattuali, la tutela della salute e, infine, la sicurezza dei prodotti⁵.

La direttiva, che deve essere recepita dagli Stati membri entro il 12 giugno 2007, nulla dispone circa le pratiche commerciali che ledono unicamente gli interessi economici dei concorrenti, o che sono correlate ai rapporti fra operatori professionali; ancora, essa non tange le disposizioni in materia di pubblicità ingannevole per le imprese, nonché quelle attinenti la pubblicità comparativa, né interviene in relazione alle pratiche pubblicitarie e di marketing suscettibili d'influenzare il comportamento del consumatore, senza, però, limitarne la capacità di adottare una decisione consapevole.

Le definizioni

La Direttiva 2005/29/CE si propone, come si è anticipato, di contribuire al corretto funzionamento del mercato europeo, pervenendo a un elevato livello di tutela dei consumatori al momento della conclusione di un contratto.

Non è facile, tuttavia, tutelare il consumatore dalle tecniche scorrette di vendita: troppo radicata infatti, quanto meno nel nostro paese, è la posizione di “naturale” debolezza dovuta, principalmente, alla disinformazione che riverbera i suoi effetti sulla carenza di un effettivo potere contrattuale; l'innovazione tecnologica nel comparto del commercio appare, inoltre, mal assimilata da molte fasce di utenza⁶.

Non a caso il Codice del Consumo (D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206)⁷ afferma (artt. 2 e 4) il diritto del consumatore di essere formato e informato, secondo una *guideline* che affonda le radici nella *Carta europea di protezione dei consumatori*, adottata dal Consiglio d'Europa con la Risoluzione n. 543 del 1973 e successivamente sviluppata dalla Risoluzione del Consiglio dei Ministri della Commissione europea del 14 aprile 1975, recante il *Programma preliminare della Comunità Economica Europea per una politica di protezione e di informazione del consumatore*, anticipazione degli interventi normativi che, pur fra difficoltà e compromessi, hanno improntato la politica comunitaria per i consumatori nelle decadi successive.

Se è vero che il conseguimento degli scopi che la Direttiva n. 2005/29 si propone risiede nell'armonizzazione delle disposizioni di carattere legislativo, regolamentare e amministrativo degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali tra le imprese e i consumatori ogniqualevolta siano lesive degli in-

⁵ *Gli Stati membri possono mantenere o introdurre limitazioni e divieti in materia di pratiche commerciali, motivati dalla tutela della salute e della sicurezza dei consumatori nel loro territorio.*

⁶ *Nell'intento di favorire il corretto utilizzo delle nuove tecnologie on line, l'Unione europea ha istituito, con la Decisione 854/2005/CE dell'11 maggio 2005, un programma comunitario*

pluriennale per il periodo 2005/2008, il cui scopo è quello di promuovere un uso più sicuro di Internet e delle nuove tecnologie, con particolare attenzione ai bambini.

⁷ *A commento si segnalano: Dona (2005), Il codice del consumo. Regole e significati, Torino; Tripodi, Belli (2006), Codice del consumo, Rimini; Alpa, Rossi Carleo (2005), Codice del consumo, Napoli.*

teressi economici di questi ultimi⁸, non può negarsi, tuttavia, che molta strada ancora deve essere percorsa affinché il consumatore acquisti un'adeguata consapevolezza dei diritti riconosciutigli e, specialmente, delle azioni per renderli effettivi⁹.

La Direttiva 2005/29 delinea, come altre del resto, regole uniformi, volte a istituire un elevato livello di protezione dei consumatori a garanzia della certezza del diritto; per le imprese, invece, è volta a eliminare gli ostacoli dovuti alle differenze fra le diverse disposizioni nazionali, che rendono discriminatamente oneroso operare nel libero mercato in relazione alle attività di marketing, pubblicità e promozione.

L'armonizzazione delle norme in una sorta di "testo unico" sulla buona fede e i vizi della volontà in sede di stipulazione dei contratti di consumo, quale in effetti appare questa direttiva, consente a entrambi gli attori del mercato di fare affidamento su di un quadro normativo che tutela i contraenti nella prospettiva della progressiva affermazione di un mercato interno privo di barriere di ogni sorta.

In concreto, le regole poste dalla direttiva incidono sulle pratiche commerciali il cui intento risieda nell'influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori relative a beni o servizi: sostanzialmente è reiterato - e più articolatamente formulato rispetto al passato - il divieto di due principali tipologie di pratiche commerciali scorrette: quelle ingannevoli e quelle aggressive, già oggetto di considerazione da parte del legislatore europeo anche se non con carattere di generalità, bensì in relazione a specifiche tipologie di contratti. Seguendo una radicata consuetudine, la direttiva inizia con la definizione di taluni termini indicandone il significato convenzionale: accanto a definizioni ormai "classiche", quali "consumatore", "prodotto", "professionista", deve rilevarsi la ricorrenza di una serie di nuove espressioni.

Quanto alla figura del consumatore, sono ormai molteplici le disposizioni, di fonte europea e di applicazione interna - non sempre, peraltro, coincidenti appieno - che, riferite a diversi rapporti, ne hanno scolpito i tratti¹⁰.

Del nostro repertorio legislativo è recentemente parte il D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, recante il Codice del Consumo, emanato a norma dell'articolo 7 della Legge 29 luglio 2003, n. 229¹¹, che avrebbe dovuto armonizzare, riordinandole, le molteplici norme relative ai processi di acquisto posti in essere da consumatori e utenti: il consumatore è, in questa sede, definito la persona fisica che, nei comportamenti e azioni all'interno del mercato, non persegue alcuno scopo di carattere imprenditoriale o professionale, ma è unicamente interessata al soddisfacimento diretto di esigenze personali o familiari¹².

⁸ Sono, di fatto, tutelati gli interessi economici dei consumatori e, indirettamente, quelli dei concorrenti operanti sul mercato.

⁹ Approfonditamente, Caspani, 2002, I consumatori e la giustizia. Conciliazione e arbitrato: l'evoluzione europea e l'esperienza nazionale, Piaccenza.

¹⁰ Per una esaustiva analisi circa la nozione di consumatore, si veda Chiné, 2003, Trattato di

Diritto Privato Europeo, Lipari (a cura di), Volume I, I, Padova, 435-451.

¹¹ Gazzetta Ufficiale n. 235, dell'8 ottobre 2005, Supplemento Ordinario, n. 162.

¹² L'art. 3, comma 1, lett. a), del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, definisce consumatore o utente "la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta".

Da questa definizione non si distingue, nella sostanza, quella della Direttiva 2005/29, la quale, all'art. 2, lett. a), definisce consumatore *“qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto della presente Direttiva, agisca per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale”*.

Ma la direttiva va oltre, e - se pur non inserendola espressamente fra i lemmi dell'art. 2 - fornisce un'ulteriore definizione di consumatore, quella di “consumatore medio”: indicando, infatti, le caratteristiche che qualificano come sleale un comportamento commerciale, dispone, fra l'altro, che una pratica debba considerarsi tale qualora falsi o sia idonea a falsare in misura considerevole il comportamento economico, per l'appunto, del consumatore medio.

Quest'ultimo, forse il *pater familias* del terzo millennio, potrebbe definirsi il cittadino normalmente informato, ragionevolmente attento e avveduto, tenuto conto dei fattori sociali, culturali e linguistici del mondo in cui egli vive.

Il diciottesimo considerando della direttiva chiarisce che *“la nozione di consumatore medio non è statistica. Gli organi giurisdizionali e le autorità nazionali dovranno esercitare la loro facoltà di giudizio tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia, per determinare la reazione tipica del consumatore medio nella fattispecie”*: che il legislatore deleghi il giudice a interpretare, decrittografandola, parte di una norma che esso stesso ha emanato appare, invero, grottesco.

Merita sottolineare, inoltre, gli aspetti cangianti e nebulosi della definizione, in collisione con l'esigenza di chiarezza e trasparenza che devono caratterizzare gli interventi di regolazione del mercato interno: non si possono sottovalutare, a questo proposito, i rischi della segmentazione di quest'ultimo per le interpretazioni che, se pur entro le guideline dettate dalla Corte di giustizia, ne saranno date nei singoli paesi membri, avviati ormai verso un'omogeneità culturale, sociale ed economica assai minore rispetto a un recente passato.

A minori problemi dà luogo, invece, la definizione di professionista riferita, come ben sappiamo, a ogni persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, *“agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisca in nome o per conto di un professionista”*; prodotto, inoltre, è *“qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni”*¹³.

Il D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, offre, all'art. 3, comma 1, lett. c), una definizione di professionista pressoché analoga a quella contenuta nella direttiva, in quanto professionista è chiunque operi nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, ovvero un suo intermediario; il legislatore nazionale ha, tuttavia, ritenuto di adottare anche l'ulteriore definizione di “produttore”¹⁴, che non ricorre, invece, nella direttiva.

Può osservarsi, a questo proposito, che quest'ultima considera “pratiche commerciali sleali” qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, co-

¹³ Art. 2, comma 1, lett. b), della Direttiva 2005/29/CE.

¹⁴ Art. 3, comma 1, lett. d), del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

municazione commerciale, compresi pubblicità e marketing, direttamente correlata alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori¹⁵: il produttore è, quindi, escluso, essendo - di regola - estraneo all'attività di commercializzazione dei beni prodotti (diversamente da quanto può verificarsi per la prestazione di servizi).

Il testo unico italiano dei rapporti di consumo tratta, invece, anche dei prodotti, dei loro vizi e delle correlate responsabilità e garanzie: a priori non è quindi errato rilevare che in questa sede emerga anche la figura del produttore, pur se l'onnicomprensiva figura dell'operatore professionale (il professionista) già comprende ogni attività manifatturiera e commerciale, rendendo pertanto superflua l'ulteriore definizione di produttore.

La definizione di prodotto che ricorre nella direttiva è, però, più estesa rispetto a quella nazionale, poiché considera anche i servizi¹⁶: l'art. 2, lett. c), accomuna, infatti, in questa definizione qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni.

Potrebbero così dischiudersi nuove prospettive di tutela per quanto concerne il risarcimento dei danni patrimoniali sofferti dai consumatori "economicamente danneggiati", a seguito dell'adozione di pratiche commerciali sleali da parte delle imprese.

Frequentemente il consumatore subisce lesioni meno evidenti del danno fisico, che con maggiori difficoltà trovano un adeguato epilogo risarcitorio, sia per l'inadeguatezza normativa sul piano delle regole procedurali atte a completare - conferendo loro un effettivo spessore - quelle sostanziali sia per le scarse cognizioni giuridiche del consumatore medesimo¹⁷.

Sarà, dunque, assai importante l'attenzione dedicata al recepimento della direttiva, onde elevare, anche all'interno del mercato nazionale, il livello di tutela degli interessi economici dei cittadini-consumatori.

Fra le definizioni ci s'imbatte (art. 10) nei "codici di condotta", intesi quali accordi o norme non imposti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, elaborati da ordini e associazioni professionali per disciplinare l'attività degli operatori, i quali si impegnano a rispettarli in relazione all'attività esercitata¹⁸.

L'adozione di codici di condotta, specie laddove difettino norme complete e pertinenti, permette di consolidare la diligenza professionale richiesta, e ogni "responsabile del codice"¹⁹ vigila sull'operato degli appartenenti alla categoria tenuta alla sua osservanza, onde evitare le pratiche commerciali sleali e prevenire

¹⁵ Art. 2, lett. d), della Direttiva 2005/29/CE.

¹⁶ Art. 115, comma 1, del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206. Accanto alla definizione di "prodotto" offerta da questo articolo, rileva anche quella di cui all'art. 3, comma 1, lett. e), del medesimo decreto.

¹⁷ Vaccà, 2000, La composizione extragiudiziale delle controversie dei consumatori, Vaccà (a cura di), "Consumatori, contratti, conflittualità. Diritti individuali, interessi diffusi, mezzi di tutela", Milano, p. 243.

¹⁸ Sulla natura, le tipologie e le caratteristiche dei codici di comportamento, approfonditamente,

Vaccà, 2003, I codici di condotta e il commercio elettronico, Tosi (a cura di), "Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione", Milano, p. 349 ss.

¹⁹ Il "responsabile del codice", così come definito all'art. 2, comma 1, lett. g), della Direttiva 2005/29/CE, è "qualsiasi soggetto, compresi un professionista o un gruppo di professionisti, responsabile della formulazione e revisione di un codice di condotta e/o del controllo del rispetto del codice da parte di coloro che si sono impegnati a rispettarlo."

- auspicabilmente - la necessità per i consumatori o gli utenti danneggiati di adire vie giurisdizionali.

Come l'esperienza mostra, l'intento di conseguire adeguati livelli di tutela è facilitato dal coinvolgimento delle organizzazioni rappresentative dei consumatori nella fase della stesura dei codici, alla cui diffusione nel nostro paese hanno significativamente contribuito anche le Camere di commercio, nell'ambito dei poteri di regolazione del mercato attribuiti loro dall'art. 2 della L. 29 dicembre 1993, n. 580.

La creatività definitoria degli estensori della direttiva ha portato anche alla formulazione, con riferimento al comportamento del professionista, delle definizioni "diligenza professionale" e "indebito condizionamento"²⁰: la prima concernente il normale grado di speciale competenza e attenzione che, ragionevolmente, si presumono adottate da ogni operatore, rispettando tanto pratiche di mercato oneste, quanto il principio generale della buona fede; la seconda, invece, l'eventuale sfruttamento di una posizione di potere del professionista rispetto al consumatore, al fine di esercitare una pressione che, anche non ricorrendo alla forza fisica o alla minaccia, limiti notevolmente la capacità di adottare una decisione consapevole²¹.

Considerato che le pratiche commerciali sleali rivolte indistintamente a tutti i consumatori hanno quale parametro di riferimento il "consumatore medio", qualora le stesse siano indirizzate a un determinato "gruppo di consumatori", il riferimento è rappresentato dal "membro medio del gruppo": in particolare, se il professionista si rivolge a un gruppo di consumatori specifico per caratteristiche, quali minori, anziani, infermi, ingenui, scarsamente acculturati e altre, che siano tali da comportare particolare vulnerabilità con riferimento a una pratica commerciale o al prodotto cui essa si riferisce, l'efficacia condizionante della pratica stessa è valutata assumendo a riferimento il membro medio del gruppo.

Evidente il proponimento del legislatore comunitario di assicurare adeguata protezione a categorie "deboli" certamente individuabili all'interno di quella dei consumatori e ancor più vulnerabili nei confronti delle pratiche commerciali sleali: spontaneo chiedersi, tuttavia, chi possa essere qualificato membro medio di un dato gruppo, e quali siano gli aspetti da considerare per valutare l'impatto su di esso di una pratica commerciale sleale.

Se già comporta competenze di psicologia sociale la valutazione dell'impatto di un comportamento commerciale su di un gruppo omogeneo, ancor più remota appare la possibilità che, in sede d'interpretazione giurisprudenziale, possano essere effettuate con cognizione di causa complesse verifiche circa l'ipotetico membro medio di un particolare universo di cittadini.

Anche nei confronti di questa definizione, come in precedenza per quella di consumatore medio, non può quindi che paventarsi il rischio che in ciascuno

²⁰ Art. 2, comma 1, lett. h) e lett. j), della Direttiva 2005/29/CE dell'11 maggio 2005.

²¹ Si tratta della decisione presa dal consumatore in relazione all'acquisto o meno di un prodotto; al

modo in cui procedere all'acquisto e a quali condizioni; se pagare integralmente o parzialmente; se tenere il prodotto o disfarsene; se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto.

degli Stati membri si sviluppino antitetiche analisi dottrinali e, fors'anche, contraddittori indirizzi giurisprudenziali riposti su vacue e stereotipate formule, specie se i legislatori nazionali, anziché tentare in sede di recezione di rendere meno evanescente la norma, ancora una volta passeranno *tout court* la castagna bollente alle Corti.

Quanto, poi, alla possibilità del ricorso in giudizio da parte dei consumatori danneggiati da pratiche commerciali sleali, la Direttiva 2005/29/CE dispone (art. 11) che gli Stati membri debbano assicurare l'esistenza di adeguate procedure grazie alle quali le persone e le organizzazioni che, in base alla legislazione nazionale, sono considerate titolari di un interesse legittimo, possano disporre di adeguati mezzi d'impugnazione contro le pratiche commerciali sleali, onde presentare reclami o promuovere le pertinenti azioni²².

Ogni Stato membro deve, poi, definire le modalità di attivazione di tali azioni, sì da permettere al soggetto leso in un interesse legittimo, di sottoporre la pratica commerciale sleale al giudizio dell'organo competente.

Le regole

La Direttiva 2005/29 dell'11 maggio 2005 vieta il ricorso a pratiche commerciali sleali²³, adottando per la prima volta norme di ordine generale - sinora, infatti, erano state settoriali - relative al divieto di comportamenti commerciali sleali in grado di fuorviare il comportamento economico del consumatore.

La direttiva bipartisce le pratiche commerciali sleali in ingannevoli e aggressive, con una scelta che - è da crederlo - stimolerà la riflessione degli esecuti sulle sottili distinzioni fra i rispettivi tratti distintivi e, fors'anche, sulle caratteristiche di qualche sorta di *dolus bonus* che sortirà l'effetto dell'esclusione dell'una e dell'altra.

In ogni caso, ai sensi dell'articolo 5, comma 2, sono considerate sleali le pratiche contrarie alle norme di "diligenza professionale"²⁴ e quelle, in relazione al prodotto, false o idonee a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio così come del membro medio, in quest'ulti-

²² Il 22 ottobre 2004, facendo seguito alla preliminary draft del marzo dello stesso anno, la Commissione europea ha licenziato la Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, COM (2004) 718 final, Bruxelles, 22 ottobre 2004, che costituisce il naturale sviluppo del ciclo di studio avviato con il "Libro verde" del 2002, il quale indicò l'opportunità di un'armonizzazione delle forme di composizione negoziata dei conflitti, evitando di cristallizzare rigide regole procedurali; obiettivo della proposta di direttiva, come si evince dall'art. 1 (primo comma) è "to facilitate access to justice by promoting the use of mediation and by ensuring a sound relationship between

mediation and judicial proceedings".

²³ L'Allegato I alla Direttiva 2005/29/CE dell'11 maggio 2005 riporta l'elenco delle pratiche commerciali che sono, in ogni caso, considerate sleali. Ciascuno Stato membro è obbligato a tenerne conto, in quanto la modifica di tale elenco può avvenire solo mediante revisione della citata direttiva.

²⁴ Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. h), per "diligenza professionale" s'intendono il normale grado della speciale competenza e la particolare attenzione che ragionevolmente è lecito presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori, rispetto alle pratiche commerciali oneste e/o al principio della buona fede.

mo caso qualora la pratica commerciale sia diretta, come già si è rilevato, a un determinato gruppo di consumatori²⁵.

Le pratiche commerciali sleali, tra le quali rientra senz'altro la pubblicità ingannevole²⁶, possono, a loro volta, tradursi in azioni o in omissioni idonee a ingenerare errori nel consumatore, creando falsi affidamenti.

I comportamenti ingannevoli, disciplinati dall'art. 6 della direttiva, sono classificati sia sulla scorta degli effettivi elementi costitutivi sia in relazione ai comportamenti indotti nei consumatori: nel primo caso è considerata ingannevole ogni pratica che contenga informazioni false e sia, pertanto, non veritiera e tale, nel suo complessivo esplicitarsi, da poter ingannare il consumatore medio, inducendolo ad assumere decisioni di natura commerciale che questi non avrebbe adottato; nel secondo, non rileva direttamente l'intrinseca informazione fornita, che potrebbe anche, asetticamente considerata, essere corretta, bensì il modo di presentazione ai consumatori.

Secondo uno schema che, in qualche misura, richiama la disciplina dei vizi della volontà delineata dagli artt. 1428 e ss. del nostro Codice Civile, il comportamento fraudolento riguarda, in sintesi, uno o più di questi profili:

1. la natura e le caratteristiche principali del prodotto, fra le quali devono essere annoverate la sua effettiva disponibilità, le utilità, i rischi, gli accessori, l'assistenza post-vendita, il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, la quantità, la descrizione, l'origine geografica, gli esiti delle prove e dei controlli effettuati;
2. l'ampiezza degli impegni del professionista, la forma della vendita, eventuali dichiarazioni di testimonial o sponsor;
3. il prezzo o le modalità di determinazione;
4. la necessità, nel corso del tempo, di manutenzioni, ricambi, sostituzioni o riparazioni;
5. la natura, le qualifiche, l'eventuale affiliazione commerciale, i premi, i riconoscimenti;
6. diritti del consumatore, incluso quello di sostituzione o rimborso, e i rischi ai quali può essere esposto.

Il comportamento omissivo, invece, comporta uno sviamento del contraente, non già mediante informazioni ingannevoli, bensì il modo di presentazione delle stesse qualora, tenuto conto delle caratteristiche e circostanze del caso, sia idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti adottato. In particolare:

²⁵ La capacità decisionale del consumatore è alterata dalla pratica commerciale sleale e gli impedisce di assumere una decisione commerciale consapevole o che addirittura non avrebbe, altrimenti, assunto.

²⁶ La pubblicità deve essere palese, veritiera e corretta; diviene ingannevole nel momento in cui, in qualunque modo, compresa la sua

presentazione, è idonea a indurre in errore la persona fisica (o giuridica) alla quale è rivolta o che raggiunge, compromettendone la scelta consapevole e pregiudicandone il comportamento economico; nel nostro ordinamento il D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, Codice del Consumo, agli articoli da 18 a 27, disciplina la pubblicità ingannevole.

1. il ricorso a tecniche di marketing, compresa la pubblicità comparativa, tali da ingenerare confusione tra i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente;
2. il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni assunti con il codice di condotta, qualora si tratti di un impegno pregnante e verificabile.

Le omissioni ingannevoli (art. 7), dal canto loro, sono pratiche commerciali che, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché degli eventuali limiti del mezzo di comunicazione impiegato, tralasciano informazioni rilevanti necessarie al consumatore medio per adottare una decisione commerciale consapevole, sì da indurlo a scelte che altrimenti non avrebbe operato.

Le informazioni essenziali che il professionista deve fornire invitando il consumatore all'acquisto, non sono molte, ma assolutamente necessarie per consentire una decisione consapevole e conveniente: si è in presenza di un'omissione ingannevole anche qualora un professionista occulti o presenti in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti in argomento, oppure non indichi l'intento commerciale dell'offerta, inducendo così il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti gli sarebbe rimasta estranea.

Qualora non emergano dal contesto, costituiscono obbligo d'informazione le caratteristiche essenziali del prodotto, l'indirizzo (fisico, non *mail*) e l'identità del professionista, il prezzo comprensivo delle imposte ed eventuali spese aggiuntive, le modalità di pagamento e di consegna, le procedure relative alla presentazione e al trattamento degli eventuali reclami, il diritto di recesso ove consentito dalla legge²⁷.

Si reputano, infine, pratiche commerciali aggressive²⁸ quelle che, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, siano idonee a limitare in modo considerevole la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto, sortendo l'effetto, anche in questo caso, dell'adozione di una decisione che non sarebbe maturata in assenza di molestie e coercizioni, ivi compreso il ricorso alla forza fisica o l'indebito condizionamento psichico.

Gli aspetti da considerare per valutare se una pratica commerciale comporti molestie, coercizione, ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento possono così sintetizzarsi:

- le caratteristiche di tempo e luogo, nonché la persistenza;
- il ricorso alla minaccia fisica o verbale;

²⁷ *In base al disposto di cui all'art. 7, comma 5, della Direttiva 2005/29/ce dell'11 maggio 2005, "sono considerati rilevanti gli obblighi d'informazione, previsti dal diritto comunitario, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o il marketing, di cui l'Allegato II fornisce un elenco non completo."*

²⁸ *Tra le pratiche commerciali reputate aggressive (Allegato I), alcune appaiono degne di contesti criminali, mentre altre sono, purtroppo, frequenti. Basti pensare alle innumerevoli*

sollecitazioni commerciali che ognuno riceve quasi quotidianamente, tramite telefono e posta elettronica; con riferimento ai minori, poi, alcuni messaggi, estremamente edulcorati, spingono all'acquisto o alla richiesta di acquisto ai genitori del prodotto reclamizzato: pubblicizzare, per esempio, il consumo "giocosso" di merendine all'interno di una famiglia unita e sorridente, fino a che punto non può dirsi dannoso nella prospettiva dell'educazione alimentare degli adolescenti?

- lo sfruttamento da parte del professionista di qualsiasi evento tragico o di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore, influenzandone la decisione;
- la frapposizione di qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, qualora il consumatore intenda esercitare propri diritti, e in particolare quello di recesso;
- qualsiasi minaccia di promuovere un'azione legale, ove l'azione stessa sia infondata.

Considerazioni finali

È innegabile che le pratiche commerciali sleali ledano gli interessi economici dei consumatori non meno di quelli dei concorrenti: non da oggi, del resto, l'art. 2598 Cod. Civ. considera, fra gli altri, atti di concorrenza sleale l'uso di *“nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente”* o il comportamento di chi *“diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente idonei a determinarne il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente”*.

Il contraente la cui volontà sia stata coartata da errore, violenza o dolo, dispone inoltre, come ognuno sa, dei rimedi approntati dagli artt. 1427-1431 Cod. Civ.: difficile, quindi, accogliere come inediti gli strumenti ora offerti dalla Direttiva n. 2005/29/CE dell'11 maggio 2005.

Nondimeno, questa sorta di “codificazione” dei vizi della volontà, o della *misrepresentation*, a seconda della prospettiva dalla quale si intenda osservare il diritto dei contratti, ha una sua intrinseca validità, che dovrà - auspicabilmente - trovare adeguata valorizzazione in sede di recepimento nei paesi membri.

Se un appunto si può muovere alla direttiva, esso verte sullo stile: forse l'interpretazione e l'applicazione in sede giurisdizionale sarebbero state avvantaggiate da una forma più asciutta, meno farragিনosa (ma è questo un vizio che con sempre maggior frequenza ricorre, purtroppo, nei testi normativi comunitari).

In conclusione, se le alterne vicende che improntano il progetto di Codice Civile Europeo²⁹ consentissero almeno il varo di un accurato “Codice Europeo del Consumo”, siffatti rischi potrebbero essere scongiurati da uno strumento legislativo che permetta di unificare realmente le regole, assicurando a tutti i consumatori e utenti europei norme univoche ed eguali possibilità di tutela dei diritti.

²⁹ Sul progetto di Codice Civile Europeo si segnalano: Alpa, Buccico (a cura di), 2002, La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo. Atti e materiali dei seminari 2001, Milano; Alpa, Buccico (a cura di), 2001, Il codice civile europeo. Atti e materiali dei Seminari 1999-2000, Milano; Stein (a cura di), 1996, Convegni di

studio per la redazione del progetto di un Codice europeo dei contratti. Atti Pavia, 1992-1994, Milano; Stein (a cura di), 1993, Il futuro codice europeo dei contratti. Atti incontro di studio, Pavia 1990, Milano; Moccia (a cura di), 1993, Il diritto privato europeo: problemi e prospettive. Atti del Convegno di Macerata, 1989, Milano.