



CARLO GRANELLI

Professore emerito – Università degli Studi di Pavia

**L'ART. 11-BIS DELLA DIRETTIVA 2005/29/CE:  
RATIO, PROBLEMI INTERPRETATIVI E MARGINI DI DISCREZIONALITÀ  
CONCESSI AGLI STATI MEMBRI AI FINI DEL RECEPIMENTO \***

Allorquando l'amico Giovanni De Cristofaro mi ha cortesemente invitato a partecipare all'odierno incontro di studi, pensavo – invero un po' ingenuamente, come la storia si è subito incaricata di dimostrare – che si sarebbe trattato di un dibattito *de iure condito*: la direttiva 2019/2161/UE – che nel 2019 è intervenuta a modificare, tra le altre, anche la direttiva 2005/29/CE, “relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno” – prevedeva infatti che gli Stati membri adottassero le relative norme di recepimento entro il 28 novembre 2021; e ciò, per lasciare agli operatori sei mesi di tempo per adattarsi, prima della loro entrata in vigore prevista, contemporaneamente in tutti i Paesi dell'Unione, per il 28 maggio 2022.

Oggi invece, ad un mese esatto di distanza da tale ultima data, la legge nazionale italiana di recepimento – che avrebbe dovuto essere adottata, come si diceva, entro il 28 novembre 2021 – è ancora di là da venire.

Anzi, al momento, neppure è stata approvata la “legge di delegazione europea 2021”, che dovrebbe demandare al Governo l'adozione dei decreti legislativi per l'attuazione ed il recepimento (tra l'altro) della direttiva 2019/2161/UE: il relativo disegno di legge è, infatti, ancora all'esame del Senato, dopo l'approvazione da parte della Camera dei Deputati avvenuta il 16 dicembre 2021.

Allo stato, quindi, il discorso non può che essere *de iure condendo*.

Quanto ai rimedi “*individuali*” accessibili ai consumatori che si ritengono lesi da una pratica commerciale scorretta – e che costituiscono l'oggetto specifico del nostro incontro di studi – il disegno di “legge delegazione europea 2021”, nella versione approvata dalla Camera dei Deputati, si limita a prevedere (all'art. 4) che, “nell'esercizio della delega per l'attuazione della direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, il Governo osserva, oltre ai principi e criteri direttivi generali di cui all'articolo 32 della l. 24 dicembre 2012, n. 234, anche i seguenti principi e criteri direttivi specifici: a) apportare alle disposizioni del codice del consumo (...) le modifiche e le integrazioni necessarie per il recepimento delle disposizioni contenute nella direttiva”.

Punto e basta!

Ora, così facendo, il disegno di legge in esame si limita ad attribuire al legislatore delegato il compito di “apportare alle disposizioni del codice del consumo (...) le modifiche e le integrazioni necessarie per il rece-

---

\* Testo dell'intervento svolto dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema “*Pratiche commerciali scorrette e rimedi 'individuali' esperibili dai consumatori. Il recepimento dell'art. 11-bis della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano*”, tenutosi presso l'Università degli Studi di Ferrara il 28 aprile 2022.



pimento delle disposizioni contenute nella direttiva” 2019/2161/UE, senza però dettare – a ben vedere – alcun “principio o criterio direttivo specifico”, cui lo stesso dovrebbe attenersi.

Se non – forse – *un unico* “criterio direttivo”: quello di limitarsi alle *sole* modifiche e integrazioni “*necesarie*” per adeguare la normativa domestica a quella europea; con esclusione, quindi, di qualsiasi modifica od integrazione che – pur astrattamente consentita dalla direttiva – non sia però dalla stessa inderogabilmente imposta<sup>1</sup>.

Di qui l’opportunità di sondare – come suggerisce il titolo dell’intervento affidatomi – “*ratio*, problemi interpretativi e margini di discrezionalità concessi agli Stati membri ai fini del recepimento”.

\* \* \*

Quanto alla *ratio* che anima la direttiva 2019/2161/UE, essa emerge con evidente immediatezza dai “*considerando*” con cui la stessa si apre.

La direttiva 2005/29/CE – se sul versante sostanziale risultava “impostata sull’armonizzazione completa”<sup>2</sup>, con la conseguenza che ai legislatori dei singoli Stati membri non era dato discostarsi dalle sue indicazioni né per abbassare, ma neppure per innalzare la soglia di tutela riservata ai consumatori<sup>3</sup> – sul versante rimediale si rimetteva invece largamente ai legislatori nazionali: da un lato, demandando loro il compito di determinare “le sanzioni da irrogare in caso di violazioni delle disposizioni nazionali adottate in applicazione della presente direttiva”, seppure nel rispetto del generale principio secondo cui le stesse avrebbero dovuto “essere effettive, proporzionate e dissuasive”; da altro lato, investendoli del compito di adottare “tutti i provvedimenti necessari per garantirne l’applicazione” (art. 13 direttiva 2005/29/CE nella versione originaria).

L’esito di una siffatta opzione si è ben presto rivelato – per usare le parole di Giovanni De Cristofaro – “*fallimentare*”<sup>4</sup>.

Invero – come si legge ora nel “*considerando 5*” della direttiva 2019/2161/UE – da un lato, “le attuali norme nazionali in materia di sanzioni sono molto diverse nell’Unione”, con conseguente frustrazione “dell’ambizioso tentativo di armonizzare in modo ‘completo’ e ‘totale’ le legislazioni nazionali compiuto attraverso l’adozione della direttiva 2005/29/CE”<sup>5</sup>; e, da altro lato, “non tutti gli Stati membri garantiscono l’irrogazione di sanzioni pecuniarie effettive, proporzionate e dissuasive nei confronti dei professionisti re-

---

<sup>1</sup> Maggiormente possibilista si mostra, al riguardo, G. DE CRISTOFARO, *Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l’anno della svolta. Verso un diritto “pubblico” dei (contratti dei) consumatori?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 44 s., secondo cui “l’assenza di criteri di delega lascia al Governo massima libertà, ed è auspicabile che di questa libertà venga fatto un uso accorto e misurato, stante l’importanza e la delicatezza di questi nuovi rimedi, che saranno inevitabilmente esperibili non soltanto nell’ambito di giudizi instaurati da un singolo consumatore nei confronti del professionista responsabile della pratica commerciale scorretta, ma anche (e verosimilmente soprattutto) nell’ambito dei giudizi ‘di classe’ inibitori e risarcitori che verranno disciplinati dalle disposizioni di attuazione della dir. 2020/1828/UE sulle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori”.

<sup>2</sup> Così il suo “*considerando 14*”. V. anche il successivo “*considerando 15*”.

<sup>3</sup> In realtà, detto principio appare oggi intaccato proprio dalla direttiva 2019/2161/UE, laddove – modificando l’art. 3 della direttiva 2005/29/CE – prevede che “la presente direttiva non osta a che gli Stati membri adottino disposizioni per tutelare i legittimi interessi dei consumatori rispetto a pratiche commerciali o di vendita aggressive o ingannevoli nel contesto di visite non richieste di un professionista presso l’abitazione di un consumatore, oppure escursioni organizzate da un professionista con lo scopo o con l’effetto di promuovere o vendere prodotti ai consumatori. Tali disposizioni devono essere proporzionate, non discriminatorie e giustificate da motivi di tutela dei consumatori” (così recita ora l’art. 3, § 5, direttiva 2005/29/CE, così come modificato dalla direttiva 2019/2161/UE).

<sup>4</sup> Così G. DE CRISTOFARO, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diversi diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 903.

<sup>5</sup> Così G. DE CRISTOFARO, *op. loc. cit.*



sponsabili”: “pertanto – questa la conclusione – le norme esistenti in materia (...) dovrebbero essere migliorate”.

Se guardiamo specificamente alla situazione italiana, il dato che maggiormente colpisce è che – a fronte del vero e proprio profluvio di contributi dalla dottrina dedicati al tema delle tutele individuali accessibili al consumatore rimasto leso da una pratica commerciale scorretta (basti solo pensare che nell’ultimo decennio si contano ben cinque monografie in argomento<sup>6</sup>) – il problema è invece solo sporadicamente approdato all’attenzione dei nostri giudici.

Invero, in questi ormai non pochi anni che ci separano dal recepimento (nel 2007) della direttiva 2005/29/CE, raramente i consumatori si sono rivolti all’Autorità giudiziaria, denunciando di essere rimasti vittima di una pratica commerciale scorretta: il valore economico particolarmente esiguo della più parte delle controversie che oppongono consumatore e professionista in materia di pratiche commerciali scorrette, la necessità di munirsi, con i relativi costi, di una difesa tecnica anche solo per avviare una procedura di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali ex d.lgs. n. 28/2010, l’obbligo di farsi assistere da un avvocato per avviare un’azione giudiziale in sede civile se di valore superiore ad € 1.100,00, il rischio-lite inevitabilmente immanente in qualsiasi giudizio contenzioso, la mai sufficientemente deprecata lentezza che ancor oggi affligge i nostri procedimenti civili, le difficoltà probatorie che, stando almeno ai principi generali, gravano su parte attrice, ecc., hanno finito con l’indurre i consumatori italiani, nella più parte dei casi, a rinunciare a far valere i propri diritti.

Il loro atteggiamento si è, peraltro, rivelato significativamente diverso nelle (invero non numerose) ipotesi in cui la controversia vedeva coinvolti valori economici non trascurabili.

È il caso, ad es., della ben nota vicenda dei c.d. “*diamanti da investimento*”, che aveva visto due dei principali operatori del settore – la IDB-Intermarket Diamond Business s.p.a. e la DPI-Diamond Private Investment s.p.a. – e quattro importanti istituti di credito – rispettivamente, Unicredit e Banco BPM per IDP; Intesa Sanpaolo e Monte dei Paschi di Siena per DPI – promuovere la commercializzazione dei preziosi presso la rispettiva clientela, presentandoli come investimento in un bene-rifugio in grado di conservare (ed anzi di incrementare) nel tempo il valore del capitale investito, grazie alla loro sicura redditività e facile liquidabilità<sup>7</sup>.

Con due distinti provvedimenti gemelli (nn. 26757 e 26758) in data 20 settembre 2017, l’AGCM aveva inibito, ritenendola ingannevole, l’ulteriore prosecuzione di detta pratica, comminando ai professionisti che l’avevano posta in essere – operatori e banche – sanzioni amministrative pecuniarie nell’ordine, complessivamente, di oltre 15 milioni di euro<sup>8</sup>.

I provvedimenti adottati dall’AGCM hanno funzionato – come noto – da volano per tutta una serie di azioni risarcitorie promosse avanti al giudice civile da consumatori che di detta pratica erano rimasti vitti-

---

<sup>6</sup> Cfr. A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Edizioni scientifiche italiane, 2012; S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell’attività negoziale*, Cacucci, 2012; T. FEBBRAJO, *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, Edizioni scientifiche italiane, 2018; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Giappichelli, 2018; L. GUFFANTI PESENTI, *Scorrettezza delle pratiche commerciali e rapporto di consumo*, Jovene, 2020.

<sup>7</sup> Per un’indicazione in ordine alla dimensione del fenomeno della commercializzazione di diamanti da investimento attraverso il sistema bancario, si può fare utile riferimento alle dichiarazioni rese in data 8 febbraio 2022 dal Direttore Generale della Banca d’Italia, Luigi Federico Signorini, in occasione della sua audizione presso la Commissione Parlamentare d’inchiesta sul sistema bancario e finanziario, dalle quali si apprende che “i clienti coinvolti sono stati circa 71.000” e che “le commissioni incassate [dalle banche sono state] pari a € 273 mln.”.

<sup>8</sup> I due provvedimenti dell’AGCM citati nel testo sono stati ritenuti legittimi, rispettivamente, da TAR Lazio 14 novembre 2018, nn. 10955 e 10966, e, successivamente, da Cons. St. 11 marzo 2021, nn. 2082 e 2085 (salvo che in punto di *quantum* della sanzione amministrativa pecuniaria comminata ad Unicredit).



ma<sup>9</sup>, i quali si sono visti riconoscere giudizialmente un risarcimento danni in misura tendenzialmente pari alla “differenza tra il prezzo pagato e il valore effettivo dei diamanti al momento dell’acquisto”<sup>10</sup>.

Pertanto, nella più parte dei casi, neppure è stato necessario, per le vittime della pratica commerciale in discussione, rivolgersi, per ottenere tutela, all’Autorità giudiziaria: infatti, di norma, le banche coinvolte hanno “spontaneamente” posto in essere – anche a seguito delle specifiche, ed in alcuni casi pressanti, azioni di *moral suasion* esercitate nei loro confronti da Banca d’Italia<sup>11</sup> – condotte riparatorie, o ritirando le pietre con rimborso dell’intero capitale investito (o, comunque, di una percentuale molto elevata di esso) ovvero, senza ritiro dei diamanti, accreditando però al cliente una somma parametrata sulla differenza fra capitale investito e valore effettivo dei preziosi. L’esito finale è stato che “il 93% delle richieste di rimborso ricevute dai clienti sono state [“spontaneamente”] accolte dalle banche” e che “l’ammontare dei rimborsi effettuati dagli intermediari [bancari] risulta prossimo ad € 1,2 miliardi”<sup>12</sup>.

L’entità non trascurabile del pregiudizio lamentato connota anche l’altra vicenda che, sempre in tema di pratiche commerciali scorrette, è fragorosamente approdata alle aule di giustizia: quella universalmente nota con la definizione giornalistica di “*Dieseldgate*”. La Volkswagen S.A. (uno dei principali operatori a livello mondiale nella produzione di autoveicoli e veicoli commerciali) e la Volkswagen Group Italia s.p.a. (società operante nel settore dell’importazione, commercializzazione, promozione *marketing* e pubblicità in Italia dei veicoli e degli autoveicoli commerciali del gruppo Volkswagen) avevano venduto sul mercato italiano, fra il 2009 e il 2015, oltre 700.000 autoveicoli su cui risultava installato, nella centralina di controllo del motore di taluni modelli a marchio Volkswagen, Audi, Seat e Skoda, un *software* in grado di far sì che il comportamento del veicolo fosse diverso durante il *test* di banco per il controllo delle emissioni inquinanti rispetto al normale impiego su strada<sup>13</sup>; con la conseguenza che detti autoveicoli presentavano caratteristiche qualitative e classe di emissione inquinante inferiori rispetto ai valori dichiarati.

<sup>9</sup> Cfr., per tutte, Trib. Verona, ord. 23 maggio 2019, in *Foro it.*, 2019, 1, 3337; e in *Giur. it.*, 2019, 2450; Trib. Lucca 22 gennaio 2021, n. 64, in *Quotidiano giuridico*, in data 2 febbraio 2021; Trib. Milano 4 luglio 2021, n. 5876, *ivi*, in data 30 luglio 2021; Trib. Firenze 13 settembre 2021, in *Leggi d’Italia*; Trib. Bergamo 27 gennaio 2022, *ivi*.

Dieci ricorsi sono stati inoltre presentati, sempre in materia di commercializzazione di diamanti da investimento, all’Arbitro Bancario e Finanziario (ABF), che peraltro li ha tutti dichiarati inammissibili, perché la commercializzazione di diamanti attraverso il canale bancario, in quanto attività di natura non prettamente bancaria, non è inclusa tra le attività che rientrano nella sua competenza.

<sup>10</sup> Così testualmente, da ultimo, Trib. Bergamo, 27 gennaio 2022, cit.

<sup>11</sup> Cfr. le dichiarazioni rilasciate dal Direttore Generale della Banca d’Italia, cui si è fatto riferimento alla precedente nota 5.

<sup>12</sup> Cfr. ancora una volta le dichiarazioni rilasciate dal Direttore Generale della Banca d’Italia, cui si è fatto riferimento alla precedente nota 5.

<sup>13</sup> In particolare, “Volkswagen AG ha installato un sistema di ricircolo dei gas di scarico negli autoveicoli del Gruppo con motorizzazione *diesel* EA 189 EU5 (definito sistema EGR) in grado di operare in due distinte modalità. In modalità EGR 0 (la modalità del normale utilizzo del veicolo su strada) il livello delle emissioni NOx risulta superiore a quello rilevabile in modalità EGR 1 che è la modalità che automaticamente si attiva al momento dell’accensione del veicolo e che permane soltanto quando il veicolo si trova in fase di test sui rulli durante lo svolgimento di un ciclo NEDC. Il sistema EGR è in grado di riconoscere quando la vettura si trova sui rulli in un ciclo di controllo delle emissioni NEDC e automaticamente mantiene il sistema in modalità EGR 1 per tutta la durata del test. In questo modo il risultato delle emissioni NOx fornito dal test risulta più basso di quello ottenibile in modalità EGR 0, modalità che si attiva nel normale utilizzo del veicolo su strada. (...) Dal punto di vista tecnico, in modalità EGR 1 il tasso di ricircolo dei gas di scarico è relativamente alto, mentre il tasso di ricircolo dei gas di scarico in modalità EGR 0 è più basso. Il tasso di ricircolo dei gas di scarico ha un’influenza diretta sulle emissioni NOx (oltre che, in maniera inversa, sulle emissioni di particolato) poiché più alto è il tasso di ricircolo e minori risultano i livelli di emissioni NOx. (...) Il passaggio alla modalità di funzionamento EGR 0 (cioè del normale utilizzo del veicolo su strada) determina un aumento delle emissioni NOx, con una riduzione dell’efficacia del sistema di controllo delle emissioni, rispetto alla modalità di funzionamento EGR 1. (...) Poiché l’applicazione della modalità EGR 1 in luogo della Modalità EGR 0 si determina quando risultano rispettate le condizioni tipizzate dal ciclo NEDC che (...) sono di difficile, se non impossibile, riproduzione nella guida reale, in condizioni normali di uti-



Con provvedimento (n. 26137) in data 4 agosto 2016, l'AGCM – ritenendo che siffatta pratica dovesse ritenersi scorretta “ai sensi degli artt. 20, comma 2, 21, comma 1, lett. b), e 23, comma 1, lett. d), del Codice del consumo” – comminava ai professionisti, in solido, una sanzione amministrativa pecuniaria pari “al massimo edittale nella misura di cinque milioni di euro”<sup>14</sup>.

Era così che l'Associazione Altroconsumo evocava in giudizio avanti al Tribunale di Venezia le predette società – ai sensi dell'(allora vigente) art. 140-*bis* cod. cons. (c.d. “*azione di classe*”) – per sentirle, previe le declaratorie di rito, condannare al risarcimento dei danni patrimoniali e non asseritamente sofferti dagli (originariamente due) acquirenti (dalla stessa associazione rappresentati) di autoveicoli sui quali era installato il *software* ritenuto illegittimo non solo dall'AGCM, ma anche, nel frattempo, dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>15</sup> per contrasto con il regolamento n. 715/2007/CE in data 20 giugno 2007.

Con il risultato che, al momento almeno, i consumatori – i quali lamentavano “un danno patrimoniale (...) per aver acquistato, a causa della pratica commerciale scorretta, un veicolo che aveva (...) livelli di emissioni di un Euro3 e non [di un] Euro5 (...), tradotto nel minor valore del veicolo rispetto ad un veicolo analogo rispondente alle condizioni di omologazione, o, detto diversamente, nell'aver pagato un prezzo maggiore del dovuto riguardo alle effettive caratteristiche dell'automezzo”; cui avrebbero dovuto aggiungersi anche la “probabile difficoltà di rivendita sul mercato dell'usato dei veicoli interessati dal *Dieselgate*”, così come gli “ulteriori impatti negativi derivanti dal servizio di richiamo dei veicoli stessi connessi al loro fermo tecnico” necessario per la rimozione del *software* contestato<sup>16</sup> – si sono visti riconoscere in sede giudiziale, a titolo di risarcimento extracontrattuale del danno patrimoniale, l'importo di € 3.000,00 ciascuno, oltre che, a titolo di risarcimento extracontrattuale del danno non patrimoniale da reato (art. 515 cod. pen.), l'importo di € 300,00 ciascuno: in totale, quindi, l'importo complessivo di € 3.300,00 a favore di ognuno degli oltre 63.000 aderenti all'azione di classe, con un onere per il gruppo Volkswagen di oltre 200 milioni di euro<sup>17</sup>.

La decisione è stata impugnata. Nel frattempo, però, la Commissione europea – insieme alle Autorità nazionali garanti dei consumatori – ha invitato il gruppo Volkswagen a risarcire tutti (e non solo quelli residenti in Germania) i propri clienti per i danni sofferti a seguito dell'acquisto di veicoli dotati dell'ormai famigerato sistema di manipolazione delle emissioni.

Già questi primi rilievi – scaturenti dall'osservazione della prassi che in questi anni si è venuta consolidando in punto di fruizione, da parte dei consumatori italiani, dei rimedi giurisdizionali pur messi a loro disposizione nell'ambito dell'ordinamento nazionale – inducono ad una prima (scoraggiante) constatazione: di regola, la tutela giudiziaria *non* risulta, per essi, *appetibile*, tanto da indurli, nella più parte dei casi, a non azionare i propri diritti.

Vi è da chiedersi se il panorama sia destinato a modificarsi significativamente con la “generalizzazione” dell’“*azione di classe*” e dell’“*azione inhibitoria collettiva*” avvenuta, a far tempo dal 19 maggio dell'anno scorso, con l'abrogazione degli artt. 140 e 140-*bis* cod. cons. e la contestuale introduzione, questa volta nel

---

lizzo, i veicoli *diesel* della serie EA 189 EU 5 operano in modalità EGR 0, essendo infatti la modalità EGR 1 attivabile soltanto al momento di un (eventuale) test NEDC” (così si legge, testualmente, ai §§ 27, 28 e 29 della pronuncia dell'AGCM n. 26137 del 4 agosto 2016).

<sup>14</sup> Il provvedimento dell'AGCM è stato ritenuto legittimo da TAR Lazio 31 maggio 2019, n. 6920.

<sup>15</sup> C. Giust. UE 17.12.2020, causa C-693/18.

<sup>16</sup> Come si legge, testualmente, alle pp. 29-30 della motivazione di Trib. Venezia 7 luglio 2021.

<sup>17</sup> Cfr. Trib. Venezia 7.7.2021. In tema, cfr. già Trib. Avellino 9 dicembre 2020, di cui riferisce *Il Sole 24 Ore* nella sua edizione in data 8 marzo 2021, 7.



codice di rito, dei nuovi artt. 840-*bis* ss. e 840-*sexiesdecies*. Di primo acchito, verrebbe da dubitarne; anche solo, a tacer d'altro, per il fatto che non poche pratiche commerciali si concretizzano non tanto in un ventaglio di condotte omogenee poste uniformemente in essere da professionisti che operano nei confronti di una massa ampia ed indifferenziata di consumatori, ma attraverso condotte poste specificamente in essere, per lo più da piccoli e medi imprenditori, nei confronti di consumatori singoli o di un numero esiguo di essi: si ricordi, al riguardo, che la Corte di giustizia ritiene che la nozione di “pratica commerciale” si estenda – oltre che alle condotte del professionista destinate ad essere reiterate nel tempo e/o ad essere tenute nei confronti di una pluralità di consumatori – anche a quelle adottate una volta soltanto e nei confronti anche di un solo consumatore<sup>18</sup>.

Dall'esperienza maturata nelle nostre aule di giustizia in tema di pratiche commerciali scorrette emerge un dato ulteriore, che merita di essere segnalato: di regola, le scarse pronunce che si sono registrate in materia – sia quelle relative alla vicenda dei c.d. diamanti da investimento, sia quella relativa alla vicenda *Dieselgate* – avevano alle spalle un provvedimento (pesantemente) sanzionatorio dell'AGCM (per di più, successivamente confermato dal giudice amministrativo), che, *di fatto*<sup>19</sup>, ha grandemente agevolato i consumatori nella prova sia dell'esistenza e del concreto atteggiarsi della pratica commerciale censurata, sia della sua “scorrettezza” (quantomeno se valutata sulla base del parametro del c.d. “consumatore medio”); tant'è che in nessun caso sono risultati necessari l'esperimento di una CTU – che avrebbe appesantito, in termini sia di tempo che di danaro, il procedimento – e/o un'istruzione probatoria che andasse oltre la semplice produzione documentale.

I provvedimenti sanzionatori dall'AGCM assunti ai sensi dell'art. 27 cod. cons. oscillano, da ultimo, attorno alla cinquantina l'anno<sup>20</sup>. E, per di più, finiscono *dichiaratamente* con il concentrarsi su condotte che, per il loro impatto su una vasta platea di consumatori, “già *prima facie*, in fase di avvio, appaiono presentare una maggiore pericolosità”<sup>21</sup>. Emblematico e gravido di conseguenze, in questa prospettiva, è altresì il fatto che il “Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di [...] pratiche commerciali scorrette”, che essa stessa si è dato con deliberazione in data 1° aprile 2015<sup>22</sup>, autorizzi esplicitamente l'AGCM – “in ragione degli obiettivi di razionalizzazione, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa” – a non avviare istruttorie relativamente a “condotte isolate” (art. 5, comma 1, lett. f). Da ciò consegue che la più parte dei

<sup>18</sup> Cfr. C. Giust. UE 16.4.2015, causa C-388/13.

<sup>19</sup> Il tema della rilevanza da attribuire, nell'ambito dei conseguenti giudizi risarcitori promossi avanti al giudice civile, degli accertamenti dall'AGCM operati nell'ambito di procedimenti amministrativi di sua competenza in materia consumeristica è – come ben noto – uno di quelli più dibattuti e di maggiore rilevanza pratica (cfr., da ultimo, Cass. 31 agosto 2021, n. 23655, che, con riferimento all'ipotesi di giudizi risarcitori conseguenti all'accertamento, da parte dell'AGCM, della vessatorietà o abusività di una clausola inserita in un contratto del consumatore, ha enunciato il seguente principio di diritto: “In tema di contratti fra professionista e consumatore, allorché si controverta in sede civile sulla chiarezza e comprensibilità delle clausole contrattuali, anche nella prospettiva dell'accertamento di un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto determinano a carico del consumatore, opera una presunzione legale, suscettibile di prova contraria, non sancita espressamente dalla legge e scaturente dalla funzione sistematica assegnata agli strumenti di public enforcement, che genera un dovere di motivazione e di specifica confutazione in capo al giudice ordinario adito ai sensi dell'art. 37 *bis*, comma 4 Codice del consumo e chiamato ad occuparsi dello stesso regolamento contrattuale oggetto dal provvedimento amministrativo e giudicato non chiaro e comprensibile dall'Autorità Garante per la concorrenza e il mercato”).

<sup>20</sup> Dalle *Relazioni annuali sull'attività svolta* dall'AGCM nei singoli anni si apprende che i procedimenti sanzionatori dall'AGCM adottati in tema di pratiche commerciali scorrette e/o violazione della disciplina *consumer rights* sono risultati 49 nel 2020, 58 nel 2019, 48 nel 2018, 61 nel 2017, 78 nel 2016, 73 nel 2015.

<sup>21</sup> Così, testualmente, AGCM, *Relazione annuale sull'attività svolta* nell'anno 2017, 196. Cfr. anche *Relazione annuale sull'attività svolta* nell'anno 2016, 230.

<sup>22</sup> Di seguito citato come Reg.



consumatori (che si ritengano) vittima di una pratica commerciale scorretta non possono, in concreto, giovare, a supporto delle proprie ragioni, di un provvedimento sanzionatorio dell'AGCM, ma sono costretti ad assoggettarsi “senza sconti” ai normali oneri probatori gravanti, secondo le regole generali, su parte attrice.

Dall'esperienza fin qui maturata è agevole trarre, in estrema sintesi, alcune indicazioni di fondo.

In primo luogo – ove si intenda offrire ai consumatori (che si sentano) lesi da una pratica commerciale scorretta una tutela non solo *efficace*, ma anche *appetibile* e, conseguentemente, *effettiva* – varrebbe innanzitutto la pena interrogarsi se non sia opportuno predisporre, accanto alla tradizionale tutela avanti all'Autorità giudiziaria ordinaria, anche efficienti sistemi di ADR, come quelli che (per indipendenza, imparzialità e professionalità dei propri componenti; competenza specifica nelle materie loro devolute; tempestività delle relative decisioni; efficienza organizzativa; gratuità o onerosità molto contenuta) negli ultimi anni hanno fornito buona prova di sé in non pochi e non marginali settori della nostra vita economica. Tanto più che alla copertura dei relativi costi potrebbero essere utilmente destinate, almeno in parte, le tutt'altro che esigue risorse derivanti dalle sanzioni amministrative pecuniarie variamente irrogate dall'AGCM ai sensi dell'art. 27 cod. cons.<sup>23</sup>.

In secondo luogo, quanto ai giudizi civili che il consumatore (che si affermi) vittima di una pratica commerciale scorretta avesse ad eventualmente promuovere avanti all'Autorità giudiziaria, sarebbe da valutare l'opportunità di un intervento normativo volto ad agevolare parte attrice nella prova dei fatti costitutivi della propria domanda.

Un problema sostanzialmente analogo si è posto – è noto – con riferimento alle azioni promosse a tutela del “diritto al risarcimento in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese” (c.d. azioni risarcitorie del danno *antitrust*); ed è stato in qualche misura risolto dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3<sup>24</sup>, attraverso l'attribuzione al giudice adito del potere di ordinare alla controparte od a terzi, anche al di là dei rigorosi limiti fissati dal codice di rito, l'esibizione di prove rilevanti che rientrino nella loro disponibilità (art. 3 d.lgs. n. 3/2017) ed all'AGCM l'esibizione delle prove contenute nel fascicolo di un procedimento avanti ad essa eventualmente pendente (artt. 4 e 5 d.lgs. n. 3/2017); così come attraverso l'espressa previsione, secondo cui “si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione (...) constatata da una decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (...) non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato” (art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017)<sup>25</sup>; non

<sup>23</sup> Detti importi – si apprende dalle *Relazioni annuali sull'attività svolta* dall'AGCM nei singoli anni – ammontano ad € 89.857.000 per l'anno 2020, ad € 74.663.000 per l'anno 2019, ad € 65.088.000 per l'anno 2018, ad € 77.681.000 per l'anno 2017, ad € 52.788.000 per l'anno 2016, ad € 31.867.000 per l'anno 2015.

<sup>24</sup> Intervento normativo frutto non già di un'autonoma scelta da parte del legislatore nazionale, ma imposto dalla necessità di dare attuazione alla direttiva 2014/104/UE.

<sup>25</sup> Il gruppo di lavoro che, nell'ambito dell'Associazione Civilisti Italiani, si è fatto carico di ipotizzare come avrebbe potuto trovare attuazione, in sede di legge delegata, la previsione dettata dall'art. 1 lett. g) disegno di legge S1151 di “Delega al Governo per la revisione del codice civile” – secondo cui il legislatore delegato avrebbe dovuto “disciplinare i casi in cui le pratiche negoziali ingannevoli, aggressive, o comunque scorrette (...) determinano l'invalidità del contratto concluso” – ha proposto l'adozione della previsione secondo cui “nei giudizi in cui venga invocata l'applicazione delle disposizioni di cui ai precedenti commi si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del divieto di cui al comma 1 dell'art. 20 del codice del consumo, constatata da una decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell'art. 27 del codice del consumo, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato”.

Né va dimenticato che la direttiva 2020/1828/UE in data 25 novembre 2020, “relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori” – le cui norme di attuazione, da adottare entro il 25 dicembre 2022, troveranno applicazione a far tempo dal 25 giugno 2023 – prevede, all'art. 5, che “gli Stati membri provvedono affinché una decisione definitiva di un organo giu-



senza dimenticare la facoltà, riconosciuta all'A.G.O., di “chiedere assistenza all'autorità garante della concorrenza, formulando specifiche richieste sugli orientamenti che riguardano la quantificazione del danno” (art. 14, comma 3, d.lgs. n. 3/2017).

Di tutto ciò non vi è traccia, allo stato, nel disegno di legge-delega di recepimento della direttiva 2019/2161/UE attualmente in discussione in sede parlamentare.

Disposizioni interne che dovessero muoversi in una od in entrambe le direzioni appena indicate non parrebbero trovare ostacolo alcuno nel diritto comunitario. Anzi, si paleserebbero del tutto coerenti con quanto testualmente oggi statuito dall'art. 11-*bis*, § 1, direttiva 2005/29/CE (introdotto dalla direttiva 2019/2161/UE), secondo cui “i consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a *rimedi* proporzionati ed *effettivi*”.

Il dubbio riguarda piuttosto il fatto che disposizioni siffatte possano ricondursi fra “le modifiche e le integrazioni *necessarie* per il recepimento delle disposizioni contenute nella direttiva” 2019/2161/UE: le uniche che il disegno di legge di recepimento in esame autorizza espressamente il legislatore delegato ad introdurre<sup>26</sup>.

La prospettiva – concreta – è, quindi, che ancora una volta il nostro Paese perda l'occasione per un reale ammodernamento della propria legislazione, che consenta di passare da una solenne (quanto astratta) enunciazione di principi non presidiati però attraverso procedure atte a garantirne una tutela effettiva ed efficace, alla attivazione di meccanismi rimediali *concretamente* appetibili per i consumatori interessati (e, di contro e parallelamente, idonei a propiziare un generalizzato rispetto da parte dei professionisti).

\* \* \*

Paradossalmente, qualche maggiore speranza, quanto alla tutela della posizione dei consumatori lesi da una pratica commerciale scorretta, può ragionevolmente riporsi nel recepimento delle indicazioni dettate dall'art. 13, § 2 lett. b), direttiva 2005/29/CE (così come modificato dalla direttiva 2019/2161/UE), che – fra le circostanze di cui l'AGCM dovrà tener conto nella quantificazione della sanzione amministrativa pecuniaria da irrogarsi al professionista che risulti aver fatto ricorso ad una pratica commerciale scorretta – annovera anche le “eventuali azioni intraprese dal professionista per attenuare il danno subito dai consumatori o per porvi rimedio” (c.d. “ravvedimento operoso”).

Non è infatti difficile prevedere che i professionisti – al fine di vedersi applicate in misura ridotta le sanzioni pecuniarie che la direttiva n. 2019/2161/UE ha voluto, in molti casi, inasprire sensibilmente proprio per potenziarne l'efficacia dissuasiva<sup>27</sup> – saranno fortemente incentivati ad assumere, per propria “libera scelta”

---

risdizionale o di un'autorità amministrativa di qualsiasi Stato membro relativa all'esistenza di una violazione a danno degli interessi collettivi dei consumatori possa essere usata da tutte le parti come prova nell'ambito di eventuali altre azioni dinanzi ai loro organi giurisdizionali o autorità amministrative nazionali al fine di invocare provvedimenti risarcitori nei confronti dello stesso professionista per la stessa pratica, conformemente al diritto nazionale in materia di valutazione delle prove”.

<sup>26</sup> Ma v. la più possibilista posizione assunta da G. DE CRISTOFARO ricordata *supra* alla precedente nota 1.

<sup>27</sup> Si ricordi che l'art. 13 direttiva 2005/29/CE (così come modificato dalla direttiva 2019/2161/UE) – sulla scorta della premessa secondo cui “le sanzioni previste devono essere effettive, proporzionate e dissuasive” – prevede, al § 3, che “gli Stati membri provvedono a che, quando le sanzioni devono essere inflitte a norma dell'articolo 21 del regolamento (UE) 2017/2394, esse possano essere di tipo pecuniario, inflitte attraverso un procedimento amministrativo o giudiziario o entrambi, e per un importo massimo almeno pari al 4% del fatturato annuo del professionista nello Stato membro o negli Stati membri interessati”; per chiarire poi, al § 4, che, “per i casi in cui deve essere inflitta una sanzione pecuniaria a norma del § 3, ma informazioni sul fatturato annuo del professionista non sono disponibili, gli Stati membri introducono la possibilità di imporre sanzioni pecuniarie il cui importo massimo sia di almeno 2 milioni di euro”.



(*rectius*, per un mero calcolo di convenienza), condotte volte ad eliminare o, quanto meno, a ridurre gli effetti negativi che la pratica, di cui si sospetta la scorrettezza, abbia concretamente prodotto nella sfera dei singoli consumatori<sup>28</sup>.

Non sembra tuttavia ragionevole guardare ad un siffatto meccanismo “incentivante” come ad uno strumento idoneo a prestare, a fronte di pratiche commerciali scorrette, una *generalizzata* tutela a favore (anche) dei singoli consumatori che ne siano rimasti concretamente vittima: e ciò, anche solo per la già segnalata circostanza che i provvedimenti sanzionatori assunti dall’AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette raramente superano la cinquantina l’anno, finendo così con il colpire solo un numero tutto sommato relativamente esiguo di pratiche adottate, su larga scala, normalmente da esponenti della grande imprenditoria (specie dei settori dell’energia, dell’industria, delle comunicazioni, del credito, delle assicurazioni, dei trasporti, della farmaceutica, dell’informazione, ecc.).

\* \* \*

Passando ora al versante più strettamente sostanziale – e facendo attenzione a non invadere il terreno riservato agli interventi che mi seguiranno – un primo profilo di carattere generale merita di essere subito evidenziato: il § 2 dell’art. 11-*bis* della direttiva 2005/29/CE (introdotto dalla direttiva 2019/2161/UE) prevede espressamente che i rimedi, che dovessero essere introdotti *ad hoc* a tutela dei singoli consumatori rimasti vittima di una pratica commerciale scorretta, comunque “non pregiudicano l’applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell’Unione o del diritto nazionale”.

Ciò comporta che i consumatori potranno in ogni caso continuare ad avvalersi, anche in futuro, di quei rimedi – peraltro ad oggi di scarso *appeal*, come si diceva – che risultavano agli stessi fin qui accessibili sulla base sia del diritto interno sia del diritto comunitario.

Dal che potrebbero trarre qualche motivo di sollievo quegli studiosi che – numerosi – in questi anni si sono dedicati al tema specifico degli strumenti di *private enforcement* attivabili a fronte di una pratica commerciale scorretta<sup>29</sup>: essi vedono infatti evaporare il pericolo che Julius von Kirchmann sintetizzava nel suo famoso detto: “un tratto di penna del legislatore e intere biblioteche vanno al macero”.

<sup>28</sup> Di recente, ho avuto occasione di richiamare l’attenzione sul fatto che nella prassi – in applicazione della regola secondo cui, tranne che in ipotesi di “manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale” imputata al professionista, quest’ultimo possa proporre l’assunzione di “impegni” (che lo stesso ritenga) idonei a far venir meno i profili di illegittimità della pratica commerciale contestatagli; con la conseguenza che la loro accettazione da parte dell’Autorità determina la chiusura del procedimento, senza accertamento dell’infrazione (art. 27, comma 7, cod. cons.; art. 9 Reg.) – la definizione attraverso il meccanismo degli “impegni” dei procedimenti avanti all’AGCM ‘si è sempre più spesso risolta, in concreto, (anche) in un beneficio diretto per i consumatori *uti singuli*. Invero, negli ultimi anni si è assistito al progressivo proliferare di ‘impegni’ in forza dei quali il professionista si è obbligato non solo a desistere, per il futuro, dalla pratica commerciale relativamente alla quale l’Autorità aveva avviato il procedimento istruttorio, ma altresì a porre in essere condotte volte ad elidere, *in toto* o almeno in parte, gli effetti negativi che la stessa avesse anteriormente già prodotto in danno di singoli consumatori” (così in *Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della Dir. 2019/2161/UE*, in *Contratti*, 2021, 497, ove ampia esemplificazione dei più recenti casi emblematici della prassi in discussione); nei casi in discussione, “i professionisti hanno evidentemente trovato conveniente formulare una proposta di ‘impegno’ che, in concreto, importava (anche) un beneficio immediato e diretto per i singoli consumatori rimasti vittima della pratica commerciale sospettata di essere scorretta, piuttosto che rischiare una probabile censura da parte dell’AGCM, normalmente destinata a riflettersi negativamente sulla loro immagine commerciale, e contestualmente evitare una possibile sanzione amministrativa pecuniaria, che avrebbe potuto risultare di entità economica tutt’altro che trascurabile” (*ivi*, 498 s.).

<sup>29</sup> Per una sintesi ragionata dagli esiti delle ricerche compiute sul punto dalla dottrina italiana, mi permetto di rinviare alla mia voce *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, in *Enc. dir., I tematici*, 1-2021, *Contratto* diretto da G. D’AMICO, Giuffrè, 2021, 838 ss.



Un particolare motivo di soddisfazione potrebbero nutrire, poi, quegli esponenti della dottrina che, di recente, hanno preso a guardare come ad un’“*opzione oculata*”<sup>30</sup> la scelta – che ai primi commentatori era, invece, talora apparsa inopportuna od improvvida<sup>31</sup> – dal legislatore nazionale a suo tempo operata, in sede di recepimento della direttiva 2005/29/CE, di non predisporre *strumenti specifici* di *private enforcement* nei confronti del professionista che abbia fatto ricorso ad una pratica commerciale scorretta (e, parallelamente, di non introdurre *deroghe o modifiche specifiche* al regime ordinario di strumenti già noti alla nostra esperienza giuridica, allorquando gli stessi dovessero essere attivati nei confronti del professionista che abbia fatto ricorso ad una pratica commerciale scorretta): e ciò, in quanto – si osserva – sarebbe opportuno che fossero consentite “*risposte differenti* rispetto a istanze di tutela che non sempre mirano alla realizzazione del medesimo interesse”<sup>32</sup>. E di “*risposte differenti*” il quadro normativo già oggi vigente non è, di certo, avaro: si va dai rimedi risarcitori (da quelli a titolo di responsabilità contrattuale, a quelli a titolo di responsabilità precontrattuale, fino a quelli a titolo di responsabilità extracontrattuale) ai rimedi contrattuali (da quelli caducatori: nullità codicistica, nullità di protezione, annullabilità, recesso, risoluzione, ecc.; a quelli manutentivi: riduzione del prezzo, riparazione o sostituzione del bene, contrattualizzazione delle informazioni precontrattuali, ecc.); da quelli di portata generale a quelli speciali; da quelli applicabili per il fatto in sé dell’adozione di una pratica commerciale scorretta a quelli (numerosissimi) applicabili per un (concorrente) motivo *altro*; ecc.<sup>33</sup>.

Tutto ciò non significa, ovviamente, che – *accanto* ai (fatti salvi) “rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell’Unione e del diritto nazionale” – la legge interna di recepimento della direttiva 2019/2161/UE non possa utilmente introdurre, a tutela dei consumatori vittima di una pratica commerciale scorretta, rimedi *specifici* (e/o adattamenti *specifici* del regime ordinario di quelli previsti in linea generale) con riferimento all’ipotesi particolare di violazione del divieto di cui all’art. 20, comma 1, cod. cons.

Anzi, la direttiva europea parrebbe indirizzare i singoli legislatori nazionali esattamente in tale ultima direzione<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Così, da ultimo, T. FEBBRAJO, *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, cit., 133, che riprende un’espressione già utilizzata da A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, cit., 215.

<sup>31</sup> Cfr. per tutti G. DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche sleali nei rapporti tra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contr. impr. Eur.*, 2007, 14 s., 19 s. e 30; ID., *La direttiva 2005/29/CE. Contenuto, rationes, caratteristiche*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Giuffrè, 2007, 14 e 24 ss.; ID., *L’attuazione della direttiva 2005/29/CE nell’ordinamento italiano: prospettive*, ivi, 66; L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contr. impr. Eur.*, 2007, 62; R. CALVO, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contr. impr. Eur.*, 2007, 71 s.; ID., *Le pratiche commerciali sleali “ingannevoli”*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, cit., 173 s.; E. GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *Contratti*, 2007, 178; A. COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, in E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Giuffrè, 2007, 252 s.

Non era peraltro mancato chi aveva fatto fin da subito osservare che, “pur se suggestiva, l’ipotesi di un unico strumento di protezione pecca forse in punto di flessibilità. Le pratiche commerciali mirano a disciplinare una categoria di comportamenti pressoché infiniti che possono incidere sul rapporto contrattuale in molti modi, per cui conviene ritagliare la reazione alla slealtà sulla base delle peculiarità del caso concreto” (così, testualmente, L.G. VIGORITI, *Verso l’attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 529).

<sup>32</sup> Così ancora T. FEBBRAJO, *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, cit., 133, sempre riprendendo le parole di A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, cit., 215. Al riguardo cfr. anche E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. impr.*, 2013, 732; ID., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., 109.

<sup>33</sup> Sul punto, cfr. la mia voce *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, cit., 838 ss.

<sup>34</sup> In direzione in qualche modo analoga si muove anche il già citato disegno di legge per la “Revisione e integrazione del codice



“Gli Stati membri – si legge infatti al “*considerando 16*” della direttiva 2019/2161/UE – dovrebbero garantire la disponibilità di rimedi per i consumatori danneggiati da pratiche commerciali sleali per eliminare tutti gli effetti di tali pratiche scorrette. L’adozione di un quadro ben preciso per i rimedi individuali faciliterebbe l’esecuzione a livello privato”.

L’obiettivo dichiarato è, dunque, “*l’eliminazione totale degli effetti di tali pratiche*”; lo strumento a tal fine suggerito “*l’adozione di un quadro ben preciso per i rimedi individuali*” (che vengano ad aggiungersi a quelli “altri” pure previsti dal nostro ordinamento e che da questi ultimi dovrebbero distinguersi per il fatto di essere calibrati proprio per fronteggiare il fenomeno specifico delle pratiche commerciali scorrette).

Tra questi – suggerisce la stessa direttiva europea – *in primis* il “risarcimento del danno subito dal consumatore” (art. 11-*bis*, § 1, direttiva 2005/29/CE, introdotto dalla direttiva 2019/2161/UE): rimedio, quest’ultimo, che non brilla certo per originalità, ma di cui il legislatore europeo sembra suggerire un appropriato adattamento alle caratteristiche peculiari della violazione del divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette.

Potrebbe essere l’occasione, per il legislatore italiano, di un intervento volto a risolvere normativamente i principali nodi che, sin qui, hanno dissuaso i nostri consumatori dal farvi più ampio ricorso: se, ad es., la violazione del precetto secondo cui “le pratiche commerciali scorrette sono vietate” (art. 21, comma 1, cod. cons.) costituisca sempre, *ex se*, un “illecito” idoneo a legittimare il risarcimento del danno che dovesse esserne eventualmente derivato (si pensi, ad es., ad una pratica commerciale sì “idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore *medio* che essa raggiunge o al quale è diretta”, ma che, nel caso di specie, raggiunga invece un consumatore *concreto* dotato di un livello di avvedutezza e/o esperienza ampiamente superiore alla media); se – ed in quali ipotesi – alla responsabilità dell’autore di una pratica commerciale scorretta trovi applicazione il regime della responsabilità contrattuale ovvero quello della responsabilità extracontrattuale (si pensi, ad es., alla pratica commerciale scorretta posta in essere da un soggetto diverso da quello che ha intrattenuto in via esclusiva i rapporti con il consumatore che agisce per il risarcimento; alla pratica commerciale scorretta posta in essere nei confronti non già di un consumatore determinato, bensì di una massa indeterminata di soggetti, non importa se consumatori o meno; alla pratica commerciale scorretta cui non faccia seguito la stipula, da parte del consumatore, di alcun contratto); se non sia opportuno un alleggerimento del gravoso onere probatorio che, stando almeno alle regole generali, dovrebbe gravare su chi esperisce un’azione risarcitoria<sup>35</sup>; se, in particolare, un eventuale accertamento, da parte dell’AGCM *ex art. 27* cod. cons. ovvero dell’AGO *ex art. 840-sexiesdecies* cod. proc. civ., del fatto che una determinata pratica commerciale è stata effettivamente posta in essere da un determinato professionista, così come del fatto che la stessa deve ritenersi effettivamente “scorretta” ai sensi degli artt. 20 ss. cod. cons., valga a esonerare il consumatore, che agisca per il risarcimento del danno che asserisca essergliene derivato, dal relativo onere probatorio<sup>36</sup>; se non sia auspicabile agevolare la prova richiesta al consumatore in punto, da un lato, di nesso causale tra pratica commerciale scorretta e lesione del suo diritto all’autodeterminazione negoziale e, da altro lato, di nesso causale fra lesione del suo diritto all’autodeterminazione e danno concretamente derivatogli<sup>37</sup>; se è risarcibile il solo danno patrimoniale, ovvero an-

---

civile” (n. S.1151), che vorrebbe delegare all’esecutivo, tra gli altri, anche il compito di “disciplinare i casi in cui pratiche negoziali ingannevoli, aggressive o comunque scorrette [...] determinano l’invalidità del contratto concluso” (art. 1, comma 1, lett. g).

<sup>35</sup> In questa direzione si è mosso, ad es., il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, con riferimento alle azioni risarcitorie da violazione del diritto della concorrenza.

<sup>36</sup> V., in proposito, l’art. 7 d.lgs. n. 3/2017.

<sup>37</sup> V., in proposito, l’art. 14 d.lgs. n. 3/2017.



che quello non patrimoniale; se, al fine di distogliere il consumatore da quella “apatia razionale”<sup>38</sup> che sovente lo induce a non far valere i propri diritti quando l’entità del danno sofferto è inferiore ai costi necessari per intraprendere un’azione risarcitoria, non possa riuscire funzionale la previsione di una sorta di “risarcimento ultracompensativo”; ecc.

Quanto poi ai contratti c.d. “a valle” di una pratica commerciale scorretta, il recepimento della direttiva 2019/2161/UE potrebbe essere l’occasione, per il legislatore domestico, per individuare uno o più rimedi *ad hoc* – quanto più possibile agili, sicuri, automatici e non onerosi – attraverso cui il consumatore, che lo ritenga opportuno, possa liberarsi da un vincolo contrattuale assunto in presenza di una pratica commerciale scorretta<sup>39</sup>.

Occorrerebbe in ogni caso – a prescindere, cioè, dal rimedio caducatorio prescelto – definirne esattamente i presupposti di applicazione: se, ad es., esso sia accessibile solo qualora risulti che il singolo consumatore-attore non avrebbe stipulato il contratto (o lo avrebbe stipulato a condizioni diverse) se la sua “decisione di natura commerciale” non fosse stata condizionata da una determinata pratica commerciale scorretta, ovvero se esso possa essere attivato a prescindere dal fatto che la pratica commerciale scorretta abbia o meno influito, in concreto, sulla scelta operata dal consumatore stesso; se, nella prima ipotesi, se il rimedio sia invocabile quand’anche il professionista non abbia avuto percezione (né abbia avuto motivo di sospettare) che la decisione del consumatore era stata influenzata in modo determinante dalla pratica commerciale scorretta; se il rimedio caducatorio sia accessibile anche allorquando la pratica commerciale sia stata posta in essere da un soggetto terzo, diverso dal professionista che ha concretamente stipulato il contratto con il consumatore; se, in caso affermativo, se esso sia attivabile quand’anche il professionista contraente non abbia avuto percezione (né abbia avuto motivo di sospettare) che la decisione del consumatore era stata influenzata in modo determinante dalla pratica commerciale scorretta posta in essere dal terzo; se il rimedio possa essere invocato *sine die*, ovvero solo entro determinati limiti temporali; come si ripartiscono i relativi oneri probatori; ecc.

Sempre con riferimento ai contratti “a valle” di una pratica commerciale scorretta, il recepimento della direttiva 2019/2161/UE potrebbe essere poi l’occasione, per il nostro legislatore, per articolare un sistema di rimedi manutentivi atti ad indurre il consumatore a *non liberarsi* da un contratto stipulato in presenza di una pratica commerciale scorretta, modificandone però contenuto ed effetti.

In questa direzione – accanto al rimedio della “riduzione del prezzo”, espressamente evocato dall’art. 11-*bis*, § 1, direttiva 2005/29/CE (introdotto dalla direttiva 2019/2161/UE) – si potrebbe pensare, ad es., a forme (come si esprime, da ultimo, l’art. 129, comma 3 lett *d*), cod cons.<sup>40</sup>) di contrattualizzazione “delle dichiarazioni pubbliche fatte dal o per conto del venditore, o da altre persone nell’ambito dei precedenti passaggi della catena di transazioni commerciali, compreso il produttore, in particolare nella pubblicità e nell’etichettatura”.

<sup>38</sup> L’espressione è utilizzata da T. FEBBRAJO, *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, cit., 72 s.

<sup>39</sup> In proposito, il già ricordato gruppo di lavoro che, nell’ambito dell’Associazione Civilisti Italiani, si è fatto carico di ipotizzare come potrebbe trovare attuazione, in sede di legge delegata, la previsione dettata, quanto ai contratti “a valle” di una pratica commerciale scorretta, dall’art. 1 lett. g) disegno di legge S1151 di “Delega al governo per la revisione del codice civile”, aveva suggerito il ricorso all’istituto del “recesso”: così suona infatti il testo dei commi 2 e 3 di un ipotizzato nuovo art. 1469-*ter* cod. civ.: “[2] Qualora la pratica commerciale scorretta abbia influenzato in modo determinante la decisione di un consumatore di concludere un contratto con un professionista, il consumatore ha diritto di recedere dal contratto così concluso. Il recesso non può essere esercitato dopo che il contratto ha ricevuto completa e compiuta esecuzione. [3] Il comma 2 trova applicazione anche nelle ipotesi in cui il contratto venga concluso dal consumatore con un professionista diverso da quello che ha posto in essere la pratica commerciale scorretta, ancorché sia ignota alla controparte la circostanza che la decisione del consumatore di stipulare il contratto sia stata influenzata in modo determinante da una pratica commerciale scorretta”.

<sup>40</sup> V. anche art. 135-*quinquies*, comma 1, cod. cons.



## JUS CIVILE

Peccato che il testo del disegno di “legge di delegazione europea 2021”, allo stato dei lavori parlamentari, sia assolutamente silente in ordine ai “principi e criteri direttivi specifici”, cui il legislatore delegato dovrebbe attenersi in proposito. Anzi – come già accennato – lo legittimi ad “apportare alle disposizioni del codice del consumo” *solo* le “disposizioni *necessarie* per il recepimento delle disposizioni contenute nella direttiva”.

In altra sede<sup>41</sup> avevo espresso l’auspicio che il legislatore italiano cogliesse l’occasione del recepimento della direttiva 2019/2161/UE per delineare, a tutela individuale del consumatore rimasto vittima di una pratica commerciale scorretta, un insieme composito di rimedi *semplici, rapidi, efficaci, poco costosi e scarsamente rischiosi*, che li rendano per quest’ultimo concretamente appetibili e, di contro, fortemente dissuasivi e disincentivanti per il professionista che sia tentato dal far ricorso ad una pratica commerciale scorretta.

Il timore è che – se il Senato della Repubblica dovesse “appiattirsi” sul testo di disegno di legge allo stesso trasmesso dalla Camera dei Deputati – un simile obiettivo sia destinato a non essere centrato.

---

<sup>41</sup> Cfr. la mia voce *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, cit., 838.