

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Privato

**LE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE
NEL SISTEMA MODA**

RELATORE:

Chiar.mo Prof.

Michele Tamponi

CANDIDATO:

Diana Corvi

Matr. 129463

CORRELATORE:

Chiar.ma Prof.ssa

Maria Pia Pignalosa

Anno Accademico 2014/2015

INDICE GENERALE

INTRODUZIONE	p. 6
---------------------------	------

Capitolo I LE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

1. Lex mercatoria e libertà d'impresa.....	p. 9
2. Il concetto di professionista nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette.....	p. 15
3. Le pratiche commerciali sleali a danno dei consumatori nella Direttiva 2005/29/CE.....	p. 28
4. Le clausole generali.....	p. 40
5. Pratica commerciale scorretta e tutela della libertà di scelta del consumatore: a) La contrarietà alla diligenza professionale.....	p. 45
6. b) L'idoneità della pratica a falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori.....	p. 50
7. Il consumatore "medio".....	p. 53
8. Il consumatore "medio" vulnerabile.....	p. 60
9. Le dichiarazioni "esagerate".....	p. 62
10. Il divieto di pratiche commerciali sleali e il suo significato.....	p. 63
11. La relazione con la promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori.....	p. 69
12. La latitudine temporale di un'operazione commerciale.....	p. 74
13. Pratiche commerciali scorrette e atti di concorrenza sleale.....	p. 76
13.1. La pubblicità ingannevole o aggressiva.....	p. 83
13.2. Le tecniche di negoziazione sleale.....	p. 87

13.3. Le omissioni ingannevoli di informazione.....	p. 89
14. Il sistema di valutazione del carattere commerciale di una di una pratica scorretta.....	p. 91
15. Le liste nere.....	p. 97
16. L'invalidità del contratto a seguito di pratica commerciale scorretta..	p. 102
17. La nullità per pratica commerciale scorretta.....	p. 106
18. L'annullabilità come conseguenza di pratica commerciale scorretta.....	p. 117

Capitolo II

LE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE NELLE VARIE ESPERIENZE EUROPEE

1. Il Regno Unito.....	p. 135
2. La Germania.	p. 142
3. La Francia.	p. 155

Capitolo III

LE PECULIARITA' DEL SISTEMA MODA

1. Il fenomeno della moda.	p. 168
2. Le caratteristiche del settore moda.	p. 174
3. Il ruolo e l'importanza del progetto creativo.	p. 185
4. La relazione tra consumatore e marca.	p. 191
5. Gli effetti della privatizzazione e dell'apertura della competizione sulla relazione tra cliente e fornitore di servizi.	p. 195
6. La difficile tutela nel settore della moda.	p. 204
7. Lo strumento dei modelli.....	p. 210

Capitolo IV

LA CONCORRENZA NEL SETTORE DELLA MODA

1. La concorrenza parassitaria.....p. 212
2. Gli strumenti giuridici anti “ pirateria ” in America.p. 226
3. Le soluzioni europee.p. 234
4. Il caso Louboutin-Yve Saint Laurent.....p. 237
5. Le questioni del Made in Italy.p. 242
6. Il risarcimento del danno e i rimedi esperibili.p. 248

Capitolo V

LE TIPOLOGIE CONTRATTUALI NELLA DISTRIBUZIONE DELLA MODA

1. Nuovi sistemi di distribuzione del fashion nel mercato globale.....p. 252
2. Le diverse tipologie del contratto di franchising.....p. 257
3. I modelli distributivi di “massa”.....p. 265
4. No price restrains.....p. 269
5. Il punto vendita.....p. 272

Capitolo VI

INTERNET E LA MODA

1. L'utilizzo di internet nella distribuzione di lusso.p. 275
2. Vendite on e off line dei prodotti di lusso: nuovi rilievi concorrenziali...p. 278
3. Le sfide del commercio elettronico al sistema della moda.....p. 289
4. L'esaurimento dei diritti di proprietà intellettuale in rapporto all'attività dei pure players: i suoi limiti e le opportunità di difesa per i titolari.....p. 291

5. Il caso Interflora e gli sviluppi della giurisprudenza comunitaria in materia di keyword.....	p. 310
6. I nuovi scenari: i servizi pubblicitari mirati e i profili di possibile responsabilità dei providers in relazione alla prestazione di essi.....	p. 315
CONCLUSIONI	p. 320
BIBLIOGRAFIA	p. 322

INTRODUZIONE

Un fenomeno di grande attualità e in costante divenire è quello delle pratiche commerciali scorrette. Sin dai tempi più antichi, dalla *lex mercatoria*, sussiste un legame tra contratto e mercato e, in virtù di tale legame, si è da sempre assistito, inevitabilmente, a comportamenti scorretti tra le parti, che andavano a intaccare il sinallagma ed ad alterare l'equilibrio del rapporto. Da qui la necessità di andare a regolare i mercati e ad intervenire per ripristinare un *locus mercatorum* corretto e di uguaglianza sostanziale.

Con riferimento allo stesso argomento, si assiste a un'evoluzione vera e propria nell'ordinamento europeo con l'introduzione della Direttiva 2005/29/CE, anche con il d.lgs. 146/2007 che le ha dato l'impulso con il c.d. Codice del Consumo, particolarmente rilevante dal punto di vista della tutela del consumatore.

Intendiamo occuparci di tutte quelle pratiche e comportamenti commerciali, sleali o anche ingannevoli, che si realizzano in particolare nell'ambito delle imprese di moda, o meglio, del "*sistema moda*".

Ricorriamo a questa locuzione con l'intenzione di definire le linee fondamentali che caratterizzano questo settore, a livello civilistico e non solo, volendo evidenziarne le peculiarità.

Parliamo di “sistema moda” poiché si tratta di un ambito che ha una portata significativa nel ventaglio delle imprese non solo del mercato italiano, ma anche internazionale, che assume dunque importanza non solo nell’economia, in quanto *macro-settore*, ma anche nel diritto, poiché si possono configurare fattispecie e schemi contrattuali *ad hoc*.

La nostra intenzione è di inquadrare le pratiche scorrette commerciali nel sistema moda, un contesto di cui la giurisprudenza solo da poco tempo si è occupata e soltanto in relazione a conflitti tra grandi marchi.

In realtà il panorama delle imprese di moda, anche e soprattutto a seguito dell’evoluzione dell’*e-commerce*, è molto più vasto di quanto si pensi e crea perplessità e problematiche giuridiche, in quanto oscilla tra due mondi apparentemente opposti, quello delle imprese e dell’arte.

La rivoluzione tecnologica avutasi con Internet ha incrementato notevolmente lo sviluppo e reso più accessibile la possibilità di acquisire notorietà e ottenere margini di profitti non indifferenti, anche per quelle piccole imprese che ancora non sono nell’Olimpo dei *top fashion brands* .

Correlatamente a questo processo, si inseriscono le problematiche legate al diritto della concorrenza, al diritto industriale, volti ad assicurare non solo il funzionamento dei mercati e delle imprese, ma anche idonei strumenti giuridici volti alla salvaguardia e tutela del prodotto di queste. Prodotto inteso non solo in senso fisico-materiale, ma anche immateriale, che è appunto il marchio.

Con l'emergere di strumenti di visibilità, di pubblicità e di distribuzione alternativi, con la configurazione e impellente definizione di nuove fattispecie scorrette, ingannevoli o apparenti e di modalità telematiche di instaurazione del rapporto contrattuale "virtuale", si può affermare che la storia del contratto non si può separare dalla storia delle tecnologie.

CAPITOLO I

LE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

SOMMARIO

1. Lex mercatoria e libertà di impresa; 2. Il concetto di professionista nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette; 3. Le pratiche commerciali sleali a danno dei consumatori nella Direttiva 2005/29/CE; 4. L'art. 20 e le clausole generali; 5. Pratica commerciale scorretta e tutela della libertà di scelta del consumatore: a) La contrarietà alla diligenza professionale; 6. (Segue). b) L'idoneità della pratica a falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori; 7. Il consumatore "medio"; 8. Il consumatore "medio" vulnerabile; 9. Le dichiarazioni "esagerate"; 10. Il divieto di pratiche commerciali sleali e il suo significato; 11. La "relazione con la promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori"; 12. La latitudine temporale di un'operazione commerciale; 13. Pratiche commerciali scorrette e atti di concorrenza sleale; 13.1. La pubblicità ingannevole o aggressiva; 13.2. Le tecniche di negoziazione sleale; 13.3. Le omissioni ingannevoli di informazione; 14. Il sistema di valutazione del carattere commerciali di una pratica scorretta; 15. Le liste nere; 16. L'invalidità del contratto a seguito di pratica commerciale scorretta; 17. La nullità per pratica commerciale scorretta; 18. L'annullabilità come conseguenza di pratica commerciale scorretta.

1. Lex mercatoria e libertà di impresa.

Il diritto contrattuale costituisce il pilastro normativo fondamentale che regge la struttura economica del mercato¹.

¹ Sul ruolo fondamentale del contratto di società per lo sviluppo dell'economia capitalistica v. F. GALGANO, in *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, seconda ed., Bologna, 1980, p. 77 ss.; ID., *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, vol. I, *La costituzione economica*, Padova, 1977, p. 16 ss.; ID., *Lex mercatoria*, V Edizione, Bologna, 2010, p. 141 ss.; ID., *Trattato di diritto civile*, III, Padova, 2009, p. 425 ss. In argomento, v. la recente indagine di J. APPLEBY, *The Relentless Revolution. A History of Capitalism*, W. W. Norton & Co. Inc., New York, 2010, ove l'Autrice, storica della University of California, rilegge la storia del capitalismo mondiale attraverso il concetto di "distruzione creatrice" dell'economista austriaco Joseph Schumpeter, ravvisandovi un sistema culturale che dal XVII secolo è stato capace di adattarsi ai cambiamenti sociopolitici. Al riguardo, v. J. SCHUMPTER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, 1977, pp. 78-79.

Storicamente, il legame tra contratto e mercato è antico e risale all'epoca anteriore alla rivoluzione industriale, quando la *lex mercatoria* forniva il sostrato giuridico al nascente capitalismo commerciale, prevalendo sul diritto romano e soggiacendo soltanto al diritto canonico². È difatti, lo *ius mercatorum* della società comunale a far del contratto lo strumento giuridico essenziale per la circolazione e l'accumulazione della ricchezza, segnando una radicale inversione di rotta rispetto al diritto romano, proteso, invece, alla mera conservazione degli assetti proprietari esistenti³. Tuttavia, furono le grandi codificazioni civili, in primo luogo il Code Napoleone del 1804, ad assolvere “una funzione per più aspetti solidale all'economia di mercato”⁴. Ciò è testimoniato, ad esempio, dal prevalere della concezione illuministica della proprietà privata, finalmente libera dai vincoli di origine feudale; ma, in linea generale, fu la “penetrazione nei codici civili del principio dell'uguaglianza fra gli uomini”, che “valse a creare le condizioni necessarie per

² F. GALGANO, *Lex mercatoria, autonomia privata e disciplina del mercato*, in AA. VV., *I mobili confini dell'autonomia privata*, a cura di M. Paradiso, Milano, 2005, p. 669; v. anche H. J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna, 1998, p. 311 e ss. Sui rapporti tra diritto ed economia, v. T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, vol. I, Milano, 1959, p. 42 ss., 58 ss., 102 ss. Sulle fonti medievali e sui rapporti col diritto canonico, fondamentale è l'analisi di A. PALAZZO, *L'interpretazione della norma civile*, Torino, 1996, p. 48 ss.; ID., *Interessi permanenti nel diritto privato ed etica antica e moderna*, in A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, vol. I, Padova, 2002, p. 54 ss.

³ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., pag. 29 ss. ; il clima socio-culturale di quell'epoca è rievocato da F. BRAUDEL, *La dinamica del capitalismo*, Bologna, 2008, p. 34; H. PIRENNE, *Maometto e Carlo Magno*, VI, ed., 2007, p. 61 ss.; ID., *Le città del Medioevo*, VI, ed., Bari, 2007; LE GOFF, *Il cielo sceso in terra. Le radici medievali dell'Europa*, Bari, 2007, p. 143 e ss. ; L. GATTO, *La grande storia di medioevo. Tra la spada e la fede*, Roma, 2009, p. 528 e ss. Gli scambi commerciali furono favoriti dall'esperienza dei primi viaggi, testimoniata dal vivace affresco storico di D. BALESTRACCI, *Terre ignote, strana gente. Storie di viaggiatori medievali*, Roma Bari, 2008. Il significato del contratto dal punto di vista antropologico è illustrato da R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, p. 289.

⁴ F. GALGANO, *Lex mercatoria, autonomia privata e disciplina del mercato*, cit., p. 673.

l'instaurazione di un'economia di mercato, basata su uno scambio tra uguali, quale lo scambio di mercato, i cui valori non dipendono più dagli status soggettivi dei contraenti, ma sono rimessi al libero gioco delle forze economiche”⁵. In questa prospettiva, l'introduzione della categoria generale del contratto e del principio consensualistico nel codice civile francese, sulle orme di Domat e Pothier⁶, si rivelarono fattori decisivi per l'incremento del commercio⁷.

Si trattò, però, dell'affermazione di un principio di uguaglianza formale e non già sostanziale⁸: per quest'ultimo, invero, bisognerà attendere gli sviluppi del costituzionalismo europeo contemporaneo, ove domina la dimensione contenutistica o materiale dei principi, al

⁵ F. GALGANO, *op. loc. ult. cit.* In argomento, v. E. GLIOZZI, *Dalla proprietà all'impresa*, Milano, 1981, p. 52 e ss.; P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 140 ss.; G. TARELLO, *Le idee della codificazione*, in AA. VV., *Il diritto privato nella società moderna*, a cura di S. Rodotà, Bologna, 1971, p. 31 ss.; Sulla recezione della codificazione napoleonica in Italia, v. C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto nel Risorgimento*, undicesima ed., Roma-Bari, 2007, p. 111 ss., spec. p. 139, ove si evidenziano, quali punti di forza del *Code Napoleone*, sul piano delle persone, l'attuazione dell'uguaglianza giuridica dei soggetti e sul terreno reale, l'affermazione correlativa della libertà dei beni. Sui valori della codificazione civile francese, cfr. A. DONATI, *I valori della codificazione civile*, Padova, 2009, p. 43 ss.; F. MARINELLI, *La cultura del Code Civil. Un profilo storico*, Padova, 2004; A. J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969.

⁶ V. la limpida ricostruzione storica di G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano 1955, p. 57 e ss.

⁷ Cfr. F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di dir. Civ. e comm.* Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, vol.III, t. I, seconda ed., Milano, 2002, p. 19. Sulla diversa impostazione del problema del trasferimento della proprietà per atto tra vivi in diritto francese e tedesco, v. P.G. MONATERI, *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanisti*, Milano, 2008, p. 155. Sulle origini del principio consensualistico, v. G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995, p. 18 e ss.; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 69 e ss.; P. M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999, p. 17.

⁸ Cfr. F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 2008, p. 42; G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 98.

fine di assicurare la maggiore tutela dei diritti e l'unità del sistema giuridico⁹.

L'idea di uguaglianza sostanziale nel diritto contrattuale dei sistemi di *common law* fu portata avanti soprattutto dai giuristi d'oltreoceano; negli Stati Uniti d'America, il dogma della libertà contrattuale, inteso quale intangibilità della volontà delle parti, imperante nel XIX secolo, fu intaccato dalle critiche progressiste fondate sulle richieste di protezione sociale della parte debole del rapporto¹⁰.

Nel vigente ordinamento italiano, è l'art. 3, secondo comma, Cost. a tradursi nel principio privatistico di parità giuridica sostanziale tra le parti, che non significa parità economica, ma ha come primo obiettivo la rimozione, su provvedimento del giudice, dei possibili effetti discorsivi della libertà contrattuale causati dalla disparità di

⁹ Cfr. G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto. Sistemi normativi contemporanei e modelli della razionalità giuridica*, Roma-Bari, 2005, p. 27 e ss.; sulla distinzione tra regole e principi, v. le opere fondamentali di R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, Milano, 1989, e di R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985; sul tema v. anche R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997, p. 71 e ss.; A. FERRARA, *Giustizia e giudizio*, Roma-Bari, 2000, p. 110 e ss.; sul principio costituzionale di eguaglianza, cfr. L. PALADIN, *Il principio di eguaglianza*, Milano, 1965; A. CERRI, *L'eguaglianza*, Roma-Bari, 2005, p. 67 e ss., 81 e ss.

¹⁰ Si riferisce R. POUND, *Liberty of contract*, in *Yale L.J.*, 1909, p. 454 ss., alla critica più stringente della teoria dell'uguaglianza, nel rapporto contrattuale tra datore di lavoro e lavoratore. Qualche anno prima il problema della tutela dei lavoratori era già stato affrontato in Italia da G. MESSINA, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, Vallardi, Milano, 1904, ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1948, pp. 3-54. Il tema dell'uguaglianza sostanziale nei rapporti di lavoro sarà ripreso e approfondito soprattutto da A. PALAZZO, *Violazione di legge e stabilità del rapporto di lavoro*, Padova, 1973, p. 105 ss. Sull'evoluzione del diritto contrattuale americano, v. L.M. FRIEDMAN, *Storia del diritto americano*, Milano, 1995, p. 545 ss.; M. J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1960*, Bologna, 2004, p. 47 ss.; G. GILMORE, *La morte del contratto*, Milano, 1999, p. 7 ss. Sul principio di *freedom of contract* e sulla sua crisi, rimane fondamentale lo studio di P. S. ATIYAH, *The rise and fallo of freedom of contract*, Oxford, 1979. In Italia, v. soprattutto G. ALPA, R. DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 2006, p. 14.

potere economico tra i soggetti del nascente rapporto¹¹. Secondariamente, il principio di parità sostanziale impone di mantenere inalterato, nella fase esecutiva del rapporto, l'equilibrio contrattuale divisato originariamente dalle parti. In entrambi i casi, è la clausola di buona fede oggettiva o correttezza lo strumento giuridico che consente al giudice di assicurare a ciascun contraente la prerogativa, costituzionalmente garantita, di determinare liberamente la propria volontà negoziale e di realizzarla con la collaborazione dovuta dall'altro, sulla base del programma pattuito.

Orbene, il nesso inscindibile tra contratto e mercato emerge dal fatto che l'autonomia contrattuale costituisce la manifestazione giuridica della libertà d'impresa, di cui la libertà di concorrenza rappresenta l'aspetto pluralistico¹². In particolare, l'art. 41 Cost. sancisce che "l'iniziativa economica privata è libera", aggiungendo però, al secondo comma, che essa "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana"¹³. Il valore supremo della dignità umana, d'altra

¹¹ La distinzione tra parità economica e giuridica è già presente in F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, III ed., Milano, 1952, p. 33; ID., *Contratto*, Milano, 1961, pp 24-25; ID., *Il contratto in genere*, in *Trattato di Dir. Civ. e comm.* Cicu-Messineo, vol. XXI, t, I, Milano, 1973, p. 47.

¹² Si può anche dire che l'autonomia contrattuale "genera" l'iniziativa economica privata: cfr. A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, vol. III, t. II, in *Il Contratto in generale*, Milano, 2009, p. 55, è già in *Contrattoe antitrust*, a cura di G. Olivieri e A. Zoppini, Roma-Bari, 2008, p. 3.

¹³ Cfr. F. GALGANO, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. I, cit., p. 516 ss.; ID., *Commento all'art. 41 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Rapporti economici*, II, Bologna, 1982, p. 11 ss.; G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, spec. p. 94 ss.; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 582 ss., nel senso che dall'art. 41 Cost. discende la garanzia *erga omnes* della libertà di iniziativa economica privata, azionabile sia verso lo Stato che verso i privati, v. G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur.* Treccani, XVII,

parte, è posto a fondamento del Trattato sull'Unione Europea (art. 2) e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art.1), che ha lo stesso valore giuridico dei trattati europei (art. 6 TUE)¹⁴. Anche la libertà d'impresa, che costituisce il tratto fondamentale del mercato unico europeo¹⁵, è espressamente affermata dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, secondo cui “è riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali”¹⁶.

Roma, 1989, p. 6; A. PACE, *Libertà “del” mercato e “nel” mercato*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, Padova, 1997, p. 178 ss.; B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. Soc.*, 1998, p. 1540 ss., spec. p. 1550 ss.

¹⁴ Cfr. *Le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali* (2007/C 303/02), in *Gazzetta Uff. dell'Unione Europea* del 14 dicembre 2007, *spiegazione relativa all'articolo 1-Dignità umana*: “la dignità della persona umana non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la base stessa dei diritti fondamentali. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 consacra la dignità umana nel preambolo: “Considerato che il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana, e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo”. Nella Sentenza del 9 ottobre 2001, causa C-377/98, Regno dei Paesi Bassi/Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea (*Racc.* 2001, p. I-7079), ai punti 70-77 della motivazione, la Corte di Giustizia ha confermato che il diritto fondamentale alla dignità umana è parte integrante del diritto dell'Unione. Ne consegue, in particolare, che nessuno dei diritti sanciti nella presente Carta può essere usato per recare pregiudizio alla dignità altrui e che la dignità della persona umana fa parte della sostanza stessa dei diritti sanciti nella Carta. Essa non può pertanto subire pregiudizio, neanche in caso di limitazione di un diritto”. In argomento, v. M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna, 2008, p. 189 ss.

¹⁵ S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, III ed., Roma-Bari, 2004, p. 31.

¹⁶ V. le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali* (2007/C 303/02), in *Gazzetta uff. dell'Unione europea* del 14 dicembre 2007,- *Spiegazione relativa all'articolo 16 – libertà d'impresa*: “Questo articolo si basa sulla giurisprudenza della Corte di giustizia che ha riconosciuto la libertà di esercitare un'attività economica o commerciale (cfr. sentenze del 14 maggio 1974, causa 4-73, Nold, *Racc.* 1974, pag. 491, punto 14, e del 27 settembre 1979, causa 230/78, Spa Eridania e a., *Racc.* 1979, p. 2749, punti 20 e 31) e la libertà contrattuale (cfr., tra l'altro, sentenze *Sukkerfabriken Nikobing*, causa 151/78, *Racc.* 1979, p. 1, punto 19; del 5 ottobre 1999, causa C-240/97, Spagna/Commissione, *Racc.* 1999, p. I-6571, punto 99) e sull'articolo 119, paragrafi 1 e 3 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea che riconosce la libera concorrenza. Beninteso, questo diritto si esercita nel rispetto

La libertà di impresa è garantita dall'art. 41 Cost. solo in quanto situazione socialmente utile. Il limite dell'utilità sociale, in particolare, fa subito affiorare il delicato tema della sua concreta specificazione¹⁷, la quale è demandata non soltanto, come si vedrà all'applicazione della normativa antimonopolistica¹⁸, ma anche e soprattutto alle disposizioni legislative a tutela del consumatore o utente, che rappresenta la parte "debole" dei rapporti contrattuali intercorrenti con un imprenditore (cfr., ad esempio, d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, codice del consumo, art. 21, del d. lgs. n. 58/1998, artt. 115-128, d.lgs. n. 385/1993, d.lgs. n. 70/2003).

2. Il concetto di professionista nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette.

La definizione di professionista delineata per le pratiche commerciali scorrette corrisponde sostanzialmente a quella usuale di matrice comunitaria quale controparte del consumatore: è tale "qualsiasi persona fisica o giuridica, che nelle pratiche commerciali agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale, o professionale e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista" anche se nella formula espressa al riguardo non ricalca esattamente quella della corrispondente definizione confluita nella prima parte del Codice del Consumo, relativa alle "disposizioni

del diritto dell'Unione e delle legislazioni nazionali. Esso può essere sottoposto alle limitazioni previste all'articolo 52, paragrafo 1 della Carta". Cfr., al riguardo, G. ALPA, M.ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in *Trattato del dir. Priv.* Iudica-Zatti, Milano, 2005, p. 575 ss.; G. ALPA, *I principi generali*, II ed., in *Trattato del dir. Priv.* Iudica-Zatti, Milano, 2006, p. 503 ss. Sul rapporto tra principi nazionali e principi comunitari, v. E. RUSSO, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari* in *Trattato del dir. Priv.* Iudica-Zatti, Milano, 2008, p. 239 ss..

¹⁷ Cfr. M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, Passim.

¹⁸ Cfr. G. GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Padova, 1978, p. 88 ss.; ID., *Profili evolutivi del diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Milano, 2001, p. 171 ss.

generali" secondo cui: "è professionista: la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario"¹⁹.

Dal confronto testuale appaiono due differenze, la prima concerne la prima parte del precetto di portata generale ed attiene alla scomparsa della definizione dell'art. 3 cod. cons., del riferimento al professionista come colui che agisce "nel quadro" della propria attività economica, mentre la seconda attiene all'ultima parte della formula e concerne il diverso lessico impiegato per ricomprendere nel concetto di professionista anche colui che agisce non direttamente, ma indirettamente attraverso terzi²⁰.

¹⁹ L'esplicito riferimento all'agire del professionista "nel quadro" della propria attività economico-professionale, presente nella definizione di professionista delineata per le pratiche commerciali sleali, figurava già nell'originario concetto di matrice comunitaria, confluito all'epoca del codice civile (artt. 1469 bis ss.), in relazione alla disciplina sulle clausole abusive. Cfr., in argomento, tra i tanti, P. BONOFILIO, *L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 1469 bis c.c.*, in *Nuova giur. civ.*, 2003, I, p.178; A. SABATUCCI, *Ambito di applicazione dell'art. 1469 bis c.c., e questioni di legittimità costituzionale*, in *Resp.civ.*, 2003, p. 668; D. MAFFEIS, *Ambito soggettivo di applicazione degli artt. 1469 bis segg. c.c.* in *Contratti*, 2000, p. 442; F.ASTONE, *Ambito di applicazione soggettiva. La nozione di consumatore e professionista*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, S. PATTI e G. ALPA (a cura di), Milano, 2003, p. 139 ss.; L. BERTINO, *Ente pubblico non economico e la qualifica di professionista ai sensi dell'art. 1469 bis codice civile*, in *Resp. Civ.*, 2001, p. 1041.

²⁰ AA. Vv., sub art. 3, *Codice del consumo*, La Tribuna, diretto da R. ROLLI, cit.; S. KIRSCHEN, *Commento all'art. 3, comma 1, del Codice del Consumo*, in *Commentario*, ALPA-ROSSI CARLEO (a cura di), Napoli, 2005, p. 66; P. MORESCHINI, *Codice del Consumo-Commentario*, M. TRIPODI, C. BELLI (a cura di), Rimini, pp.86; G. CHINÈ, sub art.3, in *Codice del Consumo*, G. CUFFARO (a cura di), Milano, 2008; AA.VV., sub art. 3, *Codice del Consumo-Commentario*, G. VETTORI (a cura di), Padova, 2007; AA.VV., sub art. 3, bis, *Commentario al codice del consumo-Inquadramento sistematico e prassi applicativa*, P.STANZIONE e G. SCIANCALEPORE (a cura di), Milano, 2007; *Commento all'art. 3 cod. cons.*, in *I contratti del consumatore - Commentario al*

Sotto il primo profilo, il venir meno del riferimento all'agire "nel quadro" dell'attività professionale non si è ritenuto significativo perché il concetto di professionista va delineato sempre e comunque in contrapposizione al concetto di consumatore finale e pertanto nella definizione qui oggetto di attenzione va comunque incluso non solo chi sta ponendo in essere atti "caratteristici" della "propria attività professionale", ma anche colui che esplica atti e conclude contratti che non sono diretta esplicazione di attività professionale propria, pur essendovi "connessi".

In altri termini, le definizioni, rispettivamente, di consumatore e professionista sono non solo in antitesi, ma l'una è l'immagine riflessa dell'altra allo specchio, si tratta dunque, di definizioni speculari l'una all'altra nella loro contrapposizione non solo qualitativa²¹, ma anche, per così dire, estensivo-dimensionale: più la prima viene ad essere intesa in via restrittiva, più la seconda può risultare essere delineata, in corrispondenza, in modo ampio ed

codice del consumo d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206), Padova, 2007, p. 37.

²¹ La contrapposizione tra le due definizioni rispettivamente di consumatore e professionista si manifesta nella sua rilevanza anche in relazione all'espressione che per entrambe considera colui che agisce ed è in vero, per il consumatore non si può non tener conto del principio espresso sub art. 5, cod. cons., che in riferimento al titolo II sulle "informazioni ai consumatori" stabilisce: "che ai fini del presente titolo si intende per consumatore-utente anche la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali". Come acutamente notato in dottrina la "trasversabilità della materia delle informazioni riduce ad una clausola di mero stile l'inciso ai fini del presente titolo" perchè al di fuori del titolo II in molte altre parti del Codice del Consumo si considerano le informazioni, incluso l'ambito delle pratiche commerciali sleali (così, A. PINNA, sub art. 5, in *Codice del Consumo, Commentario*, Piacenza, 2010, p. 130; inoltre E. BARGELLI, *L'ambito dell'applicazione della Direttiva 2005/29/CE: La nozione di "pratica commerciale"*, in AA.VV., "Le pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano, G. DE CRISTOFARO (a cura di), Torino, 2007, p. 75 ss., soprattutto, p. 96.

allargato²².

La questione è stata affrontata anche dalla Corte di Giustizia con riferimento ai cd. beni e/o servizi di uso promiscuo, in relazione ad una domanda di pronuncia pregiudiziale, sull'interpretazione della cd. Convenzione di Bruxelles e s.m., le cui regole sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in relazione ai contratti conclusi dai consumatori, appaiono derogare al principio generale che stabilisce la competenza giurisdizionale dei giudici dello Stato nel cui territorio risiede il convenuto²³. Il caso è di grande interesse, dal momento che permette di soffermarsi proprio sulle definizioni di professionista e di consumatore, intese, la prima in senso ampio, mentre la seconda in senso restrittivo. E' bene segnalare, tuttavia, che oggi la Corte di Giustizia non potrebbe decidere la medesima causa sulla base della

²² Nel senso di escludere dal concetto di consumatore e di rincomprendere nel concetto di professionista chi si avvale del bene o del servizio oggetto di contratto anche nell'ambito della sua attività professionale, tra le altre, già Cass., 22 maggio 2006, n. 11933. Sulla questione relativa all'uso promiscuo volta a limitare la definizione di consumatore e, specularmente, ad ampliare corrispondentemente quella di professionista è intervenuta anche la decisione della Corte di Giustizia CE, 20 gennaio 2005, causa C-464/01 relativa all'applicazione della Convenzione di Bruxelles, riportata, nel testo del successivo paragrafo n. 2, secondo la quale colui che ha concluso un contratto avente ad oggetto un bene destinato ad un impiego in parte professionale e in parte estraneo all'attività professionale non ha comunque diritto di avvalersi del beneficio delle regole di competenza specifiche stabilite in tema di contratti conclusi dai consumatori a meno che l'uso professionale sia così marginale da rivelarsi del tutto trascurabile ed insignificante nel contesto globale dell'operazione di cui trattasi, essendo dunque irrilevante che predomini l'aspetto, per così dire, extraprofessionale.

²³ Corte di Giustizia CE, sentenza 20 gennaio 2005, causa C-464/01, caso, Gruber v. Bay WaAG, in *Racc.*, 2005, p. 439; nonchè in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2005, p. 473; in *Foro it.*, 2005, p. 124; in *Corriere giur.*, 2005, p. 1381, con nota di L. CONTI; in *Guida al dir.-Dir. comunitario e internaz.*, 2005, fasc. 2, p. 42; in *Dir. e giustizia*, 2005, fasc. 8, p. 102, con nota di V. MAGGIPINTO.

convenzione di Bruxelles, giacché la stessa è stata sostituita, nel 2001, dal Regolamento Ce n. 44/2001²⁴; tuttavia, ai fini del presente lavoro, questa sostituzione non ha molta rilevanza, in quanto il Regolamento non ha modificato il contenuto, le definizioni ed i principi previsti nella Convenzione di Bruxelles. Ne consegue che le conclusioni della Corte di Giustizia ed i ragionamenti alla base delle stesse presumibilmente potrebbero trovare conferma ancor oggi.

Il caso nasceva da una controversia insorta tra il signor Gruber, un agricoltore-allevatore austriaco proprietario di una fattoria²⁵ situata nella regione dell'Austria superiore. in prossimità della frontiera tedesca, e la Bay Wa AG, una società di capitali, con sede in Germania, svolgente, tra il resto, attività di commercializzazione di materiali per costruzioni ed edilizi ed avente uno dei suoi punti vendita, in un negozio localizzato non lontano dalla frontiera austriaca. La fattoria del signor Gruber disposta in un'area delimitata da un quadrangolo, per una sua parte era adibita ad uso abitativo dell'imprenditore agricolo e della sua famiglia²⁶ e dunque, ad uso privato, ma comprendeva anche sia una parte costituita da edifici destinati all'allevamento di più di duecento suini, sia una parte dove era stata collocata una grande sala macchine e nella cui prossimità

²⁴ Per un commento sul Regolamento 44/2001 v., P. LOMBARDI E C. MARTINETTI, *Prime riflessioni sul regolamento (Ce) n. 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2001, p. 371; SABEONE, *Regolamento (Ce) n. 44/2001 del consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *Nuove leggi civ.*, 2001, p. 1101; P. BERTOLI, *La disciplina della giurisdizione civile nel regolamento comunitario n. 44/2001*, in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2002, p. 625.

²⁵ Più esattamente, un maso, che è un'impresa agricola a conduzione familiare. In argomento, per l'inquadramento dell'istituto e delle problematiche ad esso connesse v., G. GABRIELLI, *Maso chiuso*, Torino, 1994, p. 205; A. DE CAPRARIIS, *Maso chiuso*, Roma, 1990, p. 1171; S. MAYR, *L'istituto del maso chiuso nella provincia di Bolzano*, in *Stadium Juris.*, 2002, p. 1547.

²⁶ Come è tipico anche in relazione al maso chiuso, la parte della fattoria adibita ad uso privato (abitativo) consisteva nel 60% del suo immobile principale.

erano situati alcuni silos, per la conservazione di parte dei mangimi necessari all'esercizio dell'attività di allevamento²⁷.

Il signor Gruber, deduceva di essere venuto a conoscenza dell'attività della società Bay Wa AG, attraverso del materiale pubblicitario diffuso dal predetto punto vendita, in allegato, ad un periodico regionale austriaco destinato alle famiglie²⁸. Pertanto, avendo egli deciso di sostituire il tetto di tegole della propria fattoria, si era dapprima informato ripetutamente via telefono presso la società del professionista in merito ai diversi tipi di tegole commercializzate e ai loro prezzi, poi si era recato di persona presso il punto vendita qui interessato per l'acquisto, ma successivamente alla consegna, presentavano tra loro grosse differenze cromatiche e che, di conseguenza, il tetto era dovuto essere rifatto.

A questo punto il signor Gruber aveva deciso di agire contro la società convenuta per ottenere il risarcimento del danno e, a tal fine, qualificandosi come consumatore, per aver effettuato un acquisto di beni destinati in parte ad uso privato, aveva presentato atto di citazione, non già presso un tribunale tedesco, territorio in cui aveva domicilio la società convenuta, ma bensì presso il tribunale austriaco dove egli aveva il proprio domicilio/residenza.

Il giudice di primo grado adito aveva dichiarato la propria competenza a decidere sulla controversia, respingendo l'eccezione di

²⁷ In sintesi, a prescindere dalla collocazione dell'edificio principale, in un lato della fattoria era situata la grande sala macchine agricole, mentre l'allevamento del bestiame era collocato in un'area specifica, e lì vicino si trovavano anche i silos atti a contenere circa il 15% dei mangimi necessari all'allevamento.

²⁸ Si trattava dunque di pubblicità che rivolgendosi a famiglie non appariva destinata ad un pubblico di professionisti, ma piuttosto ad un pubblico indifferenziato costituito prevalentemente da consumatori. La Corte di Giustizia, preciserà che un tale fattore, rientrando tra quelli ritenuti non significativi nel riflettersi nella qualificazione del contratto oggetto di valutazione come concluso da un consumatore anziché da un professionista, sarà fattore che nel caso in oggetto risulterà del tutto irrilevante e non preso in considerazione ai fini qualificatori.

incompetenza mossa al riguardo dalla Bay Wa AG, sulla base della eccepita inapplicabilità al caso di specie delle regole dettate per i contratti tra professionista e consumatori previste in deroga al principio generale sulla competenza giurisdizionale del giudice dello stato in cui ha collocazione il domicilio del convenuto.

Il giudice di secondo grado, invece, aveva in proposito accolto l'appello della società convenuta e dichiarato la propria incompetenza.

Il signor Gruber aveva allora proposto ricorso davanti al giudice supremo austriaco il quale aveva deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte di Giustizia alcune questioni pregiudiziali emergenti e dipendenti dall'interpretazione della menzionata Convenzione di Bruxelles, tutte ruotanti sull'interrogativo se le regole di competenza ivi stabilite dovessero essere interpretate nel senso che un contratto d'acquisto come quello in oggetto relativo in parte ad un impiego professionale ed in parte ad un impiego privato del bene interessato, ai sensi dell'art. 13, comma 1, della Convenzione, potesse essere considerato concluso da un "consumatore".

Più in particolare, tra le molteplici questioni pregiudiziali sollevate, in primo luogo, si domandava alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla possibilità di attribuire la qualifica di consumatore, ai sensi dell'art. 13 della segnalata Convenzione di Bruxelles, alla persona fisica in caso di contratto di acquisto di beni destinati ad uso promiscuo e quindi, di una sola parziale rispondenza della prestazione ad esigenze private, chiedendo a questo proposito se dovesse ritenersi decisivo il prevalente scopo privato o professionale dell'impiego, nonché quali criteri fossero necessari per valutare una siffatta prevalenza. In secondo luogo, si chiedeva alla Corte di

Giustizia se, sotto il profilo dell'onere probatorio, per la determinazione dello scopo privato o professionale relativo all'uso del bene fossero rilevanti le circostanze obiettivamente riconoscibili dal professionista fornitore del prodotto; ed infine si chiedeva se in via residuale rispetto alle pregiudiziali precedenti, in caso di dubbio ancora persistente, un contratto di acquisto di bene ad uso promiscuo potesse essere considerato come contratto concluso da un consumatore.

In sintesi, secondo la Corte di Giustizia, la prima questione richiedeva di verificare a quali condizioni un contratto avente un duplice scopo come quello in esame potesse essere considerato concluso da un consumatore e quali dovessero essere ai fini della sua qualificazione “le circostanze” oggetto di valutazione, nonché quale valore potesse assumere ai fini della stessa qualificazione l'incidenza per la controparte (ossia il professionista), della consapevolezza/conoscenza della finalità professionale del contratto o delle altre circostanze per così dire coloranti la conclusione del medesimo²⁹.

La Corte di Giustizia, dopo aver ricordato che la Convenzione di Bruxelles stabilisce nel suo titolo II, sezione IV, le regole di competenza giurisdizionale da valere in materia di contratti conclusi da un consumatore, ricordava anche che il concetto di consumatore secondo la Convenzione stessa è contenuto nell'art. 10. comma 1, che si riferisce a “i contratti conclusi da una persona per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale”.

A questo punto la Corte di Giustizia osservava che per sua giurisprudenza costante i concetti emergenti dalla Convenzione e tra questi anche il concetto di consumatore “vanno interpretati

²⁹ Corte di Giustizia Ce, 20 gennaio 2005, cit., punto 30.

autonomamente alla luce del sistema e delle finalità della Convenzione”³⁰. Riaffermava poi che la competenza giurisdizionale del tribunale dello stato in cui risiede o ha domicilio il convenuto è “il principio generale” della materia e che i casi di deroga al riguardo, tra cui quello valevole per i contratti conclusi da un consumatore sono solo tassativi ma anche di “stretta interpretazione, nel senso che non possono consentire un'interpretazione che va al di là della lettera espressamente prevista”³¹.

Puntualizzava con chiarezza la Corte di Giustizia al riguardo: “Un'interpretazione (restrittiva) del genere si impone a maggior ragione in relazione ad una regola come quella dell'art. 14 che consente al consumatore, ai sensi dell'art. 13 comma 1, di citare il convenuto nello stato in cui risiede l'attore. Infatti, oltre ai casi dalla stessa regola previsti, la Convenzione non sembra favorire l'ammissibilità della competenza dei giudici del domicilio dell'attore”³². Questa interpretazione, secondo la Corte di Giustizia, era anche confermata dalla *ratio* della regola della Convenzione sulla competenza giurisdizionale valevole in materia di contratti conclusi dal consumatore, la quale non solo, come detto, deroga al principio generale sulla competenza, ma deroga anche alla norma (sulla competenza sociale) stabilita dall'art. 5, comma 1 “per i contratti in generale” la quale fissa la competenza giurisdizionale nello “stato del luogo dell'esecuzione della prestazione”. Anche la ragione d'essere, lo scopo, della speciale disciplina prevista per la competenza in tema di contratti conclusi dal consumatore, confermava che detta disciplina può riguardare “solo il consumatore finale privato, non esercitante alcuna attività economica o professionale, in quanto il

³⁰ Corte di Giustizia Ce, 20 gennaio 2005, cit., punto 31.

³¹ Corte di Giustizia Ce, 20 gennaio 2005, cit., punto 32.

³² Corte di Giustizia Ce, 20 gennaio 2005, cit., punto 34.

beneficio previsto in suo favore, non può essere esteso a soggetti per i quali non appare giustificata una siffatta particolare protezione”.

Ribadiva come la Corte di Giustizia che il concetto di consumatore vada dunque interpretato restrittivamente, tenendo conto della posizione che il soggetto occupa in riferimento al contratto interessato e considerando sia la natura che la finalità perseguita con il contratto stesso. Facendo riferimento ad un suo precedente orientamento espresso al riguardo veniva precisato “che solo i contratti conclusi con l’unico scopo di soddisfare le proprie esigenze di consumo privato da parte di un individuo, al di fuori od indipendentemente da qualsiasi attività o finalità di natura professionale” consentono l’applicazione del particolare regime di competenza giurisdizionale previsto dalla Convenzione per i contratti stipulati dal consumatore in quanto parte meritevole di una particolare protezione, “protezione che non è invece giustificata in caso di contratto avente come finalità (anche) un’attività professionale³³”.

E si concludeva che “ne consegue che le regole di competenza specifiche di cui gli artt. 13-15 della Convenzione di Bruxelles, possono essere applicate, in linea di principio solo nell’ipotesi in cui la finalità del contratto concluso tra le parti abbia ad oggetto un uso del bene o del servizio di cui trattasi diverso da quello professionale³⁴”.

Se come detto, lo scopo della particolare disciplina prevista dagli artt. 13-15 della Convenzione era di assicurare un’efficace protezione alla persona del consumatore, perché soggetto che si trova in posizione di debolezza rispetto alla sua controparte, era logico dedurre che il particolare beneficio di tali disposizioni non potesse

³³ Corte di Giustizia Ce, 20 gennaio 2005, cit., punto 36.

³⁴ Corte di Giustizia Ce, 20 gennaio 2005, cit., punto 37.

essere accordato ad un soggetto che conclude un contratto per uso in parte relativo alla sua attività professionale, e quindi per un uso solo in parte estraneo ad un uso privato.

E si aggiungeva che “la conclusione sarebbe diversa solo nell’ipotesi in cui il nesso tra il detto contratto e l’attività professionale dell’interessato fosse talmente modesto da ritenersi marginale e l’uso professionale avesse un ruolo trascurabile nel contesto dell’operazione, considerata nel suo insieme, ed alla base della conclusione del contratto³⁵”.

Non era ammissibile, dunque, a parere della Corte di Giustizia, una valutazione volta ad indagare la prevalenza di un uso privato rispetto ad un uso riferibile ad un’attività professionale, perché conforme alla lettera ed alla *ratio* della disposizione derogatoria qui oggetto di analisi: era solo il riscontro di un uso professionale, per così dire, del tutto trascurabile, nel contesto della complessiva operazione posta in essere con il contratto interessato.

In questa prospettiva, allora, la Corte di Giustizia stabiliva che per valutare se l’uso professionale del contratto avesse un ruolo del tutto trascurabile, occorreva procedere ad una valutazione globale del contratto e dell’operazione posta in essere con il medesimo, anche per rispondere al principio di interpretazione restrittiva (valevole in riferimento al concetto di consumatore) e perché solo in questo modo un’interpretazione diretta a negare lo status di consumatore, nel caso in cui l’uso del bene persegua una finalità non trascurabile con l’esercizio dell’attività professionale, appare soddisfare anche quelle

³⁵ Corte di Giustizia CE, 20 gennaio 2005, cit., punto 39, perché, ricordandosi in proposito le conclusioni espresse dall’avvocato Generale sul punto, se una persona conclude un contratto per un uso connesso alla sua attività professionale egli si viene a trovare su un livello di parità rispetto alla sua controparte e quindi non si giustifica la particolare protezione che la Convenzione di Bruxelles accorda a favore del consumatore.

esigenze di certezza del diritto e di prevedibilità delle decisioni che sono a fondamento e base della Convenzione di Bruxelles³⁶.

Anche la Cassazione, nel precisare il concetto di professionista, lo ha sempre con chiarezza delineato con estensione tanto ampia da permettere di ricomprendervi gli atti compiuti dal professionista in via per così dire solo connessa, accessoria, o strumentale all'esercizio della attività professionale tipica propria ed ha escluso che possa essere considerato consumatore colui che conclude il contratto per fini che non siano di impiego del bene o servizio esclusivamente privato³⁷.

La scomparsa del riferimento normativo al “quadro” dello svolgersi dell'attività economica, nella definizione generale di professionista di cui all'art. 3 del Codice del Consumo, e, parallelamente, la circostanza che quel riferimento normativo sia invece rimasto nella specifica definizione di “professionista” di cui alla Direttiva 2005/29/CE, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, se non può manifestare nessuna rilevanza nell'estensione del concetto generale, non può nemmeno deporre per un'interpretazione del concetto di professionista nell'ambito delle pratiche commerciali sleali diversa e non sovrapponibile a quella tradizionale di portata più generale. La definizione richiede di intendere il professionista in senso specularmente contrapposto, quale controparte, rispetto al più restrittivo concetto di consumatore.

In questa prospettiva la nozione di professionista non ha subito

³⁶ Cfr. Corte di Giustizia CE, 20 gennaio 2005, cit., punto 45 secondo cui letteralmente “l'interpretazione diretta a negare lo status di consumatore, ai sensi dell'art.13, 1° comma, della Convenzione di Bruxelles, nel caso in cui l'uso del bene o del servizio persegua una finalità avente un rapporto non trascurabile con l'attività professionale delle persone di cui trattasi, è (...) la più conforme ai requisiti di certezza del diritto nonché di prevedibilità, per il futuro convenuto, del giudice competente, che rappresentano la base di tale Convenzione”.

³⁷ Cass., 23 febbraio 2007, n. 4208.

mutamenti rispetto all'interpretazione offertane dalla Cassazione nell'epoca in cui era ancora possibile un suo esplicito riferimento al “quadro” dello svolgimento dell'attività economica, “quadro” allora menzionato e presente nella definizione generale di professionista a cui il supremo collegio in precedenza aveva potuto operare rinvio. In proposito può essere ricordata, secondo cui “ai fini dell'applicazione della disciplina di cui gli artt. 1469 *bis* c.c., relativamente ai contratti del consumatore deve essere considerato “professionista” tanto la persona fisica, quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che utilizza il contratto nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale; perché ricorra la figura del professionista non è necessario che il contratto sia posto in essere nell'esercizio della attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente che esso venga posto in essere per uno scopo connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale”.

In conclusione, malgrado la diversità di formula impiegata, rispettivamente, nel delineare la definizione di professionista nella attuale norma di portata generale di cui all'art. 3 cod. cons., ed in quella espressa nell'art. 18 in relazione alle pratiche commerciali sleali dello stesso codice, il concetto di professionista va sempre inteso, come in precedenza, in una prospettiva di ampiezza dimensionale, in contrapposizione al concetto di consumatore, quale persona fisica o giuridica che agisce e compie atti “nell'ambito” di un'attività economica. A differenza del consumatore, che agisce per un impiego del bene o servizio dedotto nel contratto³⁸ esclusivamente

³⁸ In riferimento ai contratti tra professionista e consumatori, v., anche il dibattito relativo al controllo sulla vessatori età delle corrispondenti clausole, sub art. 1469 bis cod. civ.: tra gli altri, AA.VV, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, 1999; L. VALLE, *Giudizio di vessatori età e clausole riproduttive di disposizione di legge*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 783; A. FICI, “Consumatore”, “Professionista” e criteri di vessatorietà nei contratti del consumatore, in *Corr. Giur.*, 2002, p. 1625.

privato, del tutto estraneo rispetto ad un impiego di quel bene o servizio all'ambito di una qualsivoglia attività economica e/o professionale, il professionista agisce nell'ambito di un'attività economica e pone in essere atti o contratti al fine dello svolgimento di un'attività, o, comunque, nel contesto dello svolgimento di un'attività economica, commerciale, industriale, artigianale o professionale.

Negli atti o contratti riferibili al professionista vi sono dunque ricompresi, come già detto, non solo gli atti che sono esplicitazione dell'attività economica propria principale e tipica del professionista interessato, ma anche quelli accessori o strumentali alla medesima, che vengono posti in essere per uno scopo promiscuo o comunque nel contesto del suo espletamento.

3. Le pratiche commerciali sleali a danno dei consumatori nella Direttiva 2005/29/CE.

Nell'attuale quadro normativo, uno dei pilastri fondamentali normativi preordinato alla tutela della libertà contrattuale dei consumatori può essere considerato la Direttiva 2005/29/CE, nonché il d.lgs. 146/2007 che le ha dato attuazione e le cui disposizioni sono confluite negli artt. 18 ss. cod. cons., in sostituzione della disciplina pregressa in tema di pubblicità ingannevole e comparativa, (quest'ultima nell'interesse di tutti gli attori del mercato, consumatori in primis, ma anche professionisti concorrenti, nonché portatori dell'interesse generale allo svolgimento di un mercato concorrenziale corretto nel settore pubblicitario e delle comunicazioni commerciali)³⁹.

³⁹ Il d. lgs. n. 146 del 2 agosto 2007, unitamente al d. lgs. n. 145 sono stati pubblicati in G.U., 207 del 6 settembre 2007. La legge 25 gennaio 2006, n. 29, pubblicata nel suppl. ord. n. 34 alla G.U., in precedenza aveva delegato il

La collocazione all'interno del Codice del Consumo, quale Codice di settore, permette di trarne conseguenze rilevanti dal punto di vista dell'interpretazione della legge. Si è detto a questo proposito: “cambiano antiche regole; non ci si può più accostare a questi testi come se fossero leggi speciali e per questi testi non può valere il principio dell'interpretazione restrittiva o il divieto dell'interpretazione analogica. Essi non fanno eccezione a regole generali, nel senso dell'art. 14 preleggi; formulano all'opposto altrettante regole generali”⁴⁰.

governo ad adottare, entro il termine di 18 mesi dalla sua entrata in vigore i d. lgs. recanti le disposizioni necessarie per dare attuazione nell'ordinamento italiano ad una serie di direttive, riportate negli allegati A e B alla medesima legge, fra cui la citata dir. 2005/29/CE che modifica la dir. 84/450/CEE del Consiglio, e le dir. 97/7/CE, 98/27/CE, n. 2002/65/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio “sulla cooperazione per la tutela dei consumatori”. Ai fini di correggere ed integrare il cod. di cons., con ulteriori disposizioni di coordinamento è stato poi emanato il d. lgs. n. 221 del 23 ottobre 2007. Sulla direttiva 2005/29/CE in tema di pratiche commerciali sleali, v. tra le tante: G. DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, p. 1; L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, p. 39; R. CALVO, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale nel diritto patrimoniale comune*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, p. 63; A. CIATTI, *I mezzi di prevenzione e di repressione delle pratiche commerciali sleali nella direttiva comunitaria del 2005*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, p. 79.

⁴⁰ Fra i molti v. P. RESCIGNO, in *Codici, Una riflessione di fine millennio*, Milano, 2002, p. 171; S. RODOTA, *Un codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in *Codici*, Milano, 2002, p. 541. Può essere ricordato che il dibattito dottrinale inerente alla disciplina del consumo ruotasse sull'opzione possibile diretta a decidere se inserire quella disciplina all'interno del Codice civile, o all'esterno di esso. Nella prima prospettiva, ad es., tra gli altri, P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nel diritto generale dei contratti*, in *Riv. Dir. civ.*, 2004, p. 787; S. PATTI, *Il diritto civile tra crisi e riforma dei codici*, in *Codificazione ed evoluzione del diritto privato*, Bologna – Roma, 1999, p. 68. Come noto il legislatore aveva preferito la seconda alternativa, istituendo un'apposita commissione presieduta da ALPA per la redazione del Codice adottato con d. lgs. n. 206 del 2005. In tema, G. ALPA, *Codice del consumo, Principi e rapporto con normative di settore e codice civile*, Relazione svolta al Convegno di Bari, 6 maggio 2006 cit.; ID., *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, p. 352.

Un pilastro normativo fondamentale dunque, per la ragione che attiene all'oggetto della disciplina concernente le pratiche commerciali scorrette, poste in essere da un professionista ed allo scopo che essa intende perseguire. Lo scopo risulta enunciato nell'art. 1 della direttiva, secondo cui: “La presente direttiva intende contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori, mediante l'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pratiche commerciali lesive degli interessi economici dei consumatori⁴¹”. L'oggetto sono le pratiche commerciali lesive degli interessi dei consumatori.

La definizione di “pratiche commerciali tra imprese e consumatori”, contenuta nella direttiva del 2005 è infatti amplissima: “qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale, ivi compresi la pubblicità o il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori”.

Altrettanto estesa la definizione di cui alla misura legislativa di attuazione confluita nell'art. 18 lettera d. del cod. cons., avrebbe potuto dar luogo a problemi interpretativi. Secondo l'art. 18, cod.

⁴¹ L'enunciazione dello scopo trova conferma in molteplici, considerando, v. ad es., nn. 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13 ecc. Come è noto, tra i diritti riconosciuti ai consumatori, possono distinguersi i diritti che hanno trovato riconoscimento costituzionale e i diritti di preminente matrice economica, come quelli qui in discussione. Possono essere diritti tradizionalmente qualificati come “diritti sociali”, ad es., diritto al consumo, all'adeguata informazione, alla pubblicità corretta, o diritti che appaiono relativi ai rapporti contrattuali, come ad es., i diritti alla correttezza, alla trasparenza, all'equità. V. in proposito fra gli altri, G. ALPA, *I diritti dei consumatori e degli utenti, Un commento alle l. 30 luglio 1998 n. 281 e 24 novembre 2000 n. 340 e al d. lgs. 23 aprile 2001 n. 224*, Milano, 2001; G. CHINE, *sub. art. 2, Codice del Consumo*, Milano, 2008, p. 13; R. ROLLI, *sub. art. 2, Codice del Consumo*, Piacenza, 2010, p. 97 ss.

cons., sono “pratiche commerciali tra professionisti e consumatori” (di seguito denominate “pratiche commerciali”): qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale, ivi compresa, la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori.

Definizione amplissima dunque che abbraccia qualsiasi condotta incluse le omissioni e qualsiasi dichiarazione o comunicazione dirette ai fini promozionali o pubblicitari o alla vendita o fornitura di un prodotto o un servizio e poste in essere da parte del professionista verso uno o più consumatori o utenti.

Come accennato, nel testo della direttiva in luogo dell'espressione “in relazione alla promozione” se ne era impiegata una diversa, vale a dire, direttamente connessa alla promozione. Al riguardo, in dottrina taluno aveva rilevato che il linguaggio della direttiva pareva ambiguo, perché non evidenziava se l'espressione andava intesa in senso oggettivo, richiedendo un oggettivo legame tra il comportamento (o la dichiarazione) del professionista e il contatto-contratto-rapporto posto in essere con il consumatore, o in senso soggettivo, richiedendo di accertare l'intento (doloso) del professionista⁴². La formula del testo italiano, più neutra, e preferibile, appare strumentale ad operare riferimento a qualsiasi tecnica commerciale impiegata dal professionista alla promozione commerciale (e quindi antecedente ad un diretto contatto con il consumatore, essendo sufficiente che si tratti di tecnica promozionale

⁴² V. G. DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della Direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, cit., in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, p. 8; E. BARGELLI, *L'ambito di applicazione della Direttiva 2005/29/CE: la nozione di pratica commerciale*, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. La Direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, Torino, 2007, p. 75.

perché a lui rivolta o diretta come possibile destinatario) o qualsiasi altra tecnica impiegata anche successivamente, nel momento di conclusione dell'accordo o durante la fase dell'esecuzione del contratto o durante la fase ancora successiva, come quella dell'assistenza post vendita.

L'espressione italiana in altri termini, separa meglio il significato del legame tra pratica commerciale e il consumatore nelle operazioni anche precedenti alla fase precontrattuale, come nella pubblicità o nel marketing e il significato diverso che quel legame assume nella fase successiva, relativa all'esecuzione del contratto o post contrattuale, dove la pratica assume un significato volto ad indurre il consumatore ad una scelta successiva rispetto a quella, non più in gioco, del potenziale acquisto del bene o servizio, una scelta diversa, ma comunque collegata o potenzialmente conseguente all'operazione commerciale già effettuata.

Si abbracciano dunque tutte le pratiche o tecniche che sono finalizzate ad influenzare (anche solo potenzialmente) le decisioni commerciali dei consumatori in ordine a qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni. Lo scopo inteso nell'ampio senso indicato (e che come già detto, solo nel suo primo significato, permette di comprendere nel concetto anche le pratiche pubblicitarie per il fine promozionale che le accomuna)⁴³, è ciò che conta per distinguere, nell'ambito delle molteplici pratiche o tecniche commerciali proprio quelle oggetto di questa disciplina, siano esse precedenti che coeve che inerenti la fase esecutiva o quella

⁴³ V. in proposito la Dir. CE 2006/114 del 12 dicembre 2006 sulla pubblicità ingannevole e comparativa, versione codificata e la definizione di pubblicità contenuta all'art. 2, d. lgs n. 145 cit., in relazione alla repressione della pubblicità ingannevole nell'ottica della tutela degli interessi dei professionisti.

successiva di un'operazione commerciale⁴⁴.

Rimangono così escluse quelle pratiche commerciali del tutto inidonee ad incidere nei rapporti tra professionisti e consumatori, perché pratiche dirette ad incidere solo nei rapporti tra professionisti, cd. *business to business*, pratiche che non presentano alcun nesso con un rapporto instaurato o da instaurarsi con un consumatore: il considerando n. 7 della direttiva è esplicito nell'affermare che la medesima direttiva, non riguarda le pratiche commerciali, realizzate principalmente per altri scopi rispetto a quello di influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori e a titolo indicativo si menzionano nell'esclusione, le comunicazioni commerciali rivolte agli investitori, come le relazioni annuali ecc.

Le pratiche commerciali vietate dalla Direttiva 2005/29CE sono dunque quelle che ledono la libertà di scelta e/o di comportamento dei consumatori. A questo punto è opportuno riprendere rispettivamente due ulteriori definizioni significative che si connettono con quella di pratiche commerciali, aiutando a comprendere meglio la valenza significativa complessiva, poiché se tali pratiche sono vietate in quanto incidendo sul consumatore/i sono idonee a lederne gli interessi economici, occorre brevemente considerare il significato rispettivamente di ciò che può integrare la messa in pericolo di quegli interessi esplicando ciò che si assume per falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori⁴⁵ e ciò che si assume per decisione di natura

⁴⁴ Ciò significa che si tratta di definizione che è funzionale ad individuare più precisamente l'ambito oggettivo di applicazione della presente normativa.

⁴⁵ Secondo l'art. 2, lettera e), della direttiva 2005/29/CE, si deve intendere per "*falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori*": *l'impiego di una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe*

commerciale⁴⁶.

In altre parole, le pratiche commerciali vietate sono quelle che incidono sul consumatore/i in quanto idonee ad alterare sensibilmente la capacità di prendere decisioni consapevoli, ossia, inducendoli a prendere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbero preso. La prima definizione implica dunque necessariamente anche la determinazione di ciò che si intende per una decisione di natura commerciale, espressione oggetto di un'ulteriore ed autonoma definizione.

Il significato di quest'ultima si riflette in definitiva nel significato della prima: esso è molto ampio, perché nelle decisioni di natura commerciale rientrano, sia la scelta di accettare o meno di instaurare con un professionista un determinato rapporto contrattuale relativo ad un bene o servizio, sia le scelte relative al tenore del regolamento contrattuale, sia le scelte relative a sé, come e quando esercitare un diritto collegabile al rapporto contrattuale già eseguito, anche, eventualmente, di un diritto collegato *ex lege* al rapporto contrattuale interessato: non solo dunque diritti contemplati da normative nazionali attuative di direttive comunitarie, ma anche diritti previsti autonomamente solo da parte dei singoli legislatori nazionali.

In dottrina, con riferimento alla definizione della direttiva di falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori, ci si è interrogati sulla valenza significativa da

altrimenti preso. Identica la corrispondente definizione confluita nell'art. 18, lettera e) cod. cons.

⁴⁶ Secondo l'art. 2, lettera k), della direttiva 2005/29/CE, si deve intendere per "*decisione di natura commerciale*": una decisione presa da un consumatore relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene, o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto. Tale decisione può portare il consumatore a compiere un'azione o all'astenersi dal compierla. Identica la corrispondente definizione confluita nell'art. 18, lettera m) cod. cons.

attribuire alla idoneità della pratica commerciale ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, chiedendosi se si tratti o meno di requisito autonomo rispetto a quello dell'attitudine della pratica ad indurre il consumatore a prendere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti assunto. Più in particolare, ci si è domandato se il significato della seconda espressione integri un requisito diverso e aggiuntivo rispetto alla prima, ossia richieda in proposito un separato accertamento, o rappresenti invece l'esplicazione dell'avverbio sensibilmente, nel senso che la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole potrebbe considerarsi alterata sensibilmente solo se la pratica commerciale abbia giocato un ruolo causale determinante nell'indurre il consumatore a prendere una certa decisione di natura commerciale (che altrimenti non avrebbe preso).

Nel senso della funzione sostanzialmente esplicativa dell'una rispetto all'altra si è argomentato sottolineando il profilo letterale della definizione, dove l'avverbio "pertanto" chiarisce che l'induzione del consumatore ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso è l'effetto, cioè la conseguenza dell'alterazione sensibile della sua capacità di prendere una decisione con cognizione di causa. Nel senso di una maggiore autonomia tra le due espressioni, si è invece argomentato che altrimenti ne risulterebbe svilito l'avverbio sensibilmente, mentre proprio attraverso il medesimo, l'intenzione degli organi comunitari sarebbe stata quella di escludere dalle pratiche sleali condotte scorrette ma prive di potenzialità pregiudizievoli autenticamente rilevanti per il consumatore ed a riguardo si menziona il considerando n. 6, ove si afferma che secondo il principio di proporzionalità la direttiva tutela

i consumatori dalle conseguenze di pratiche sleali allorché queste siano rilevanti, ma si riconosce che in alcuni casi l'impatto sui consumatori può essere trascurabile.

In realtà, le pratiche che falsano in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori, sono quelle atte ad incidere sulla sua capacità di decisione falsandone il giudizio e che si rivelano determinanti in tal senso. In ogni caso, è opinione condivisa che c'è alterazione sensibile della capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole con effetto pregiudizievole per il medesimo, sia nel caso di pratica sleale diretta ad incidere sulla capacità del consumatore, in positivo, spingendolo alla conclusione di un contratto che altrimenti non avrebbe concluso, o a sciogliere un rapporto dal quale altrimenti non si sarebbe sciolto, o ad esercitare un diritto che altrimenti non avrebbe esercitato, sia in negativo, nel senso di risultare determinante nel dissuadere il consumatore dal concludere un contratto che altrimenti egli avrebbe concluso, o a farlo astenere dal porre fine ad un rapporto contrattuale di durata già instaurato, o dall'esercitare un diritto che altrimenti non avrebbe esercitato.

Va anche osservato che mentre per alcuni, sotto questo profilo, la tutela giuridica appare preordinata solo ad assicurare la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, intesa come decisione assunta sulla base di informazioni a tal fine sufficienti e/o adeguate, altri ritengono venga tutelata, in modo più esteso, la libertà di scelta del consumatore (anche intesa come libertà di comportamento senza condizionamenti negativi). In altri termini, nella prima prospettiva, a differenza che nella seconda, mentre rilevarebbero le pratiche commerciali che non alterino le informazioni che il consumatore necessita per prendere una decisione

informata (attraverso la fornitura di false informazioni o l'omessa fornitura di informazioni rilevanti) non rileverebbero le pratiche commerciali che si risolvano in pratiche che incidano solo sul grado di libertà, intesa come autonomia e spontaneità (della scelta) del consumatore.

Un ultimo problema posto in riferimento alla definizione falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore, emerso in riferimento al testo della direttiva, in dipendenza con le diverse traduzioni linguistiche, attiene all'interrogativo se la pratica commerciale interessata suscettibile ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, vada qualificata come tale solo in base ad un parametro oggettivo, in considerazione della condotta o tecnica impiegata in sé e per sé o richieda anche la presenza di un elemento soggettivo, inteso come pratica intenzionale o dolosa (preordinata al fine dell'alterazione sensibile della capacità di scelta del consumatore). Come già accennato, il testo italiano della definizione della direttiva, confermato anche dalla lettera oggi contenuta nell'art. 18 cod. cons., deporrebbe senza dubbio a favore della prima soluzione.

Una siffatta soluzione appare comunque preferibile anche in considerazione della valutazione operata dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato nel sistema pregresso relativo alla pubblicità ingannevole, dove, veniva sempre specificato che il giudizio sulla portata recettiva di un messaggio pubblicitario, non presupponesse affatto una valutazione riferibile allo stato soggettivo dell'operatore, ma postulasse la sufficienza di una valutazione oggettiva attinente unicamente al contenuto della comunicazione o

alla sua modalità di presentazione⁴⁷.

In definitiva, ricapitolando, le pratiche commerciali sleali sono vicende che possono presentarsi in qualsiasi momento dell'intero e complesso arco di possibili relazioni intercorrenti tra professionisti e consumatore/i, vicende che possono riguardare sia lo spazio temporale relativo al prima, che al durante o al dopo un'operazione economica unitariamente intesa.

Ed anzi, questa è la prima volta che il diritto comunitario (matrice della normativa sulle pratiche commerciali scorrette), detta una disciplina volta a regolare interamente l'operazione economica e il complesso di vicende ed eventi che possono interessarla per opera dei professionisti, venendo ad incidere negativamente sulla libertà di scelta dei consumatori, senza più scomporre quell'operazione economica nelle sue singole fasi o nelle sue singole vicende costitutive come era avvenuto in precedenza con le diverse direttive che via, via, avevano riguardato, proprio o singole fasi di quell'operazione economica, come la pubblicità, o particolari tecniche di contrattazione, quali la negoziazione al di fuori dei contratti commerciali o la contrattazione a distanza, o che avevano riguardato singoli profili, come ad esempio la direttiva che aveva disciplinato il contenuto della cd. garanzia convenzionale e la sua vincolatività, o altre specifiche vicende/eventi, quale la direttiva che aveva disciplinato la responsabilità del professionista per prodotti difettosi, o quelle che avevano interessato solo settori determinati e specifici come quello dei prodotti cosmetici o quello dei prodotti alimentari, ecc.

Le pratiche commerciali sleali sono, invece, un'eterogenea

⁴⁷ Cfr. caso, Ford Focus Style Wagon 1.6 TDCI 90CV, PI/5394, Provv. 16467, in *Boll.*, 6/2007; nello stesso senso, caso, Offerte Lidle di San Donà di Piave, PI/4790, Provv. 14537, in *Boll.* 29/2005.

molteplicità di eventi/vicende che possono intercorrere tra un professionista e un consumatore o tra professionista e una pluralità di consumatori in una qualunque fase o momento del rapporto di consumo: vicende/eventi che possono afferire tanto alla pubblicità e/o alle comunicazioni promozionali, molto prima dello svolgimento di alcuna trattativa contrattuale vera e propria tra professionista e consumatore, quando la pratica è destinata o può raggiungere una platea o moltitudine indeterminata di possibili consumatori o utenti; possono essere vicende/eventi che si possono presentare nelle trattative, che ineriscono al momento del “primo contatto” con il consumatore-utente, quando il professionista, direttamente o indirettamente, pone in essere, in qualsiasi modo, e con qualsiasi tecnica, l'offerta di un suo particolare prodotto o servizio specifico ed invita in proposito, in qualsiasi modo, all'acquisto attraverso pratiche sleali (dentro o fuori i locali commerciali, o con tecniche di contrattazione a distanza varie, via telefono, teleselling); possono essere vicende/eventi che si presentano durante la conclusione di un contratto, o dove il professionista omette, ad esempio, di adempiere agli obblighi informativi preventivi che gli sono accollati dal diritto comunitario e che devono essere adempiuti antecedentemente rispetto al momento in cui il consumatore è chiamato ad esprimere la propria adesione/accettazione di un'offerta: può trattarsi così della mancata comunicazione al consumatore di informazioni relative al prodotto o servizio che gli sono necessarie per compiere una scelta d'acquisto consapevole, come quelle relative al prezzo o agli elementi essenziali del medesimo, o della mancata comunicazione al consumatore di altre informazioni, come ad esempio, che nel caso concreto gli spetta un diritto di ripensamento, del termine che gli è stato accordato per esercitarlo, delle modalità relative al suo

esercizio; o può trattarsi di vicende/eventi che vengono ad incidere durante l'esecuzione di un rapporto inerente l'intera filiera produttore-consumatore o distributore-consumatore, nel momento in cui il contratto aveva già potuto esaurire i suoi effetti, come qualora, ad esempio, si tratti di pratiche commerciali che riguardino l'assistenza post vendita.

L'arco intero delle possibili relazioni professionista-consumatore o distributore-consumatore/i è regolato dalla direttiva in esame e ciò significa che la libertà dei consumatori chiamata in gioco da una qualsiasi delle possibili condotte o comunicazioni del professionista prospettabili come pratiche commerciali sleali, è protetta sempre e comunque, senza possibilità di lacune/spazi vuoti/o scomposizioni in segmenti artificialmente riduttivi e perciò, di per sé, forieri di possibili problemi (nell'ottica di un'esauriente ed efficace protezione degli interessi economici dei consumatori).

4. Le clausole generali.

L'art. 20 cod. cons. si apre con un comma che sancisce il divieto delle pratiche commerciali scorrette⁴⁸. Ad esso si collega quanto previsto, in positivo, dall'art. 2 c-bis) che aggiunge ai fondamentali "diritti dei consumatori", il <<diritto all'esercizio delle pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà>>⁴⁹.

⁴⁸ Questa norma recepisce l'art. 5 della Direttiva 2005/29/CE, che utilizza però l'espressione pratiche commerciali <<sleali>>. Come chiarisce la relazione di accompagnamento al d.lgs. 146 del 2007, la diversa scelta nella formulazione operata dal legislatore italiano risponde all'esigenza di non creare confusione con la disciplina della concorrenza sleale di cui all'art. 2598 c.c.

⁴⁹ "Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale e' diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori".

Per comprendere tale divieto e delimitarne l'ambito di operatività, l'interprete deve affrontare un percorso a spirale tra diverse definizioni che si trovano sia nell'articolo in oggetto (commi 2-5) sia in quelli immediatamente precedenti e seguenti.

Per quel che riguarda, in particolare, l'art. 20, viene in rilievo, in primo luogo, quanto disposto al comma 2, il cui contenuto è a sua volta integrato dalla previsione di cui al comma 3. Concorrono, infine, a completare la norma i comma 4 e 5: mentre al comma 4 si precisa che sono da ritenersi scorrette le pratiche ingannevoli ed aggressive descritte delle norme successive, l'ultimo comma individua all'interno di quelle ingannevoli ed aggressive la c.d. "*black list*", cioè un elenco di clausole da considerarsi in ogni caso scorrette.

La presenza di un numero così elevato di definizioni riprende una modalità di redazione dei testi normativi che è ormai consolidata nelle fonti di matrice comunitaria. Così, ad esempio, il legislatore si propone di fissare il significato di: <<pratiche commerciali tra professionisti e consumatori>> [art. 18, lett. d)]; <<falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori>> [art. 18, lett. e)]; <<diligenza professionale>> [art. 18, lett. h)]; oltre che di <<consumatore>> [art. 18, lett. a)]; <<prodotto>> [art. 18, lett. c)]; e <<decisione di natura commerciale>> [art. 18, lett. m)].

La definizione di pratiche commerciali scorrette – che è l'unica ad essere stata modificata nel passaggio della direttiva al d.lgs. n. 146 del 2007 - menziona qualsiasi <<azione, omissione, condotta o dichiarazione, ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione di un prodotto>> posta in essere <<in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori>>. Si tratta di una descrizione così ampia che vi rientra qualsiasi attività commerciale

posta in essere dal professionista e relativa al prodotto destinato al consumatore⁵⁰. Tale pratica commerciale, per essere scorretta, deve poi essere <<idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso>>. Inoltre, la pratica commerciale deve essere contraria a diligenza professionale, come definita dall'art. 18, comma 1, lett. h), codice consumo. La complessità e l'articolazione di queste definizioni mostra come il percorso tracciato dal legislatore sia irto di ostacoli per l'interprete.

E' opportuno sottolineare come vi sia stato un massiccio ricorso alla tecnica legislativa per clausole generali (correttezza, diligenza, buona fede, ragionevolezza – solo per citarne alcune) e a formulazioni (si pensi, ad esempio, ad <<alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole>>) che lasciano inevitabilmente margini di discrezionalità per l'interprete – sia esso un giudice o un'autorità – chiamato ad applicarle. Rispetto all'uso marginale che delle clausole generali si faceva nel codice civile e più in generale, alla cautela con cui venivano impiegate espressioni potenzialmente vaghe nella redazione dei testi normativi, oggi il legislatore sembra aver completamente assimilato l'idea di una “trama aperta” del diritto⁵¹.

⁵⁰ Il considerando n. 13 della direttiva si preoccupava già di definire l'ambito operativo del divieto, che si applica alle pratiche commerciali scorrette che falsano il comportamento economico dei consumatori, comprese quelle che si verificano all'esterno di un eventuale rapporto contrattuale tra un professionista e un consumatore o in seguito alla conclusione di un contratto e durante la sua esecuzione. Si è dunque in presenza di una clausola generale molto ampia, estesa alle pratiche commerciali poste in essere, prima, durante e dopo un'operazione commerciale.

⁵¹ Sulla nozione di “trama aperta” (open texture) del diritto, vedi N. MACCORMICK, *On 'Open Texture' in Law*, Edimburg, 1991, p. 143

Da questo punto di vista, il codice del consumo può essere considerato un passo ulteriore nella direzione di una legislazione “per principi” che – sin dagli anni Sessanta del secolo scorso – alcuni studiosi hanno auspicato come un’evoluzione indispensabile dei sistemi giuridici “civil law”⁵².

Per riprendere un’espressione impiegata da uno di questi studiosi, si potrebbe affermare che ci troviamo ormai in una nuova stagione che si può caratterizzare come il “tempo delle clausole generali”. La vaghezza – potenziale o attuale – di una disposizione non viene più considerata necessariamente un difetto; al contrario, si cerca di metterne a frutto gli elementi positivi⁵³.

Si pensi, tanto per fare un esempio su cui torneremo in seguito, all’uso che viene fatto in questa disciplina della nozione di “ragionevolezza”⁵⁴. Termine dal significato indiscutibilmente vago, esso deve necessariamente essere specificato dall’interprete alla luce di considerazioni che eccedono di gran lunga la tradizionale ricostruzione degli istituti. Ciò che è ragionevole, nei diversi contesti

⁵² Si pensi, ad esempio, alla prolusione di Stefano Rodotà letta nell’aula magna dell’Università di Macerata nel dicembre del 1966 e recentemente ripubblicata. In tale sede, l’Autore richiamava la necessità di impiegare la tecnica legislativa per clausole generali allo scopo di evitare che i principi <<rappresentino la stanca proiezione di tipi esemplati sulle esperienze già compiute, come tali inidonei a reggere un imprevedibile futuro>>. La formulazione elastica caratteristica delle clausole generali sarebbe invece idonea a “guidare” la dinamica di una “società di trasformazione” senza “esserne travolta”. S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche*, Napoli, 2007, p. 43. Sulla distinzione tra principi e clausole generali, si veda anche S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 143.

⁵³ Sul punto, vedi G. CALABRESI, *A Common Law for the Ages of Statutes*, Cambridge (Mass.), 1982, p. 72.

⁵⁴ Segnala S. ZORZETTO, *La ragionevolezza dei privati*, Milano, 2008, p. 93 ss. <<il lessema “ragionevolezza” ricorre undici volte nel Codice del Consumo ed è presente in disposizioni cruciali del decreto legislativo di attuazione della direttiva comunitaria sulle pratiche sleali nei rapporti tra imprese e consumatori>>. Sulla ragionevolezza si rinvia anche a S. TROIANO, *La <<ragionevolezza>> nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, p. 143.

in cui tale valutazione è appropriata, può essere rilevato soltanto abbandonando le cautele ispirate da una concezione rigida del ruolo del giudice⁵⁵.

Questo modo di procedere da parte del legislatore risponde evidentemente anche a una diversa concezione del ruolo del pubblico potere, che da arbitro diventa anche agente che interviene in positivo per assicurare che lo scambio sia – per quanto possibile – equo⁵⁶. L'uso di clausole generali e di formulazioni che lasciano ampi margini di discrezionalità agli interpreti è in tal senso direttamente funzionale a un'esigenza di tutela del consumatore che non sarebbe altrettanto garantita da una legislazione che impieghi invece un metodo casistico. Infatti, il ricorso alla abituale tecnica legislativa regolamentare non soltanto si traduce in una disciplina che può rapidamente entrare in conflitto con i dati della realtà sociale o palesarsi a questi inadeguata, ma soprattutto può dare origine ad una disciplina contraddittoria rispetto alle proprie finalità: una previsione regolamentare non è disciplinata dall'esercizio, ma soltanto di alcuni comportamenti in cui quell'esercizio può concretarsi⁵⁷. Al contrario, le clausole generali forniscono strumenti idonei a consentire una valutazione di tutti i comportamenti che, rispetto a un fine o a un effetto considerati, si pagano in posizione di equivalenza⁵⁸. Dunque, attraverso un uso non marginale delle clausole generali il legislatore indica all'interprete uno schema per specificarne il contenuto senza

⁵⁵ Si pensi, ad esempio, alla dottrina c.d. del “*void for vagueness*” più volte invocata in decisioni della Corte Suprema degli Stati Uniti in cui si dichiarava l'invalidità di disposizioni legali il cui significato appariva ai giudici costituzionali così vago da non offrire alcuna guida affidabile per le persone cui esse andrebbero applicate. Si vedano, a tal proposito, le decisioni in cui la dottrina del “*void for vagueness*” è stata invocata a proposito della ragionevolezza richiamate in R. BORK, *The Goals of Antitrust Policy*, in *The American Economic Review*, 1967, p. 144

⁵⁶ S. A. SMITH, *Contract Theory*, Oxford, 2004, p. 45.

⁵⁷ S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche cit.*, p. 144

⁵⁸ S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche cit.*, p. 144

privarlo della necessaria autonomia nel valutare il modo di farlo che appare concretamente più congruente con gli scopi di tutela del consumatore perseguiti dalla disciplina. In questa prospettiva, si ritiene che proprio le clausole generali rappresentino la chiave di lettura della norma in esame.

5. Pratica commerciale scorretta e tutela della libertà di scelta del consumatore: a) la contrarietà alla diligenza professionale.

Il divieto concerne ogni pratica commerciale che sia: a) contraria alle norme di diligenza professionale; b) falsa o idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio, in relazione al prodotto.

Va preliminarmente rilevato che si tratta di un “illecito di pericolo”, tale per cui non è necessario che si sia verificato l’effetto lesivo perché si sia in presenza di una fattispecie giuridicamente rilevante⁵⁹. Ciò premesso, la tesi prevalente ritiene che per la sua applicazione debbano verificarsi entrambe le condizioni⁶⁰. Vi è però chi afferma che i due presupposti non possano davvero essere considerati separatamente, in quanto aspetti della medesima violazione; ciò per l’impossibilità di configurare una pratica idonea a falsare il comportamento economico del consumatore che non sia anche contraria alla diligenza professionale. Se questa ultima affermazione pare cogliere nel segno, essa non sembra però reggere di fronte all’ipotesi opposta, cioè quando il comportamento sia

⁵⁹ Molti sono i casi affrontati dall’Autorità che possono essere consultati sul sito www.agcm.it.

⁶⁰ Infatti come osserva V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Padova, 2008, p. 94, si tratta di illeciti di pericolo per i quali non è necessario che la pratica abbia prodotto il loro effetto lesivo, ma solo che sia idonea a produrlo.

contrario alla diligenza professionale ma non idoneo ad alterare il processo decisionale del consumatore.

In ogni caso, è necessario chiarire cosa si intenda per “diligenza professionale”. Anche la definizione di diligenza professionale è, nel suo complesso, di difficile interpretazione in considerazione dell’elevato numero di clausole generali in essa contenute⁶¹. Nella proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali si chiariva che il concetto di “diligenza professionale” è analogo alle nozioni di “corretta condotta professionale” presente nella maggior parte degli ordinamenti giuridici degli Stati membri: è la misura dell’attenzione e della competenza esercitate da un buon operatore professionale, conformemente alle norme di condotta professionale generalmente riconosciute nel suo specifico settore di attività⁶². In sede di recepimento della direttiva, si è scelto di utilizzare il riferimento alla correttezza e di non riprendere la formula cui aveva fatto ricorso il legislatore comunitario delle “pratiche commerciali oneste”. Sebbene abbandonata, questa formula – come si vedrà – conserva utilità nell’attribuire oggi significato alla “correttezza”, che sembra aver perciò un significato diverso da quello che normalmente le si è attribuito nel codice civile. Inoltre, si è osservato che il testo della legge si discosta rispetto alla direttiva comunitaria, poiché il riferimento è alla ragionevole aspettativa dei consumatori nei confronti del professionista e non a ciò che si può ragionevolmente presumere che il professionista faccia; con la conseguenza che, a

⁶¹ L’art. 18, comma 1, lett. h), la caratterizza come si è detto, come <<il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e buona fede nel settore di attività del professionista>>. Molto critico verso questa definizione è V. MELI, *Le pratiche sleali cit.*, p. 98, secondo il quale <<essa ci presenta una sorta di ibrido, tra diligenza professionale in senso civilistico e correttezza professionale, che sotto entrambi i profili appare anacronistica e fuori consenso>>.

⁶² Proposta di direttiva del 18 giugno 2003, COM (2003) 356 def., § 53. p. 148

differenza di quanto previsto dalla direttiva, l'aspettativa non è quella di un osservatore "terzo", ma quella dei destinatari della pratica commerciale⁶³.

Per dare ulteriore concretezza alle clausole generali che vengono qui in rilievo occorre sottolineare che, al di là delle scelte terminologiche operate dal legislatore, esiste un collegamento tra la norma in esame e l'art. 39 cod. cons., che stabilisce le regole da osservarsi nelle attività commerciali, poiché entrambi le marche impongono al professionista una condotta conforme ai principi di buona fede e correttezza. Questo obiettivo è perseguito con una certa sistematicità nel codice del consumo, tanto più che, come si era osservato ancor prima della direttiva sulle pratiche commerciali sleali, proprio l'art. 39: ha una funzione di "completamento" della disciplina relativa alle pratiche commerciali sleali, che sfuggono ad una disciplina specifica e che falsano il comportamento economico dei consumatori. Si tratta di atti, comunicazioni, omissioni, comportamenti, che indebitamente influenzano il consumatore, con la potenzialità di indurlo a compiere un atto di commercio in maniera non ponderata o psicologicamente non libera⁶⁴.

Pur nella loro genericità, sia la correttezza sia la buona fede concorrono a definire il contenuto dell'obbligo cui è tenuto il professionista, salvo pensare che si tratti di sinonimi inseriti nel testo

⁶³ Così G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale scorretta*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008, il quale esprime dubbi e critiche sulle scelte operate dal legislatore di discostarsi dalla direttiva.

⁶⁴ Così M. SANDULLI, *Sub art. 39*, in *Codice del consumo*, Napoli, 2005, p. 288. Si veda inoltre G. VETTORI, *Sub art. 39*, in *Codice del consumo. Commentario a cura di G. Vettori*, Padova, 2007, p. 414. Sottolinea il legame tra l'art. 20 e l'art. 39, L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali* in, E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali, Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007, p. 3.

del d.lgs. n. 146 del 2007 solo in ossequio alla tradizione giuridica di diritto interno che spesso li usa insieme. Se così fosse, però, la correttezza non avrebbe un significato autonomo diverso dalla loro fede, mentre essa deve essere intesa come correttezza professionale, che impone cioè al professionista l'obbligo di osservare regole rigorose che non si limitano alla legge ed eventualmente al contratto, ma che discendono anche dalle pratiche commerciali oneste e dai codici deontologici.

Già in sede dei primi commenti alla direttiva si è, da un lato, ritenuto che i criteri delle “pratiche commerciali oneste” (oggi “correttezza”) e della “buona fede” altro non siano che i parametri alla cui stregua valutare la ragionevolezza dell'aspettativa del consumatore a fronte di una pratica commerciale posta in essere dal professionista; dall'altro lato, invece, si è sostenuto che tali termini solo surrettiziamente sono presentati come elementi della definizione di diligenza, mentre in realtà hanno portata normativa autonoma, in quanto anch'essi hanno rilievo di principi⁶⁵.

Le due letture conducono a risultati diversi nella misura in cui si privilegia, nel secondo caso, l'idea che i principi di correttezza e buona fede devono essere intesi come regole oggettive esterne, che impongono alle imprese ulteriori doveri di informazione e di protezione, funzionali al rispetto della libertà di scelta del consumatore e ciò a prescindere da qualsiasi consuetudine o pratica corrente. In questo senso il riferimento alla diligenza professionale servirebbe a valutare la colpevolezza dell'agente, ma non a definire la pratica commerciale come “scorretta” posto che, a tal fine, è

⁶⁵ Nel primo senso G DE CRISTOFARO, *La nozione generale*, cit., p. 151. Ritiene invece M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari sulla disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Padova, 2008, p. 48.

centrale l'idoneità della pratica a falsare il comportamento economico del consumatore medio⁶⁶.

In effetti, il cuore della valutazione attiene certamente all'idoneità della pratica a falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori. La diligenza professionale sembra infatti giocare soprattutto sul piano dei limiti all'esigibilità della prestazione del professionista, consentendo di valutare, alla luce delle ragionevoli aspettative dei consumatori, la conformità alla condotta alle regole di settore in cui il professionista opera⁶⁷. In questo senso anche l'AGCM osserva che <<nell'ambito del Codice del consumo, il canone della diligenza professionale si presta ad essere valutato, tra l'altro anche in base al parametro della legalità della condotta imposta al professionista>>⁶⁸.

Peraltro, come è stato sottolineato, nel determinare il grado di diligenza esigibile da ciascun professionista il riferimento al criterio dell'art. 1176, comma 2, c.c. vale solo in misura ridotta, non esistendo un modello astratto di professionista e dovendosi dare invece rilievo alle circostanze del caso concreto e al settore in cui opera il professionista. Ciò tanto più che la norma fa espresso riferimento al comportamento economico del consumatore in relazione al prodotto.

Si può infine ritenere che il richiamo alla correttezza, buona fede e lealtà della pratica commerciale importi un'estensione degli artt. 1175, 1337, 1375 c.c. e, soprattutto, dell'interpretazione che di esse

⁶⁶ M. LIBERTINI, *Clausola generale*, cit., p. 54.

⁶⁷ G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale*, cit., p. 151, ritiene che le regole di diligenza professionale siano, essenzialmente, regole di condotta corrispondenti ad un determinato grado di cura e di attenzione che il professionista ha l'onere di osservare nelle pratiche commerciali che pone in essere nei confronti dei consumatori.

⁶⁸ Si veda provv. 18951 del 2 ottobre 2008, PS 322, (Neomobile, Suonerie Gratis), in Boll. 37/08., p. 150

ha dato la giurisprudenza⁶⁹, ma solo in quanto compatibili con la ratio dell'art. 20 cod. cons.⁷⁰.

6. (Segue) b) l'idoneità della pratica a falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori.

Quanto all'idoneità della pratica a falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori, è necessario che essa:

- i) induca il consumatore ad assumere una decisione che altrimenti non avrebbero mai preso⁷¹;
- ii) sia idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di assumere una decisione consapevole.

Appare chiaro che tutelare tale libertà non significa impedire alle imprese di far leva sul "consumismo"⁷², facendo ricorso a strategie di

⁶⁹ Osserva G. DE CRISTOFARO, *Il divieto, cit.*, p. 129, che: «<<Sarebbe invero irragionevole (...) postulare un assoluta e completa autonomia dei due sistemi normativi escludendo a priori qualsiasi reciproca interferenza fra di essi. Per altro verso, deve negarsi che la qualificazione di una pratica commerciale in termini di "scorrettezza" ai sensi degli artt. 20 ss. c. cons. comporti sempre, necessariamente e automaticamente, la contrarietà a buona fede (a norma e ai fini di cui gli artt. 1175, 1377 e 1375 c.c.) del relativo comportamento>>». p. 150

⁷⁰ G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale, cit.*, p. 152, precisa che tali principi generali devono essere adattati alla «<<natura speciale della fattispecie delle "pratiche commerciali" di cui all'art. 18, lett. d), c. cons.: cautele, comportamenti e livello di cure e competenza suscettibili di essere considerati dovuti varieranno dunque in relazione alla tipologia dei destinatari della pratica, nonché in relazione alle caratteristiche che connotano il settore di attività del professionista>>». p. 150

⁷¹ Tuttavia osserva G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale, cit.*, p. 157, che la disposizione trova applicazione non soltanto quando «<<si rivela fondamentale nello spingere un consumatore ad accertare di concludere il contratto (che senza di essa non avrebbe mai stipulato), a sciogliere un rapporto contrattuale instaurato o ad esercitare un diritto del quale è titolare nei confronti della propria controparte, ma anche quando si dimostra decisiva, nell'indurre un consumatore a rifiutare una proposta contrattuale o ad astenersi dal fare falere un diritto o dal porre fine ad un rapporto contrattuale di durata, ovvero nel condurlo ad accettare l'inserimento di determinate clausole nel regolamento negoziale destinato a disciplinare il rapporto contrattuale, a stipulare il contratto con determinate modalità (...), a scegliere uno dei più possibili rimedi messi a disposizione dalla legge (...)>>».

⁷² Sul fenomeno del consumismo in Italia in prospettiva storica, si vede E. SCARPELLINI, *L'Italia dei consumi*, Bari, 2008, p. 150.

marketing che inducano i consumatori a desiderare beni di consumo anche perché condizionati da ciò che viene solo proposto⁷³; piuttosto ciò che viene impedito è l'abuso di queste tecniche, che si può tradurre nell'alterare il processo di determinazione della volontà dei consumatori in maniera apprezzabile nella fase della scelta finale di acquisto.

Come è stato osservato, con la disciplina in esame, il legislatore non mira tanto a tutelare il singolo consumatore nella conclusione del contratto per la sua condizione di "asimmetria" di potere rispetto al professionista, quanto piuttosto a garantire il rispetto delle regole di concorrenza e di conoscenza che, se violate, incidono negativamente sull'autonomia e consapevolezza decisionale del consumatore chiamato ad operare scelte di carattere economico.

L'obiettivo perseguito dal legislatore è quello di guardare ai consumatori come operatori economici razionali che si muovono sul mercato in modo consapevole e non come soggetti deboli sopraffatti dalla forza del professionista⁷⁴: sembra dunque ormai essere stato recepito anche a livello normativo il superamento della concezione paternalistica che accompagna invece, in modo più marcato, la disciplina dei contratti dei consumatori. Se nella fase della negoziazione delle clausole contrattuali appare necessario intervenire

⁷³ M. LIBERTINI, *Clausola generale*, cit., p. 57, secondo il quale <<(…) rimane fuori dal divieto tutto ciò che nell'ambito della comunicazione d'impresa, contribuisce alla formazione delle mode e dei riferimenti culturali, che poi costituiscono le ragioni profonde delle scelte compiute dal consumatore finale. In altri termini, la rilevanza giuridica del divieto di PCS si concentra esclusivamente sulla decisione finale di acquisto, mentre rimane ad esso estraneo tutto il processo culturale e psicologico che determina le ragioni profonde delle scelte finali di acquisto compiute dal consumatore>>.

⁷⁴ Come rilevato da Gerald Thain, l'immagine (o lo stereotipo) del consumatore che ispira il diritto dei consumatori nella UE – in particolare nelle decisioni della Corte europea di giustizia – è quello di una persona competente che cerca l'informazione in modo aggressivo e le valuta criticamente nel compiere le proprie scelte di acquisto.

per correggere lo squilibrio strutturale che esiste tra consumatori e professionisti, nella fase di scelta o acquisto del bene o del servizio ciò che va soprattutto tutelato è l'interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato quale luogo di scambio tra domanda e offerta, potenziando il ruolo sovrano del consumatore⁷⁵. Si è perciò al cospetto di un soggetto a cui l'ordinamento di settore cerca di garantire soprattutto un'adeguata informazione⁷⁶, con l'obiettivo di rendere così il mercato più efficiente e dinamico anche sotto il profilo concorrenziale.

In conclusione, la pratica, per essere idonea e falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore, deve essere tale di alterare sensibilmente la capacità di questi di assumere la <<decisione di natura commerciale>> - come definita dall'art. 18, comma 1, lett. m), cod. cons. – con cognizione di causa, come avviene, ad esempio, in caso di pratiche commerciali ingannevoli o aggressive. Si è al riguardo rilevato che assume perciò rilievo centrale anche il requisito dell'apprezzabilità dell'effetto discorsivo della libertà di scelta del consumatore, volendosi evitare <<un'applicazione formalistica del divieto di pratiche commerciali scorrette, in relazione a fattispecie che, in base ad una valutazione sociale tipica, appaiano inidonee ad influire sui processi di scelta del consumatore>>⁷⁷.

Nelle decisioni dell'AGCM si legge, ad esempio, che quanto alla contrarietà alla diligenza professionale, non si riscontra nel caso di specie da parte del professionista il normale grado di competenza e attenzione che ragionevolmente ci si può attendere, avuto riguardo alla qualità del professionista ed alle caratteristiche dell'attività

⁷⁵ M. LIBERTINI, *Clausola generale cit.*, p. 6.

⁷⁶ Sul punto, v. L. ROSSI CARLEO, *Sub art. 18 cit.*, p. 151

⁷⁷ Così M. LIBERTINI, *Clausola generale cit.*, p. 61.

svolta. Per quanto attiene, inoltre, all'idoneità della pratica a falsare in misura apprezzabile le scelte dei consumatori, si osserva che le informazioni che vengono fornite al pubblico in modo oscuro ed incomprensibile riguardano le condizioni di fruizione ed economiche delle promozioni in questione, le quali costituiscono uno dei principali parametri cui fanno riferimento i consumatori, allorché compiono proprie valutazioni sull'opportunità di acquistare o meno un prodotto o un servizio⁷⁸.

7. Il consumatore “medio”.

Nell'art. 20 cod. cons. emerge un nuovo modo di guardare alla figura del consumatore che si coglie in due aspetti della disposizione in oggetto: l'esplicito richiamo alla “ragionevole aspettativa del consumatore” nella descrizione del contenuto dell'obbligo di diligenza e l'introduzione della nozione di “consumatore medio”, che per la prima volta entra a fare parte del lessico del legislatore del codice del consumo. Si tratta di due aspetti intimamente connessi.

Come è stato evidenziato⁷⁹, in questo caso l'uso di un'espressione vaga come “ragionevolezza” all'interno della definizione della diligenza sembra bilanciare esigenze contrapposte di uniformità di trattamento e di rispetto per la singolarità, richiedendo all'interprete un ragionamento presuntivo su quale possa essere, in relazione alle circostanze, la “ragionevole” aspettativa del consumatore. Alludere alla ragionevolezza consente, infatti, il rinvio a modelli e regole non

⁷⁸ Si veda, ad esempio, provv. n. 18950 del 2 ottobre 2008, PS 43 (H3G – Ricariche e limiti di utilizzo di credito), in Boll. 37/2008; provv. n. 18400 del 21 maggio 2008, PS 30 (Geronimo Stilton – English), in Boll. 20/2008.

⁷⁹ S. ZORZETTO, *La ragionevolezza cit.*, p. 105.

prestabiliti, che sono costruiti dall'interprete selezionando le circostanze rilevanti⁸⁰.

Anche il riferimento al “consumatore medio” può essere spiegato solo nel contesto della scelta del legislatore di procedere attraverso clausole generali che caratterizza l'art. 20. In assenza di una espressa definizione normativa, occorre richiamare quanto previsto dal considerando n. 18 della Direttiva 2005/29/CE, la quale rinvia all'uso che dell'espressione “consumatore medio” fa la giurisprudenza comunitaria come di un consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici⁸¹.

La tecnica di indirizzare l'interprete senza costringerlo in un percorso angusto, che contraddistingue tutta la clausola generale in esame, trova dunque ulteriore conferma nel riferimento al consumatore medio. Si è osservato al riguardo che: <<(…) il livello qualitativo e quantitativo di informazioni che può considerarsi “normalmente” posseduto da un consumatore medio ed il grado di attenzione e avvedutezza che ci si può “ragionevolmente” attendere da un consumatore medio sono parametri che per la loro stessa natura non possono essere rigidi e prefissati, ma si prestano necessariamente a variare e mutare in relazione ad una molteplicità di fattori, a cominciare da quei “fattori sociali, culturali e linguistici”, cui lo stesso considerando n. 18 attribuisce espressamente rilievo ai

⁸⁰ S. ZORZETTO, *Op. cit.*, p. 103, la quale osserva inoltre che: <<l'uso di termini le cui applicazioni semantiche di applicazione non sono predefinite sposta in avanti, lungo la catena del potere normativo, il livello al quale si posiziona il suo esercizio effettivo. In altre parole, lascia più decisioni agli esperti>>.

⁸¹ Per un approfondimento sul tema del “consumatore medio” si rinvia a A. SACCOMANI, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE*, in E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali, Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007, p. 141, il quale analizza anche la giurisprudenza comunitaria.

fini della concretizzazione della nozione di “consumatore medio”⁸². In questo senso, ad esempio la giurisprudenza comunitaria che si è pronunciata in materia di marchi – che è per altro il terreno sul quale si è venuta formando la nozione di “consumatore medio” – ha osservato che il consumatore italiano ha generalmente una conoscenza della lingua inglese inferiore a quella dei cittadini dei paesi nordici, con conseguenze diverse sulla confondibilità dei prodotti⁸³. Oppure ha rilevato che va valutato, anche con perizie e sondaggi di opinioni, se il fatto che su una crema ci sia una dicitura “effetto lifting” sia idoneo a trarre in inganno i consumatori tedeschi⁸⁴.

Appare evidente, in ogni caso, che il legislatore non ha in mente un consumatore “debole”, ma una persona di buon livello di istruzione e dotata di capacità critica nelle decisioni di consumo⁸⁵. Ciò si lega, da un lato, alla progressiva consapevolezza che il diritto dei consumi è parte integrante del diritto della concorrenza⁸⁶ e, dall’altro lato, alla tendenza di politica legislativa a riconoscere e promuovere il ruolo attivo dei consumatori⁸⁷. Nel considerando n. 18 si precisa inoltre che si intende valutare l’effetto della pratica commerciale su di un <<virtuale consumatore tipico>> e che <<la nozione di consumatore medio non è statica>>.

⁸² G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale*, cit., p. 153.

⁸³ A. SACCOMANI, *Op. cit.*, p. 153.

⁸⁴ Corte giust. CE, 13 gennaio 2000 (causa C-220/98. Per una disamina di casi si rinvia anche a C. PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007p. 743.

⁸⁵ G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale*, p. 153.

⁸⁶ Cfr. G. THAIN, *Consumers*, in P. CANE, M. TUSHNET, *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, 2003, p. 74.

⁸⁷ M. LIBERTINI, *Clausola generale* cit., p. 63, osserva che: <<lo standard del consumatore più debole porterebbe a vietare un’infinità di messaggi e finirebbe per privare il mercato di buona parte di quel flusso di informazioni che, per quanto parziali e interessate, contribuiscono a ravvivare l’interesse di molti consumatori e quindi a tenere vivo il gioco della concorrenza>>.

Le due precisazioni appaiono significative. In primo luogo, la qualifica di “virtuale” impiegata per caratterizzare la figura del consumatore tipico ne sottolinea la natura di costruzione intellettuale il cui scopo è quello di offrire un punto di riferimento stabile per la formulazione di giudizi relativi ai possibili comportamenti di una certa figura sociale. Si tratta, in altre parole, di quello che nelle scienze sociali si suole chiamare un “tipo ideale”. La figura del consumatore tipico non pretende di essere la descrizione di un individuo, ma è piuttosto un’astrazione schematica, a partire dalle caratteristiche salienti di un gruppo relativamente omogeneo di individui, che permette allo scienziato sociale di proporre – in forma per quanto possibile rigorosa – generalizzazioni relative al comportamento umano⁸⁸. La scelta del legislatore è comprensibile alla luce della necessità di stabilire regole che si applicano a soggetti che sono individuati non a partire dalla considerazione esclusiva della loro posizione o condizione giuridica⁸⁹, ma tenendo conto anche del ruolo sociale. Tali conclusioni sono rafforzate dalla seconda precisazione di cui si è detto, quella relativa alla natura “non statistica” della nozione di “consumatore medio”. Dal punto di vista dello scienziato sociale, in particolare nella prospettiva di quella che tradizionalmente veniva classificata come “sociologia comprendente”, la nozione di “tipo ideale” non è costruita come una “media”, ma si ottiene invece attraverso l’accentuazione unilaterale

⁸⁸ Come osserva Max Weber, cui si deve la prima elaborazione compiuta della nozione di “tipo ideale” nelle scienze sociali contemporanee, il concetto tipico-ideale «non è rappresentazione del reale, ma intende fornire alla rappresentazione strumenti precisi di espressione». M.WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, 2003, p. 60. Vale la pena di sottolineare che, nel lavoro citato, Weber non prende in considerazione tipi ideali costruiti a partire dalle caratteristiche di individui come avviene invece nella prima parte di *Economia e società*.

⁸⁹ Secondo lo schema prevalente nelle codificazioni che potremmo considerare “classiche” del diciannovesimo e del ventesimo secolo.

di uno o di alcuni punti di vista, attraverso la riunione di una quantità di fenomeni particolari diffusi e discreti, esistenti qui in maggiore e là in minore misura, talvolta anche assenti – che corrispondono a quei punti di vista unilateralmente sottolineati – in un quadro concettuale in sé unitario⁹⁰.

Rinviando al consumatore tipico, il consumatore non intende, dunque, invitare l'interprete a condurre esclusivamente indagini statistiche o sondaggi di opinione, volti a rilevare ciò che accade in un determinato contesto sociale⁹¹. Al contrario, la scelta testuale è un esplicito richiamo alla necessità di trovare un punto di riferimento concettuale, a partire dal quale sia possibile costruire una mappa dei diversi modi in cui è possibile “essere consumatore” nella società contemporanea⁹².

In questo senso, le sentenze della Corte di giustizia differenziano il consumatore a seconda del contesto in cui esso si muove, così si è osservato che talvolta esso può essere particolarmente “prudente o scrupoloso” (ad esempio, con riferimento all'etichettatura alimentare) oppure “marginalmente cauto o coscienzioso” (ad esempio, nell'acquisto del vestiario). Ciò dimostra che “il livello di attenzione del consumatore può variare in funzione della categoria di prodotti o di servizi di cui trattasi”⁹³.

⁹⁰ M. WEBER, *Il metodo cit.*, p. 60.

⁹¹ Ciò non significa che sia sconsigliato né tanto meno vietato effettuare sondaggi di opinione posto che, la Corte europea di giustizia, nella sentenza 16 luglio 1998 (C-210/96), stabiliva che il giudice nazionale può avvalersi di sondaggi o di ricerche demoscopiche, al fine di valutare in modo adeguato l'influenza della condotta del professionista sui consumatori. Sul punto vedi A. SACCOMANI, *Le nozioni cit.*, p. 148. L'idea è però che dal sondaggio trai solo materiali a partire dai quali è possibile ricostruire la nozione di consumatore medio. p. 154

⁹² Vedi, a tal proposito, M. WEBER, *Il metodo cit.*, p. 64.

⁹³ Tribunale di Primo Grado CE, 6 ottobre 2004 (T-117/03, T-118/03, T-119/03 e T-171/03,

In concreto, l'AGCM, in una decisione recente relativa alle modalità con cui venivano effettuate le offerte relative alle tariffe dei biglietti ferroviari, ha qualificato come “consumatore medio”, ad esempio, un viaggiatore abituale, avvezzo all'uso del treno come mezzo di trasporto⁹⁴.

Alla luce di queste considerazioni non sembra del tutto condivisibile la preoccupazione avanzata da una parte della dottrina la quale, rilevato che il consumatore è in genere un soggetto suscettibile a errori e condizionamenti, conclude che il modello di consumatore “adeguatamente informato e razionale” è difficilmente rinvenibile nella realtà. La nozione di “consumatore medio” sarebbe perciò stata creata artificialmente a sostegno dell'armonizzazione del mercato unico e da ciò conseguirebbe – sempre secondo questa dottrina – l'esposizione del consumatore al rischio di un abbassamento di un livello di tutela dei propri interessi. In questa prospettiva si suggerisce ai giudici nazionali di ritenere non applicabile la nozione di “consumatore medio” in considerazione delle caratteristiche della singola fattispecie e soprattutto, della pericolosità di talune pratiche per i gruppi di consumatori particolarmente svantaggiati⁹⁵.

⁹⁴ Provv. n. 18897 del 16 ottobre 2008, PS 371 (Trenitalia – Condizioni di trasporto e cambio titolo di viaggio), in Boll. 39/2008. Nella fattispecie, rivela l'Autorità che la maggior parte delle segnalazioni «sono pervenute proprio da soggetti che usufruiscono spesso del servizio ferroviario e che conoscono i servizi aggiuntivi offerti da Trenitalia. Le aspettative del viaggiatore abituale sono, presumibilmente, in tali casi maggiori di quelle del viaggiatore occasionale. In particolar modo, il viaggiatore ha come suo primo obiettivo, quando conclude un contratto di trasporto ferroviario, di arrivare all'orario stabilito e di beneficiare di un servizio di standard qualitativo adeguato».

⁹⁵ C. PONCIBÒ, *Op. cit.*, p. 754 ss. Osserva l'autore che è da preferire un'interpretazione che consente «alle corti nazionali sia di applicare un parametro comune sia, ove opportuno, di derogare a tale criterio vista la diversità delle condizioni dei consumatori negli Stati membri e all'interno dei medesimi».

Al riguardo si può osservare che la scelta comunitaria è stata nel senso di salvaguardare la dinamicità e competitività del mercato anche inducendo il consumatore ad essere più attento e ciò non consente in nessun caso ai giudici nazionali di invertire la scelta preferendo il consumatore debole e disattento a quello che, seppur non esperto, è tuttavia fornito di una discreta cultura generale e di discreta attenzione⁹⁶.

Quanto si è fin qui detto induce a non accogliere neppure la diversa obiezione, pur suggestiva, avanzata da altra dottrina, secondo la quale la nozione di “consumatore medio” sarebbe criticabile per almeno due ragioni: la prima è che tra gli studiosi di marketing il concetto di consumatore medio è ormai superato da tempo, poiché ciò che viene preso in considerazione è il singolo consumatore, il cui profilo è perfettamente conosciuto o conoscibile per l’impresa, attraverso le informazioni che possono essere raccolte su ciascuno, soprattutto grazie alle tecnologie informatiche e alla diffusione di dati via internet; la seconda è che, sempre più spesso, <<il prodotto prende forma nell’interazione con il consumatore>>, nel senso che si punta direttamente al coinvolgimento del consumatore, personalizzando le caratteristiche del prodotto⁹⁷.

Sebbene questo rilievo sia pertinente e metta in luce la necessità di tenere conto dei risultati a cui sono pervenuti gli studiosi di discipline diverse che si occupano di consumatori, non si può fare a meno di osservare che il legislatore ha dovuto necessariamente individuare nella norma un criterio astratto suscettibile poi di essere

⁹⁶ In questo senso si veda M, LIBERTINI, *Op. cit.*, p. 65.

⁹⁷ M. ADDIS, *Le pratiche commerciali sleali e le risorse di fiducia delle imprese: aspetti positivi e questioni irrisolte*, in E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali, Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007, p. 57.

concretizzato nell'applicazione pratica. In questa prospettiva il concetto di "consumatore medio" conserva utilità e attualità.

8. Il consumatore "medio" vulnerabile.

Il comma 3 dell'art. 20 cerca di rispondere alla preoccupazione di lasciare privo di protezione il "consumatore debole". Il legislatore comunitario e quello nazionale si sono infatti preoccupati di tutelare quei consumatori che, per le loro condizioni o caratteristiche (infermità mentale o fisica, età e ingenuità), risultano particolarmente vulnerabili alle pratiche commerciali sleali⁹⁸.

Occorre dunque distinguere il "consumatore medio" (comma 2) dal "consumatore medio vulnerabile" (comma 3). Attraverso questa differenziazione concettuale, il legislatore ha in sostanza previsto l'esistenza di "classi" di consumatori medi, al fine di assicurare sempre la massima tutela al consumatore tipico più debole, in relazione alle diverse categorie di prodotti o servizi. Come è stato rilevato si è in tal modo voluto introdurre un ulteriore parametro per adeguare la valutazione relativa al comportamento del consumatore medio ai casi in cui sono coinvolti gli interessi di soggetti particolarmente deboli, in quanto si vuole evitare che le esigenze di armonizzazione e di promozione del mercato interno, attraverso l'uniformazione dei giudizi, vadano a detrimento della protezione delle posizioni eccezionalmente, ma prevedibilmente, delicate e problematiche⁹⁹. L'esempio delle pratiche commerciali destinate ai

⁹⁸ Sempre nel considerando n. 18, si legge che: «Ove una pratica commerciale sia specificamente diretta a un determinato gruppo di consumatori, come ad esempio i bambini, è auspicabile che la pratica commerciale venga valutata nell'ottica del membro medio di quel gruppo». Ciò è tradotto nel già citato comma 3 della norma in esame.

⁹⁹ A. SACCOMANI, *Op. cit.*, p. 157, il quale osserva inoltre che: «se mancasse il correttivo della prevedibilità, il riferimento al consumatore vulnerabile assorbirebbe la nozione di consumatore medio e, per tanto, tutte le prassi

minori chiarisce il punto con evidenza: ciò che può apparire evidente ad un consumatore medio, normalmente attento e ragionevolmente aggiornato, non è altrettanto intuitivo per un bambino, con la conseguenza che un'informazione commerciale potrebbe risultare ingannevole se diretta ad un pubblico di bambini e non ingannevole se rivolta agli adulti. Come è stato evidenziato, ciò che resta fuori dal parametro è solo “la debolezza individuale, idiosincratca”¹⁰⁰.

Alcuni dubbi, tuttavia, sono stati avanzati anche con riguardo a questa previsione normativa, poiché si ritiene che il gruppo di consumatori “vulnerabile” non sia sempre chiaramente individuabile all'interno della generalità dei consumatori che possono essere destinatari dell'informazione o della condotta in esame. Inoltre, si è osservato che è difficile stabilire quale grado di ingenuità o credulità il professionista sia in concreto in grado di prevedere. Infine – e questa sembra essere l'obiezione più condivisibile – la nozione di consumatore medio nelle sue due eccezioni sembra essere stata concepita avendo riguardo ai messaggi pubblicitari e, più in generale, alla contraddizione standardizzata, trascurando le infinite ipotesi di condotte scorrette poste in essere da professionisti che hanno natura diversa da quella pubblicitaria. Ad applicare la nozione di consumatore “medio” sarà pertanto soprattutto l'AGCM nelle ipotesi in cui è chiamata a pronunciarsi nei procedimenti amministrativi di sua competenza¹⁰¹.

imprenditoriali (e/o professionali) sarebbero soggette al concreto rischio di divenire illegittime e di essere sanzionate perché inaspettatamente discorsive per le scelte economiche di soggetti specialmente indifesi a cagione della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, che potrebbero essere soltanto destinatari occasionali e non tipici di quel determinato prodotto>>. p. 156

¹⁰⁰ M. LIBERTINI, *Op. cit.*, p. 66.

¹⁰¹ Così G. DE CRISTOFARO, *Op. cit.*, p. 172. A tal proposito, merita di essere segnalato il caso affrontato dall'Antitrust relativo alla pubblicizzazione di suonerie telefoniche offerte dai principali operatori di telefonia mobile

9. Le dichiarazioni “esagerate”.

Vale la pena, infine, solo di richiamare l’ultimo capoverso del comma 3 dell’art. 20, laddove si prevede che: “È fatta salva la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate che non sono destinate ad essere prese alla lettera”.

Questa disposizione suscita perplessità per almeno due ragioni. In primo luogo essa appare superflua dal momento che l’affermazione iperbolica, o comunque palesemente non veritiera, è da sempre tollerata anche nella disciplina della concorrenza sleale e della

“gratuitamente” [provv. n. 18591 del 2 ottobre 2008, PS322 (Neomobile suonerie gratis)]. Nella motivazione della decisione l’AGCM osserva che <<L’adesione alle offerte pubblicizzate nei messaggi oggetto del presente procedimento, infatti, comporta una continuativa modalità di acquisto dei contenuti con conseguente aggravio economico per il consumatore il quale, nel falso affidamento di ottenere “gratuitamente” una suoneria, rimane assoggettato ad oneri economici molto stringenti. Oltre al carattere innovativo dei servizi oggetto di promozione, che impone ai professionisti coinvolti nella pratica un particolare obbligo di chiarezza e completezza nel veicolare le informazioni circa caratteristiche e costi del servizio, si ritiene che l’ambiguità ed il carattere fuorviante della pratica commerciale risultano, d’altra parte, amplificati se si prendono in considerazione i consumatori appartenenti ad una fascia di età più giovane. Infatti, proprio in relazione a tale categoria di consumatori, l’articolo 20, comma 3, del codice del consumo evidenzia un’esigenza di tutela più specifica e rafforzata, con particolare riferimento all’idoneità della pratica ad alterare il relativo comportamento economico anche se la stessa è suscettibile di raggiungere gruppi più ampi di consumatori. (...) Le indicazioni carenti e poco chiare contenute nei messaggi circa le caratteristiche ed i costi finali del servizio pubblicizzato possono risultare ulteriormente pregiudizievoli in considerazione della naturale mancanza di esperienza di giovani, anch’essi potenziali destinatari dei messaggi di cui si tratta, in quanto meno propensi a distaccate e specifiche valutazioni di opportunità economica, in rapporto alle nuove tecnologie e ai servizi offerti attraverso i terminali di comunicazione. Tenuto conto della particolare tutela che l’articolo 20, comma 3, del Decreto Legislativo n. 146/07 riserva agli adolescenti quale gruppo di consumatori particolarmente vulnerabile alla pratica commerciale in contestazione in ragione della loro età o ingenuità, è necessario invece adottare accorgimenti grafici ed espressivi idonei a rendere edotti questi ultimi dell’attivazione di un servizio a pagamento, di durata prolungata, conseguente al download della prima suoneria. In quest’ottica gli adolescenti – in virtù della loro età ed ingenuità – possono essere considerati particolarmente esposti e vulnerabili alla pratica commerciale oggetto di contestazione, trattandosi di consumatori specificamente attratti dalla funzione dei servizi per telefoni cellulari pubblicizzati, quali la ricezione di suonerie, loghi, wall papers, servizi di intrattenimento, chat line, informazioni e messaggerie varie>>.

pubblicità (*dolus bonus*); inoltre, per il fatto che la scorrettezza della pratica commerciale se il mendacio è grossolano¹⁰² dovrebbe essere esclusa all'esito del giudizio sull'idoneità dell'inganno, effettuato alla luce di tutti i parametri fin qui esaminati.

In questa prospettiva si può forse ritenere che proprio il giudizio sull'idoneità dell'inganno svolto in modo corretto possa scongiurare il rischio altrimenti giustamente paventato da chi ha rilevato che sono proprio le affermazioni esagerate ad essere idonee a distogliere i consumatori più vulnerabili dall'assumere una decisione ponderata e libera da condizioni¹⁰³.

10. Il divieto di pratiche commerciali sleali e il suo significato.

Il nuovo art. 18, lett. *d*), c. cons. (introdotto dal d.lgs n. 146/2007) immette ed accoglie, nell'ordinamento italiano, la nozione di “pratica commerciale tra professionisti e consumatori”: da intendersi come una qualsiasi azione o omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale, ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori. Questa definizione deve essere combinata con quella della “scorrettezza” contenuta nell'art. 20, comma 2°, c. cons.: intesa come contrarietà alla diligenza professionale ed idoneità “a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o a quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori”¹⁰⁴.

¹⁰² V. MELI, *Op. cit.*, p.103.

¹⁰³ G. DE CRISTOFARO, *Op. cit.*, p. 157.

¹⁰⁴ Sul significato della scorrettezza si rinvia a G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il*

Grazie alla combinazione fra queste due formule è possibile ricostruire il significato della clausola generale del divieto delle pratiche commerciali scorrette, ora enunciato nell'art. 20, comma 1°, c. cons. A questa clausola è conferito un rilievo centrale nelle stesse disposizioni del codice del consumo, là dove, fra i “diritti dei consumatori”, viene ora inserito, all'art. 2 *c-bis*), quello “all'esercizio delle pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà”. Esso si aggiunge agli altri diritti fondamentali – quello ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità¹⁰⁵ e quello alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali¹⁰⁶ – ai quali, pure, in larga misura si riconduce il nuovo intervento legislativo. La clausola del divieto delle pratiche commerciali sleali si affianca alla definizione della pubblicità ingannevole, che trova collocazione nell' art. 2, lett. *b*) del coevo d.lgs. n. 145/2007: una definizione oggettivamente più ristretta (in quanto – come si vedrà più avanti, la pubblicità ingannevole è una delle possibili fattispecie di pratica commerciale sleale), ma più comprensiva sotto il profilo soggettivo, in quanto non circoscritta alla relazione fra professionisti e consumatori. Il divieto di pratiche commerciali scorrette e quello della pubblicità ingannevole si aggiungono (e per certi versi si intersecano) alla clausola generale tradizionale, del divieto degli atti di concorrenza sleale (art. 2958 c.c.). Questi corpi normativi – distinti l'uno dall'altro, seppure combacianti sotto più di un profilo – sono accomunati dalla compresenza di almeno tre tipi di interesse strettamente intrecciati fra loro: dei concorrenti, dei consumatori e del pubblico in

d.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/Ce, in Studium iuris, 2007, p. 1187 ss.

¹⁰⁵ Art. 2, lett. *c*), c. cons.

¹⁰⁶ Art. 2, lett. *e*), c. cons.

generale¹⁰⁷. Già in base a queste considerazioni appare di intuitiva importanza definire il raggio di applicazione dell' art. 18, lett. d): anche allo scopo di riuscire a tracciare i confini fra le “pratiche commerciali tra professionisti e consumatori” e gli altri atti rilevanti sotto il profilo della slealtà della concorrenza e della pubblicità ingannevole (vista nell'ottica della tutela dei professionisti).

La definizione data dall'art. 18, lett. d), c. cons. ricalca quella già contenuta nell'art. 2, lett. d), direttiva 29/2005: né poteva darsi altrimenti, considerata la natura della direttiva, da annoverarsi fra quelle ad armonizzazione massima o completa. Al pari dell'art.2 lett. d), Direttiva del 29/2005, pertanto, l'art.18, lett. d), c. cons. dà una nozione assai estesa della pratica commerciale. La sua ampiezza si coglie innanzitutto sotto il profilo della natura giuridica della condotta vietata, che può consistere tanto in dichiarazioni quanto in comportamenti materiali, tanto in azioni quanto in omissioni; si apprezza poi sotto il profilo sostanziale, in quanto si richiede una semplice “relazione” fra la condotta e la promozione, la vendita o la fornitura di un prodotto ai consumatori. L'unica espressa delimitazione è di carattere soggettivo ed attiene all'indirizzarsi della pratica nei confronti di consumatori. Per determinare i tipi di condotte suscettibili di ricadere dentro la sfera di applicazione dell'art.18, lett. d), c. cons. è essenziale cogliere il senso della “relazione” fra queste e la promozione, la vendita o la fornitura di un prodotto ai consumatori. Lo stesso art.18, lett. d), c. cons. – come già l'art. 2, lett. d), Direttiva 29/2005 – ne fornisce un'indicazione esemplificativa, là dove cita la pubblicità e la commercializzazione di prodotti quali tipi paradigmatici di pratiche commerciali. Ulteriori indizi idonei ad orientare l'interprete nella ricerca del significato da

¹⁰⁷ HOWELLS, *Introduction*, in *European Fair Trading Law*, a cura di Howells, Miklitz, e Wilhelmsson, Hampshire, 2006, p. 2.

assegnare alla pratica commerciale si possono poi ricavare dalle nozioni di pratica commerciale ingannevole e aggressiva (quali specie tipizzate della più ampia *genus* della pratica scorretta)¹⁰⁸ e dalle successive liste di pratiche considerate in ogni caso ingannevoli o aggressive¹⁰⁹: le quali contemplano condotte (attive o omissive) immediatamente dirette a consumatori e rivolte a condizionarne la capacità di decisione e di scelta. Dall'insieme di questi dati normativi si deduce che la pratica commerciale comprende comportamenti dei professionisti (attivi o omissivi) suscettibili di incidere o di condizionare la capacità di autodeterminazione di consumatori riguardo ad un'operazione commerciale relativa ad un prodotto. Al fine di definire l'ambito di applicazione del divieto e delle sanzioni conseguenti, la valutazione circa l'idoneità condizionante della pratica non deve essere fatta – si noti – avendo riguardo alle circostanze che accompagnano la condizione di forza o di debolezza dell'individuo raggiunto o suscettibile di essere raggiunto dalla pratica: il punto di riferimento è individuato piuttosto nel consumatore medio o nel membro medio di un gruppo di consumatori. E' questo il profilo nel quale si condensa con maggior chiarezza la distinzione fra questo tipo di intervento a favore del consumatore e le disposizioni del codice del consumo immediatamente susseguenti, di natura più squisitamente privatistica. Quanto ai caratteri oggettivi della pratica, i comportamenti sono vietati – ai sensi dell'art. 20 c. cons. – se, oltre a contrastare con i canoni della diligenza professionale, sono idonei a *falsare* il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio. Se ne deduce – la precisazione è quasi superflua – che non vengono in gioco gli interesse di carattere non patrimoniale

¹⁰⁸ Cfr. Artt. 21, 22, 25 c. cons.

¹⁰⁹ Cfr. Artt. 23 e 25 c. cons.

eventualmente lesi dalla pratica (la salute ed la sicurezza dei prodotti¹¹⁰; la quiete e la riservatezza in caso di comunicazioni commerciali indesiderate)¹¹¹. Dagli elementi fin qui raccolti è inoltre possibile negare la qualificazione di “pratica commerciale” a quelle attività di diffusione di informazioni volte ad orientare i consumatori nella scelta dei prodotti ed effettivamente idonee ad incidere sulle loro decisioni: attività che, tuttavia, non sono in relazione con la commercializzazione di un prodotto, ma si inscrivono entro la generale libertà di manifestazione del pensiero. Si pensi alla pubblicazione di risultati (errati) di prove comparative di prodotti, effettuata da un soggetto estraneo al gioco concorrenziale (organi di stampa, istituti di ricerca, associazioni di consumatori, siti internet, trasmissioni televisive a scopo informativo, ecc.)¹¹². Nella sfera di operatività dell’art 18, lett. d), c. cons. ricadono invece tutte le vecchie e nuove forme di promozione e di commercializzazione di prodotti (anche diverse dalle comunicazioni commerciali e dalla pubblicità)¹¹³; la vasta area di condotte che portano ad una prima presa di contatto fra le parti fino ad arrivare, eventualmente, al perfezionamento dell’accordo; infine, le pratiche che incidono su comportamenti economici “successivi” ad un’operazione commerciale. Questa preliminare conclusione trova conferma nei moventi che lo stesso legislatore comunitario adduce a fondamento

¹¹⁰ Il considerando n. 9, direttiva 29/2005 precisa che la direttiva «non pregiudica l'applicazione delle disposizioni comunitarie e nazionali relative (...) agli aspetti sanitari e di sicurezza dei prodotti», cosicché «gli Stati membri potranno (...) mantenere o introdurre limitazioni e divieti in materia di pratiche commerciali motivati dalla tutela della salute e della sicurezza dei consumatori nel loro territorio».

¹¹¹ L'esempio è fatto da KOHLER, *Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, in *GRUR*, 2005, p. 42.

¹¹² Sul problema cfr. G. GHIDINI, *Informazione economica e controllo sociale: il caso del Warentest*, in *Pol. dir.*, 1973, p. 626 ss.

¹¹³ T. WILHELMSSON, *Scope of the Directive*, in *European Fair Trading Law*, cit., p. 55.

del suo intervento¹¹⁴. In particolare, gli atti preparatori prendono le mosse dall'esigenza generale di incentivare la circolazione transfrontaliera di prodotti e dalla constatazione che il fine del completamento del mercato interno non è stato ancora raggiunto: in questo contesto, le pratiche commerciali sleali vengono concepite come rilevanti ostacoli al funzionamento del mercato, in quanto rischiano di compromettere la fiducia dei consumatori e di ridurre la loro disponibilità ad effettuare acquisti transfrontalieri: nel pregiudicare la loro capacità di fare scelte consapevoli ed efficienti, determinano infatti fallimenti del mercato¹¹⁵. Il (già noto) fine di porre rimedio a fallimenti del mercato¹¹⁶ si specifica dunque nell'esigenza di vietare i comportamenti che rendono "opache" le transazioni commerciali ed inadeguate le informazioni disponibili o reperibili dai consumatori¹¹⁷.

¹¹⁴ Enfatizza l'importanza dello scopo della direttiva come criterio di determinazione del contenuto della pratica commerciale T. WILHELMSSON, *Scope of the Directive*, in *European Fair Trading Law*, cit., p. 49 ss.

¹¹⁵ Proposta della Commissione del 16 giugno 2003: COM (2003)356, nn. 14-16.

¹¹⁶ Sull'evoluzione nel tempo delle politiche comunitarie di protezione del consumatore cfr. F. ASTONE, *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, art. 1469-bis, comma 2°, in *Il cod. civ. Commentario*, diretto da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2003, 147 ss.

¹¹⁷ Il tema delle asimmetrie informative è un classico argomento di indagine dell'approccio giuseconomico: cfr. fra i tanti, e a titolo solamente esemplificativo, SCHWARTZ, *Legal Implications of Imperfect Information in Consumer Markets*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1995, p. 43 ss.; ID., *How much Irrationality Does the Market Permit?*, in *Journal of Legal Studies*, vol. 37, 2008, p. 131 ss.; nella letteratura italiana cfr. R. PARDOLESI e PACCES, *Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alle ragioni [e alle incongruenze] della nuova disciplina*, in *Diritto privato 1996*, Padova, 1997, p. 412 ss. Lo scopo degli interventi comunitari come quello qui considerato pare quindi del tutto interno alla logica del mercato ed estraneo alla redistribuzione sociale della ricchezza: sul punto cfr., per esempio, C. CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, IV, Milano, 2004, p. 2466; IRTI, *La fondazione hegeliana del 'diritto dei consumatori'*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit., p. 475 ss.; P. SIRENA, *Il codice civile e il diritto dei consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, p. 279 s.; ID., *La categoria dei*

11. La relazione con la promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori.

Si è fin qui sottolineato la consonanza fra l'art. 18, lett. *d*), c. cons. e l'art. 2, lett. *d*), direttiva 29/2005. Dalla comparazione fra i due testi citati emerge tuttavia, fin da un primo sguardo, un elemento di disarmonia: laddove il secondo richiede la “diretta connessione” della pratica “alla promozione, alla vendita o alla fornitura di un prodotto a consumatori”, l'art. 188, lett. *d*), c. cons. – nel prevedere che la condotta del professionista sia posta in essere semplicemente “in relazione” alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori – utilizza un'espressione più generica ed apparentemente comprensiva. Poiché nel commentare l'art. 2, lett. *d*), direttiva 29/2005 si è ritenuto di attribuire rilievo al requisito della “diretta connessione” allo scopo di selezionare le condotte suscettibili di ricadere nella nozione di pratica commerciale¹¹⁸, appare necessario chiarire se la variante terminologica introdotta dal decreto di conversione implichi anche un mutamento sostanziale nella sfera di operatività della disciplina. A tal fine è opportuno ricordare che nella precedente edizione di questo volume la “diretta connessione” di cui parla l'art. 2, lett. *d*), direttiva è stata reputata sussistente in tutti i casi in cui l'azione o l'omissione sia oggettivamente indirizzata a commercializzare un prodotto destinato (anche o esclusivamente) ai consumatori. Ciò può verificarsi in un duplice ordine di ipotesi. Per un verso, nel caso in cui il prodotto sia specificatamente o prevalentemente rivolto a certe categorie di consumatori: a chi, quindi, lo userà presumibilmente per scopi non

contratti d'impresa e il principio della buona fede, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 415 ss.

¹¹⁸ Cfr. E. BARGELLI, *L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/Ce: la nozione di “pratica commerciale”*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori*, Torino, 2007, p. 75 ss.

professionali (si pensi al vestiario per il tempo libero pubblicizzato da *Zara* o *H&M*; alla promozione, da parte di un'agenzia di viaggio, di una vacanza organizzata con sconti ai pensionati; alla trasmissione, attraverso il mezzo televisivo, di messaggi pubblicitari riguardanti giochi per bambini nelle fasce orarie da questi fruite o in collegamento a programmi destinati ad essi; alla diffusione di spot pubblicitari volti ad invogliare giovani famiglie ad acquistare un certo tipo di autovettura, o a invitare casalinghe ad utilizzare un determinato prodotto per la pulizia della casa; alla pubblicità di un centro dimagrante). Per un altro verso, quando il prodotto sia indirizzato ad un pubblico indistinto e sia suscettibile, quindi, di essere utilizzato non solo per scopi privati, ma anche professionali o misti (si pensi alla promozione di *personal computer*, di prodotti o arredi da uffici). Si è tuttavia sottolineato che la “pratica” debba essere *in via immediata* rivolta alla commercializzazione di tale prodotto. Sulla scorta di questa definizione si è optato per escludere dalla sfera di applicazione della “pratica commerciale” due gruppi di condotte od omissioni. Per un verso, sono stati collocati fuori da questa sfera i rapporti precontrattuali o contrattuali instaurati con altri professionisti che agiscano o abbiano agito in tale veste; le attività finalizzate a promuovere prodotti destinati esclusivamente ai professionisti: si pensi alle attrezzature per uno studio medico e, in generale, ai beni strettamente destinati all'esercizio di un'attività professionale¹¹⁹; infine, le condotte rivolte ad altri imprenditori concorrenti e prive di una diretta efficacia sui contratti in seguito

¹¹⁹ G. DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della Direttiva 2005/29/Ce, concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contr. Impr./Europa*, 2006, p. 10. Del resto è la stessa direttiva – come si sottolineerà più avanti – ad escludere dal proprio ambito di applicazione la pubblicità che risulti ingannevole per le sole imprese (considerando n. 6).

stipulati con consumatori. Per un altro verso, sono stati esclusi dalla nozione sopra riferita i casi in cui il collegamento finalistico fra la “pratica” e la promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori sia realizzato in via mediata. Quanto al primo gruppo di attività, è evidente che può essere qui ribadita la loro estraneità dall’ambito di operatività del decreto n. 146: vista, infatti, la delimitazione della disciplina ai rapporti fra professionisti e consumatori, la modifica terminologica introdotta non può legittimare un’interpretazione capace di estenderla a pratiche destinate ad altri professionisti. Merita una più attenta riflessione il secondo gruppo di pratiche, caratterizzate dalla sussistenza di un oggettivo collegamento con la commercializzazione di un prodotto nei confronti di consumatori, il quale, però, è privo dell’immediatezza insita nel requisito della “diretta connessione”. Dal mutamento di formulazione dell’art. 18, lett. *d*), c. cons. – dalla sostituzione del termine “in relazione” in luogo della “diretta connessione” – si potrebbe arguire che sia ora possibile includere nell’ambito di operatività della disciplina anche le pratiche dei professionisti volte solo in via mediata a promuovere, a vendere o a fornire prodotti a consumatori. A contrastare questa conclusione, basta tuttavia invocare una considerazione decisiva, attinente al rapporto fra la fonte comunitaria e quella interna: la Direttiva 29/2005 non consente agli Stati membri di introdurre disposizioni di attuazione capaci di ridurre, di aumentare o di migliorare il livello di tutela dei consumatori. Di conseguenza, non sono legittime letture della normativa di attuazione che finiscano per perseguire tale risultato attraverso l’ampliamento del raggio di applicazione della nozione di “pratica commerciale” deducibile dalla direttiva comunitaria. Se, in conclusione, la direttiva resta il punto di

riferimento fondamentale per definire i confini oggettivi della pratica commerciale – e dunque non possono esserci sostanziali disarmonie fra l’art. 2, lett. *d*), direttiva e l’art. 18, lett. *d*), c. cons. – è ad essa ed alle sue finalità che occorre guardare allo scopo di definire anche il raggio di applicazione della disposizione nazionale. Si possono riportare, a titolo esemplificativo, due tipi di condotte dirette solo in via mediata alla promozione, alla vendita o alla fornitura di un prodotto ai consumatori: il primo suscettibile di ricadere nella nozione di pratica commerciale considerata rilevante sia dalla direttiva sia dall’art. 18 lett. *d*), c. cons.; il secondo certamente escluso da entrambi. Il primo tipo di condotta è data dal *marketing* finalizzato a diffondere o a pubblicizzare una positiva o seducente rappresentazione del professionista presso i consumatori¹²⁰. La connessione con la promozione di un prodotto nei confronti dei consumatori è, qui, solo indiretta. Eppure non sembra possibile dubitare che si tratti di una pratica potenzialmente inclusa non solo nella sfera di applicazione dell’art. 18, lett. *d*), c. cons., ma (se sleale) vietata anche dall’art. 2, lett. *d*), direttiva: e ciò alla luce dello scopo da questa perseguito (il buon funzionamento del mercato attraverso la salvaguardia della capacità di scelta dei consumatori)¹²¹. Al di là della differenza terminologica il risultato applicativo è quindi il medesimo. Il secondo tipo di condotta si ha quando il collegamento finalistico fra la “pratica” e la promozione, la vendita o la fornitura di un prodotto ai consumatori sia realizzato tramite un’impresa con altri professionisti: come accade nel caso di un cartello sul prezzo di un prodotto, immediatamente rivolto agli altri concorrenti, ma suscettibile di produrre effetti finali nei contratti stipulati fra

¹²⁰ L’esempio è fornito da T. WILHELMSSON, *Scope of the Directive, in European Fair Trading Law*, cit., p. 55.

¹²¹ T. WILHELMSSON, *Scope of the Directive, in European Fair Trading Law*, cit., p. 54.

consumatori. In questo caso l'interpretazione più ampia della novella potrebbe astrattamente avvalersi anche di un dato sostanziale. I decreti di attuazione hanno scelto di devolvere all'autorità *antitrust* la competenza a decidere – d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne ha interesse – in ordine alla scorrettezza di una pratica commerciale, ad adottare i rimedi più opportuni e, eventualmente, a comminare sanzioni al professionista che la pone in essere (v. art. 27, c. cons.)¹²². E' prevalsa quindi una lettura pubblicistica della nuova normativa, concepita come disciplina a tutela della concorrenza, del corretto andamento del mercato e degli interessi collettivi dei consumatori. Se lo scopo della novella è quello di eliminare ostacoli al funzionamento del mercato attraverso il divieto di pratiche capaci di ridurre la capacità di scelta del consumatore medio (o del membro medio di un eventuale gruppo determinato cui è diretta)¹²³, anche un'intesa anticoncorrenziale – si potrebbe argomentare – ricadrebbe nella relativa sfera di applicazione. A osteggiare questo risultato – oltre al già citato argomento fondato sul rapporto fra le fonti – è sufficiente ricordare, tuttavia, che la nozione di pratica commerciale guarda alle condotte (attive o omissive) suscettibili di condizionarne la capacità di decisione e di scelta dei consumatori, indipendentemente da un qualsiasi effetto pregiudizievole sul contenuto dell'eventuale contratto. Si può dunque concludere che questo secondo esempio di pratica non solo è esclusa dalla sfera di operatività della direttiva, ma anche dell'art. 18, lett. d), c. cons.

¹²² Scelta auspicata da A. CIATTI, *I mezzi di prevenzione e di repressione delle pratiche commerciali sleali nella direttiva comunitaria del 2005*, in *Contr. e impr./Europa*, 2007, p. 79 ss.

¹²³ Cfr. art. 20, comma 2°, c. cons.

12. La latitudine temporale di un'operazione commerciale.

Il campo di applicazione della “pratica commerciale” è definito sul piano temporale dal nuovo art. 19 c. cons., il quale – conformemente all’art. 3 direttiva – ammette che essa possa essere posta in essere prima, durante o dopo un’operazione commerciale relativa a un prodotto. E’ alquanto intuitivo il significato della pratica commerciale sleale che sia posta in essere in vista della conclusione di un contratto con un consumatore. Vi rientrano, infatti, i comportamenti susseguenti ad una presa di contatto fra le due parti: abbiano o no avuto ad esito il perfezionamento di un accordo fra queste. Si noti, infatti, che l’art. 20 – nel definire la scorrettezza della pratica – si limita a richiedere la mera idoneità a falsare (in misura apprezzabile) il comportamento economico del consumatore: di conseguenza, fra i presupposti della pratica commerciale vietata non rientra l’effettiva conclusione di un contratto fra il professionista scorretto ed il consumatore. Il tipo di pratica appena descritto, come si è visto in precedenza, non esaurisce la nozione accolta dall’art. 19 c. cons. In particolare, la pratica commerciale abbraccia operazioni antecedenti alla fase precontrattuale: lo precisa l’art. 18, lett. *d*), là dove, nel fornire la definizione, cita espressamente la pubblicità e la commercializzazione di un prodotto. La pratica commerciale anteriore ad un’operazione relativa ad un prodotto comprende, pertanto, situazioni precedenti all’instaurarsi di un contatto fra le parti: purché suscettibili di indurre il consumatore ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso (e – si noti – indipendentemente dal fatto che in concreto la prenderà). Quanto, infine, agli atti e alle omissioni concernenti, la fase successiva alla conclusione dell’accordo, vengono in gioco l’esecuzione del contratto e le tutele post contrattuali (si pensi ai diritti di reclamo e di

assistenza post-vendita). Si inseriscono in questo contesto innanzitutto le pratiche volte ad influenzare slealmente la scelta del consumatore di esercitare o meno un diritto (come il recesso) o di far valere una tutela (per esempio la sostituzione o la riparazione del bene acquistato). L'ipotesi è contemplata, in generale, nell'art. 21, lett. g), c. cons. (dove, nel definire il carattere ingannevole della pratica, si fa riferimento alla sua idoneità ad indurre in errore il consumatore in ordine ai suoi diritti, "incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi dell'art. 130 del presente codice"). Il successivo art. 23, lett. h), c. cons., inoltre, tipizza un caso di questo tipo là dove cita fra le pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli l'impegno del professionista "a fornire l'assistenza post-vendita a consumatori con cui egli ha comunicato, prima dell'operazione commerciale, in una lingua diversa da quella ufficiale dello Stato membro in cui il professionista stesso è stabilito, per poi offrire concretamente il servizio soltanto in un'altra lingua". L'art. 25 comma 1°, lett. d), infine, nel prevedere gli elementi da considerare ai fini della valutazione di aggressività di una pratica, fa riferimento all'imposizione di un qualsiasi ostacolo non contrattuale - oneroso o sproporzionato - all'esercizio di diritti contrattuali, compresi quello di risoluzione del contratto, di cambiare il prodotto o di rivolgersi ad un altro professionista. Si può considerare una pratica scorretta posteriore all'operazione commerciale, inoltre, anche quella suscettibile di incidere su altre decisioni di natura economica del consumatore. Un esempio di questo tipo - offerto dalla giurisprudenza tedesca¹²⁴ - si ha nell'ipotesi in cui un istituto

¹²⁴ In materia di concorrenza sleale la considerazione del sistema tedesco è di grande utilità, sia in quanto il modello da esso offerto influenzò la redazione degli artt. 2598 ss. c.c. (v. *infra*, n. 5), sia in quanto l'attuale legge generale in tema di concorrenza sleale - il *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (UWG) - nel testo del 3 luglio 2004 esprime l'obiettivo di tutelare sia i concorrenti, sia i

bancario congegni gli estratti conto ottenibili dalle macchine bancomat in modo tale da indurre il cliente in errore riguardo alla sua reale situazione economica: così da portarlo a spendere oltre la sua disponibilità finanziaria e a dover pagare costosi interessi sullo scoperto¹²⁵. In conclusione, le pratiche antecedenti o contestuali ad un'operazione commerciale relativa ad un prodotto – nel prescindere (le prime) o nel presupporre (le seconde) un contatto fra professionista e consumatore – sono finalizzate a far acquistare il bene o il servizio: indipendentemente dal fatto che ciò avvenga concretamente. Le pratiche posteriori, invece, hanno di mira le scelte del consumatore successive alla conclusione del contratto, purché direttamente collegate o conseguenti all'operazione commerciale già effettuata.

13. Pratiche commerciali scorrette e atti di concorrenza sleale.

In base alle coordinate – spaziale e temporale – indicate nei paragrafi precedenti è possibile tracciare la distinzione fra le pratiche commerciali contemplate dagli artt. 18 ss. C. cons. e gli atti di concorrenza sleale (art. 2598 c.c.)¹²⁶. Quest'ultimo settore ha

consumatori, sia gli altri attori del mercato (§ 1). Si noti tuttavia che il diritto della concorrenza sleale tedesco non comprende, in linea di principio, le condotte tenute dall'imprenditore nei confronti del consumatore che siano successive alla conclusione del contratto (cfr. § 2 UWG): la possibilità di qualificare anche queste condotte come «*Geschäftspraktiken*» costituisce pertanto una novità della direttiva anche per il sistema tedesco; e tuttavia la giurisprudenza, in passato, si è qualche volta già misurata con questo problema: cfr., per un'informazione essenziale, KOHLER, *Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, cit, p. 794.

¹²⁵ BGH 27 giugno 2002, in GRUR 2002, 1093, definisce questa condotta dell'istituto bancario non solo come inadempimento contrattuale, ma anche come comportamento concorrenziale sleale tanto a danno dei clienti quanto degli altri concorrenti.

¹²⁶ Sull'evoluzione della fattispecie della concorrenza sleale nell'ordinamento italiano (dall'iniziale imitazione della regola applicata in Francia - fondata sull'applicazione della clausola generale della responsabilità civile - al recepimento del modello tedesco ad opera del codice civile del 1942), G.

costituito il primo nucleo storico della disciplina delle pratiche commerciali, seppure guardate dall'angolo visuale della tutela dei soli imprenditori concorrenti¹²⁷. Concorrenza sleale e pratica commerciale scorretta, beninteso, non sono concetti sovrapponibili. Tuttavia è possibile ricostruire spazi di intersezione fra l'uno e l'altro, là dove la condotta sleale – oltre a distorcere la libertà e l'effettività della concorrenza – sia diretta a commercializzare un prodotto ai consumatori [artt. 18, comma 1°, lett. d), c. cons.] e sia scorretta: sia, cioè, contraria alla diligenza professionale ed idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento del consumatore medio al quale è diretta o che raggiunge, o del membro medio di un gruppo, se rivolta a questo (art.20, comma 2°, c. cons.). Il più

GHIDINI, *Della concorrenza sleale* (artt. 1598-2601), in *Il cod. civ. Commentario*, diretto da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 1991, p. 3 ss.; R. FRANCESCHELLI, voce *Concorrenza*, II) *Concorrenza sleale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 5 ss.

¹²⁷ Il problema della sfera degli interessi protetti dagli artt. 2598 ss. c.c. è da tempo vagliato dalla giurisprudenza ed è altresì al centro dell'attenzione degli studi in materia di concorrenza sleale: si veda già G. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 873 ss., spec. p. 935 s.; in tempi più recenti cfr. G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975; C. SANTAGATA, *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Napoli, 1975, spec. p. 174 ss.; per una lettura della clausola dei principi della correttezza professionale alla luce dell'art. 41 Cost. cfr. M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 532 ss.; l'opinione prevalente sembra però orientata a vedere nella disciplina della concorrenza sleale un sistema di protezione dei soli interessi degli imprenditori ed a riservare la legittimazione ad avvalersi di quelle tutele a concorrenti e associazioni professionali (cfr. per esempio P. AUTERI, *La concorrenza sleale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 18, t. IV, Torino, 1983, p. 355). La stessa Corte cost., nell'ordinanza del 21 gennaio 1988, n. 59, in *Foro it.*, 1988, I, p. 2158, con nota di N. COSENTINO, *L'art. 2601 c.c. e la tutela dei consumatori al vaglio della Corte costituzionale*, ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata a proposito dell'art. 2601 c.c., nella parte in cui limita alle sole associazioni professionali la legittimazione a promuovere l'azione per la repressione della concorrenza («non appare neppure ipotizzabile il confronto con enti od associazioni che abbiano finalità istituzionali diverse dal potenziamento del commercio di un determinato prodotto e quindi fanno valere interessi del tutto estranei alla correttezza dei rapporti economici di mercato»).

importante ambito di intersezione è rappresentato dalla pubblicità ingannevole e comparativa, che, prima della direttiva 84/450, da tempo ha trovato spazio nell'ambito della casistica giurisprudenziale tesa ad individuare gli atti di concorrenza sleale "non conformi ai principi della correttezza professionale" (art. 2598, n.3, c.c.)¹²⁸ e potenzialmente dannosi per gli altri imprenditori¹²⁹. Sul versante degli atti di concorrenza sleale, la pubblicità ingannevole si inquadra fra quelli volti ad interferire slealmente nelle relazioni dell'imprenditore concorrente con la sua – effettiva o potenziale – clientela¹³⁰: e suscettibili di poter essere definiti altresì come pratiche scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori purché diretti a promuovere o a proporre un bene o un servizio a consumatori ed idonei ad incidere su una decisione di natura commerciale che non sarebbe stata altrimenti presa. Già al fine di valutare la potenzialità dell'atto sleale – sia tipico sia atipico – a danneggiare l'altrui azienda, invero, la giurisprudenza in alcune fattispecie soppesa attentamente la sua idoneità ad influenzare la scelta del consumatore a favore di un certo imprenditore o prodotto ed a fuorviarne il

¹²⁸ Sui criteri di qualificazione della pubblicità menzognera come atto concorrenziale sleale, G. GHIDINI, *Della concorrenza sleale*, cit., 1991, p. 262 ss.; P. AUTERI, *La concorrenza sleale*, cit., p. 393 ss. La letteratura che ha affrontato il problema del significato dell'espressione «principi della correttezza professionale» è sterminata: basti qui richiamare, per una trattazione di sintesi, P. AUTERI, *La concorrenza sleale*, cit., p. 360 ss.; G. GHIDINI, *Della concorrenza sleale*, cit., p. 274 ss. Per un quadro delle fattispecie nelle quali la giurisprudenza ha concretizzato la clausola della non conformità ai principi della correttezza di cui all'art. 2598, n. 3) V. FUSI, *Sub art. 2598 in L. UBERTAZZI, Commentario breve al diritto della concorrenza*, 3° ed., 2004, p. 1765 ss.; G. GHIDINI, *Della concorrenza sleale*, cit., p. 304 ss.; P. AUTERI, *La concorrenza sleale*, cit., p. 393 ss..

¹²⁹ Sul significato di questo requisito cfr. G. GHIDINI, *Della concorrenza sleale*, cit., p. 291 ss.; P. AUTERI, *La concorrenza sleale*, cit., p. 367 ss.

¹³⁰ Si tratta cioè degli atti di concorrenza sleale che «si traducono in modalità di offerta non valutabili criticamente da parte di un consumatore libero e consapevole»: cfr. M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, cit., p. 532.

giudizio¹³¹: nell'illegitima sottrazione del cliente, infatti, si sostanzia il pregiudizio del concorrente ed il corrispondente vantaggio concorrenziale dell'imprenditore sleale. Fra gli altri atti di concorrenza sleale volti ad interferire slealmente nelle relazioni dell'imprenditore concorrente con la clientela possono configurarsi come pratiche commerciali sleali anche la concorrenza sleale confusoria (cioè l'uso di nomi o segni distintivi altrui; l'imitazione servile) e la denigrazione e l'approvazione dei pregi di un concorrente (art. 2598, nn.1 e 2, c.c.)¹³²: purché, appunto, idonea a falsare il comportamento economico del consumatore medio in relazione al prodotto. Si tratta di figure già contemplate dall'art. 3-*bis*, direttiva 84/450 Cee – ed ora, in negativo, dall'art. 4, lett. *c*) e *d*), d.lgs. n. 145/2007 – quali fattispecie di pubblicità comparativa illecita¹³³. Lo stesso art. 21, comma 2°, lett. *a*), c. cons., nel definire le pratiche ingannevoli, cita fra le altre “una qualsivoglia attività di *marketing* del prodotto che ingenera confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente”. Al fine del giudizio sulla scorrettezza della pratica si rivelano decisive – come peraltro precisa il comma 2° della norma da ultimo citata – le caratteristiche e le circostanze concrete in presenza

¹³¹ Si vedano, a titolo puramente esemplificativo, Cass., 11 aprile 2001, n. 5377, in *Dir. ind.*, 2001, p. 347; Cass., 21 novembre 1998, n. 11795; nella giurisprudenza di merito, App. Milano, 10 ottobre 2003, in *Foro pad.*, 2005, I, p. 129, con nota di C. DE MARCO; Trib. Bari, 24 marzo 2004, in *Dir. ind.*, 2004, p. 375, con nota di TAVOLARO; Trib. Torino, 26 novembre 2003, in *Giur. piemontese*, 2004, 323; Trib. Ancona-Senigallia, 23 luglio 2002, in *Giur. dir. ind.*, 2003, p. 430.

¹³² Per un sintetico commento di queste fattispecie cfr. P. AUTERI, *La concorrenza sleale*, cit., p. 372 ss.

¹³³ Si fa riferimento al testo della direttiva 84/450 come modificato dalla dir. 97/55/Ce, che vi ha introdotto la regolamentazione della pubblicità comparativa. Si veda inoltre, nell'ordinamento italiano, il corrispondente art. 22, lett. *d*), *e*), *h*), c. cons.

delle quali il consumatore è indotto all'acquisto¹³⁴. Inoltre il successivo art. 23, comma 1°, lett. o) annovera fra le pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli la promozione di “un prodotto simile a quello fabbricato da un altro produttore in modo tale da fuorviare deliberatamente il consumatore inducendolo a ritenere, contrariamente al vero, che il prodotto è fabbricato dallo stesso produttore”. Analoga considerazione vale per il caso in cui un imprenditore trae indebito vantaggio dalla notorietà connessa al marchio, alla denominazione commerciale o a altro segno distintivo di un concorrente o alle denominazioni di origine di prodotti concorrenti: l'ipotesi, qualificata come pubblicità comparativa dall'art. 4, lett. g), d.lgs. n. 145/2007¹³⁵, può essere considerata altresì pratica commerciale nei rapporti fra professionisti e consumatori se – come si è già precisato – falsa o è idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta. Non si hanno invece significative intersezioni fra le pratiche commerciali e gli atti di concorrenza sleale al di fuori dei casi in cui questi ultimi si traducano in una interferenza sleale nelle relazioni dell'imprenditore concorrente con la clientela. Non si è in presenza di una pratica commerciale scorretta ma solo di atti di concorrenza sleale, dunque, quando questi sono rivolti a pregiudicare valori interni all'azienda, di tipo tecnico o organizzativo¹³⁶: mancando, qui, una qualsiasi connessione con la promozione, la vendita o la

¹³⁴ Un conto è che il consumatore scelga di acquistare una merce palesemente contraffatta ad un prezzo enormemente inferiore a quello che avrebbe altrimenti dovuto versare; altro è che acquisti un prodotto essendo stato indotto a credere che esso possieda i pregi di un altro già noto, o che cada in confusione in ordine all'identificazione di un marchio, denominazione sociale o segno distintivo.

¹³⁵ E già prima dall'art. 3-*bis*, direttiva 84/450 e dall'art. 22, lett. g), c. cons.

¹³⁶ Su questo criterio di classificazione cfr. P. AUTERI, *La concorrenza sleale*, cit., 400.

fornitura di un prodotto a consumatori e la stessa idoneità a falsare il loro comportamento economico. Si pensi all'ipotesi esemplare dello storno dei dipendenti¹³⁷, allo spionaggio o all'appropriazione di segreti aziendali¹³⁸. Manca una relazione con la commercializzazione di un prodotto a consumatori anche nel caso degli atti volti ad acquisire un vantaggio concorrenziale attraverso un turbamento delle condizioni di mercato realizzato creando ostacoli o restrizioni all'attività altrui: esemplare il caso del boicottaggio fra imprenditori¹³⁹. Già si è detto all'inizio, inoltre, della necessità di escludere dalla nozione di pratica commerciale le fattispecie considerate dal diritto *antitrust* (le intese restrittive della concorrenza, l'abuso di posizione dominante e le operazioni di concertazione)¹⁴⁰: nonostante la loro idoneità ad influenzare, in ultima analisi, decisioni commerciali dei consumatori ad arrecare ad essi un pregiudizio economico¹⁴¹. Non si possono qualificare pratiche commerciali fra professionisti e consumatori, infine, quegli atti sleali nei confronti del concorrente che, pur connessi "alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto a consumatori" e volti a sviare la clientela di costui, non sono in linea di principio idonei a falsare il

¹³⁷ Sui caratteri dello storno cfr., a titolo puramente esemplificativo, G. GHIDINI, *Della concorrenza sleale*, cit., p. 335 ss.; v. V. MELI, *Lo storno dei dipendenti come atto di concorrenza sleale: un uso giurisprudenziale della clausola di correttezza professionale*, in C.e.i., 1990, p. 165 ss.

¹³⁸ Su questa figura atipica di concorrenza sleale, qualificata come pertinente alla funzione imprenditoriale «di ricerca e sviluppo» cfr. G. GHIDINI, *Della concorrenza sleale*, cit., p. 343 ss.

¹³⁹ Inteso come rottura delle relazioni contrattuali con un concorrente o come rifiuto di intrattenere rapporti con costui allo scopo di annientare la capacità concorrenziale altrui: cfr. G. GHIDINI, *Della concorrenza sleale*, cit., p. 328 ss.

¹⁴⁰ Ai sensi del diritto *antitrust*: cfr. 1. 10 ottobre 1990, n. 287.

¹⁴¹ Il diritto *antitrust* è tradizionalmente autonomo tanto dalla disciplina delle pratiche commerciali sleali quanto dal diritto dei consumi: anche se proprio di recente la Cassazione a Sezioni Unite, 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Europa e diritto priv.*, 2005, 435 ss., con nota di CASTRONOVO, *Sezioni Unite più che antitrust*, ha espresso il convincimento che esso non tuteli solo gli interessi degli imprenditori concorrenti, ma anche dei consumatori.

comportamento economico del consumatore medio e, quindi, a procurargli un pregiudizio economico. Si pensi, in via esemplare, alla concorrenza di *ex* collaboratori, i quali prendano contatto con clienti iscritti in liste riservate dell'antico datore di lavoro per offrire gli stessi beni o servizi¹⁴²; o ancor più alla violazione di esclusiva: spesso vantaggiosa per i consumatori in quanto volta ad incrinare, situazioni di monopolio e dunque, a produrre un abbassamento dei prezzi o il miglioramento della qualità dei prodotti¹⁴³. Analoga considerazione vale per le manovre di prezzo¹⁴⁴: le quali, almeno nell'immediato, si traducono addirittura in un vantaggio per i singoli consumatori che ne beneficiano. Vero è che nei casi più gravi – come quello estremo della vendita sottocosto¹⁴⁵ – tali manovre possono portare ad un turbamento del mercato e ad un'alterazione del fisiologico meccanismo concorrenziale¹⁴⁶: con conseguente pregiudizio indiretto dell'interesse della categoria dei consumatori e,

¹⁴² Ricorre tale ipotesi quando, per esempio, l'ex collaboratore si sostituisce al precedente datore nel servizio di assistenza alla clientela conosciuta durante il periodo di lavoro; utilizza lo schedario clienti per offrire la manutenzione dei prodotti del suo precedente datore di lavoro; si avvale delle liste di clienti e della conoscenza dei singoli contratti del datore di lavoro al fine di stornare una parte della clientela proponendo tariffe inferiori; si avvale della conoscenza delle esigenze dei singoli clienti allo scopo di offrire a ciascuno di loro prodotti messi a punto per soddisfare le loro esigenze, quando la conoscenza di tali esigenze abbia richiesto da parte del datore contatti ripetuti con i singoli per individuarne desideri ed attese e giungere progressivamente alla soluzione ottimale: questi i casi riportati da G. GHIDINI, *Della concorrenza sleale*, cit., 349 s.

¹⁴³ Sulle condizioni di liceità della condotta di chi viola l'altrui zona di esclusiva si veda G. GHIDINI, *Della concorrenza sleale*, cit., 305 ss., il quale (*op. cit.*, 313) sottolinea che i consumatori sono normalmente soggetti controinteressati alla difesa delle esclusive

¹⁴⁴ Se ne veda un quadro in G. GHIDINI, *Della concorrenza sleale*, cit., 315 ss.

¹⁴⁵ Per quanto riguarda il settore del commercio - e più in particolare delle vendite al dettaglio - l'art. 15, d.lgs. n. 114/1998 definisce con maggiore precisione la vendita sottocosto come vendita al pubblico di uno o più prodotti effettuata ad un prezzo inferiore a quello risultante dalle fatture d'acquisto maggiorato dall'imposta sul valore aggiunto e di ogni altra imposta o tassa connessa alla natura del prodotto e diminuito degli eventuali sconti o contribuzioni riconducibili al prodotto medesimo.

¹⁴⁶ Cass., SS.UU., 1991, n. 5787; sul punto G. GHIDINI, *Della concorrenza sleale*, cit., p. 320.

nel medio o lungo periodo, anche dei singoli. E tuttavia, proprio in quanto dirette ad incidere sul contenuto economico del contratto e non sulla potenziale alterazione del potere decisorio del consumatore medio, anche queste situazioni fuoriescono dalla sfera di operatività della pratica commerciale sleale nei rapporti fra professionisti e consumatori.

A scopo puramente descrittivo ed esplicativo si possono individuare tre fattispecie di atti commerciali scorrette: la pubblicità ingannevole o aggressiva; le tecniche di negoziazione sleale; le ingannevoli omissioni di informazioni. Con l'avvertenza che la distinzione fra questi ambiti, che in concreto può essere difficile da tracciare con certezza o precisione, non comporta comunque alcuna differenziazione quanto alla disciplina applicabile.

13.1. La pubblicità ingannevole o aggressiva.

Fra le comunicazioni commerciali non vi è dubbio che la pubblicità possa essere rilevante come “pratica commerciale scorretta” (purché – come si vedrà – “fra professionisti e consumatori”) e che, come tale, sia assoggettata agli artt. 18 ss. c. cons.¹⁴⁷. La pubblicità è considerata scorretta alla luce del duplice criterio enunciato dall'art. 20, comma 2°, c. cons.: la contrarietà alla diligenza professionale e l'idoneità a falsare in modo apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio. In particolare, la pubblicità scorretta può essere ingannevole o aggressiva. Il carattere dell'ingannevolezza si ricava dalla nozione generale di pratica ingannevole contenuta nell'art. 21 c. cons.: per essere tale la pubblicità deve dunque contenere informazioni non rispondenti al

¹⁴⁷ Per un approfondimento della nozione di pubblicità V. MELI, voce *Pubblicità ingannevole*, in *Eng. giur.*, 2006, p. 1 ss.; F. CAFAGGI, voce *Pubblicità commerciale*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XI, Torino, 1995, p. 450 ss.; C. ROSSELLO, *Pubblicità ingannevole*, in *Contr. impr.*, 1995, p. 155.

vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induca o sia idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad una decisione di natura commerciale. La pubblicità ingannevole è altresì contemplata dal d.lgs. n. 145/2007 in vista della tutela dei professionisti in qualità di destinatari del messaggio¹⁴⁸ (art. 1) e definita come “qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la presentazione, è idonea ad indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, sia idonea a ledere un concorrente” (art. 2, lett. *b*). In seguito ai d.lgs. n. 145 e n. 146 del 2007, pertanto, la pubblicità ingannevole è assoggettata ad una sorta di doppio regime: i cui confini interni, tuttavia, restano tutti da definire e sono essenzialmente rimessi al lavoro dell’interprete. Rientrano esclusivamente nella sfera di operatività del d.lgs. n. 145/2007 – ma non in quella del codice del consumo – le forme di pubblicità che sono specificatamente dirette a promuovere prodotti presso professionisti: di prodotti, quindi, esclusivamente o prevalentemente destinati ad una qualsiasi attività professionale. Il terreno di intersezione fra i due decreti, di contro, si ha in presenza della pubblicità rivolta ad un pubblico misto (e, quindi, potenzialmente, sia a consumatori sia a professionisti) ed anche nel caso della pubblicità diretta ai consumatori. Entrambi questi tipi di pubblicità, come si è visto in precedenza, ricadono nell’ambito dell’art. 18, lett. *d*), *c*. cons. Alla luce della definizione di pubblicità ingannevole data dall’art. 2, lett. *b*) – e, quindi, in base alla loro idoneità a ledere un concorrente – essi sono tuttavia inclusi anche nella sfera di

¹⁴⁸ G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa: il d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145*, in *Studium iuris*, 2007, p. 1307 ss.

operatività del d.lgs. n. 145/2007. La pubblicità aggressiva è invece tale se, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o all'indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (art. 24 c. cons.). Si pensi al messaggio pubblicitario che include un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri adulti ad acquistare un prodotto reclamizzato (art.26, lett. e), c. cons.). Quanto ai tipi di comunicazione commerciale o promozionale suscettibili di ricadere nel divieto (sempre con riguardo ai rapporti fra professionisti e consumatori), la formulazione dell'art. 18, lett. d) consente di accoglierne la nozione più ampia possibile. Indicazioni più precise, del resto, non si ricavano dalla definizione di pubblicità ingannevole data dal primo citato art. 2, lett. b), d.lgs. n. 145, che fa riferimento ad una "qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la presentazione, è idonea ad indurre in errore". Ricadono nella nozione di pratica commerciale, pertanto, sia i veri e propri messaggi pubblicitari, sia i fenomeni che – pur appartenendo al *genus* delle comunicazioni di impresa – da questi tendono ad essere distinti (si pensi alla sponsorizzazione)¹⁴⁹, sia, infine, le comunicazioni in prima istanza finalizzate a promuovere l'immagine del professionista presso il pubblico¹⁵⁰ e, pertanto, solo

¹⁴⁹ Sulla distinzione fra la pubblicità commerciale ed altre forme di commercializzazione e promozione V. F. CAFAGGI, voce *Pubblicità commerciale*, cit., p. 450 ss.

¹⁵⁰ Sui criteri di legittimità di questa forma di pubblicità («gefühlbetonte Werbung») in relazione alla disciplina tedesca della concorrenza sleale (§ 4 UWG) cfr. BGH, 22 settembre 2005, in JZ, 2006, p. 317.

indirettamente rivolte ad invogliare i consumatori all'acquisto. Rispetto alla disciplina della pubblicità ingannevole, gli artt. 20 e 21 c. cons. prescrivono di valutare il carattere ingannevole della comunicazione commerciale avendo riguardo al consumatore medio: poiché infatti lo standard di avvedutezza del destinatario del messaggio è essenziale al fine di determinare la scorrettezza della pratica, si è sentita l'esigenza di sancire l'irrilevanza, almeno quella capace di trarre in inganno solo il consumatore credulone o totalmente imprevidente¹⁵¹. Si fa tuttavia salva la possibilità di avere riguardo ad un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, che sia particolarmente vulnerabile alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce in ragione di determinare cause di debolezza (infermità mentale o fisica, età, ingenuità)¹⁵². In ogni caso, tuttavia, il livello di tutela non può essere elevato oltre i limiti della c.d. pubblicità iperbolica, che la nuova direttiva autorizza ora esplicitamente come "pratica pubblicitaria comune e legittima"¹⁵³, in conformità con l'orientamento già seguito dalla giurisprudenza di alcuni Stati nazionali¹⁵⁴.

¹⁵¹ La precisazione si è resa necessaria in quanto il livello di protezione dei consumatori nei confronti delle pratiche sleali - rapportato allo standard di avvedutezza - è finora stato diverso nei singoli Stati membri: da qui l'esigenza di sancire l'esclusione di un livello di tutela esteso al consumatore completamente malaccorto e ritenuto eccessivo dalla stessa Corte di Giustizia (cfr. HOWELLS, *Introduction*, in *European Fair Trading Law*, cit., p. 5).

¹⁵² Cfr. art. 5, comma 3°. La disciplina della pubblicità ingannevole contempla espressamente la sola pubblicità suscettibile di raggiungere bambini o adolescenti, nonché quella che impiega bambini ed adolescenti: art. 6 dir. 84/450; art. 25 c. cons. Ma la considerazione di situazioni di debolezza anche di tipo diverso trapela dalla giurisprudenza dell'Autorità Garante: V. ROSSELLO, *Pubblicità ingannevole*, cit., p. 157.

¹⁵³ Art. 5, comma 3°, ultima parte: «ciò lascia impregiudicata la pratica pubblicitaria consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera».

¹⁵⁴ Nel nostro ordinamento la pubblicità c.d. iperbolica (da intendersi come esagerazione o vanteria che non può essere seriamente considerata veritiera) è ritenuta tendenzialmente legittima (purché non abbia un contenuto denigratorio delle attività o dei prodotti altrui, o comunque si traduca in una forma di

13.2. Le tecniche di negoziazione sleale.

Un secondo tipo di pratica commerciale si può ravvisare nei casi che fuoriescono da una comunicazione promozionale o pubblicitaria nel pur ampio senso visto nel paragrafo precedente: per comprendere offerte al pubblico ingannevoli nei contenuti o aggressive nelle modalità. La differenza rispetto alla pubblicità sta nella determinatezza del contenuto della comunicazione, da inquadrarsi come una vera e propria offerta: rivolta ad un pubblico indeterminato (si pensi alla televendita, o agli acquisti *on line*) o, ancorché di massa, indirizzata a destinatari individuati (come nel caso delle vendite porta a porta o alle offerte telefoniche). Si tratta di tecniche di negoziazione la cui “scorrettezza” si può apprezzare, ancora una volta, sotto il profilo della forma ingannevole (cioè falsa o comunque, se corretta, suscettibile di indurre in errore il consumatore medio), o con riguardo al carattere aggressivo delle modalità: da valutarsi in base alle caratteristiche e circostanze del caso e comunque tale da limitare (anche solo potenzialmente) la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto (come nell’ipotesi di molestie o coercizione) e da indurlo ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso. Un esempio del primo tipo si può ricavare dall’art. 23, comma 1°, lett. p), c. cons.: il quale, fra le pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli, annovera l’avvio, la promozione o la

comparazione indiretta, ingiustificata o decettiva: cfr. C. ROSSELLO, *Pubblicità ingannevole*, cit., p. 144 s.; R. FRANCESCHELLI, voce *Concorrenza*, cit., p. 14): tanto sotto il profilo degli atti di concorrenza sleale, quanto alla luce della disciplina della pubblicità ingannevole di matrice comunitaria. Per riferimenti alla soluzione analoga praticata nell’ordinamento francese cfr., per esempio, VARANO, *La tutela del consumatore nel diritto francese: les pratiques commerciales réglementées dans le code de la consommation*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 460.

gestione di un sistema di promozione a carattere piramidale. Le vendite piramidali, i giochi o le catene, del resto, costituivano già in precedenza oggetti di espressi divieti¹⁵⁵. Ipotesi esemplari del secondo tipo si possono dedurre dalle indicazioni contenute nell'art. 25, comma 1°, lett. a) e c), c. cons. Si pensi alle offerte effettuate in modo persistente e ripetuto presso l'abitazione del consumatore: ancor più se le comunicazioni commerciali sono effettuate tramite telefono, posta elettronica, fax o altro mezzo di comunicazione a distanza [l'ipotesi è inclusa fra le pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive: si veda l'art. 26, comma 1°, lett. c); è inoltre contemplata dagli artt. 58 e 67-*sexiesdecies* c. cons., che richiedono il consenso preventivo del consumatore]. Oppure si immaginino le offerte poste in essere in occasione o nel contesto di eventi tragici suscettibili di alterare la capacità di valutazione del consumatore (come la morte o la malattia di un congiunto). Sono considerate espressamente pratiche commerciali scorrette le forniture non richieste di beni e di servizi: anche finanziari (artt. 57¹⁵⁶ e 67-*quinqüesdecies* c. cons.). Il tipo di pratiche scorrette appena descritto, beninteso, può incardinarsi sulle tecniche di negoziazione già considerate dal codice del consumo come suscettibili di alterare la capacità di giudizio del consumatore ma di per sé non vietate: collocate nel Titolo III della Parte III del codice ("il rapporto di consumo")¹⁵⁷ e presidiate da specifici strumenti di garanzia dell'effettività del consenso del consumatore (obblighi informativi

¹⁵⁵ Vietate dalla l. 17 agosto 2005, n. 173: sulla quale, per un commento sintetico, cfr. G. BISAZZA, *Vendita diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali*, in *Studium iuris*, 2006, p. 398 s.

¹⁵⁶ Già previste dagli artt. 9, direttiva 97/7/Ce e direttiva 2002/65/Ce.

¹⁵⁷ Per una recente regolamentazione della «vendita diretta a domicilio» cfr. l. 17 agosto 2005, n. 173.

concernenti l'oggetto del contratto¹⁵⁸, o la possibilità di esercitare diritti o tutele¹⁵⁹; la facoltà di pentimento¹⁶⁰).

13.3. Le omissioni ingannevoli di informazione.

La terza categoria di pratiche commerciali suscettibili di rientrare nel divieto posto dall'art. 20 c. cons. attiene all'area dell'insufficienza o inadeguatezza delle informazioni¹⁶¹. Come si è già visto in precedenza, infatti, il divieto di pratica commerciale sleale opera se, oltre al requisito della «relazione» con la commercializzazione di un prodotto (art. 18, comma 1°, lett. d), sono omesse informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno - alla luce di tutte le caratteristiche e le circostanze del caso - per assumere una decisione consapevole di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (art. 22 c. cons.)¹⁶². Questo terzo tipo di pratiche comprende, in via residuale, tutti quei casi che non ricadono dentro la pur ampia definizione della pubblicità ingannevole e che, perciò, sono stati classificati all'interno del primo gruppo. Si può pensare, a tal riguardo, alle ipotesi in cui il professionista omette informazioni rilevanti nelle offerte al pubblico o nella fase, precontrattuale o contrattuale, successiva ad una presa di contatto individuale con un consumatore. Oltre ad essere oggetto di uno dei diritti «fondamentali» del consumatore, essere alla base di un

¹⁵⁸ Si vedano, per esempio, gli artt. 52, lett. a)-e) (informazioni per il consumatore nei contratti a distanza), 87 (informazioni nella vendita di pacchetti turistici), c. cons.

¹⁵⁹ Si vedano per esempio gli artt. 47, 52, lett. f) (informazione sul diritto di recesso).

¹⁶⁰ Cfr. C. CHERUBINI, *Tutela del «contraente debole» nella formazione del consenso*, Torino, 2005, spec. p. 73 ss.

¹⁶¹ Art. 22 c. cons. Sull'informazione e l'omissione ingannevole si rinvia, per una più puntuale analisi, a CALVO, *infra*, cap. VI.

¹⁶² Sulla possibilità che la pratica commerciale abbia tuttavia anche un carattere incidente oltre che determinante.

intervento comunitario sulle manipolazioni del mercato¹⁶³ e essere imposta a proposito di alcune essenziali indicazioni relative a prodotti destinati al consumatore¹⁶⁴, l'informazione esauriente e corretta è prescritta in molti specifici settori contrattuali concernenti i rapporti fra professionisti e consumatori come parte del contenuto contrattuale¹⁶⁵. L'omissione di questa informazione è talvolta corredata da sanzioni penali o amministrative¹⁶⁶, talvolta è accompagnata da conseguenze civilistiche¹⁶⁷: spesso, tuttavia, sussiste incertezza in ordine alle possibili conseguenze della violazione¹⁶⁸. Nei casi in cui gli obblighi informativi sono specificatamente prescritti e tipizzati (seppure per fini diversi da quelli considerati ai fini degli artt. 18 ss. c. cons.), possono contribuire a chiarire anche se l'omissione sia nella fattispecie concreta da considerarsi rilevante allo scopo di incidere sulla decisione di natura commerciale del consumatore medio.

¹⁶³ Direttiva 2003/6/Ce, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato). Ai sensi dell'art. 1, n. 2, a), si intende per manipolazione del mercato, fra l'altro, un'operazione o un ordine di compravendita che fornisca (o sia suscettibile di fornire) indicazioni false ovvero fuorvianti in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo degli strumenti finanziari; e, ai sensi della lett. c), "la diffusione di informazioni tramite i mezzi di informazione (...) che forniscano, o siano suscettibili di fornire, indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari, compresa la diffusione di notizie incontrollate o di informazioni false ovvero fuorvianti, se la persona che le ha diffuse sapeva o avrebbe dovuto sapere che le informazioni erano false o fuorvianti". Nel considerando n. 43 della direttiva citata si sottolinea che "squilibri nell'informazione e la mancanza di trasparenza potrebbero pregiudicare il funzionamento dei mercati e soprattutto danneggiare i consumatori e i piccoli investitori".

¹⁶⁴ Artt. 5 ss. c. cons.: sul ruolo dell'informazione in questo contesto cfr., da ultimo L. ROSSI CARLEO, art. 5, *Obblighi generali*, in *Codice del consumo, Commentario* a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005, p. 125 ss.

¹⁶⁵ Cfr., per esempio, artt. 47, 52, 67-septies – 67-undecies, c. cons.

¹⁶⁶ Cfr artt. 12, 17, 67-septiesdecies, c. cons.

¹⁶⁷ Art. 67-septiesdecies, comma 4°, c. cons.

¹⁶⁸ Ravvisa in ciò un difetto dell'*Acquis Communautaire* nel campo dei doveri di informazione V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, p. 146 .

14. Il sistema di valutazione del carattere commerciale di una pratica scorretta.

I commi 2°-4° dell'art. 20 e gli artt. 21-26 c. cons. individuano i criteri ed i parametri in applicazione dei quali può e deve stabilirsi se una determinata pratica commerciale sia o meno da considerare «scorretta».

Il comma 2° dell'art 20 reca innanzitutto una definizione di carattere generale, stabilendo che una pratica commerciale è scorretta se «è contraria alla diligenza professionale» (cfr. la definizione della relativa nozione contenuta nell'art. 18, lett. *h*), c. cons.) ed «è falsa o idonea (*rectius*: falsa o è idonea) a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori» (cfr. le definizioni inserite nell'art. 18, lett. *e*) nonché *m*).

La definizione «generale» di pratica commerciale scorretta viene poi «concretizzata» attraverso l'enucleazione di due categorie «speciali» di pratiche scorrette (le pratiche ingannevoli di cui agli artt. 21 e 22 e le pratiche aggressive di cui agli artt. 24 e 25), nonché attraverso l'analitica individuazione di singole, concrete tipologie di pratiche commerciali «considerate in ogni caso sleali» (quelle elencate nelle liste «nere» di pratiche commerciali sicuramente ingannevoli e aggressive rispettivamente inserite negli artt. 23 e 26 c. cons.¹⁸, cui si aggiungono quelle indicate nei commi 3° e 4°, dell'art. 21 c. cons.)¹⁹.

¹⁸ Nei quali è stata fedelmente riprodotta la lista inclusa nell'allegato I alla direttiva 2005/29/Ce, Allegato i cui contenuti potranno essere modificati soltanto

Quanto alle pratiche ingannevoli, nei commi 1° e 2° dell'art. 21 e nell'art. 22 c. cons. vengono in realtà contemplate, rispettivamente, due distinte categorie di pratiche ingannevoli (le azioni ingannevoli e le omissioni ingannevoli), ciascuna delle quali include poi al proprio interno una pluralità di sottogruppi.

I presupposti in presenza dei quali una pratica commerciale può e dev'essere considerata "ingannevole" sono due: uno è costante, ed è rappresentato dall'attitudine della pratica «ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso»; l'altro è invece variabile, dal momento che l'art. 21 c. cons. (commi 1° e 2°) individua ben quattro diverse tipologie di «azioni ingannevoli»²⁰, mentre l'art. 22 c. cons. contempla tre ulteriori tipologie di «omissioni ingannevoli»²¹.

da un'eventuale nuova direttiva che vi apportasse le innovazioni a tal fine necessarie (cfr. art. 5, § 5, della direttiva 2005/29/Ce).

¹⁹ In questi due commi sono state inserite due statuizioni che non trovano alcuna rispondenza nel testo della direttiva 2005/29/Ce, e costituiscono pertanto il frutto di una autonoma e spontanea opzione del legislatore italiano.

²⁰ Se «induce o è idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso», costituisce un'«azione ingannevole» la pratica commerciale che:

1. fornisca o divulghi informazioni non veritiere in merito ad uno degli elementi (tassativamente) elencati nelle lett. a) -g), del comma 1°, dell'art. 21;
2. pur comunicando informazioni oggettivamente veritiere, per una qualsivoglia ragione (attinente ad es. alle modalità con cui tali informazioni vengono presentate o trasmesse) sia suscettibile di indurre il consumatore medio in errore in merito ad uno dei sopra citati elementi;
3. si sostanzi in un'attività di commercializzazione di beni o servizi suscettibile di ingenerare confusione con i beni o i servizi offerti da professionisti concorrenti, ovvero con i marchi o i segni distintivi di questi ultimi;
4. contrasti con i precetti di codici di condotta che il professionista si sia impegnato a rispettare nella propria attività, laddove il professionista medesimo abbia reso noto, nell'ambito della pratica commerciale, di aver aderito a siffatti codici di condotta.

²¹ Se «induce o è idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso», costituisce un'«omissione ingannevole» la pratica commerciale posta in essere da un

La categoria delle pratiche commerciali aggressive viene invece individuata attraverso una definizione unitaria ed omnicomprensiva (art. 24 c. cons.), rispetto alla quale l'art. 25 c. cons. si limita ad individuare gli «elementi» che debbono essere presi in considerazione per stabilire se una pratica commerciale comporti «molestie, coercizione ... o indebito condizionamento»²².

I presupposti cui l'art. 24 c. cons. subordina la possibilità di qualificare una pratica commerciale come aggressiva sono segnatamente, tre: in primo luogo è necessario che il professionista, nella pratica commerciale che pone in essere nei confronti di consumatori, abbia fatto ricorso a molestie, alla coercizione (compreso l'impiego della forza fisica) o all'indebito condizionamento²³; in secondo luogo, è indispensabile che, proprio perché il professionista si è avvalso di strumenti siffatti, la pratica risulti idonea a «limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio»; infine, occorre che questa attitudine della pratica commerciale a limitare la libertà del

professionista che: 1. ometta di fornire informazioni delle quali il consumatore abbisogna per poter assumere una decisione di natura commerciale e che si prestino ad essere considerate «rilevanti»: tali sono peraltro sempre da reputare le informazioni relative agli elementi elencati nelle lett. a)-e) del comma 4°, dell'art. 22, c. cons., nonché le informazioni che, in forza di apposite statuizioni contenute in norme di recepimento di direttive Ce, i professionisti siano obbligati a comunicare preventivamente ai consumatori in sede di promozione e commercializzazione dei beni o servizi che offrono sul mercato; 2. occulti o presenti in modo oscuro, ambiguo o incomprensibile informazioni suscettibili di essere qualificate come «rilevanti», nel senso testé precisato; 3. ometta di palesare l'intento commerciale dell'attività che sta svolgendo, salvo che tale intento risulti evidente dal contesto del suo operato.

²² Anche se occorre riconoscere che alcuni di tali «elementi» sono definiti con modalità che lasciano trasparire l'intento di individuare vere e proprie sottocategorie di pratiche aggressive, e non semplicemente di dettare un mero parametro di cui tener conto ai fini della valutazione del carattere aggressivo di una pratica commerciale.

²³ La lett. l) dell'art. 18 c. cons. detta una definizione della nozione di «indebito condizionamento». Non vengono per contro fornite definizioni normative delle nozioni di «molestie» e di «coercizione».

consumatore medio sia tale da renderla suscettibile di indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso.

Alla luce di quanto si è detto, appare evidente come il tratto caratterizzante comune alla nozione «generale» di pratica commerciale «scorretta», alle diverse categorie di pratiche ingannevoli e alla categoria delle pratiche aggressive - nel quale può e dev'essere ravvisato l'elemento fondamentale qualificante la «scorrettezza» di una pratica commerciale - è l'attitudine del comportamento tenuto dal professionista ad influenzare (in modo «apprezzabile») il «comportamento economico» dei consumatori (e cioè ad incidere in misura rilevante e con modalità riprovate dall'ordinamento sui procedimenti decisionali attraverso i quali i consumatori pervengono ad operare le loro scelte di mercato), spingendoli ad assumere «decisioni di natura commerciale» che altrimenti non avrebbero preso (o avrebbero preso a condizioni e/o con modalità differenti rispetto a quelle in concreto adottate).

L'elemento in questione viene infatti specificamente contemplato nel comma 2°, dell'art. 20, nei commi 1° e 2°, dell'art. 21 (azioni ingannevoli), nei commi 1° e 2°, dell'art. 22 (omissioni ingannevoli) nonché nell'art. 24 (pratiche aggressive), ed è presunto *ex lege* in ciascuna delle fattispecie contemplate negli artt. 23 e 26 c. cons.²⁴.

La «scorrettezza» di una pratica commerciale, nel senso di cui al comma 1°, dell'art. 20, c. cons., postula dunque imprescindibilmente la sua idoneità ad influenzare in misura decisiva le scelte «economiche» dei consumatori, le decisioni cioè che i consumatori

²⁴ Nel senso che l'attitudine delle pratiche commerciali delle quali venga appurata la riconducibilità ad una delle previsioni delle liste nere contenute nell'allegato alla direttiva viene presunta *ex lege* senza possibilità di prova contraria, cfr. KOHLER e BORNKAMM, in HEFERMEHL-KÖHLER-BORNKAMM, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, cit., p. 1286.

adottano con riguardo ai rapporti patrimoniali con i professionisti: in assenza di siffatta idoneità, è preclusa a priori la possibilità stessa di qualificare in termini di «scorrettezza» una pratica commerciale.

Quanto infine alle «liste nere» di pratiche commerciali sicuramente «scorrette», se per un verso merita apprezzamento la scelta del legislatore italiano di inserire i relativi elenchi in apposite disposizioni del c. cons. (artt. 23 e 26), anziché relegarli in allegati esterni al codice del consumo medesimo²⁵, suscita non poche riserve la circostanza che il legislatore italiano si sia completamente astenuto dall'affrontare e chiarire i dubbi suscitati dalla formulazione testuale delle corrispondenti previsioni dell'allegato alla direttiva²⁶, limitandosi a riprodurle fedelmente e rimettendo così agli interpreti il compito di sciogliere i relativi nodi interpretativi.

Va poi evidenziato che, di sua spontanea iniziativa, il nostro legislatore ha arricchito il novero delle pratiche commerciali «considerate in ogni caso scorrette», affiancando alle fattispecie contemplate negli elenchi di cui agli artt. 23 e 26 (puntualmente rispondenti all'allegato n. 1 alla Direttiva 2005/29/Ce) due fattispecie che nell'allegato in questione non vengono affatto contemplate: a norma dei commi 3° e 4° dell'art. 21 c. cons., infatti, sono «considerate» scorrette - rispettivamente - la pratica commerciale «che, riguardando prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori, omette di darne notizia in modo da

²⁵ Anche se sarebbe stato forse più opportuno accorparne i contenuti in un elenco unitario, evitando il ricorso alla qualificazione «ingannevoli» e «aggressive» - sostanzialmente superflua in taluni casi potenzialmente fuorviante - e semplicemente qualificando le tipologie di pratiche commerciali espressamente contemplate come «in ogni caso scorrette».

²⁶ Non di rado, invero, l'oscurità e l'ambiguità di alcune statuizioni dell'allegato è ascrivibile ad errori di traduzione delle corrispondenti versioni linguistiche inglese e francese compiuti dai competenti uffici della Ce in sede di predisposizione della versione italiana del testo della direttiva.

indurre i consumatori a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza» e la pratica commerciale «che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini e adolescenti, può, anche indirettamente, minacciare la loro sicurezza».

Il legislatore ha in tal modo inteso ribadire e riprodurre, estendendolo anche a «pratiche commerciali» diverse dalla pubblicità, un divieto che si trovava originariamente sancito nell'art. 5 e nella prima parte dell'art. 6, d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 (attuativo della direttiva 84/450/Ce in materia di pubblicità ingannevole), era poi stato trasfuso (in sede di predisposizione del c. cons. e della trasposizione in quest'ultimo della disciplina contenuta in tale d.lgs.) negli artt. 24 e nella prima parte dell'art. 25 c. cons. e si rinvia ora nell'art. 6 e nel comma 2° dell'art. 7, d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145, recante la disciplina generale della pubblicità.

Tale scelta appare tuttavia per molti aspetti criticabile. In primo luogo, è errata la collocazione dei sopra descritti precetti, che avrebbero dovuto essere inseriti nell'elenco contenuto nell'art. 23 c. cons., o meglio ancora (dal momento che in realtà le pratiche vietate nulla hanno a che fare con la nozione di pratica ingannevole di cui agli artt. 21, commi 1° e 2°, e 22 c. cons.) in chiusura dell'art. 20 c. cons.

In secondo luogo, e soprattutto, è sistematicamente sbagliata ed ingiustificata l'inclusione, fra le pratiche commerciali «scorrette» (categoria che dovrebbe a rigore comprendere soltanto pratiche commerciali suscettibili di ledere interessi economici dei consumatori, in quanto atte a condizionarne - con modalità riprovate dall'ordinamento - il comportamento economico), di pratiche commerciali che vengono vietate esclusivamente perché potenzialmente idonee ad esporre a rischi e pericoli la sicurezza dei

consumatori in generale, dei bambini e degli adolescenti in particolare: è evidente infatti che l'interesse la cui tutela giustifica in questi casi il divieto (protezione della salute e della sicurezza) nulla ha a che fare con gli interessi economici dei consumatori la cui tutela costituisce la *ratio* e l'obiettivo della Direttiva 2005/29/Ce e della disciplina che ad essa dà attuazione.

Proprio tale considerazione sembra peraltro consentire di escludere che l'introduzione nell'art. 21 c. cons. dei commi 3° e 4° sia incompatibile con il carattere «completo» dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali attuata dalla Direttiva 2005/29/Ce: ai legislatori nazionali è infatti preclusa la possibilità di discostarsi dal dettato di quest'ultima soltanto in sede di regolamentazione (ed eventualmente di divieto) di pratiche commerciali lesive di interessi economici dei consumatori, ferma restando invece la possibilità di mantenere ed introdurre regole *ad hoc* in funzione della protezione di interessi *non economici* dei consumatori (quale appunto l'interesse alla prevenzione di rischi e pericoli per la salute).

15. Le liste nere.

Il procedimento che l'interprete dovrà seguire, al fine di valutare se una determinata pratica commerciale abbia o meno natura scorretta, dovrà articolarsi nel modo seguente.

In primo luogo, occorrerà stabilire se la pratica si presti o no ad essere inquadrata in una delle previsioni delle liste «nere» contenute negli art. 23 e 26 e. cons. ovvero ricondotta ad una delle due previsioni «speciali» di cui ai commi 3° e 4° dell'art. 21 c. cons.

Qualora questa verifica dovesse avere esito positivo, la pratica deve senz'altro essere considerata scorretta²⁷, senza alcuna possibilità di valutazione diversa o contraria, a prescindere pertanto dalle ripercussioni che essa in concreto abbia avuto sui consumatori nei confronti dei quali sia stata in concreto posta in essere, nonché dalla sua potenziale attitudine a falsarne in misura rilevante/apprezzabile il comportamento economico²⁸. Da rilevare che una pratica suscettibile di essere ricondotta ad una delle previsioni degli artt. 23 e 26 c. cons. deve ritenersi scorretta anche se, in sé e per sé considerata, non si presterebbe ad essere qualificata come «ingannevole» a norma degli artt. 21, commi 1° e 2°, e 22, c. cons., né come «aggressiva» a norma dell'art. 24 c. cons.²⁹, né tanto meno come «scorretta» ai sensi della «definizione generale» di cui al comma 2°, dell'art. 20, c. cons.³⁰.

²⁷ Nel senso che l'inclusione nella lista implicherebbe una presunzione di slealtà, che esonererebbe il consumatore dall'onere di fornire la prova del carattere sleale di una pratica della quale si sia dimostrata la riconducibilità ad una delle previsioni della lista, cfr. A. GARDE - M. HARAVON, *Unfair Commercial Practices: Towards a Comprehensive European Consumer Policy?*, in *Revue européenne de droit de la consommation*, 2006, p. 122, i quali affermano che l'allegato contiene una lista esaustiva e tassativa delle pratiche commerciali che si presumono sleali, ma non chiariscono se tale presunzione debba ritenersi assoluta o relativa. Di «presunzione assoluta» di scorrettezza discorre P. BARTOLOMUCCI, *L'attuazione della direttiva*, cit., p. 278.

²⁸ Nel medesimo senso, con riferimento alle fattispecie di pratiche commerciali «considerate in ogni caso sleali» contemplate nell'allegato I alla direttiva 2005/29/Ce, cfr. H. KOHLER e J. BORNKAMM, in HEFERMEHL-KOHLER-BORNKAMM, *Ge-setz gegen den unlauteren Wettbewerb*, cit., p. 1286, nonché PEIFER, *Die Zukunft der irreführenden Geschäftspraktiken*, in WRP, 2008, p. 560.

²⁹ In questi termini, con riguardo al rapporto fra le statuizioni dell'allegato e le disposizioni degli artt. 6-7 e 8 della direttiva 2005/29/Ce, cfr. anche GAMERITH, *Der Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken*, cit., p. 415 e KÖHLER-BORNKAMM, *op. loc. uh. cit.*

³⁰ Nel medesimo senso, con riguardo al rapporto fra l'art. 5 della direttiva 2005/29/Ce e le previsioni contenute nell'allegato, v. anche J. STUYCK, E. TERRYN e T. VAN DYCK, *Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*, in C.M.L.R., 2006, p. 131 s. (i quali peraltro si esprimono in termini critici nei confronti della scelta degli organi comunitari di attribuire un valore così rigido alle previsioni contenute nell'allegato).

In particolare una pratica commerciale che oggettivamente presenti gli elementi e le caratteristiche individuate in una delle previsioni contenute nelle «liste nere» dovrebbe reputarsi per ciò solo scorretta, a prescindere dalla (e conseguentemente senza che si renda necessario accertare la) sua conformità alla «diligenza professionale» nonché dalla sua attitudine «a falsare il comportamento economico del consumatore»³¹.

Qualora per contro la singola pratica dovesse risultare insuscettibile di essere ricompresa in una delle previsioni contenute negli artt. 22, commi 3° e 4°, 23 e 26, c. cons., si tratterà di appurare se siano in essa ravvisabili gli estremi di una pratica commerciale ingannevole (a norma degli artt. 21, commi 1° e 2°, e 22 c. cons.) ovvero di una pratica commerciale aggressiva (a norma degli artt. 24 e 25 c. cons.). Occorre in proposito sottolineare che la valutazione volta a verificare la sussistenza dei presupposti cui è subordinata la possibilità di qualificare una pratica commerciale come «ingannevole» o «aggressiva» va sempre condotta «in concreto», tenendo conto cioè di tutte le circostanze del caso nonché delle specifiche peculiarità che lo caratterizzano³².

Se la verifica ha esito positivo, la pratica riconosciuta come «ingannevole» ai sensi dell'art. 21 o 22 c. cons. ovvero come «aggressiva» a norma dell'art. 24 c. cons. è senz'altro da qualificarsi

³¹ Così anche F. HENNING-BODEWIG, *Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, in *GRUR Int.*, 2005, p. 631. In senso contrario, cfr. però OHLY, in PIPER e OHLY, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, cit., *Einführung C*, Rn. 53, secondo il quale una pratica suscettibile di essere ricompresa in una delle previsioni dell'allegato potrebbe considerarsi sleale soltanto qualora ne venisse accertata in concreto l'attitudine a «falsare il comportamento economico del consumatore».

³² Cfr. E. BATTELLI, *Commento ai d.lgs. n. 145 e n. 146/2007*, in *I contratti*, 2007, p. 1115 s.

come «scorretta»³³, ciò a prescindere dalla circostanza che essa si presti altresì ad essere considerata «scorretta» pure ai sensi del comma 2° dell'art. 20 c. cons., soprattutto a prescindere dall'attitudine della pratica commerciale ad essere giudicata conforme o contraria alla «diligenza professionale»³⁴.

Soltanto se si accerta che la pratica non ha natura «ingannevole» né «aggressiva» (ex artt. 21, 22 e 24, c. cons.) si rende possibile e necessario il ricorso alla «nozione generale» di cui all'art. 20, comma 2°, c. cons.³⁵, la quale pertanto si configura essenzialmente come una norma di chiusura³⁶ dotata di una funzione sussidiaria³⁷ e come tale,

³³ Non è dunque affatto vero che le previsioni degli artt. 21, 22 e 24 c. cons. si limiterebbero a dettare una mera presunzione *juris tantum* di scorrettezza, come erroneamente afferma P. BARTOLOMUCCI, *L'attuazione della direttiva*, cit., p. 278.

³⁴ Nel senso che l'accertamento della natura ingannevole (ai sensi degli artt. 6 e 7 della direttiva) o aggressiva (ai sensi dell'art. 8 della direttiva) di una pratica commerciale rende superfluo, ai fini della qualificazione della stessa in termini di slealtà, il ricorso alla nozione generale di cui al § 2 dell'art. 5, v. anche M. RÓTTINGER, "*Unfair commercial practices*", cit., p. 249; W. VEELKEN, *Kundenfang gegenüber dem Verbraucher. Bemerkungen zum EG-Richtlinienentwurf über unlautere Geschäftspraktiken*, in *Wettbewerb im Recht und Praxis*, 2004, p. 18 (il quale però non esclude che le *Wertungen* sottostanti alla definizione generale di cui al § 2 dell'art. 5, e soprattutto la contrarietà alle norme di diligenza professionale, possano indirettamente influenzare l'interpretazione e l'applicazione degli artt. 6-7 della direttiva); STUYCK, TERRY e VAN DYCK, *Confidence through fairness?*, cit., p. 133; AUGENHOFER, *Ein "Flickenteppich" oder doch der "grobe Wurf"?*, in *ZfRV*, 2005, p. 210; R. MASSAGUER, *El nuevo derecho contra la oompetencia desleal*, cit., p. 99.

³⁵ Nello stesso senso, con riguardo alla direttiva, cfr. KÖHLER e LETTL, *Das geltende europäische Lauterkeitsrecht, der Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die UWG-Reform*, cit., p. 1038; GAMERITH, *Der Richtlinienentwurf über unlautere Geschäftspraktiken*, cit., p. 415 s.; KEBLER e MICKLITZ, *Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern*, in *BB*, 2005, fasc. n. 49, *BB-Spezial* 13, p. 16; TWIGG-FLESSNER, *Deep Impact? The EC Directive on Unfair Commercial Practices and Domestic Consumer Law*, in *L.Q.R.*, 2005, p. 386; INCARDONA, *La direttiva n. 2005/29/Ce sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni*, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2006, p. 371.

³⁶ Nel senso che la nozione generale godrebbe di una piena autonomia rispetto alle previsioni concernenti le pratiche ingannevoli e aggressive e avrebbe la fun-

quanto meno nella prima fase di applicazione della nuova disciplina, verosimilmente destinata a rivestire un ruolo piuttosto marginale, sia perché l'attenzione degli operatori si concentrerà sicuramente, in prima battuta, sulle singole fattispecie analiticamente descritte negli artt. 23 e 26 c. cons.³⁸, sia perché le categorie «speciali» di pratiche ingannevoli e aggressive vengono individuate e delineate negli artt. 21, 22 e 24 c. cons. della direttiva in termini particolarmente ampi ed elastici.

Ciò non significa peraltro che la nozione generale di cui al comma 2°, dell'art. 20, c. cons. rimarrà priva di rilevanza ai fini dell'interpretazione ed applicazione delle disposizioni concernenti le pratiche commerciali «scorrette». Non soltanto perché i principi che hanno in essa trovato espressione sono e rimangono pur sempre i cardini fondamentali del nuovo *corpus* normativo, che illuminano la *ratio* ed il significato sia della disciplina complessivamente considerata sia dei singoli precetti in cui essa si articola. Ma anche e soprattutto perché proprio alla nozione generale si dovrà inevitabilmente attingere tutte le volte in cui si tratterà di applicare previsioni normative (inserite nelle liste «nere» degli artt. 23 e 26 o nelle più generali statuizioni degli artt. 21, commi 1° e 2°, 22 e 24, c. cons.) contenenti profili o elementi più o meno «generici» ed

zione di un *safety net*, cfr. de GROOTE-DE VULDER, *The Unfair Commercial Practices Directive*, in *Yearbook of consumer law 2007*, Aldershot, 2007, p. 363.

³⁷ Così anche G. ABBAMONTE, *The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition*, in AA.VV., *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, a cura di WEATHERILL e BERNITZ, Oxford e Portland, 2007, p. 20 s. e E. GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *I contratti*, 2007, p. 175.

³⁸ Lo riconosce la stessa Commissione nella Relazione alla proposta di direttiva presentata nel 2003, là dove afferma (p. 14, n. 52) che «probabilmente» il divieto generale di cui all'art. 5, § 2, non sarà di fatto «invocato frequentemente in quanto la gran maggioranza dei casi rilevanti rientra nelle due categorie di pratiche commerciali ingannevoli e aggressive».

«astratti», abbisognevole di essere concretizzati in riferimento alle specifiche caratteristiche della singola fattispecie³⁹.

16. L'invalidità del contratto a seguito di pratica commerciale scorretta.

Punto di partenza è la regola posta dall'art. 3, comma 2, della già ricordata direttiva 2005/29/CE¹⁶⁹, confluita poi nel provvedimento legislativo di attuazione, di cui all'attuale art. 19, comma 2, lettera a) del Codice del Consumo, secondo cui “la disciplina sulle pratiche commerciali sleali non pregiudica l'applicazione delle disposizioni in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, invalidità ed efficacia del contratto¹⁷⁰”. La regola comporta due precetti: il primo è che la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette si aggiunge a quella del contratto, ognuna avendo un suo tipico e diversamente proprio ambito di applicazione, l'una

³⁹ In senso analogo, cfr. anche R. MASSAGUER, *El nuevo derecho contra la competencia disleale*, cit., p. 100.

¹⁶⁹ La norma di cui all'art. 3, rubricato “Ambito di applicazione”, successivamente al comma 1°, il quale precisa, sotto un profilo oggettivo, l'estensione della direttiva (vale a dire, che essa “(..) *si applica alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto*”) ai commi successivi, tra il resto, specifica gli ambiti sui quali la direttiva non interviene direttamente e, più in particolare al comma 2° dispone: “*La presente direttiva non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto*”. In proposito, si può anche ricordare il considerando n. 9, (prima parte) secondo cui: “*La presente non pregiudica i ricorsi individuali proposti da soggetti che sono stati lesi da una pratica commerciale sleale. Non pregiudica neppure l'applicazione delle disposizioni comunitarie e nazionali relative al diritto contrattuale (..)*”. Entrambe queste due ultime regole sono accumulabili dalla circostanza che escludono dalla disciplina della direttiva normative correlabili alla tutela individuale dei singoli.

¹⁷⁰ La disposizione italiana di cui all'art. 19 del Codice del consumo non fa espresso riferimento alla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette perché, testualmente la lettera della disposizione stessa, preferisce considerare la collocazione della normativa, ossia, operare menzione al “presente titolo”, vale a dire, al titolo III, rubricato “*pratiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali*” ove essa è contenuta.

concernendo, per l'appunto, pratiche e dunque comportamenti, attività, l'altra concernendo singoli atti¹⁷¹; il secondo è che ciò non significa che la disciplina sulle pratiche commerciali sleali non sia atta a determinare alcuna possibilità di ricaduta, ad avere ripercussione alcuna sulla disciplina del contratto e, più in particolare, sulla disciplina dell'invalidità dell'accordo concluso a valle di una pratica commerciale scorretta¹⁷².

La regola si spiega facilmente, perché, lo si è ripetutamente considerato, la direttiva 2005/29/CE si occupa soprattutto della protezione degli interessi economici collettivi dei consumatori¹⁷³,

¹⁷¹ Nell'ottica volta a distinguere tra discipline correlate ad atti e discipline correlate ad attività, si può del resto, prendere spunto, già da G. ALPA, *Considerazioni conclusive*, in E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali, Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007, p. 360 ss., il quale considerava in un'ottica tutta focalizzata sul diritto comunitario, che l'intervento legislativo sulle pratiche commerciali sleali: *(..) introduce una terza generazione di direttive comunitarie a tutela dei consumatori; infatti, i cerchi concentrici che delimitano l'ambito applicativo delle discipline di protezione si sono gradualmente ampliati: le prime direttive riguardavano le singole operazioni economiche e/o le modalità di conclusione del contratto; in seguito si è passati a direttive che incidevano dettagliatamente sul contesto di specifici negozi*", p. 366.

¹⁷² In tema v., M. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale sui contratti*, in A. GENOVESE (a cura di) *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova, 2007, p. 263. Più di recente, sempre in un'ottica comparativa, si v. anche il bel saggio di G. DE CRISTOFARO, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2010, p. 880 ss.

¹⁷³ Già dai considerando appare chiaro che l'ambito diretto di intervento della direttiva 2005/29/CE è quello in prevalenza della protezione collettiva degli interessi, non solo perché gli stessi molto spesso parlano proprio di "interessi dei consumatori", di "livello elevato di protezione dei consumatori", di "interessi economici dei consumatori", ma anche perché, il considerando n. 21, in riferimento ai meccanismi di enforcement, che sono competenza dei legislatori nazionali, in materia di legittimazione ad agire, fa riferimento a "le persone", ma anche alle "organizzazioni (..) considerate titolari di interesse", pensando appunto ad organizzazioni rappresentative di interessi collettivi. Anche le norme della direttiva, da parte loro, fanno spesso riferimento espresso agli "interessi dei consumatori": l'art. 1, relativo allo scopo, afferma che la direttiva intende contribuire (..) ad un livello elevato di tutela dei consumatori"; l'art. 11 in tema di applicazione, dopo aver stabilito che gli Stati membri assicurano che esistano

non si preoccupa, invece, ne intende invadere in via immediata l'ambito proprio della tutela individuale del consumatore, che è ambito riconosciuto come proprio e specifico del diritto privato generale in tema di contratto. Del resto, si ricordi il considerando n. 9, il quale precedentemente alla regola appena ricordata, ossia che “la direttiva non pregiudica neppure l'applicazione delle disposizioni nazionali relative al diritto contrattuale (...)” si apre con questa altra regola: “la presente direttiva non pregiudica i ricorsi individuali proposti da soggetti che sono stati lesi da una pratica commerciale sleale”: dove è chiaro che entrambe sono accumulabili dal fatto che ciascuna di esse si riferisce ad un ambito individuale di protezione¹⁷⁴. Infatti, il fatto che la direttiva miri soprattutto alla protezione degli interessi collettivi dei consumatori, spiega perché il legislatore italiano, il quale aveva in sede di attuazione della libertà di decidere quali meccanismi di *enforcement* adottare tra tutti quelli in astratto ammissibili, abbia deciso, in concreto, di coordinarne solo due: quello del rapporto tra vigilanza amministrativa, prescelta quale sistema di controllo principale e via dell'autodisciplina, quello inerente al rapporto tra vigilanza amministrativa e tutela risarcitoria

mezzi adeguati per combattere le pratiche commerciali nell'interesse dei consumatori, e dopo avere precisato che tali mezzi includono disposizioni che diano la possibilità di agire “a persone o organizzazioni che hanno un interesse legittimo a contrastare le pratiche commerciali sleali”, rinviando con ciò sia alle organizzazioni rappresentative degli interessi dei consumatori, sia alle organizzazioni rappresentative di categorie professionali dirette a combattere le pratiche commerciali sleali, ed inoltre l'articolo menziona espressamente di promuovere un giudizio davanti all'autorità amministrativa, che è tipicamente preordinata alla protezione soprattutto di interessi collettivi; infine, lo stesso articolo, precisa che gli Stati membri nel decidere quali poteri attribuire ai soggetti delegati al controllo delle pratiche sleali, autorità giudiziaria o autorità amministrativa che sia, opera espresso riferimento al “potere di far cessare le pratiche sleali o di ingiungere la loro cessazione”, menzionando espressamente anche la possibilità di provvedimenti inibitori anche con effetto provvisorio, tutte sanzioni pensate in un'ottica preordinata alla tutela di interessi collettivi.

¹⁷⁴ Del resto anche quel “neppure” impiegato nella lettera del considerando funge da rafforzativo del possibile legame tra le due regole nel senso precisato nel testo.

collettiva dei consumatori, sulla base dell'art. 140 bis del Codice del Consumo, che è scelta spiegabile proprio in considerazione che anche quest'ultima si mantiene nella stessa prospettiva di protezione di interessi collettivi, che è già alla base della direttiva 2005/29/CE e della disciplina nazionale di attuazione¹⁷⁵.

Nella prospettiva atta a comprendere perché non sia possibile pensare ad una completa irrilevanza della disciplina sulle pratiche commerciali sleali rispetto alla diversa normativa sul contratto basti riprendere il principio dell'unitarietà dell'ordinamento giuridico. Come è noto, già da tempo in quest'ottica si è chiarito che l'insieme delle regole e dei principi originati dal diritto comunitario a tutela del consumatore non possano non riflettersi sulla tutela dettata dal codice civile in tema di contratti, introducendo nel sistema complessivamente considerato una maggiore e più adeguata protezione degli interessi emergenti. Sotto questo profilo, il dibattito affrontato dalla dottrina, ha messo capo ad una concorde conclusione, la quale consiste nel ritenere che, nel silenzio del legislatore italiano in fatto di attuazione della direttiva 2005/29/CE, una pratica commerciale sleale possa dar luogo all'invalidità del contratto. L'interpretazione del sistema, tuttavia, non si è rilevata affatto semplice, se è vero che sono state suggerite tutte le possibili soluzioni, e parallelamente ciascuna non ha mancato di imbattersi in possibili obiezioni critiche.

¹⁷⁵ Così, a riguardo, A. GENOVESE, *L'enforcement e le tutele*, cit., in AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova, 2008, p. 215. Più in generale, sulla tutela risarcitoria collettiva ex art. 140 bis, tra i tanti si v. M. DE CRISTOFARO, *L'azione collettiva risarcitoria "di classe": profili sistematici e processuali*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2010, pp. 1932 ss.

17. La nullità per pratica commerciale scorretta.

Appare opportuno sintetizzare brevemente il dibattito, muovendo in proposito preliminarmente dagli interventi più datati, alcuni, successivi alla direttiva, ma anteriori al d.lgs. n. 146/2007, che le ha dato attuazione in Italia¹⁷⁶. In prima battuta, si è pensato alla soluzione della nullità di protezione, conseguente alla violazione di norme di comportamento vietanti le pratiche commerciali sleali, caratterizzata dalla sua parziarietà anche se rilevabile d'ufficio e imprescrittibile¹⁷⁷. In quest'ottica si è argomentato considerando le pratiche ingannevoli o aggressive, inducendo il consumatore a prendere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso, lo spingono a stipulare un contratto, non già frutto di scelta ponderata ed attenta, ma piuttosto lo conducono alla conclusione di un contratto irrazionale¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Tenendo presente che il tempo è importante in questo dibattito, il quale è stato influenzato in maniera determinante dalle sentenze della Cassazione, rispettivamente, n. 26724 e n. 26725, del 19 dicembre 2007, in *I Contratti*, 2008, p. 221 e ss.

¹⁷⁷ Così, A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, p. 171. L'autore è poi tornato in argomento, successivamente alla Cassazione a s. u., del 2007, con il saggio, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2010, p. 37 ss., e in *Studi in onore di Cataudella*. In quest'ultimo scritto, Gentili suggerisce come regola il rimedio dell'annullamento. Anche se non manca di operare riferimento alle nullità testuali correlabili a pratiche scorrette, afferma al riguardo: “*ma è evidente che queste isolate ipotesi non sono in alcun modo una risposta alla domanda sulla tutela dei singoli. Anzi, esse se mai acutizzano il bisogno di trovare rimedi di ordine generale, essendo incoerente che alcune ipotesi trovino tutela e tutte le altre nessuna*” (p. 58). Cercando poi di affrontare in termini più generali l'invalidità, individua due punti di contatto della disciplina sulle pratiche sleali con quella relativa al diritto privato dei contratti ed in particolare con i due suoi tradizionali rimedi della tutela individuale: il primo è che la disciplina sulle pratiche sleali essendo espressione di regole di comportamento ha punti di contatto con la categoria dell'illecito, il secondo è che per la centralità della valutazione della slealtà delle pratiche correlata alla loro attitudine di falsare la scelta del consumatore la corrispondente disciplina è dunque regola di contenuto, ed ha con ciò punti di contatto con la categoria dell'invalidità (p. 59).

¹⁷⁸ V. tuttavia, l'indirizzo espresso dall'autore citato in nota precedente.

Sempre per sostenere la nullità, altri¹⁷⁹, facendo riferimento alle pratiche aggressive, hanno argomentato sulla base dell'art. 16, 4° comma, d.lgs. n. 190, del 2005, relativo alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori, dove il legislatore ha scelto espressamente questo rimedio per sanzionare la pratica aggressiva ivi menzionata¹⁸⁰. La norma oggi è confluita nel Codice del Consumo, all'art. 67 *septies, decies*, sub n. 4, il quale sancisce la nullità del contratto in materia di servizi finanziari nei casi in cui il professionista fornitore ostacoli il diritto di recesso del consumatore, o rifiuti il rimborso delle somme pagate a seguito di recesso, o violi gli obblighi di informativa precontrattuale corrispondenti, in modo da alterare significativamente la rappresentazione che il consumatore riceve delle caratteristiche del prodotto. Come si specifica poi al n. 5 della stessa disposizione, si tratta di nullità relativa, che può essere fatta valere solo dal consumatore, non già dal fornitore, ed obbliga lo stesso fornitore alla restituzione di quanto ricevuto.

Sempre a favore della nullità di protezione, infine, ci si è fondati sull'art. 143 Codice del Consumo. La disposizione dopo avere stabilito che i diritti attribuiti al consumatore sono irrinunciabili, nella seconda parte sancisce: “è nulla ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice”. Dalla previsione, si è detto, non è azzardato ricavare che possa essere colpita di nullità relativa, soggetta alla disciplina delle nullità di protezione di cui sub art. 36, ogni pattuizione in violazione dei predetti diritti, compresi il diritto all'equità ed alla correttezza-buona fede, ravvisata dunque quale

¹⁷⁹ Così, L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, p. 62.

¹⁸⁰ Il d. lgs., 190/2005 è stato abrogato dall'art. 21 del d. lgs. 23 ottobre 2007, n. 221, ma lo stesso decreto ex art. 9, ha inserito nel Codice del Consumo, gli artt., da 67 bis a 67 vicies bis in tema di commercializzazione a distanza di servizi finanziari, inclusa la disposizione qui interessata.

statuto generale di tutte le nullità previste nello stesso Codice del Consumo. In realtà, la disposizione di cui all'art. 143 si limita a prevedere la nullità della clausola di rinuncia ai diritti, è nullità della rinuncia pattizia alla irrinunciabilità dei diritti del consumatore, che è questione diversa da quella qui in considerazione¹⁸¹.

In quest'ottica, comunque, è pacifico che la nullità è una forma di invalidità parziale diretta ad eliminare la clausola in contrasto con i diritti fondamentali, ma non è mai nullità dell'intero contratto, che per il principio di conservazione rimane in piedi per quanto a favore del consumatore. Mentre ciò non sempre può essere vero in riferimento alla nullità correlabile a determinate pratiche commerciali sleali. Così, ad esempio, nei casi di cui all'art. 23, a, b, c, “non ci sono parti del contratto da eliminare lasciando in piedi altre parti. Tutto il contratto è destinato a cadere”.

Moltissime sono le voci critiche verso le nullità di protezione; ma il dibattito in proposito è stato certamente indirizzato dall'orientamento espresso dalla Cassazione a Sezioni Unite, con le decisioni del 2007, anche se, in proposito, contro la nullità ci si era già dichiarati prima o nell'attesa delle medesime¹⁸². In questo senso, ad esempio, vale la pena ricordare coloro che, sempre muovendosi

¹⁸¹ Per quanto ampio possa risultare il dibattito in proposito che ha molte sfaccettature, ad ha, a titolo indicativo, portato a separare tra nullità della rinuncia preventiva ai diritti, che comporta nullità, e rinuncia espressa ex post, successiva al sorgere del diritto, ad esempio di recesso, che potrebbe essere valida per non comprimere troppo l'autonomia contrattuale del consumatore nei confronti del professionista, ovvero la disponibilità da parte del consumatore stesso dei propri diritti. V. per tutti, G. DE CRISTOFARO, *Le disposizioni “generali” e “speciali” del Codice del Consumo, profili problematici*, in *Sei voci sul “codice del consumo”*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2006, p. 68.

¹⁸² L'art. 23 è quello sulle pratiche ingannevoli “in ogni caso”: dove a) rinvia alla “affermazione, non rispondente al vero, da parte di un professionista di essere firmatario di un codice di condotta”; b) rinvia allo “esibire un marchio di fiducia, di qualità, o un marchio equivalente senza avere ottenuto la necessaria autorizzazione”; c) rinvia allo “asserire, contrariamente al vero, che un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura”.

nel solco di un orientamento tradizionale già confermato anche da alcune decisioni di Cassazione, avevano sostenuto che la nullità del contratto ex art. 1418, comma 1°, intesa come nullità virtuale, non fosse conseguenza della violazione di una qualunque norma imperativa, richiedendosi invece, necessariamente, che la norma imperativa violata attenesse al contenuto del contratto come atto. In quest'ottica veniva menzionata una decisione della Cassazione del 2005, secondo cui: “la contrarietà a norme imperative considerate quali causa di nullità del contratto postula che essa attenga ad elementi intrinseci dell'atto che riguardino la struttura o il contenuto del contratto. I comportamenti tenuti nel corso delle trattative o nell'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo a nullità”.

In definitiva in questa prospettiva, si poteva annoverare tutti coloro che, distinguendo tra norme di validità e norme di comportamento, ritenevano che la violazione delle seconde, propria della violazione al divieto di pratiche commerciali scorrette, “...non penetra nel contenuto dell'atto, attraverso uno dei suoi elementi costitutivi”¹⁸³. Sempre per impedire la possibilità del riscontro alla nullità, veniva anche rilevato che “se talvolta il legislatore ha ricollegato espressamente la nullità al solo fatto che la scorrettezza abbia inficiato l'iter formativo del contratto, all'interprete l'art. 1418 comma 1°, consente solo di rilevare la nullità di un contratto che sia esso (e non semplicemente le condotte che hanno portato alla sua stipulazione) contrario a norme imperative”, rievocando in proposito la distinzione tra i cd. “contratti reato” (nulli), perché essi integrano

¹⁸³ Così, espressamente, M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007, p. 235.

di per sé la condotta tipica vietata dalla norma penale, e i cd. “reati in contratto” (dove non si può parlare di nullità), perché il reato non incide direttamente sulla fattispecie negoziale¹⁸⁴.

Al limite, si ammetteva la nullità del contratto in conseguenza di condotte tenute dalle parti (anche) in sede di formazione del contratto, solo se espressamente prevista e dunque come nullità testuale propria del 1418 comma 3° (e non già come nullità virtuale, di cui al primo comma)¹⁸⁵.

Infatti, se la pratica sleale fosse tale da riflettersi in una nullità del contratto per violazione del 1418, comma 2°, ma anche in questo caso, - veniva osservato – si tratterebbe pur sempre di nullità diversa dalla nullità virtuale, cioè “di una nullità fondata per altre autonome ragioni”. In quest’ottica poteva allora affermarsi: “ ad esempio, se il prodotto oggetto di vendita al consumatore dovesse rivelarsi inesistente, il relativo contratto sarà nullo, perché il professionista, (in violazione del divieto di cui all’art. 21, comma 1° lett. a) cod. cons.), abbia falsamente affermato la sua esistenza, bensì nella misura in cui il suo oggetto dovesse risultare carente del requisito della possibilità; se la vendita del prodotto dovesse rilevarsi illecita, il relativo contratto sarà nullo; non perché il professionista in violazione del divieto di cui all’art. 23, comma 1° cod. cons., abbia falsamente affermato o generato comunque l’impressione che detta vendita fosse lecita, bensì nella misura in cui illeciti dovessero

¹⁸⁴ C. GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette” tra impresa e consumatori: l’attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il Codice del Consumo*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2007, p. 776.

¹⁸⁵ Come nell’ipotesi ricordata supra nel testo di cui all’art. 67 septies decies, sub n. 4, Codice del Consumo, che stabilisce espressamente la nullità del contratto in materia di servizi finanziari nei casi in cui il professionista fornitore ostacoli il diritto di recesso del consumatore, o rifiuti il rimborso delle somme pagate a seguito di recesso, o violi gli obblighi di informativa precontrattuale corrispondenti, in modo da alterare significativamente la rappresentazione che il consumatore riceve dalle caratteristiche del prodotto.

risultare la sua causa o il suo oggetto; se l'acquisto effettuato dal consumatore dovesse rivelarsi frutto di una violenza fisica che ne abbia annientato la volontà, al punto di rendere solo apparentemente a lui riferibile la dichiarazione negoziale, il relativo contratto sarà nullo non perché il professionista, abbia posto in essere una pratica aggressiva in danno del consumatore, bensì nella misura in cui detta pratica dovesse aver determinato il difetto di quel requisito essenziale costituito dal consenso; ecc.”.

Chiude la questione della nullità virtuale, l'intervento della Cassazione a Sezioni Unite del 2007, rendendola non invocabile come rimedio di carattere generale conseguente alla violazione di una norma imperativa che vieti una qualsiasi pratica commerciale sleale/scorretta (che è norma di comportamento).

La questione affrontata dalla Cassazione riguarda il contratto di intermediazione finanziaria¹⁸⁶. La Cassazione comincia subito col precisare che il contratto di intermediazione finanziaria può essere accostato al mandato. E prosegue: ”Dal contratto derivano obblighi e diritti reciproci dell'intermediario e del cliente. Le successive operazioni che l'intermediario compie per conto del cliente, benché

¹⁸⁶ Sul contratto di investimento, per tutti si rinvia a F. GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contratto e impresa*, Padova, 2005, p. 889. Appare opportuno riportare le parole dell'autore: “I contratti di investimento non sono un'invenzione del Testo unico della intermediazione finanziaria; riproducono lo schema del conto corrente bancario, detto anche conto corrente di corrispondenza, che la Cassazione da tempo qualifica come contratto misto di conto corrente e di mandato, in forza del quale la banca si obbliga a dare esecuzione alle disposizioni del cliente, utilizzando la provvista da questo fornita con un deposito o un'apertura di credito. Nel caso specifico del contratto di negoziazione, più dettagliatamente regolato dal testo unico cit., e del relativo Regolamento Consob, lo schema causale del contratto regolato dagli artt. 1852-1857 balza agli occhi evidente. Il cliente, allorché impartisce ordini alla banca, dispone delle somme risultanti a suo credito, nel senso dell'art. 1852. Il contratto è un mandato ad acquistare o a vendere strumenti finanziari. Gli ordini del cliente alla banca sono, nel senso dell'art 1711, istruzioni del mandante al mandatario. La banca, quale mandatario, si obbliga ad eseguire le istruzioni del cliente, suo mandante, acquistando o vendendo a seconda degli ordini ad essa impartiti.

possano a loro volta consistere in atti di natura negoziale, costituiscono pur sempre il momento attuativo del precedente contratto d'intermediazione. Gli obblighi di comportamento cui alludono le citate disposizioni della legge 1 del 1991 art. 6 (tutti in qualche modo finalizzati al rispetto della clausola generale) consistente nel dovere per l'intermediario di comportarsi con diligenza, correttezza e professionalità nella cura dell'interesse del cliente, si collocano in parte, nella fase che precede la stipulazione del contratto di intermediazione finanziaria, ed in altra parte, nella fase esecutiva di esso. Attiene evidentemente alla fase prenegoziale l'obbligo di consegnare al cliente il documento informativo menzionato nella lettera b) della citata disposizione dell'art. 6, ed attiene sempre a tale fase preliminare il dovere dell'intermediario di acquisire le informazioni necessarie in ordine alla situazione finanziaria del cliente, come prescritto dalla successiva lettera d), così da poter poi adeguare ad essa la successiva operatività. Ma doveri di informazione sussistono anche dopo la stipulazione del contratto di intermediazione e sono finalizzati alla sua corretta esecuzione: tale è il dovere di porre sempre il cliente in condizione di valutare appieno la natura, i rischi e le implicazioni delle singole operazioni di investimento o di disinvestimento, nonché di ogni altro fatto necessario a disporre con consapevolezza dette operazioni, ma tale è il dovere di comunicare per iscritto l'esistenza di eventuali situazioni di conflitto di interesse, come condizione per potere eseguire ugualmente l'operazione se autorizzata. Ne può seriamente dubitarsi che anche l'obbligo dell'intermediario di tenersi informato sulla situazione del cliente, (in quanto funzionale al dovere di curarne la diligenza) permanga attuale durante l'intera fase esecutiva del rapporto e si rinnovi ogni qualvolta la natura o l'entità della

singola operazione lo richieda, per l'ovvia considerazione che la situazione del cliente non è statica bensì suscettibile ad evolversi nel tempo. Attengono poi del pari al momento esecutivo del contratto i doveri di contenuto negativo posti a carico dell'intermediario: quelli di non consigliare e di non effettuare operazioni di frequenza o dimensione eccessive rispetto alla situazione finanziaria del cliente”.

Secondo la Cassazione, dunque, tutta la serie dei numerosi comportamenti cui, per legge o per regolamento, è tenuto l'intermediario nei confronti del cliente sono, se si tratta di comportamenti da osservare nella fase delle trattative o della formazione del contratto, adempimenti precontrattuali, rientranti nell'orbita dell'art. 1337 del codice civile; e sono, se si tratta di comportamenti da osservare successivamente alla formazione del contratto, prestazioni contrattuali, la cui mancata esecuzione espone l'intermediario alle conseguenze, di cui all'art. 1218, vale a dire alla responsabilità per inadempimento, ovvero a quelle di cui all'art. 1453, vale a dire alla risoluzione¹⁸⁷. Ed, eventualmente, al risarcimento del danno.

Il cliente, nel caso di specie, lamentando che l'intermediario avesse agito in violazione delle norme imperative imponenti alcuni dei comportamenti sopra citati, aveva chiesto o fatto valere ex art. 1418, 1° comma, la nullità, per tutte le operazioni illegittime svolte¹⁸⁸.

La Cassazione respinge la tesi della nullità virtuale.

Viene rilevato, per ciò che attiene alla tradizionale distinzione tra norme di validità e norme di comportamento, che la violazione delle seconde, “tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del

¹⁸⁷ Così, F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione*, in *Contratto e impresa*, cit., 2008, p. 6.

¹⁸⁸ Azione in realtà fatta valere considerando (erroneamente) quelle operazioni illegittime compiute in violazione di quelle norme imperative altrettanti contratti.

rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità". E continua: "Che tale distinzione sia fortemente radicata nei principi del codice civile è difficilmente contestabile. Per persuadersene è sufficiente considerare come dal fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede, immanente all'intero sistema giuridico in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., e sottostante a quasi tutti i precetti legali di comportamento delle parti di un rapporto negoziale il codice civile faccia discendere conseguenze che possono, a determinate condizioni, anche riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto e che in ogni caso comportano responsabilità risarcitoria, ma che per ciò stesso non sono evidentemente mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto, ancorché l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo". Si prosegue infine: "E questo anche perché il suaccennato dovere di buona fede, ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto, per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite".

A leggere questa proposizione, e attesa la sua categoricità, si può essere indotti a concludere che mai (la stessa Cassazione) ne in precedenza, (ne tanto meno successivamente al 2007) avrebbe potuto pronunciare la nullità del contratto per violazione del principio di

buona fede. In realtà, sappiamo benissimo, non è così. La buona fede può essere infatti anche regola di validità.

Ci basti ricordare, da un lato, che anche l'art. 1337 (il quale impone il canone della buona fede oltre che nelle trattative anche nella formazione del contratto) è stato elevato al rango di norma imperativa, la cui violazione rende nulle le clausole che il contraente forte impone al più debole, che ha portato alla nullità, per violazione dell'art. 1337, della clausola del contratto di leasing che fa gravare sull'utilizzatore il rischio della mancata consegna della cosa oggetto di contratto.

Basti aggiungere, d'altro canto, che sempre la Cassazione ha, (successivamente al 2007), pronunciato la nullità dell'atto unilaterale di recesso, per abuso del diritto in quanto atto contrario al canone di buona fede, nell'esecuzione del contratto. Ciò significa che l'argomentazione svolta dalla Cassazione a Sezioni Unite non è da prendere in termini assoluti, come sembra suggerirci anche il tono delle espressioni poc'anzi ricordate.

Si tratta per cui di un'argomentazione che non può essere disgiunta da quella precedente, ricordata sempre dalla stessa Cassazione a Sezioni Unite, attinente a un altro principio, sempre in tema di nullità virtuale, secondo il quale la nullità di cui all'art. 1418, primo comma, deve comunque incidere “sulla struttura o sul contenuto del regolamento negoziale delineato dalle parti”. In altri termini, proprio secondo il 1418, primo comma: è il contratto che deve essere contrario a norme imperative, non il comportamento tenuto dai contraenti, prima o dopo la conclusione del contratto.

In verità, le Sezioni Unite, quando asseriscono che “mai” la violazione del canone della buona fede comporta nullità, fanno riferimento al canone predetto solo per i casi, nettamente prevalenti,

nel quale quel canone è dettato come regola di comportamento. Diverso è il caso in cui la violazione del canone della buona fede incida direttamente sulla conclusione del contratto, determinandone il contenuto o la struttura. E' emblematico, in tal senso, l'art. 33 del Codice del Consumo, allorché pone in rapporto con la violazione della buona fede da parte del professionista l'inserimento nel contratto di clausole che provocano "un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto"; clausole sanzionate da nullità ai sensi del successivo art. 36. Pertinente allora, riprendendo sul punto la stessa Cassazione, che "per quanto la nullità sia fatta dipendere dalla presenza nel contratto di clausole che consentono o suggeriscono comportamenti contrari al precetto di buona fede o ad altri inderogabili precetti legali, non è il comportamento in concreto tenuto dalla parte a provocare la nullità del contratto, bensì il tenore della clausola in esso prevista"¹⁸⁹. Quando, in definitiva, come nel caso di specie e come per le ipotesi di pratiche commerciali sleali, la violazione dei doveri di comportamento non incida sulla struttura o sul contenuto del regolamento contrattuale, esso varrà come fonte di responsabilità precontrattuale o contrattuale ed esporrà agli altri eventuali rimedi possibili prima citati, ma non consentirà invece il rimedio della nullità (per lo meno come nullità virtuale).

Non mancano casi, nel sistema del diritto privato, in cui la nullità del contratto viene fatta discendere dalla violazione di una norma di comportamento, anche se questa non incide sulla struttura del contratto o sul suo contenuto, ed alcuni di questi possono proprio riguardare determinate pratiche commerciali sleali. In questo caso si rientra in ipotesi di nullità testuali di cui all'art. 1418, comma 3.

¹⁸⁹ Così, F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione*, in *Contratto e impresa*, cit., 2008, p. 9.

Per concludere, non può essere, invece, invocata la nullità virtuale di cui all'art. 1418, comma 1, se non per violazione di una norma che attenga alla struttura o al contenuto del contratto.

Per talune forme di pratiche aggressive, l'abuso del professionista è talmente grave, la sua scorrettezza talmente imponente e tale da riflettersi a danno del consumatore, non solo impedendogli una scelta consapevole, ma impedendogli una scelta "qualsiasi"¹⁹⁰. Il consumatore qui, non compie una scelta irrazionale, piuttosto non compie alcuna scelta. Egli non è per nulla consapevole dell'esistenza del contratto. In altre parole, non c'è alcun accordo e, a mio parere, il contratto è nullo, per mancanza di uno degli elementi essenziali, ovvero per mancanza di accordo, sulla base degli artt.1418, comma 2, e 1325, n. 1. Ma anche questa, del resto, finisce per risolversi in una nullità testuale.

18. L'annullabilità come conseguenza di pratica commerciale scorretta.

A tutela del consumatore individuale, da sempre, l'impatto della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette sull'invalidità del contratto a valle è stata ammessa quale annullabilità per vizio del consenso, qualcuno, infatti, non ha mancato di rilevare che trattasi di rimedio meno "distonico rispetto al sistema" della nullità (di protezione)¹⁹¹. Del resto, non può non osservarsi, a questo proposito, che le cause da cui derivano i vizi del

¹⁹⁰ Sui servizi di fornitura non richiesti, più ampiamente, cfr., G. DE CRISTOFARO, *Le "forniture non richieste"*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di) *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Torino, 2007, p. 303.

¹⁹¹ Così espressamente, M. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova, 2007, p. 263.

consenso altro non sono se non “comportamenti” (scorretti), anche omissivi, come può essere il dolo. Anche per l’annullabilità, spesso invocata in quest’ambito, tuttavia, sono delineabili diversi approcci. La prospettiva più interessante per distinguerli tra loro, mi sembra quella fondata, soprattutto, a seconda che si sia propugnata in proposito una meno invasiva e/o innovativa incidenza della normativa in attuazione alla direttiva 2005/29/CE sull’annullabilità del contratto di cui al codice civile, ovvero, di una sua più diretta e radicale possibilità di penetrazione e portata sulla medesima¹⁹².

Si è puntualizzato che, a titolo di premessa, (poiché le pratiche commerciali possono riguardare una molteplicità di decisioni del consumatore), relative ad una molteplicità di fasi diverse: fase delle trattative o addirittura anteriore, fase relativa alla formazione del contratto, fase successiva all’accordo e relativa alla esecuzione del rapporto; e ancora ulteriore, poiché le pratiche possono concernere decisioni relative al contenuto del contratto, ma anche estranee ad esso e relative ad altri tipi di diritti, si è detto: “è di tutta evidenza che di una sanzione invalidativa del contratto, (...) potrà parlarsi solo per le pratiche che hanno indotto il consumatore a decidere la

¹⁹² È una prospettiva in contrapposizione che ha radici profonde e lontane nel dibattito interessato ai vizi del consenso, se si pensa, da un lato, a coloro che sono ligi allo schema voluto dal legislatore in proposito e, “fedeli, ai principi della tassatività e della tipicità dei vizi del consenso, ad efficacia invalidante” per i quali, in molteplici ipotesi ove oggi è possibile invocare una repressione sulla base della disciplina delle pratiche scorrette, “sembra risultare invece inaccessibile la tutela dell’annullabilità”, e, d’altro lato, se si pensa a chi ha sostenuto, in base ad una valutazione del sistema più complessiva, che l’annullabilità dovrebbe poter essere pronunciata, “in sostanza, oltre che nelle ipotesi tipizzate dal legislatore, in tutti gli altri casi, in cui il contraente risulti condizionato nella sua volontà da un elemento patologico e che possa invocare ex art. 1337 c. c. il risarcimento del danno da violazione del precetto di buona fede precontrattuale nella sua forma del risarcimento in forma specifica”. Sul dibattito originario, cfr., F. SACCO, *Il consenso*, in *I contratti in generale*, (a cura di) E. GABRIELLI, Torino, 2006, p. 438.

conclusione del contratto e non quelle che hanno indotto il consumatore a prendere una decisione su un punto diverso”.

Per sostenere l’annullabilità di un contratto concluso a seguito allo svolgimento di una pratica commerciale sleale, i tipi di vizi del consenso invocabili quale causa di annullamento si sono rivelati, per i più, il dolo e la violenza¹⁹³. Va puntualizzato, però, che sia con riguardo all’estensione di ciascuna delle due figure, sia con riguardo ai loro requisiti, sia con riguardo infine alla ripartizione dell’onere della prova, le posizioni della dottrina si sono distinte.

E’ rimasta minoritaria la posizione di chi ha propugnato la possibilità di un’ampia dilatazione del dolo, richiamandone la possibilità di applicazione per entrambe le categorie di pratiche scorrette, quelle ingannevoli e quelle aggressive. Si è detto: ”la caratteristica strutturale delle pratiche commerciali dette, dal legislatore, aggressive non mi pare abbia nulla a che fare con la violenza civilistica, ma gravita anch’essa, se mai, nell’orbita del dolo”. E si conclude: “in effetti, già a prima lettura, talune o forse molte, delle ipotesi di pratiche commerciali sleali sembrano avere tutti i caratteri del cd. Dolo determinante”.

In dottrina maggioritaria e preferibile si è rivelata la posizione di chi ha sostenuto che il dolo è richiamabile di regola, per le pratiche ingannevoli, mentre la violenza per le pratiche aggressive¹⁹⁴. In questa prospettiva, dapprima, in particolare, si è rilevato che “la categoria del dolo è evocata con chiarezza dall’art. 6 della direttiva, il quale definisce le pratiche ingannevoli, di tipo commissivo”.

¹⁹³ Con riferimento a dolo e violenza, M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007, p. 238, il quale propugna il possibile rinvio al dolo per le pratiche ingannevoli mentre alla violenza per quelle aggressive.

¹⁹⁴ M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità*, cit., p. 240.

In riferimento alle ipotesi contenute nei suoi due commi, dove, rispettivamente, l'ingannevolezza di una pratica commerciale commissiva¹⁹⁵, è costituita dalla sua "induzione o idoneità ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso", ovvero, dal fatto che la pratica stessa, "nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le circostanze del caso (...) induca o sia idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso" – viene detto - "si tratta comunque di ipotesi sostanzialmente riconducibili allo schema del dolo determinante, il quale nel nostro ordinamento è causa di annullabilità del contratto ex art. 1439". Si è allora concluso, che le pratiche ingannevoli commissive di cui all'art. 6 della direttiva, semplificano il giudizio di rilevanza dell'ingannevolezza, salva solo la necessità che si accerti anche la effettività del dolo nel concreto, sulla percezione non già del consumatore medio, ma su quella di "quel determinato consumatore" concreto e parte in causa nel giudizio civilistico.

Ancora più significativa, in questa stessa visuale, ai fini dell'annullamento del contratto, è l'utilità della disposizione comunitaria in coordinamento con la cd. Lista nera delle pratiche considerate "in ogni caso" ingannevoli, in cui, da un lato, si avrà "una maggiore semplificazione del giudizio di rilevanza del comportamento doloso", considerato di per se determinante, senza necessità di svolgere una valutazione in concreto della effettiva efficacia ingannevole rispetto a quel determinato consumatore"¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Consistente in false o non veritiere informazioni, o correlata alle modalità complessive di presentazione della comunicazione, ovvero ad altra attività di marketing, o concernente il mancato rispetto da parte del professionista di un codice di condotta che si era impegnato a rispettare.

¹⁹⁶ In realtà, la necessità di valutare l'incidenza su quel determinato consumatore di una pratica, anche se ingannevole "in ogni caso", sembrerebbe comunque necessaria proprio per la diversità del piano che caratterizza la tutela civilistica

A questa più spiccata semplificazione del giudizio di rilevanza del comportamento doloso viene poi collegata “un’ulteriore incidenza sul piano dell’onere della prova”, nel senso che il consumatore, nei casi di pratiche in ogni caso ingannevoli, di tipo commissivo, sarà esonerato dal dovere dimostrare l’incidenza del dolo del professionista rispetto alla sua scelta individuale”.

Successivamente, in riferimento alle pratiche ingannevoli correlate ad omissioni si è ricordato che nel nostro sistema, di regola, secondo un orientamento consolidato, il semplice tacere, il semplice silenzio, la cd. reticenza di una parte, anche su elementi di interesse della controparte, non sono di per sé sufficienti ad integrare il dolo omissivo invalidante, richiedendosi invece a tal fine che la reticenza si inserisca all’interno di un complesso di comportamenti circostanziati adeguatamente preordinati e finalizzati, con malizia ed astuzia a realizzare l’inganno voluto e, così, diretti a determinare l’errore della parte che chiede l’annullamento.

Viene detto, anche su questo piano che la funzione della direttiva comunitaria, è di “semplificare il giudizio di rilevanza del comportamento omissivo”, nel senso di ritenere che le omissioni informative rilevanti, nell’ottica della disciplina di matrice comunitaria sulle pratiche sleali e nella stessa ottica, l’accertamento dei comportamenti integranti, le omissioni ingannevoli proprie della medesima, “debbono considerarsi circostanze idonee ad ingannare il consumatore medio. Con necessità tuttavia, di provare sempre la concreta efficacia ingannevole, rispetto alla scelta economica di quel determinato consumatore” parte del giudizio di invalidità.

Si è ritenuto preferibile invocare l’annullamento per violenza (morale), per le pratiche aggressive, visto che la medesima è evocata

del singolo rispetto a quella oggetto della valutazione del giudizio di tipo amministrativo di cui al controllo sulle pratiche commerciali sleali.

dall'art. 8 della direttiva. Anche qui, viene poi aggiunto, occorrerà comunque accertare la concreta efficacia determinante della stessa di alterare la capacità di valutazione e di incidere sulla scelta di quel determinato consumatore del caso concreto. Ma anche qui, con la precisazione che nell'ipotesi delle pratiche aggressive in ogni caso “si determinerà una semplificazione del giudizio di rilevanza della pratica commerciale e, di riflesso, dell'onere della prova che grava sul consumatore”¹⁹⁷.

Altri hanno preferito rinviare in forma più problematica, rispetto alla prospettiva appena riportata, al possibile richiamo alla normativa del dolo o della violenza, perché pur concordando che nella maggioranza dei casi potrà essere invocata, rispettivamente, la prima disciplina per la violazione delle norme relative al divieto di pratiche ingannevoli (anche omissive) e la seconda, per la violazione di quelle relative al divieto di pratiche aggressive, ritiene che quel rinvio non possa essere accolto quasi in automatico, in quanto nella disciplina sulle pratiche scorrette, risulterebbero pratiche, “in ogni caso” aggressive, dove sembrerebbe più immediato il rinvio al dolo anziché la violenza, parrebbe piuttosto richiamabile l'art. 1375 (in tema di buona fede nell'esecuzione del contratto) o la disciplina in tema di inadempimento. Secondo quest'ottica, il rimedio dell'annullabilità deve essere considerato comunque “residuale”, possibile solo se il legislatore, nel concreto, non abbia considerato rimedi diversi, sostenendo così che non possa ricorrersi all'annullamento quando il consumatore in concreto “non sia stato ingannato su ciò che in base al contratto gli spetta”¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Così, M. NUZZO, *op. cit.*, p. 243.

¹⁹⁸ Con espresso richiamo in proposito alla tesi di C. M. BIANCA, *Diritto civile, in Il contratto*, Milano, 2002, p. 506.

A differenza della tesi poc'anzi ricordata, inoltre, l'autore qui citato ritiene che comunque, anche per le pratiche di cui alla lista nera, occorra fornire la prova della loro efficacia ingannevole (o aggressiva) sul determinato consumatore del caso concreto, ammettendo al riguardo, tutto al più, un'inversione dell'onere probatorio¹⁹⁹.

Altri ancora²⁰⁰, (sempre inserendosi in una prospettiva volta ad indagare con maggiore ampiezza di soluzioni e sfaccettature gli esiti di un giudizio di scorrettezza di una pratica commerciale su un giudizio di annullabilità del contratto), iniziano con il segnalare le differenze, in materia di dolo e violenza, tra l'impostazione del codice civile e quella di matrice comunitaria, relativa alle pratiche commerciali scorrette: una tale differenza risulta evidente, rispettivamente, sia nell'ottica di una più restrittiva formulazione propria della tipicità dei vizi del consenso interessati, tale da impedire la pronuncia dell'annullabilità, in ipotesi ove rimane invece pacifica la scorrettezza della condotta del professionista, sia, parallelamente, nell'ottica di una più restrittiva formulazione della disciplina sulle pratiche scorrette, tale da permettere il rimedio dell'annullabilità anche in ipotesi sfuggenti ad una connotazione di scorrettezza. L'analisi condotta diviene così il preludio della adesione dell'autore della tesi del "doppio binario di tutela", per cui,

¹⁹⁹ In realtà, sembra difficile ipotizzare cosa possa significare l'inversione dell'onere della prova in quest'ambito. Infatti se non è il consumatore a dovere provare l'incidenza determinante del dolo o della violenza sulla sua scelta economica, al professionista non può essere addossato un analogo onere probatorio, perché si tratterebbe se mai di una prova in negativo. Sembra allora preferibile, pensare piuttosto, nelle pratiche ingannevoli "in ogni caso" ad una presunzione semplice di rilevanza determinante del dolo, o in talune delle pratiche aggressive "in ogni caso" ad una presunzione semplice di rilevanza della violenza morale.

²⁰⁰ In questo senso, ad esempio, C. GRANELLI, *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 776 ss.

come più volte detto, mentre la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette è posta a presidio, soprattutto degli interessi collettivi dei consumatori, quella sull'annullamento del contratto è a presidio dell'interesse del singolo: ciò tuttavia, non implica che le rispettive discipline costituiscano monadi, reciprocamente impermeabili²⁰¹ e, quindi, finisce per riflettersi nella necessità che il giurista assuma su di sé, il compito di verificare come l'interpretazione della normativa di matrice comunitaria, possa riflettersi sull'interpretazione in tema di annullabilità, permettendo così di alimentare, con nuova linfa, concezioni interpretative precedentemente minoritarie, in modo tale da assicurare il rimedio individuale in misura più estesa di quanto fosse prima possibile, prescindendo cioè dall'impatto conseguente all'introduzione della normativa sulle pratiche scorrette.

Ad esempio, secondo questa tesi, la disciplina sulle pratiche scorrette che esime da qualsiasi indagine in merito all'intenzionalità (dolo) o alla negligenza (colpa) da parte del professionista, potrebbe indurre a preferire, ai fini dell'impugnativa per dolo, quell'indirizzo che già prima, porta(va) ad attribuire una qualche rilevanza, in caso di raggiri, non solo alla necessità dell' "*animus decipiendi*" (ossia alla volontà di ingannare controparte per indurla al contratto), ma anche all'inganno involontario, ossia al cd. dolo colposo²⁰². Oppure poiché la disciplina sulle pratiche commerciali sleali, vieta, se dotato di capacità decettiva nei confronti del consumatore medio, anche il semplice mendacio, ciò dovrebbe portare a preferire, in caso di annullamento per dolo, quell'indirizzo pur poco seguito in precedenza che proclama la rilevanza non solo, per l'appunto, del mendacio circostanziato, ma anche della semplice menzogna, purché essa nel caso concreto risulti determinante del consenso del

²⁰¹ Così, espressamente, C. GRANELLI, *op. cit.*, p. 782.

²⁰² Così, C. GRANELLI, *op. cit.*, p. 783

*deceptus*²⁰³. Oppure, ancora, la disciplina sulle pratiche scorrette impone a favore del consumatore alcuni obblighi specifici di informazione a carico del professionista, e considera rilevanti sotto il profilo della slealtà alcune omissioni in proposito, tra cui il mancato adempimento degli obblighi informativi in correlazione con un “invito all’acquisto”: ora, viene detto, alla luce di siffatte previsioni, anche chi ritiene che la reticenza rilevante ai fini dell’annullabilità del contratto per dolo, è tale solo quando costituisca violazione di uno specifico dovere di informazione normativamente contemplato, non dovrebbe nutrire dubbi sul fatto che l’omissione informativa di cui alla disciplina sulle pratiche sleali, possa rilevare anche nell’ambito del rapporto individuale tra professionista e consumatore, sia sul piano della validità del contratto sia sul piano risarcitorio (ex artt. 1440 e 1337)²⁰⁴. Ed infine, la novella non si limita a richiedere informazioni specifiche nel senso appena ricordato, ma prevede, ex art. 22, 1° comma, cod. cons., un più generale obbligo di informazione e, conseguentemente, anche a chi finora negava la possibilità di richiamare un generale obbligo precontrattuale di informazione ex art. 1337, oggi, proprio in conseguenza della normativa sulle pratiche scorrette non potrà non ritenere che in caso di violazione di tali obblighi, trovino

²⁰³ Così, C. GRANELLI, *op. cit.*, p. 783, che pare, dunque, concludere, sul punto, in via adesiva con la tesi di Nuzzo già vista.

²⁰⁴ Così, C. GRANELLI, *op. cit.*, p. 784. Tuttavia in riferimento all’ultima norma citata (art. 1337) da Granelli solo sul piano risarcitorio, cfr., anche con quanto sostenuto da Galgano, in termini di sua possibile incidenza quale regola di validità, e dunque, ai fini dell’annullabilità nella prospettiva già segnalata del dolo omissivo e/o in quella della nullità, a quanto ricordato supra nel testo di questo stesso capitolo. Infine, per una non perfettamente sovrapponibile prospettiva in riferimento al significato in ambito contrattuale della violazione degli obblighi informativi correlati alla disciplina sulle pratiche scorrette, e a quelli aggiuntivi introdotti in attuazione di direttive di protezione minima di settore, v., per tutti N. ZORZI, *Commento al codice del Consumo*, R. ROLLI (a cura di), sub art. 19, Piacenza, 2008, p. 209.

applicazione i rimedi, invalidante e risarcitorio di cui, rispettivamente, agli artt. 1439, 1337 e 1440.

Altri ancora, infine, partendo sempre, da una focalizzazione incentrata sul “doppio binario di tutela” attualmente riscontrabile per la coesistenza, nel sistema, di entrambe le discipline, quella in attuazione della direttiva 2005/29/CE qui in oggetto, e quella del codice civile ex artt. 1427 ss., sui vizi del consenso, traggono dal riscontro del detto doppio binario di tutela spunti e conseguenze non del tutto sovrapponibili a quelli finora rilevati: in un primo indirizzo, diretto nella sostanza a valutare negativamente la permeabilità, sul profilo della protezione dell’individuo consumatore, della disciplina sulle pratiche scorrette, volta alla protezione degli interessi collettivi dei consumatori, si pone chi mette in guardia contro l’ammissibilità di una più spiccata possibilità di travaso della logica sottesa alla disciplina del codice del consumo, in tema di pratiche scorrette, rispetto a quella, molto diversa di cui al codice civile, in tema di annullabilità²⁰⁵. In un secondo e più condivisibile indirizzo, diretto nella sostanza a valutare positivamente i benefici correlabili ad una maggiore possibilità di incidenza della disciplina sulle pratiche sleali rispetto a quella dell’annullabilità del contratto, si pone chi favorisce, la permeabilità di criteri interpretativi che dalla prima possano più direttamente riflettersi e venire ad incidere sulla seconda²⁰⁶.

Da un lato, nell’ottica più critica, a titolo indicativo, per sottolineare l’incidenza riduttiva della disciplina sulle pratiche scorrette sulla possibilità di pronunciare l’annullamento, si è sottolineato che il giudice incaricato di pronunciarsi sull’annullabilità del contratto rimane incentrato su un percorso di tipo spiccatamente

²⁰⁵ In questo senso, C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità, in Obbl. e contratti*, 2010, p. 408.

²⁰⁶ In questo senso, v., A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica, in Riv. Dir. Priv.*, 2010, p. 37 ss.

individualistico e cioè egli è attento solo al singolo contratto che ha di fronte e potrà giungere all'annullamento, "solo quando il singolo consumatore, avrà dimostrato, a seguito di una pratica commerciale qualificabile come comportamento violento o doloso, l'effettiva e non potenziale distorsione del suo consenso e della sua determinazione ad un contratto che altrimenti non avrebbe concluso. Non basterebbe quindi, come invece nella diversa ottica della disciplina sulle pratiche scorrette rivolta, ad un piano di tutela degli interessi collettivi, provare che la pratica è idonea ad ingannare il consumatore medio, richiedendosi di accertare invece, che essa ha ingannato quel determinato consumatore e che l'inganno è stato determinante del suo consenso"²⁰⁷.

E' una prospettiva nella quale è pacifico, del resto, che l'onere della prova spetti comunque, in tutta la sua rilevanza significativa, al consumatore che faccia valere il vizio del consenso, ai fini dell'annullabilità, senza possibilità di sconti o scappatoie o di invocazione di una possibile inversione dell'onere probatorio al riguardo, sulla base di una maggiore permeabilità della disciplina sulle pratiche scorrette rispetto a quella dell'annullabilità, come quella scaturente da alcune delle voci già poc' anzi segnalate.

Ma in una prospettiva ancora, per così dire, più riduzionistica, si rileva: "il vero interrogativo, posto oggi dalla novella del codice del consumo sulle pratiche commerciali scorrette è la questione se la logica adottata nel codice speciale, ove è confluita la normativa sul divieto di pratiche commerciali scorrette, si possa o si debba riversare nel codice generale, operando una tacita ma non secondaria riforma del "punto di vista" adottato dal secondo, in questa

²⁰⁷ Così, espressamente, C. CAMARDI, *op. cit.*, p. 416.

materia”²⁰⁸. E si continua: “ed infatti, mentre il codice del consumo opera dal punto di vista della mera astratta idoneità di una pratica ad indurre i consumatori a prendere una decisione che altrimenti non avrebbero preso, così assumendo ad oggetto della tutela giuridica la trasparenza del mercato attraverso la regolazione delle condotte delle imprese, del tutto diversamente il codice civile opera dal punto di vista della concreta distorsione della volontà negoziale, così assumendo ad oggetto di tutela giuridica la continuità dei traffici commerciali attraverso la garanzia della validità ed efficacia dei contratti e la conservazione dei medesimi, a meno che non sia accertata direttamente l’avvenuta conclusione per effetto di condotte riprovevoli di un contraente”. E si prosegue: “ad assumere questa logica quale *ratio* ancora portante e generale del codice civile, diventa difficile accogliere il principio dell’automatica ricaduta del provvedimento che dichiara la scorrettezza di una pratica commerciale sulla validità, in termini di annullabilità. Se non altro, perché l’operatività immediata ed automatica sui contratti conclusi a seguito della pratica della decisione dell’Autorità dovrebbe allora ammettersi per tutti i contratti, ed avrebbe in ogni caso effetti perversi”. E ancora: “in entrambi i casi assisteremmo ad un eterogenesi dei fini delle due discipline” (...) e si conclude: “in entrambi i casi, (...) dovrebbe ammettersi una disparità di trattamento (dei consumatori tra loro, e nei confronti dei contraenti non consumatori) certamente non giustificata da nessuno dei due codici, tanto più se l’uno, per bocca del legislatore, non pregiudica l’altro”²⁰⁹.

Nell’ottica più favorevole ad accogliere, in termini di benefici per l’intero sistema, un’incidenza più diretta della disciplina sulle

²⁰⁸ Così, espressamente, C. CAMARDI, *op. cit.*, p. 418.

²⁰⁹ Così, C. CAMARDI, *op. cit.*, p. 418 ss.

pratiche scorrette in rapporto all'annullabilità del contratto, si pone chi ritiene che una soluzione vera del problema implichi la considerazione della teoria generale sottostante alla repressione delle pratiche sleali ed alla disciplina basilare del contratto e dell'illecito. “Senza quella teoria –si afferma - diritto interno e diritto comunitario restano compendi separati”²¹⁰. Ed infatti viene detto: se il diritto interno viene interpretato secondo la visione tradizionale, (...) “solo per caso accadrà che una fattispecie di pratica sleale possenga i requisiti che nella lettura tradizionale consentono l'applicazione delle norme del codice, con la conseguenza che la scorrettezza di una pratica ai fini dei rimedi possa, di regola, rimanere irrilevante, o sotto soglia. Con l'effetto, che l'intervento normativo *de quo* moralizza forse il mercato ma non il rapporto. Resta un'iniziativa platonica, se non ipocrita, in cui, se i pubblici poteri non intervengono, il consumatore che si sbandierava di volere difendere rimane del tutto indifeso ed impossibilitato a difendersi da se”²¹¹. Pertanto, viene suggerito, la disciplina sulle pratiche scorrette proprio grazie alla legislazione sulla correttezza cui improntare la valutazione della slealtà/lealtà deve consentire una rilettura del diritto interno, di modo che le pratiche scorrette/sleali, possano, di regola, condurre all'annullamento del contratto concluso a loro seguito e per loro influsso. Più puntualmente viene concluso: “qualsiasi pratica contraria alla diligenza professionale con cui il professionista tenti di falsare in misura rilevante una decisione del consumatore è sleale in quanto vuole approfittare della sua limitata razionalità inducendolo in errore (pratica ingannevole) o limitando la sua libertà di scelta (pratica aggressiva) e legittima, a) se “determinante” della scelta negoziale, l'annullamento, b) se solo “incidente” sulla scelta il

²¹⁰ Così, espressamente, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 60.

²¹¹ Così, ancora, A. GENTILI, *op. cit.*, p.60.

proporzionale indennizzo, e c) comunque il risarcimento della minore o nessuna utilità derivatane”.

A ricapitolazione, in definitiva, di questo excursus su alcuni degli indirizzi espressi intorno alla invalidità del contratto concluso a valle di una pratica commerciale scorretta: se molti ammettono la possibilità di pronunciare l’annullabilità del contratto concluso a causa di una siffatta pratica commerciale scorretta, le disparità di vedute permangono ampie e le soluzioni, come si è potuto vedere, diversificate²¹².

Appare dunque che una pratica ingannevole e/o aggressiva di regola, conduca ad un vizio del consenso (anche se un vizio non sempre esattamente corrispondente a quelli tipizzati dal legislatore nel codice civile), perché la pratica ingannevole è atta a determinare una scelta fuorviata del consumatore, quella aggressiva è atta a comprimere la libertà di scelta. I classici vizi del consenso, e in particolare il dolo e la violenza (morale), si prestano allo scopo di qualificare l’effetto che le pratiche sleali del professionista possono provocare sui contratti con il consumatore. Ma occorre, perché il contratto sia annullabile, che nella specie ricorrano tutti i requisiti che il codice civile prevede per la pronuncia dell’annullamento del contratto? Oppure è legittimo ritenere che, accertata la pratica ingannevole o aggressiva, si sia per ciò stesso acquisita la prova del dolo o della violenza, a prescindere dagli specifici requisiti di cui al codice civile?

In quest’ottica, il diritto di matrice europea sui contratti, che già ha inciso profondamente sulla disciplina del contratto, attraverso le direttive emanate nel corso del tempo, relative ai contratti tra

²¹² Si rinvia, per uno sguardo d’insieme sulle varie soluzioni adottate anche negli altri paesi, a G. DE CRISTOFARO, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rass. Dir. Civ.*, p. 880.

professionista e consumatori, deve potere ancora continuare a svolgere questo suo ruolo innovativo ed è in quest'ottica che nuova linfa può essere tratta dalla possibilità di ottenere, in via interpretativa, una più ampia possibilità di invocare l'annullamento del contratto, ogni qual volta la sua conclusione sia risultata determinata da un approfittamento della posizione di potere economico propria del professionista, sul consumatore, attraverso l'attuazione di una sua pratica commerciale scorretta (anche omissiva) che ha finito per viziare, nel senso precisato dalla direttiva, la libertà di scelta, impedendogli di assumere una decisione commerciale consapevole. La pratica scorretta è in definitiva sempre un abuso da parte di chi si trova in una posizione strutturale di potere fatta valere contro la libertà contrattuale del consumatore e a suo danno, e in quest'ottica non c'è ragione per non ammettere l'annullabilità del contratto, con l'invocazione della corrispondente disciplina, in modo ben più ampio di quanto risulti ammissibile in base alle norme del codice civile.

Il punto è che la disciplina di diritto comune sui vizi del consenso fa indifferenziato riferimento ad ogni sorta di contraenti, quale che sia la loro condizione economica e sociale. Possono essere entrambi, contraenti definibili come contraenti forti o come contraenti deboli. Il vizio del consenso è concepito come un accidente del singolo contratto, non come il riflesso di una preesistente posizione di potere di un contraente sull'altro. La prospettiva muta quando si tratta del contratto tra professionista e consumatori, la cui disuguale posizione di potere e la cui asimmetria informativa costituiscono la premessa dalla quale muove l'intero Codice del Consumo, che sulla base di quella disuguale e asimmetrica posizione fonda una disciplina del contratto (in materia di clausole vessatorie, di vizi della cosa

venduta, di recesso del consumatore e così via) profondamente difforme dal diritto comune dei contratti. L'interprete può proseguire l'opera del legislatore e completare il sistema del Codice del Consumo in una materia da questo non trattata, qual è quella dei vizi del consenso nei contratti con il consumatore, ma secondo i principi che informano di sé l'intera disciplina del codice di settore.

In una prospettiva focalizzata sulla possibile annullabilità del contratto concluso in correlazione ad una pratica commerciale scorretta può essere ricordato che nell'esperienza pregressa maturata in tema di pubblicità ingannevole non si richiedeva che l'inganno per il consumatore fosse tale da determinare un danno economico patrimoniale effettivo per il consumatore stesso, che fosse risultato indotto all'acquisto per effetto dell'errore in cui era caduto grazie alla pubblicità ingannevole.

Tuttavia, in giurisprudenza si era ritenuto che in caso di effettiva conclusione di un contratto sulla base della pubblicità ingannevole²¹³, già accertata come tale dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, il contratto stesso potesse ritenersi annullabile per vizio del consenso: in un primo caso la pronuncia dell'Autorità verteva su una comunicazione telefonica con cui si riferiva al destinatario di avere vinto un soggiorno gratuito di una settimana per due o quattro persone, fruibile in Italia o all'estero e lo si invitava presso un albergo della città interessata per riscuotere il premio; nella specie il vizio causa di annullabilità del contratto era stato riscontrato come dolo e la pronuncia dell'Autorità si era ritenuta, in sé per sé, direttamente incidente sull'invalidità dello stesso contratto. In un diverso caso il vizio riscontrato sul contratto concluso in conseguenza di una pubblicità ingannevole era stato, invece, l'errore,

²¹³ Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Giur. It.*, 2008.

e qui il provvedimento emesso da parte dell'Autorità Garante, anziché essere considerato direttamente idoneo a determinare l'invalidità del contratto, era stato qualificato come semplice elemento indiziario atto a fondare una presunzione di distorsione nella rappresentazione della realtà determinante il consenso del contraente consumatore.

Spetta al giudice introdurre la presunzione secondo la quale, una volta che l'Autorità garante abbia accertato una pratica commerciale scorretta perpetrata dal professionista a danno del consumatore, il contratto a valle di una tale pratica è annullabile per vizio del consenso, o per dolo, a seconda dei casi, o per violenza (morale), la materia è di diritto giurisprudenziale.

Non si tratterà, ben inteso, di rendere l'accertamento amministrativo vincolante per l'autorità giudiziaria, bensì di ritenere, sul piano della prova, che l'accertamento della pratica ingannevole o aggressiva integra, di per sé stessa, l'estremo del dolo o della violenza, quale presupposto dell'annullamento del contratto.

Una volta che il consumatore abbia allegato l'accertamento dell'Autorità garante, incomberà sul professionista l'onere di provare, in contrasto con la suddetta presunzione, che nella specie non ricorrono i requisiti che il codice civile richiede per l'annullamento del contratto, come l'incidenza causale della pratica ingannevole o aggressiva sul consenso di quel determinato consumatore.

Non è certo una novità una presunzione di tal genere. Proprio a tutela del consumatore, in materia di danni da prodotti industriali insicuri, la giurisprudenza aveva introdotto, prima che la materia formasse oggetto della direttiva comunitaria sul danno da prodotti, la presunzione di colpa del produttore, così addossando a quest'ultimo

l'onere di provare l'assenza di efficienza causale della sua attività produttiva²¹⁴.

²¹⁴ Ricordo Cass., 25 maggio 1964, n. 1270, in *Foro it.*, 1965, I, c.2098 e Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Giur. It.*, 2008.

CAPITOLO II

LE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE NELLE VARIE ESPERIENZE EUROPEE

SOMMARIO: 1. Il Regno Unito . 2. La Germania. 3. La Francia.

1. Il Regno Unito.

A questo punto è interessante vedere come i legislatori nazionali di alcuni altri Paesi dell'Unione Europea, abbiano deciso di intervenire in relazione al potere discrezionale loro attribuito dalla direttiva 2005/29/CE e verificare, rispettivamente, a che tipo di Autorità abbiano delegato, in concreto, il controllo delle pratiche commerciali sleali e quali siano le specifiche sanzioni ritenute più appropriate (ed efficaci) al riguardo²¹⁵.

Il Regno Unito²¹⁶ ha un sistema di repressione delle pratiche commerciali scorrette, che si avvicina di più al nostro, perché

²¹⁵ Per un inquadramento generale riferito alla direttiva del 2005, per tutti, A. CIATTI, *I mezzi di prevenzione e di repressione delle pratiche commerciali sleali nella direttiva comunitaria del 2005*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, p. 79.

²¹⁶ Tra i commenti in inglese alla direttiva di riferimento, vedi, tra gli altri, il volume di G. HOWELLS, H.W. MICKLITS e T. WILHELMSSON, *European Trading Law, The Unfair Commercial Practices Directive*, Hampshire, 2006, dove HOWELLS è autore del capitolo 1, *Introduction*, p. 1 ss; capitolo 6, *Aggressive Commercial Practices*, p. 167, e capitolo 7, *Codes of conduct*, p. 195; H.W.MICKLITS è autore di capitolo 2, *Minimum/Maximum Harmonization and the internal Market Clause*, p. 27; capitolo 4, *The general Clause on Unfair Practices*, p. 83; *Legal Redress*, p. 217; T. WILHELMSSON è autore di capitolo 3, *Scope of the Directive*, p. 49; capitolo 5, *Misleading Practices*, p. 123; capitolo 9, *Conclusion*, p. 241; AA.VV., *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29, New Rules and new Techniques*, edito da Weatherill e Bernitz, Oxford e Portland, Oregon, 2007.

anch'esso affidato sostanzialmente ad un'Autorità amministrativa in funzione della protezione degli interessi collettivi dei consumatori. L'attuazione della direttiva è avvenuta attraverso *Statutory Instruments* n. 1277/2008, *The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations* dell' 8 maggio 2008²¹⁷. La cd. guida, diretta a facilitare la comprensione della nuova disciplina, molto chiara per un primo approccio utilissimo anche ai pratici, in riferimento allo scopo della normativa, dopo aver esplicitato che essa riguarda le pratiche commerciali tra professionisti e consumatori e non concerne invece le pratiche tra soli consumatori²¹⁸, sottolinea però che essa si applica anche a quelle pratiche commerciali che, pur se indirizzandosi da parte di un professionista ad altro professionista, possano tuttavia riflettersi in pregiudizio degli interessi dei consumatori²¹⁹.

L'illustrazione del sistema complessivo di controllo delle pratiche commerciali nel Regno Unito, può anche essere aggiunto così come

²¹⁷ Entrato in vigore il 26 maggio 2008. Il regolamento ha abrogato molteplici disposizioni contenute in leggi speciali previgenti, inclusa la III parte del *Consumer Protection Act*, del 1987. È stata anche pubblicata da parte del *Department for business, Enterprise e Regulatory Reform- BERR*, una guida per facilitare la comprensione della nuova disciplina, "*Guidance on the U.K Regulations implementing the Unfair Commercial Practices Directive*" comprensiva anche di tutta una serie di esempi di possibili pratiche ingannevoli o aggressive da considerare da parte degli operatori economici e da evitare per non incorrere in sanzioni certe.

²¹⁸ Cd. BxB (e v. in proposito, ad es., il corrispondente considerando, n. 7 di cui alla direttiva 2005/29/CE, dove si citano, a titolo esemplificativo per l'esclusione, le "*comunicazioni commerciali rivolte agli investitori come le relazioni annuali e le pubblicazioni promozionali per le aziende*".

²¹⁹ Viene detto a riguardo: "*Most commercial practices covered by the CPRs will involve a direct relationship between business and consumers. However there may be instances where the commercial practice could have a sufficiently close connection with consumers as to fall within the scope of the CPRs, even though the trader himself does not deal directly with consumers*". Una siffatta guida avrebbe potuto essere utile anche nel nostro sistema, così da evitare ad es., quelle pratiche commerciali a danno dei consumatori, dove a difesa del professionista questi ha continuato a ribadire non solo davanti alla AGCM, ma anche in sede di impugnazione davanti al Tar Lazio, che la sua pratica era rivolta direttamente, non già verso i consumatori, ma piuttosto essa consisteva in un servizio fornito ad un altro professionista, anche se il prodotto finale era destinato ai consumatori.

delineato nella stessa “guida”, è così semplice e chiaro, che appare opportuno in questa sede limitarsi a ripercorrerne le sequenze ed a riprenderne le parole. Il controllo è affidato a tre autorità di tipo amministrativo, all’*Office of Fair Trading (OFT)*, al *Department of Enterprise, Trade and Investment in Northern Ireland* e alle cd. *TTS* o *Local Authorities Trading Services*, autorità che hanno anche ampi poteri investigativi in riferimento alle violazioni della disciplina sulle pratiche commerciali sleali e possono anche fare prove di acquisto o di adesione ad un contratto al fine di assicurarsi che in tali pratiche commerciali il professionista abbia rispettato i precetti di questa disciplina, ed altro ancora²²⁰. Gli *enforcers* non hanno solo il potere di far sanzionare con misure classiche la commissione di pratiche commerciali sleali, ma possono anche applicare misure, per così dire, di tipo non coercitivo, al fine di promuovere un’adesione al rispetto della normativa interessata con i mezzi più appropriati, che si rivelino strumentali al raggiungimento delle finalità politiche di *enforcement* perseguite e dalle priorità avute in mira in questo contesto, nel rispetto delle risorse disponibili. Così, complessivamente, tra le misure disponibili vengono citati sia formazione, consulenze e predisposizione di linee guida, sia altri mezzi già esistenti, sia codici di condotta, e infine, come ultima *ratio*, misure sanzionatorie civilistiche o penalistiche. Viene anche aggiunto che questi non sono gli unici strumenti di protezione dei consumatori, perché ogni autorità amministrativa competente potrà far ricorso agli strumenti sanzionatori più corrispondenti alle proprie

²²⁰ Ad esempio, le autorità amministrative indipendenti hanno ampi poteri istruttori, di fare ispezionare i beni, ma anche immobili aziendali per accertare se possa essere stata commessa qualche pratica commerciale sleale e, sempre allo stesso fine, possono richiedere al professionista di produrre ogni idonea documentazione, possono confiscare o sequestrare merci, o mezzi di prova, anche presso terzi, ecc.

politiche ispiratrici a questo riguardo. Preliminarmente alla considerazione più specifica delle singole tipologie di misure appena segnalate, viene esplicitato che le Autorità competenti, nel decidere quale tipo di misura preferire nel caso di specie, dovranno considerare e tenere adeguatamente conto del principio di proporzionalità, responsabilità, coerenza e trasparenza e nel caso in cui decidano di applicare misure di tipo coercitivo, devono tenere conto e perseguire determinati obiettivi, considerando specificatamente, in proposito, il promuovere un mutamento della condotta de parte del professionista agente, autore della violazione in materia di pratiche commerciali sleali, l'eliminazione di qualsiasi vantaggio economico derivante dalla violazione stessa, la valutazione che la congruità della sanzione da applicarsi sia quella ottimale rispetto al concreto tipo di violazione posta in essere, ed infine che sia perseguito l'obiettivo di risarcire il danno causato dalla violazione, nonché quello di impedire ulteriori violazioni.

In riferimento alle osservazioni più specifiche svolte in relazione alle singole tipologie di misure applicabili poc'anzi elencate, viene così chiarito che *l'OFT* cercherà generalmente di ottenere almeno in prima istanza (quest'ultima intesa anche in prospettiva temporale) il rispetto della normativa in discussione mediante la promozione di una formazione specifica dei professionisti, o fornendo agli stessi consulenze, e/o linee guida in materia, tutte misure verso cui optare in linea di principio, a meno che non risultino circostanze tali da indurre a preferire, come unica soluzione possibile, l'applicazione di misure più rigorose come sanzioni coercitive vere e proprie, incluse anche quelle penali, eventualmente anche di carattere istruttorio e/o

cautelare²²¹. Tra le misure già esistenti e note²²², si mette in rilievo, che nel sistema del Regno Unito coesistono anche sistemi e mezzi di controllo così per dire “alternativi” che si sono rivelati molto efficaci, nei rispettivi settori di intervento. Se i soggetti competenti al controllo sono convinti che i casi sottoposti al loro giudizio rientrino chiaramente all’interno dell’ambito di applicazione di questi sistemi/mezzi alternativi ed ivi possano essere affrontati, essi devono poter riferire tali casi all’organo di volta in volta competente, al fine di assicurare che quelle pratiche commerciali siano anche conformi agli standards stabiliti dalla disciplina qui interessata sulle pratiche sleali. Ad esempio, sotto il previgente regime di protezione dei consumatori, in quest’ottica, funzionavano, rispettivamente, l’*Advertising Standards Authority*, cd. ASA in tema di pubblicità radiotelevisiva²²³, e detta ASA era anche competente al controllo della pubblicità diffusa su mezzi non radiofonici o televisivi, come quella diffusa via *posters*, o cinema, o *online*, ecc. Ora l’ASA può essere ritenuto integrare uno di quei “mezzi alternativi” segnalati²²⁴.

In riferimento ai codici di condotta gli *enforcers* dovranno, qualora ciò si riveli quale mezzo appropriato per prevenire o interrompere pratiche commerciali sleali, servirsi della collaborazione dei soggetti responsabili di codici di condotta o di regole di codici di condotta o deontologiche o di costume del mondo degli affari interessato relative ai rapporti professionisti-

²²¹ E’ a questo punto che si ricorda quanto già detto nel testo, ossia che questi non sono gli unici strumenti di protezione dei consumatori, perché ogni autorità amministrativa competente, potrà far ricorso, agli strumenti sanzionatori più corrispondenti alle proprie politiche ispiratrici a questo riguardo.

²²² Cd. “*established means*”

²²³ Soggetta al Broadcast Committee of Advertising Practice.

²²⁴ Un altro esempio di mezzo alternativo segnalato è quello “Phonepay Plus”, in materia servizi telefonici a sovrapprezzo.

consumatori²²⁵.

La violazione della disciplina delle pratiche commerciali sleali che prenda in considerazione pratiche connesse a un uso improprio di regole di codici di condotta o di riferimenti a responsabili di codici di condotta, viene anche specificato che può ricevere una ulteriore tutela ma limitata alla sola prospettiva civile ed in base alle sue sanzioni specifiche, ma non è tutelabile anche attraverso l'applicazione di sanzioni di tipo penalistico.

Passando più specificatamente alle misure di repressione di tipo coercitivo delle pratiche commerciali sleali, viene dapprima tratteggiato il “*civil enforcement*” e successivamente vengono considerate le “*criminal offences*”.

Contro i professionisti autori di pratiche commerciali sleali possono essere applicate, sotto il primo profilo, sanzioni civili per qualsiasi tipologia di violazione della disciplina attuativa della direttiva 2005/29/CE intesa come violazione di un diritto comunitario, o meglio, come violazione di una legge di derivazione comunitaria. In quest'ottica, il *CPR* si affianca, come già detto, alle altre forme di tutela del consumatore già esistenti. Normalmente proprio *l'OFT* o il *TSS* che hanno la legittimazione attiva davanti ai giudici civili in materia, si fanno promotori di queste tipologie di azioni, volte ad ottenere a carico del professionista interessato un ordine di cessare la pratica commerciale scorretta, impedendone la

²²⁵ Come è noto, l'art. 6 della dir. Cit., in riferimento alle “azioni ingannevoli” stabilisce che “ il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare” sia indice di ingannevolezza della pratica commerciale, laddove “non si tratti di una semplice aspirazione, ma di un impegno fermo e verificabile; il professionista indichi in una pratica commerciale che è vincolato dal codice. Del resto, tra le pratiche commerciali considerate in ogni caso sleali, figurano sia “l'affermazione da parte di un professionista di essere firmatario di un codice di condotta, ove egli non lo sia”; sia “l'asserire che un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura, ove esso non la abbia”.

prosecuzione e dirette dunque ad ottenere dei provvedimenti di carattere inibitorio. La violazione di un siffatto provvedimento di carattere coercitivo può comportare l'applicazione di una pena detentiva fino a due anni o di una pena pecuniaria.

Possono essere presi accordi preventivi con il professionista, ma naturalmente che si impegni ad evitare di intraprendere una pratica commerciale scorretta, prima del suo inizio di esecuzione o che, con immediatezza, si impegni ad evitarne la ripetizione ed in questo caso potrà essere evitata l'erogazione di una vera e propria sanzione civile.

Conseguentemente alla commissione di una pratica commerciale sleale è anche possibile l'esercizio di un'azione collettiva per ottenere il risarcimento del danno, resa possibile a seguito della riforma processuale del 2000 con cui si è introdotto il cd. *Group Litigation Order*, disciplinato dalle disposizioni di carattere processuale 19.10 – 19.15. In proposito è tuttavia opportuno precisare che si tratta di meccanismo applicabile a qualsiasi tipo di contenzioso seriale e che pertanto non si tratta di una prerogativa propria né della materia consumeristica, né di quella specifica qui in oggetto.

Sotto il profilo inerente alle sanzioni penali, può semplicemente essere segnalato che è la stessa disciplina qui interessata a prevedere fattispecie penali in regolazione alle pratiche commerciali sleali e, parallelamente, a prevedere tipologie di sanzioni penali corrispondentemente applicabili, che vanno dalla multa alla pena detentiva eventualmente cumulabili. In questo ambito, dunque, all'intervento da parte delle autorità amministrative competenti nei casi meno gravi, si affianca la possibilità di ottenere provvedimenti sanzionatori penali veri e propri da parte dell'Autorità Giudiziaria.

In questa prospettiva, è anche prevista la responsabilità cd. penale amministrativa a carico della società professionista per i reati in quest'ambito commessi nel suo interesse o a suo vantaggio²²⁶.

2. La Germania.

In Germania si è preferito incidere sulla materia delle pratiche commerciali sleali attraverso una nuova prima legge di modifica della disciplina sulla concorrenza sleale, attuata dalla “*UWG-Novelle*” del dicembre 2008²²⁷. In proposito, è tuttavia opportuno osservare che la novella di attuazione della direttiva 2005/29/CE ha dato luogo ad una modifica della regolazione incidente, per così dire, in prevalenza, sulla sostanza e sulle sue "regole" di disciplina della concorrenza sleale, ossia sulle fattispecie vietate, ma ha inciso in modo più circoscritto sulla disciplina processuale e/o sul sistema sanzionatorio ad essa immanente e/o collegato che è rimasto nel suo impianto ontologico e funzionale equivalente a quello precedente alla novella del 2008 (ossia al sistema introdotto nella *UWG* del 2004). A seguito della novella del 2008 la struttura della *UWG* si compone di quattro capitoli. Il primo capitolo, rubricato disposizioni generali²²⁸, contiene la disciplina (artt. 1-7) di

²²⁶ In proposito, *Guidarne*, cit., parte III, capitolo 12, p. 56 ss. Per una più puntuale considerazione delle differenze e analogie tra i sistemi dell’*enforcement*” in materia di pratiche commerciali sleali, tra l’attuazione della disciplina di matrice comunitaria nel nostro sistema e quella propria del sistema del Regno Unito con un’ampia illustrazione della specifica tutela penalistica al riguardo, v. per tutti, L. TRICOMI, *Pratiche commerciali sleali: due sistemi a confronto*, in *foro Padano*, 2010, II, p. 73 ss.

²²⁷ La prima legge di modifica della legge sulla concorrenza sleale tedesca, “*Erstes Gesetz Zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb*”, ossia, come detto, “prima legge di modifica dell’*UWG*”, è stata emanata il 22 dicembre 2008. L’originaria disciplina sulla concorrenza sleale, la cd. *UWG*, ossia *das Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb*, è stata emanata il 7 giugno 1909, ma era stata ripetutamente modificata nel corso del tempo. Cfr., tra i molti, R. CALLMANN, *Der unlautere Wettbewerb*, 2 ediz., 1932, Mannheim; S. MARSHALL, *Unlauterer Wettbewerb*, 1993, München, p. 33.

²²⁸ «*Allgemeine Bestimmungen*».

carattere sostanziale²²⁹. Il capitolo II, intitolato, rimedi²³⁰, contiene sia la disciplina (artt. 8-11) delle tipologie di azioni riconosciute sul piano civilistico, distinte in tre tipologie di azioni²³¹, sia la disciplina dei corrispondenti termini di prescrizione²³². Il capitolo III, contiene le disposizioni di carattere processuale²³³; infine, l'ultimo capitolo, il IV, (artt. 16-20) contiene la disciplina delle sanzioni di carattere penale ed amministrativo e un'aggiunta finale, ove è riportato l'elenco delle (30 anziché 31, secondo il testo della direttiva)²³⁴ pratiche commerciali

²²⁹ Più in particolare, l'art. 1 è intitolato "Scopo della legge". L'art. 2, intitolato "Definizioni", contiene le definizioni rilevanti, quali quella di "pratica commerciale", di "*partecipante al creato*" ossia, "*tutti i soggetti che, accanto a concorrenti e consumatori, operano quali offerenti o chiedenti di merci o servizi*", "concorrente", "*comunicazione o notizia*", ossia "*ogni informazione, che viene scambiata o inoltrata tra un numero circoscritto di partecipanti attraverso un servizio di telecomunicazione accessibile al pubblico; ciò non include quelle informazioni, che quale parte di un servizio radiofonico vengano diffuse ulteriormente al pubblico, attraverso una rete di telecomunicazioni, sempre che dette informazioni non possano essere ricollegate al partecipante o utilizzatore identificabile che le ottiene*", di "codice di condotta", di "professionista" e di "diligenza professionale". L'art. 3 è rubricato "divieto di pratiche commerciali sleali". L'art. 4, intitolato "tipologie di pratiche commerciali sleali, individua 11 tipi di tali pratiche. L'art. 5, rubricato "pratiche commerciali ingannevoli" è relativo alle pratiche ingannevoli commissive, mentre l'art. 5 a, rubricato, "inganno da omissione" è relativo alle pratiche ingannevoli omissive. L'art. 6, rubricato "pubblicità comparativa sleale" sanziona la pubblicità comparativa sleale. L'art. 7 infine si occupa di pratiche aggressive.

²³⁰ Più esattamente "*Rechtsfolgen*", ossia "Conseguenze giuridiche".

²³¹ Vale a dire, un'azione di rimozione e divieto di prosecuzione di ogni pratica commerciale sleale di cui agli articoli 3 e 7 precedenti, un'azione di risarcimento del danno a favore dei concorrenti lesi da una pratica commerciale sleale, ed infine un'azione di prelievo del vantaggio ottenuto a danno di una pluralità di consumatori, (più esattamente, di "*Abnehmer*", ossia acquirenti o utenti di beni o servizi).

²³² Quest'ultima, *sub* art. 11.

²³³ Artt. 12-15.

²³⁴ In realtà, vengono in considerazione 31 casi di pratiche commerciali sleali "in ogni caso" anche per la disciplina tedesca: questa, tuttavia, ha riportato l'ipotesi corrispondente al n. 26 della direttiva (nel suo allegato I), nel precetto di cui al § 7 (commi 2 e 3), relativo alle pratiche aggressive. Per il resto, le pratiche, dalla 1 alla 16 della direttiva, corrispondono, rispettivamente, ai numeri da 1 a 16 della UWG; la pratica di cui all'art. 31 della direttiva corrisponde a quella di cui al n. 17 della UWG; le pratiche di cui dal n. 17 al 25 della direttiva corrispondono a quelle di cui ai numeri, 18 - 26 della UWG; le pratiche, di cui, ai n. 27 al 30 della direttiva, corrispondono nuovamente a quelle dai n. 27-30 della UWG. Va

sleali "in ogni caso". Dunque, come si vedrà meglio in proseguo, il sistema di *enforcement*, è rimasto sostanzialmente quello già delineato nella disciplina UWG del 2004, ricalcandone il medesimo impianto strutturale: le modifiche introdotte dalla Novella del 2008, sono apparse perlopiù preordinate al fine di collegare il predetto sistema, non solo alle pratiche ingannevoli già esistenti, ma a permetterne il collegamento in via esplicita anche con le pratiche aggressive, prima non contemplate. Il contenuto della normativa relativa all'*enforcement* è invece più incisivamente modificato, come conseguenza della Novella del 2008, in merito alle sanzioni amministrative (art. 20), dove, la regolazione precedente, farraginoso, poco comprensibile perché stratificata, dispersiva e non coerente, è stata sostituita con una regolazione chiara, concisa e lineare. Ma, come accennato, si tratta sempre di un controllo nel suo complesso già noto, affidato all'Autorità Giudiziaria civile, penale o amministrativa e un sistema sanzionatorio anteriore (al 2008) ritenuti (stante le circoscritte innovazioni correlabili alla novella di non

tuttavia notato, in riferimento alla pratica di cui al n. 5 della direttiva, corrispondente nella sua collocazione al n. 5 della UWG (meglio, al n. 5 di cui al detto allegato ("allegato al § 3, comma 3°" della UWG), che il testo tedesco, non si limita a riprodurre la direttiva sul punto perché, contiene un'aggiunta ulteriore. Per capire meglio è opportuno riportare il testo della direttiva (nella sua versione) tedesca che corrisponde alla versione italiana. E poi riprodurre il testo della UWG, che anche se con formula non identica nella sua prima parte riprende la direttiva, indicando l'aggiunta sua propria. La direttiva affermava nel testo, come il testo italiano: «Invitare all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo senza rivelare l'esistenza di ragionevoli motivi che il professionista può avere per ritenere che non sarà in grado di fornire o di far fornire da altro professionista quei prodotti o prodotti equivalenti a quel prezzo entro un periodo e in quantità ragionevoli in rapporto al prodotto, all'entità della pubblicità fatta e al prezzo offerti (pubblicità propagandistica o bait advertising)». L'UWG invece stabilisce che se la fornitura avvenga in un periodo inferiore ai due giorni, sarà a carico dell'imprenditore dimostrare la ragionevolezza. L'aggiunta non è di poco conto, perché essa finisce per introdurre un'esimente in relazione alle *Lockangebote* da fornirsi entro un brevissimo lasso di tempo (due giorni), rispetto a cui il professionista può liberarsi da responsabilità, dando la prova della ragionevolezza dell'offerta. Ma se la pratica è aggressiva in ogni caso, nessun legislatore nazionale può introdurre deroghe, e prevedere eccezioni al riguardo, a nulla rilevando che il tempo dell'offerta sia cortissimo o meno.

rilevante portata), per implicito, già adeguati e dunque, in definitiva, meccanismi di *enforcement* efficienti e sanzioni “effettive, adeguate ed efficaci”²³⁵.

Va rilevato, ciò premesso, che si tratta di sistema sanzionatorio composito, costituito, come accennato, non solo dalle sanzioni proprie e tipiche della concorrenza sleale, quali soprattutto cessazione della pratica sleale, inibitoria e risarcimento del danno²³⁶, ma anche dalla previsione di sanzioni di carattere penale o amministrativo, quali la detenzione o le sanzioni pecuniarie²³⁷. Prima di esaurire la considerazione della Germania, appare tuttavia opportuno aggiungere qualche breve nota sui cambiamenti della disciplina sostanziale della concorrenza sleale apportati dalla novella del 2008²³⁸. Viene dichiarato (attraverso la modifica dell’art. 1 precedente) che la disciplina in oggetto è strumentale alla preordinata tutela dei concorrenti, delle consumatrici o dei consumatori, e dei partecipanti particolari al mercato contro le

²³⁵ Per tutti, con riferimento alla direttiva, ALEXANDER, *Die Sanktions- und Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt - Umsetzungsbedarf in Deutschland?*, in *GRUR Int.*, 2005, p. 810.

²³⁶ Nonché emissione degli opportuni provvedimenti diretti a far cessare gli effetti della concorrenza sleale con discrezionalità del giudice nell’individuazione più precisa del contenuto di tali provvedimenti, quali, ad es., la pubblicazione di annunci rettificativi o la pubblicazione dello stesso provvedimento di condanna. Ma anche, eventualmente, sanzioni penali (fino a due anni di detenzione, o, per casi particolarmente gravi fino a cinque anni) o sanzioni pecuniarie, applicabili dalla repressione della pubblicità ingannevole.

²³⁷ Tra gli altri, sulle sanzioni comminabili in base alla prima legge sulla concorrenza sleale (UWG), quella anteriore all’impianto del 2004, cfr., J. FRITZSCHE, *Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage*, Springer, Munich, 2000; W. GOTZ, *Schaden und Bereicherung in der Wertzerkette*, *GRUR*, 2001, p. 295.

²³⁸ Le norme precedenti cambiate o sostituite sono gli artt. 1, 2, 3, 4, 5, (a cui si è aggiunto un 5 a); 6, 7, 8, 9, 10, e un’ulteriore aggiunta (quest’ultima nuova, perché come risulterà dal testo contenente l’elenco delle pratiche commerciali in ogni caso sleali a danno consumatori).

attività commerciali sleali²³⁹. La novella ha sostituito anche l'art. 3 precedente, norma fondamentale, costituita da tre diversi commi, tutti e tre interessati dalla nuova formula del 2008 e relativi alla previsione, rispettivamente, di tre fattispecie vietate di pratiche sleali, tra loro collegate: la prima, è la cd. clausola di portata più generale relativa alla slealtà, la seconda clausola è quella contenente gli elementi costitutivi della slealtà di una pratica commerciale a danno dei consumatori (art. 3 comma 2°), e che riprendendo l'art. 5 della dir. 2005/29/CE sul punto richiede la necessità del riscontro sia della contrarietà della pratica alle norme della diligenza professionale, sia della sua falsità o idoneità a falsare in misura rilevante il comportamento del consumatore medio destinatario o raggiunto dalla pratica stessa. Infine una terza fattispecie per così dire specifica, dove si considerano le pratiche commerciali “in ogni caso” sleali per i consumatori con un rinvio ad un aggiunta legislativa, ove sono riportate le pratiche commerciali corrispondenti tipizzate dalla direttiva (art. 3 comma 3°).

Non ci soffermeremo dunque su queste due ultime disposizioni, in riferimento alle quali potrebbe essere interessante saggiarne tra un paio d'anni i risultati ottenuti, confrontandoli con quelli corrispondenti emersi nel nostro sistema. Ma appare utile considerare la modifica operata sulla più generale clausola del primo comma (dell'art. 3), secondo cui “Le pratiche commerciali sono sleali se indirizzate a pregiudicare, in maniera sensibile, gli interessi di concorrenti, consumatori, o di

²³⁹ Dove, secondo la dottrina, per concorrenti si devono intendere gli imprenditori collocati a livello orizzontale di chi pone in essere l'attività commerciale sleale, mentre per speciali partecipanti al mercato si devono intendere gli imprenditori situati a livello verticale di chi pone in essere l'attività commerciale sleale. Così, per tutti, J. KOHLER, *Ein Jahr nach der UWG-Reform - Der Einfluss der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken auf das UWG*, in *GRUR Prax*, 3, 2009, p. 47. Tuttavia v. la corrispondente definizione, *supra*, in nota n. 25. Nella stessa disposizione relativa allo scopo della disciplina si aggiunge che essa contestualmente protegge l'interesse generale ad una concorrenza non falsata.

particolari partecipanti al mercato”.

Non si è mancato di rilevare in dottrina che in proposito, la clausola generale di cui all'art. 3 comma 1° del precedente testo del 2004, pur mantenendo un significato sostanzialmente sovrapponibile è stata completamente capovolta nella sua formulazione testuale, perché mentre la medesima, in una prospettiva funzionalistica, qualificava la slealtà in base ad una soglia minima di “non irrilevanza” dell'attività svolta nella sua incidenza sugli interessi dei consumatori, dei concorrenti e degli altri partecipanti particolari al mercato, la lettera di quella attuale preferisce caratterizzare in positivo la soglia minima della slealtà richiesta, rinviando ad una sensibile, significativa influenza della pratica sui diversi soggetti interessati dalla stessa. In altri termini, nella predetta prospettiva funzionalistica in luogo della cd. clausola di non irrilevanza anteriore, diretta a colpire gli atti di concorrenza sleale se idonei a ripercuotersi a svantaggio di consumatori, o di concorrenti o di altre categorie esponenziali di interessi coinvolti, in misura non marginale, non insignificante, non irrilevante, si è introdotta una cd. clausola di rilevanza espressa in positivo, volta a limitare il divieto alle pratiche commerciali connotate da slealtà se atte a ripercuotersi in misura rilevante e cioè sensibile sugli interessi, rispettivamente, di consumatori o di concorrenti, o di altri interessati al mercato. In realtà, non sfugge che, a rigore, la soglia minima di controllo dell'incidenza della pratica di slealtà non è perfettamente sovrapponibile nell'ipotesi di una clausola formulata in negativo od in positivo, come è quella attuale e che regola la soglia di una clausola formulata in negativo è (o dovrebbe apparire) più bassa. In corrispondenza, si pensi paradossalmente al controllo nel sistema italiano sulla non manifesta infondatezza della questione di illegittimità costituzionale demandata al giudice *a quo*, sufficiente solo per il rinvio della questione alla Corte

Costituzionale ed il successivo giudizio di questa, che è invece improntato ad un controllo in positivo.

La stessa disciplina normativa, in alcune delle sue disposizioni successive, precisa diversi criteri di misura atti a determinare che cosa debba intendersi per capacità di influenzare sensibilmente i concorrenti (condotte orizzontali), ovvero altri partecipanti al mercato (condotte verticali) ovvero i consumatori. Per la tutela concorrenziale dei primi, ad esempio, viene ricordato l'art. 4, n. 10 UWG, che importerebbe una verifica di quella soglia di sensibilità richiesta, alla luce del bilanciamento degli interessi in gioco ivi richiesto²⁴⁰. Che cosa invece sia richiesto per misurare quella soglia nell'interesse dei consumatori è specificato dalla direttiva di riferimento, dove ad esempio il consumatore per prendere una decisione libera e consapevole deve risultare informato e dove dunque, in concreto qualora non dovesse risultare fornita quella informazione ritenuta adeguata al caso stesso, la pratica potrà essere qualificata come sleale in quanto atta ad influenzare sensibilmente la capacità decisionale del consumatore stesso e a determinarne il possibile pregiudizio. In quest'ottica, in definitiva, gli esiti della clausola di rilevanza vengono a sovrapporsi con quelli ottenibili in base alla valutazione del secondo requisito della slealtà della pratica secondo la direttiva 2005/29/CE, ossia l'accertamento della sua falsità o idoneità a falsare sensibilmente il comportamento economico, in relazione al prodotto del consumatore medio che raggiunge o a cui è diretta o del membro medio del gruppo qualora la pratica sia diretta ad un determinato gruppo di consumatori. Tutti hanno poi chiarito che sempre con riferimento agli interessi dei consumatori, una lesione sensibile dei loro interessi può essere ritenuta "immanente" in tutte le

²⁴⁰ E, parallelamente, nella stessa prospettiva, vengono citate le disposizioni dell'art. 4, n. 7, 8 e 9.

pratiche sleali in ogni caso. Prima di chiudere con il sistema tedesco, occorre riprendere brevemente, ma più da vicino, le sue regole di *enforcement*, così come risultanti dalla novella del 2008. Vengono in gioco, in proposito, tre capitoli della disciplina sulla concorrenza sleale: il n. 2, relativo ai rimedi espressamente previsti, il n. 3, relativo alle disposizioni concernenti i procedimenti, ed infine il n. 4, sulle sanzioni penali ed amministrative. I rimedi sono innanzi tutto quelli classici della domanda di rimozione della pratica commerciale, e dei suoi effetti, ed in caso di pericolo di reiterazione, l'inibitoria, concessa anche anticipatamente per evitare il compimento della pratica sleale, ingannevole o aggressiva²⁴¹. Qualora la pratica sia stata posta in essere direttamente da un collaboratore o incaricato del professionista la domanda di cessazione della pratica, rimozione degli effetti, ed inibitoria, possono essere presentate anche nei confronti del titolare. Il corrispondente sistema di prescrizione è interessante, perché prevede²⁴² che se il soggetto che può far valere la pretesa ha già tutto in suo possesso per dare avvio all'azione stessa, in quanto da un lato l'azione è già venuta ad esistenza e dall'altro lato, il creditore sotto un profilo soggettivo conosce già (o avrebbe potuto conoscere con la diligenza richiesta²⁴³ sia le circostanze poste a fondamento dell'azione, sia la persona del debitore, egli deve esercitare l'azione entro sei mesi. Un tempo di prescrizione brevissimo dunque, giustificato dal fatto, che il creditore ha, o dovrebbe avere, la conoscenza di tutti gli elementi

²⁴¹ Di seguito, anche nel testo la "*Loi*".

²⁴² Con richiamo espresso per quanto attiene all'azione tipica di cessazione e rimozione, anche in via cautelare sia dell'art. specifico (paragrafo 8) di cui alla UWG, sia attraverso il rinvio in questa, contenuto (all'art. 12, 1° e 2° comma), alle disposizioni di cui al codice di procedura civile (artt. 935 e 940).

²⁴³ La disposizione parla di mancanza di colpa grave e dunque, fa rinvio alla minima diligenza sufficiente in proposito.

opportuni per prendere una decisione consapevole e dunque, non c'è motivo, nell'ottica voluta espressamente dal legislatore tedesco, di allungare i tempi anche in considerazione della delicatezza della materia e della rilevanza degli interessi coinvolti (anche economici). La legittimazione attiva è riconosciuta ad ogni concorrente, ad associazioni con capacità giuridica, legittimate alla rappresentanza di interessi di appartenenti a categorie industriali o professionali, purché esse siano sufficientemente rappresentative²⁴⁴, nella misura in cui esse siano in condizioni soggettive, oggettive e finanziarie, tali da poter tutelare efficacemente gli interessi esponenziali rientranti nelle loro competenze statutarie e fintanto che la violazione incida sugli interessi dei loro membri; la legittimazione attiva spetta anche a istituzioni o enti sufficientemente qualificati nella loro funzione rappresentativa degli interessi dei consumatori, che possano dimostrare di essere state inserite nella lista di istituzioni per far valere in giudizio la tutela dei consumatori, secondo l'art. 4 della corrispondente legge tedesca (*Unterlassungsklagegesetz*)²⁴⁵, ovvero che risultino nell'elenco della Commissione Europea in base all'art. 4 della direttiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 maggio 1998²⁴⁶, sempre relativa all'ammissibilità del riconoscimento ad agire in giudizio per la protezione degli interessi dei consumatori; la legittimazione ad agire è infine attribuita a camere di commercio, dell'industria, e dell'artigianato. La disposizione vieta anche l'abuso nell'esercizio delle azioni qui

²⁴⁴ Vale a dire, che ad esse risultino aderenti un numero rilevante di imprenditori che commercializzino sul medesimo mercato, prodotti o servizi uguali o analoghi.

²⁴⁵ Anche ad altro proposito, si richiama altro articolo (art. 13) della *Unterlassungsgesetz*.

²⁴⁶ Ai sensi dell'art. 4 comma 3°, della indicata direttiva: "La Commissione redige l'elenco degli enti legittimati di cui al paragrafo (*rectius*: comma) 2, con l'indicazione del loro scopo. Tali elenchi, sono pubblicati nella GUCE; le modifiche apportate a tali elenchi sono pubblicate senza indugio; l'elenco aggiornato è pubblicato ogni sei mesi".

interessate²⁴⁷. È poi concessa la tradizionale azione di risarcimento del danno, subito dal concorrente del professionista che con dolo o colpa ha posto in essere una pratica commerciale sleale ingannevole o aggressiva. Risarcimento del danno, dunque, secondo l'ottica tradizionale, a favore solo del concorrente che l'ha subito. La domanda può essere promossa anche nei confronti dei responsabili di periodici dove è stata diffusa la pratica sleale interessata²⁴⁸. Anche per l'azione risarcitoria qui considerata è replicata la regola relativa al brevissimo regime prescrizione già visto per le azioni tipiche della concorrenza sleale (e di cui all'art. 8), vale a dire, necessità di un loro esercizio entro sei mesi, qualora il creditore conosca già o con l'uso della diligenza minima richiesta avrebbe dovuto conoscere, tutti gli elementi pertinenti all'uopo, ossia le circostanze poste a fondamento dell'azione e la persona del debitore. Invece, a prescindere dalla conoscenza o mancata conoscenza per colpa grave, le azioni risarcitorie, si prescrivono in dieci anni dal loro venire in essere, o al più tardi in trenta anni dalla condotta da cui è scaturito il danno. Anche in questo caso si tratta di un regime comunque diverso da quello corrispondente italiano e di cui per la lunghezza massima dei termini prescrizione stabilita, non è davvero facile comprenderne appieno le ragioni ispiratrici o la complessiva logica sottesa al disegno di sistema volute dal legislatore tedesco²⁴⁹. Ultima azione concessa dalla disciplina sulla concorrenza sleale è una particolare azione intentata da parte delle associazioni o istituzioni

²⁴⁷ E si specifica che vi è esercizio abusivo al riguardo, quando la domanda è proposta al fine di ottenere la liquidazione delle spese processuali. V. art. 4, comma 4°.

²⁴⁸ Anche in riferimento all'art. 9 della novella del 2008, ove è stabilita a favore del concorrente la possibilità di chiedere il risarcimento del danno patito, l'unica novità della disposizione è nel rinvio anche alle pratiche commerciali aggressive poiché la norma precedente (del 2004) considerava solo casi di ingannevolezza.

²⁴⁹ Secondo l'art. 11, ultimo comma, infine "Altre azioni", (correlate alla UWG), a prescindere dalla conoscenza o mancata conoscenza per colpa grave, si prescrivono entro tre anni dal loro venire in essere. V. al riguardo *infra* subito dopo, nel testo.

qualificate di protezione dei consumatori già viste come legittimate²⁵⁰ a far valere in giudizio l'azione di rimozione e/o inibitoria di una pratica commerciale sleale e diretta ad ottenere nei confronti del professionista, il quale, con dolo, dall'esecuzione di una pratica commerciale sleale a danno di una moltitudine di consumatori, acquirenti o utenti di beni o servizi, abbia ottenuto utili ingiustamente conseguiti e la sua condanna a rimetterli al bilancio federale. Da questi utili ingiustamente conseguiti vanno però detratti sia l'ammontare corrispondente al valore della prestazione fornita al consumatore, sia quello relativo al valore della sanzione eventualmente pagata allo Stato²⁵¹. Va sottolineato che questa azione non è soggetta al breve termine di prescrizione di sei mesi, accordato, secondo i presupposti già visti, solo per le azioni tipiche della concorrenza sleale (di cui all'art. 8) e per quella risarcitoria a favore del concorrente danneggiato (di cui all'art. 9): si tratta infatti di una di quelle "altre azioni" soggette al termine di prescrizione di tre anni²⁵². L'ultimo capitolo, il 4, intitolato, come già detto, "Sanzioni penali ed amministrative", prevede che determinate condotte, tipizzate dalla legge, siano punite con sanzioni penali ed amministrative. Si tratta, più in particolare, di quattro fattispecie criminose, due delle quali sono pratiche commerciali sleali a danno dei consumatori previste congiuntamente nell'ambito di una medesima norma, mentre le altre, sono pratiche commerciali sleali a danno soprattutto di concorrenti. A danno dei consumatori si configurano sia un caso di pubblicità ingannevole, sia la vendita piramidale, o cd. messa in commercio, "a tradimento" (di cui all'art. 16 ed all'art. 19), mentre, tra le fattispecie, a

²⁵⁰ In base all'art. 8, terzo comma già ricordato.

²⁵¹ V., per alcuni riferimenti in proposito, A. GIORGETTI, V. VALLEFUOCO, *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo. Profili di comparazione, in tema di azioni di classe ed azioni di gruppo*, Milano, 2008.

²⁵² O, più esattamente annoverabile tra quelle "andere Anspruche" a cui si riferisce l'art. 11, comma 4°.

danno di concorrenti si rinvengono, ad esempio, la divulgazione non autorizzata di segreti industriali e commerciali e lo sfruttamento abusivo di progetti.

La pubblicità ingannevole configurata come reato e punibile con reclusione fino a due anni o pena pecuniaria, è quella consistente in annunci o comunicazioni pubbliche o destinate ad un'ampia cerchia di persone, in cui al fine di creare l'apparenza di un'offerta particolarmente vantaggiosa, si diano indicazioni non veritiere inducendo in inganno.

La seconda fattispecie a danno dei consumatori è la pratica di commercializzazione, consistente in quella particolare odiosa tecnica di contrattazione con cui il professionista vende o attribuisce ai consumatori l'utilizzazione di prodotti, servizi o diritti con la promessa di far ottenere loro anche da parte di un terzo vantaggi particolari, qualora essi stessi inducano altri alla conclusione di contratti dello stesso tipo. Si tratta in altri termini, della previsione di un reato per chi induce all'acquisto attraverso meccanismi di vendite piramidali fondate su sistemi analoghi alle famose catene di Sant'Antonio, dove per il professionista è più importante (e remunerativo) introdurre il consumatore nello schema della partecipazione alla (sua) catena che non la vendita o l'utilizzo in sé del bene o servizio oggetto del (singolo) contratto concluso²⁵³. Parallelamente i consumatori, non esprimono concludendo il contratto interessato un consenso libero, perché il loro comportamento è condizionato dalla posizione di potere economico del professionista, ed anch'essi appaiono maggiormente presi dalla spirale di entrare a far parte della catena di Sant'Antonio (per ottenerne il vantaggio correlato) che non mossi da un interesse economico concreto

²⁵³ Anche per questo reato è comminata la stessa pena già prevista per l'altra fattispecie penale reato a danno dei consumatori, ossia per le indicate forme di pubblicità ingannevole: due anni di reclusione o sanzione pecuniaria.

effettivo per il bene o servizio dedotto nel contratto da loro stessi stipulato.

Tra i reati non tanto a danno dei consumatori, ma piuttosto a danno dei concorrenti, spiccano la diffusione non autorizzata di segreti commerciali o industriali, nonché lo sfruttamento di altri tipi di notizie riservate, figure che comunque rappresentano mezzi sleali per vincere la gara concorrenziale. Il primo reato può essere commesso da chi impiegato o collaboratore presso un'impresa, sveli ad altri, in pendenza di rapporto e senza essere stato autorizzato un segreto commerciale o industriale che gli era stato confidato o reso accessibile, al fine di utilizzarlo in proprio o a vantaggio di un terzo concorrente e a danno dell'imprenditore titolare, mentre il secondo reato concerne una fattispecie criminosa analoga dove, qualora per contratto vengano affidati ad un soggetto progetti o prescrizioni di natura tecnica, in particolare, disegni, modelli, tagli, ricette, ecc., costui al fine di far concorrenza, ne faccia uno sfruttamento abusivo attraverso un impiego in proprio o una loro messa a disposizione a favore di terzi, in entrambe i casi sempre senza autorizzazione da parte del titolare²⁵⁴. L'ultimo reato previsto è quello di cui all'art. 19 relativo alla induzione di altri a commettere uno dei due reati concorrenziali appena ricordati, o istigare altri a commetterli. Anche qui, la sanzione prevista è la pena detentiva

²⁵⁴ Il reato di divulgazione non autorizzata di segreti industriali o commerciali è punito con la reclusione fino a due anni o con sanzione pecuniaria, ma in casi particolarmente gravi la pena detentiva può raggiungere i cinque anni. Può essere aggiunto che i casi particolarmente gravi sono specificati dalla legge, come quello in cui l'autore, di regola: agisce da professionista, svela un segreto sapendo che esso verrà sfruttato all'estero, o sfrutta egli stesso il segreto all'estero. Anche per il secondo reato, quello relativo allo sfruttamento di progetti o prescrizioni di natura tecnica, si prevede sempre una pena detentiva fino a due anni di reclusione o una pena pecuniaria. Per entrambe le fattispecie penali è punito anche il tentativo. Ed infine, normalmente, entrambe sono perseguibili solo a querela, a meno che l'autorità preposta non ritenga di dover procedere d'ufficio a causa del particolare interesse pubblico in gioco.

(fino a due anni) o una pena pecuniaria. Prima di concludere è opportuno segnalare nuovamente, come già accennato, che nel 2008, si è proceduto non solo alla riformulazione del titolo del capitolo 4 della *UWG*, ma anche alla sostituzione degli articoli precedenti in tema di sanzioni amministrative²⁵⁵ con una nuova ed unica disposizione²⁵⁶, ai sensi della quale, commette una violazione amministrativa, punibile con sanzione pecuniaria fino a 50.000 euro, colui che con dolo o colpa, fa pubblicità a mezzo di chiamata telefonica ad un consumatore, in mancanza di un previo espresso consenso da parte di quest'ultimo. Viene specificato che l'Autorità amministrativa preposta ad irrogare la sanzione è l'Agenzia federale per l'elettricità, il gas, le telecomunicazioni, la posta e le ferrovie.

3. La Francia.

In Francia, a titolo di premessa, si può ricordare che le pratiche commerciali sleali sono disciplinate, parallelamente a ciò che accade da noi in rapporto alla collocazione della nostra normativa nazionale, dagli artt. L. 120-1 ss., del *Code de la Consommation*, introdotti dall'art. 39 della *Loi* n. 2008-3, del 3 gennaio 2008, la *Loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*²⁵⁷, attuativa della

²⁵⁵ *Ex* artt. 20.

²⁵⁶ L'art. 20 attuale testo della *UWG*.

²⁵⁷ Di seguito, anche nel testo la "*Loi*".

direttiva 2005/29/CE²⁵⁸. Inoltre, gli artt. 83 e 84 della *Loi de Modernisation de l'economie* n. 2008-776, del 4 agosto 2008, hanno successivamente integrato la *Loi*²⁵⁹.

²⁵⁸ È l'art. 120-1 a porre il divieto di pratiche commerciali sleali e, successivamente, volto a definire la slealtà e i suoi caratteri costitutivi, la contrarietà alla diligenza professionale e la capacità della pratica, ovvero la sua idoneità ad alterare, in maniera sostanziale, il comportamento economico del consumatore mediamente informato e normalmente attento ed oculato, in relazione ad un bene o servizio. Secondo autorevole dottrina, la norma esprime innanzi tutto i criteri dell'onestà e della buona fede. Così, per tutti, E. ANDRIEU, *Les Pratiques commerciales deloyale*, in *Légipresse* n. 265-October 2009, p. 129. J.M. ROTHMANN, *Les pratiques commerciales trompeuses*, in *INC, Hebdo*, n. 1497, 2008, p. 1 ss. Secondo il comma 2° dello stesso art. 120-1, vengono ritenute sleali le pratiche commerciali ingannevoli, e aggressive definite, rispettivamente, le prime, dagli artt. L. 121-1 e L. 121-1-1 mentre le seconde, dagli artt. L. 122-11 e L. 122-11-1.

²⁵⁹ Infatti il testo originario della *Loi* è stato considerato correggibile da parte della Commissione Europea. Si può rammentare in proposito che la direttiva aveva concesso due differenti termini, per l'emanazione e per l'entrata in vigore del provvedimento legislativo attuativo della direttiva stessa, proprio al fine di consentire da parte della Commissione europea, di essere immediatamente informata dell'emanazione, in modo che eventuali suoi suggerimenti o indicazioni potessero essere adempiute in tempo utile da parte dei legislatori nazionali, anteriormente all'entrata in vigore della disciplina interessata. I due termini si giustificavano allora proprio per la considerazione che si trattava di una direttiva di armonizzazione massima che non consentiva agli Stati membri di dar luogo ad una tutela maggiore di quella predisposta con la direttiva stessa. Più in particolare, in quest'ottica, la direttiva aveva stabilito che l'emanazione delle disposizioni nazionali attuative dovesse avvenire entro la metà del 2007 (entro il 12 giugno 2007), mentre l'inizio della loro efficacia doveva avvenire solo successivamente (entro 12 dicembre 2007). A sua volta, per quanto concerne il nostro paese, la legge delega per l'attuazione della direttiva, stabilita con legge comunitaria 2005, prevedeva un termine di diciotto mesi dall'entrata in vigore della delega (decorrenti dal 23 febbraio 2006) per l'emanazione dei decreti delegati attuativi delle direttive *ivi* indicate, tra cui, per l'appunto, quella 2005/29/CE, termini che sarebbero dunque scaduti il 22 agosto 2007. Nella materia qui rilevante il legislatore italiano ha emanato il d.lgs. n. 146 il 2 agosto 2007, pubblicato nella G.U. n. 207 del 6 settembre 2007, entrato in vigore, come di regola, il 15° giorno successivo alla pubblicazione, e dunque, il 21 settembre s.a., che, tra il resto, ha collocato la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette inserendola direttamente, come noto, nel Codice del Consumo agli artt. 18 - 27 in sostituzione dei precedenti articoli e prevedendo in aggiunta gli artt. 27 *bis*, *ter*, e *quater*, (ai fini di correggere ed integrare il Codice del Consumo con ulteriori disposizioni di coordinamento è stato poi emanato il d.lgs. n. 221 del 23 ottobre 2007). Ciò significa che il nostro legislatore non ha concesso un tempo adeguato tra l'emanazione e l'entrata in vigore, ed ha quindi, finito per non rispettare la *ratio* del precetto comunitario, impedendo alla Commissione di intervenire eventualmente per suggerire correzioni o integrazioni della disciplina *de qua*. Menomale che la Commissione non ha ritenuto di muovere alcun rilievo.

Passando ad una considerazione più specifica dei mezzi di *enforcement* e dei rimedi, così come delineatisi in Francia, si può cominciare con il ricordare che il sistema per la repressione delle pratiche commerciali sleali è stato affidato alla *Direction Generale de la Concorrence, de la Consommation et de la Repression des Fraudes (DGCCRF)*. Si tratta di Autorità, istituita nel 1985, e risultante dalla fusione tra la *Direction de la Consommation e de la Repression des Fraudes*, che dipendeva dal *Ministère de la Consommation* e la *Direction de la Concorrence et des Prz'x*, che metteva invece capo al *Ministère de l'Economie*²⁶⁰. La *DGCCRF* si compone di un'amministrazione centrale, collocata a Parigi e di varie direzioni regionali (una per regione) a loro volta suddivise in una molteplicità di uffici dipartimentali. Alla *DGCCRF* sono conferiti, principalmente, poteri istruttori, tesi all'accertamento delle pratiche commerciali sleali, poteri che essa esplica attraverso circa 3550 agenti ai quali sono conferiti ampi poteri di indagine che vanno dalla facoltà di accedere ai locali aziendali dei professionisti interessati, al potere di ottenere da costoro informazioni e documenti, raccogliere dichiarazioni, sequestrare prodotti ritenuti non conformi o pericolosi. La fase successiva a quella di competenza per così dire funzionale della *DGCCRF*, come detto, di carattere istruttorio, è meramente eventuale, in quanto si apre solo nel caso in cui vengano rilevati effettivi profili di slealtà della pratica commerciale in discussione, ovvero di sua ingannevolezza e/o di sua aggressività ed è demandata alla competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, (civile o penale a seconda dei casi) la quale, in definitiva, detiene anche i corrispondenti poteri sanzionatori da applicare nella specie alle pratiche ritenute sleali. Sono, infatti, molto limitati i casi in cui alla stessa *DGCCRF* sono riconosciuti ed attribuiti poteri che vadano

²⁶⁰ Di seguito, anche nel testo, indicata con l'acronimo "*DGCCRF*".

al di là di quelli in funzione meramente istruttoria e di carattere sanzionatorio vero e proprio, relativi per lo più alla possibilità di emanare provvedimenti in materia di pratiche accertate aggressive, quali l'ordine al professionista di conformarsi agli obblighi previsti dal Codice del Consumo per eliminare l'aggressività della pratica, o l'ordine di cessazione della pratica illecita, ovvero di eliminazione delle clausole non conformi dai contratti.

La *Loi* distingue dunque in relazione alle sanzioni tra pratiche commerciali ingannevoli e pratiche commerciali aggressive. Le pratiche commerciali ingannevoli possono essere sanzionate penalmente, con una pena pecuniaria pari a 37.500,00 euro e/o con pena detentiva fino a due anni²⁶¹. Qualora la violazione sia stata posta in essere da una persona giuridica, questa è passibile *ex art. L. 213-6* della *Loi* di una pena pecuniaria pari al quintuplo di quella comminabile alle persone fisiche, ma anche di un'interdizione della durata di un minimo di cinque anni dall'esercizio, in via diretta o indiretta, della attività, nel cui ambito la violazione è stata commessa²⁶².

Non c'è dunque solo la usuale nostra inibitoria (di carattere non penale) correlata alla pratica commerciale interessata, ma c'è addirittura l'interdizione, anche se per un tempo circoscritto, dall'esercizio dell'impresa nel settore ove si è realizzata la pratica ingannevole interessata, con possibili conseguenze gravissime, sotto il profilo

²⁶¹ Le sanzioni sono contenute nell'art. L. 121-6 della *Loi*, secondo cui: "*Les infractions aux dispositions de l'article L. 121-1 sont punies des peines prévues a l'article L. 213-1*". E si aggiunge che: "*L'amende peut être portée a 50% des dépenses de la publicité ou de la pratique constituant délit*" (ossia, che la ammenda può essere elevata fino al 50% dei costi pubblicitari o delle spese sostenute per la pratica commerciale interessata).

²⁶² Si stabilisce infatti: "*Les dispositions de l'article L. 213-6 prévoyant la responsabilité pénale des personnes morales sont applicables a ces infractions*". Oltre alle pene già indicate nel testo, è prevista anche la pubblicazione della decisione mediante sua diffusione a mezzo stampa ma anche in via telematica.

economico per l'impresa societaria responsabile, che potrebbe addirittura non riuscire a sopravvivere con l'esercizio dell'attività economica per così dire residua, ossia relativa agli eventuali settori "estranei" a quello ove era stata commessa (e sanzionata) la pratica in questione.

Da notare che questa sanzione si può applicare solo ai professionisti responsabili di pratiche ingannevoli in forma societaria, non già ai professionisti persone fisiche (forse perché per questi ultimi non è configurabile alcun limite strutturale all'estensione oggettiva tipologica dell'attività economica esercitata, come invece avviene per le società, dove l'attività è dipendente e circoscritta in funzione della corrispondente clausola statutaria, che, come è noto, non consente una indicazione dell'oggetto sociale del tutto generale e omnicomprensiva).

In riferimento alle pratiche commerciali ingannevoli, può essere specificato, che la *Loi*²⁶³ ha dotato la *DGCCRF*, in una fase ancora pre-contenziosa ed al fine di evitare il procedimento penale e l'irrogazione delle corrispondenti sanzioni del potere di giungere ad accordi «transattivi» con i soggetti responsabili della pratica stessa, previo accordo con il procuratore della repubblica e secondo le modalità

²⁶³ L'art. 141-2 (comma, 1°) stabilisce: "per le infrazioni previste ai libri I e III e quindi per le violazioni previste dall'art. 121-1, l'Autorità amministrativa competente per il diritto della concorrenza e dei consumatori, fintanto che l'azione pubblica non è intrapresa, ha diritto di transigere, previo accordo con il Procuratore della Repubblica, e secondo le modalità stabilite con decreto del Consiglio di Stato". Secondo il testo originale della disposizione di cui all'art. 141-2 (comma, 1°): "*Pour les contraventions prévues aux livres Ier et III ainsi que pour les infractions prévues à l'article L. 121-1, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation a droit, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, de transiger, après accord du procureur de la République, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat*". Il comma 3° dell'art. 141-2 aggiunge: "L'azione pubblica si estingue qualora l'autore dell'infrazione adempia entro il termine stabilito le obbligazioni nascenti a suo carico dall'accettazione della transazione". Ossia, secondo il testo originale: "*L'action publique est éteinte lorsque l'auteur de l'infraction a exécuté dans le délai imparti les obligations résultant pour lui de l'acceptation de la transaction*".

stabilite dal Consiglio di Stato.

Non è mancato in dottrina chi ha avuto cura di segnalare, rifacendosi in proposito alla lettera della disposizione qui interessata che questo è il primo caso in cui in Francia una fattispecie per la quale sono previste sanzioni di natura penale può dar luogo ad una «transazione». In questa prospettiva, si è aggiunto che seppure non risultino stabiliti con precisione i limiti entro cui è possibile addivenire ad una transazione, si è ritenuto che “essa possa essere impiegata, su accordo con il Procuratore della Repubblica, solo per questioni aventi una portata limitata e circoscritta, che non abbiano estensione per l'intero ambito nazionale e che comunque non possa riguardare le vittime di pratiche commerciali ingannevoli dichiarate suscettibili di costituirsi parte civile”.

Sembra tuttavia inopportuno l'impiego del termine «transazione» che nel linguaggio giuridico è un concetto tecnico, designando il contratto con cui le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già pendente o prevengono a una lite che può insorgere tra loro²⁶⁴: dato che la transazione in quanto contratto implica necessariamente la disponibilità della materia, ciò che non mi sembra proprio né del procedimento e né delle sanzioni penali che non sono “disponibili”, mi pare preferibile un possibile rinvio, piuttosto, ad una figura analoga al ed. “Patteggiamento”, pur tenendosi conto delle differenze, per lo meno in relazione al sistema italiano dove il patteggiamento prelude ad un rito alternativo ma sempre di natura penale e comporta comunque l'applicazione di sanzioni penali.

La *Loi* ha dotato gli agenti della *DGCCRF* di specifici poteri istruttori per l'accertamento e la prevenzione di pratiche commerciali (sleali e

²⁶⁴ Secondo l'art. 1965 cod. civ.

dunque anche) ingannevoli ed ha conferito loro, applicando in proposito quel principio in materia di onere probatorio già contenuto nella direttiva di riferimento, il potere di esigere dal responsabile di una pratica commerciale la messa a disposizione, ovvero, la comunicazione di tutti gli elementi atti a giustificare le indicazioni, allegazioni, o rappresentazioni ad essa correlate. Parallelamente e potremmo aggiungere secondo quanto previsto anche nel nostro sistema²⁶⁵ essi possono esigere anche dagli inserzionisti la messa a disposizione dei messaggi pubblicitari da loro diffusi.

In riferimento alle pratiche commerciali aggressive la *Loi* prevede la possibilità di comminare sanzioni penali e pene accessorie, (mi pare ancora più rigorose ed aspre di quelle applicabili alle pratiche ingannevoli appena viste) in particolare, infatti, si commina sia una pena detentiva di minimo due anni, sia (anche) una pena pecuniaria dell'importo minimo di 150.000, 00 Euro²⁶⁶. Ma si precisa e si aggiunge, inoltre, che le persone fisiche possono essere interdette dall'esercizio in via diretta od indiretta, di un'attività commerciale per un minimo di cinque anni (mentre, si ricorda, secondo quanto prima detto, nessuna interdizione dell'attività poteva essere comminata alle persone fisiche per aver posto in essere una pratica ingannevole), mentre per le persone giuridiche, si rinvia al codice penale, ed esse possono dunque essere sottoposte ad una pena pecuniaria pari al quintuplo di quella prevista per

²⁶⁵ Secondo quanto previsto dall'ultimo Regolamento sulle procedure istruttorie dell' *AGCM* approvato con delibera del 15 novembre 2007, n. 17589 (modificato successivamente con delibera del 29 luglio 2009, n. 209, con delibera del 10 marzo 2010, n. 20872 e da ultimo con delibera del 9 febbraio 2011, n. 22092), che ha sostituito l'originario Regolamento di cui al d.p.r., del 11 luglio 2003, n. 284, in vigore al tempo della precedente disciplina sulla pubblicità ingannevole.

²⁶⁶ Secondo quanto previsto dall'art. L. 122-12 della *Loi* che stabilisce: "*Le fait de mettre en oeuvre une pratique commerciale agressive est puni d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 150.000, 00 euros au plus*".

le persone fisiche, secondo quanto *ivi* contenuto²⁶⁷, e possono essere sottoposte anche alle pene accessorie *ivi* stabilite²⁶⁸.

Si può poi riscontrare anche un'altra differenza rispetto a quanto prima ricordato in relazione alle pratiche commerciali ingannevoli, cioè, in ambito di pratiche aggressive, non sembra ammettersi alcuna possibilità di addivenire in via preventiva a transazione penale o, meglio, come a me pare, alla possibilità di concordare un possibile «patteggiamento».

Ma anche sotto un profilo dei rimedi, per così dire, civilistici la *Loi* sembra distinguere in modo netto tra pratiche commerciali ingannevoli e pratiche commerciali aggressive. Solo per le seconde infatti si prevede espressamente che il contratto concluso sulla base di una pratica aggressiva sia nullo e come tale del tutto privo di effetti²⁶⁹.

Il rimedio è importante sotto due profili.

Sotto un più generale profilo si conferma quanto espresso anche dalla dottrina italiana sia in riferimento alla direttiva 2005/29/CE sul punto sia sulla corrispondente nostra misura legislativa di attuazione²⁷⁰, secondo cui la circostanza che la disciplina sulle pratiche commerciali sleali non pregiudica: a) l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia del contratto, significa che quella qui interessata è una disciplina che si aggiunge alla disciplina sul contratto già esistente. Il

²⁶⁷ Più precisamente in base all'art. 131-38 c.p.

²⁶⁸ *Ex art.* 131-39 c.p.

²⁶⁹ Secondo la formula dell'art. 122-15 della *Loi*: "*Lorsqu'une pratique commerciale aggressive aboutit a la condusion d'un contrai, celui-ci est nul et de nul effet*". Può anche essere segnalato che la sanzione della nullità non figurava nel primo progetto del 8 novembre 2006, apparso per la prima volta in seno ai lavori preparatori alla *Loi*.

²⁷⁰ *Ex art.* 19 rubricato "ambito di applicazione" cod. cons.

precetto non significa invece che possa o debba essere esclusa ogni qualsiasi rilevanza o ripercussione della disciplina inerente alle pratiche commerciali sleali sulla disciplina del codice civile inerente al contratto a valle, successivo²⁷¹, del quale la pratica illecita può risultare causa di invalidità.

E del resto, se la tutela poteva essere realizzabile in astratto in base ad una molteplicità di meccanismi diversi (extragiudiziali, privati, pubblici, in funzione di una tutela collettiva o individuale), e se l'opzione su quali rimedi applicare, in concreto, alle pratiche commerciali sleali, è stata lasciata dalla direttiva 2005/29/CE ai singoli legislatori nazionali, ciò vale a spiegare la diversa scelta operata in proposito dal legislatore francese (che ha espressamente correlato il rimedio della nullità del

²⁷¹ In proposito alle regola secondo cui "la presente direttiva non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare, delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto" è stato espresso il commento: "il che significa che appunto la direttiva non si occupa della conclusione, della validità o efficacia dei contratti, ma non esclude che il diritto dei contratti possa tenere conto delle valutazioni delle pratiche commerciali sulla base della direttiva, ai fini della conclusione, validità o efficacia di un contratto (...)". Così tra gli altri, P. AUTERI, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in AA.Vv., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, (a cura di A. GENOVESE), Padova, 2008, p. 11; cfr., in proposito, tra i tanti, R. CALVO, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, cit., p. 147, soprattutto da p.170; C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 408; 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*, Milano, 2007, p. 249; G. DALLE VEDOVE, *Le pratiche commerciali aggressive*, in AA.Vv., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico detta direttiva 2005/29/CE*, (a cura di GENOVESE), cit., p. 141; V. DI CATALDO, *Conclusioni*, *ivi*, p. 333, soprattutto p. 341; L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, cit., p. 62; gentili, *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, in *I Contratti*, 2006, p. 159; G. GRANELLI, *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori: l'attuazione della Direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, p. 776; M. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, in AA.Vv., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, (a cura di A. GENOVESE), cit., p. 265.

contratto alle pratiche aggressive) rispetto a quella operata dal legislatore italiano (che nei decreti attuativi della disciplina *de qua* ha preferito tacere al riguardo), entrambe valide²⁷².

Il rimedio è importante, sotto un secondo e diverso profilo perché può essere tenuto presente in prospettiva comparatistica quando si tratti di far valere nel nostro sistema l'invalidità di un contratto concluso sulla base di una pratica commerciale aggressiva. La circostanza infatti appena ricordata del silenzio sul punto da parte del legislatore italiano che ha dato attuazione alla direttiva ha comportato un dibattito imponente della dottrina sul tema che ha cercato di stabilire quale sia l'invalidità preferibile in questa materia e dove le soluzioni espresse in proposito sono risultate molto variegate.

Il ricorso ad una prospettiva comparatistica, come quella francese, per scegliere tra le tante soluzioni prospettabili quale preferire in via interpretativa per il nostro sistema (e optare, così, per la nullità, per lo meno in riferimento alle pratiche aggressive) potrebbe trovare un forte stimolo nella considerazione che la ripresa del modello francese riuscirebbe a promuovere così quella piena realizzazione di armonizzazione completa che in materia di protezione dei consumatori dalle pratiche commerciali sleali la direttiva 2005/29/CE si proponeva di realizzare, ma che, proprio per i diversi sistemi di *enforcement* e rimedi

²⁷² La vera questione emersa nel dibattito italiano sulle possibili ripercussioni della direttiva 2005/29/CE sulla invalidità del contratto stipulato a valle di una pratica commerciale sleale, in mancanza di un'espressa presa di posizione da parte del legislatore delegato sul punto, è nata per il fatto che se tutti hanno concordato sulla possibile invalidità del contratto, opinioni molto variegata sono state espresse dagli autori in merito al tipo di invalidità invocabile, passando dall'annullamento per uno o l'altro dei vizi del consenso, alla nullità, alla nullità di protezione, all'inefficacia. V. in proposito, precedente nota, n. 142.

ammissibili, alla fine non mi pare sia veramente risultata tale²⁷³.

Riprendendo con la nullità prevista dal legislatore francese in sede di attuazione della direttiva 2005/29/CE, da quanto detto si può ribadire ancora una volta che si tratta di sanzione stabilita solo in riferimento ai contratti conclusi sulla base di pratiche commerciali aggressive. In dottrina, tuttavia qualcuno si è espresso favorevolmente alla possibilità di estendere in via analogica l'applicazione del precetto di cui all'art. 122-15 anche per il contratto concluso da un consumatore in relazione a pratiche ingannevoli²⁷⁴. Si è ritenuto in proposito: “allo stesso modo in cui il legislatore francese lo ha espressamente previsto per le pratiche commerciali aggressive, appare fondato ritenere sul piano del diritto comune che anche nel caso in cui una pratica ingannevole sfoci in un contratto, questo debba essere nullo”.

Qualche perplessità potrebbe emergere in considerazione della circostanza per cui le disposizioni relative alle pratiche ingannevoli commissive (non quelle emissive), riguardano anche i rapporti tra i professionisti.

²⁷³ Si tenga comunque presente, focalizzando l'attenzione sul solo sistema francese, che la nullità comminata dalla legge per i contratti conclusi sulla base di una pratica commerciale aggressiva non rappresenta una rottura rispetto all'invalidità del diritto comune (privato) di cui al Code Napoléon, perché lì, i vizi del consenso determinano nullità, non annullamento (anche se si tratta di un regime della nullità che a noi potrebbe far pensare al regime dell'annullamento), in quanto si tratta di una nullità relativa, che può operare solo a favore della vittima del vizio, e che è soggetta a prescrizione (decennale), la quale inizia a decorrere dalla data della scoperta del vizio.

²⁷⁴ Si tenga presente quanto già ricordato, e cioè che secondo il diritto comune del Code Napoléon, i vizi del consenso sono causa di nullità del contratto, anche se si tratta di nullità soggetta a prescrizione decennale, con decorrenza dalla data della scoperta del vizio, e relativa e che, in questa prospettiva, il silenzio del legislatore francese che ha dato attuazione alla direttiva sulle pratiche sleali, per quanto concerne le pratiche ingannevoli (rispetto alle quali non si è stabilita alcuna nullità del contratto concluso a valle di una pratica ingannevole), appare di difficile interpretazione, posto che l'ingannevolezza determina, di regola, errore, e quindi dovrebbe portare alla nullità anche secondo il diritto comune.

E' chiaro allora tuttavia, che in questa prospettiva, la nullità deve essere considerata come una nullità relativa, esperibile solo in riferimento a pratiche tra professionisti e consumatori (o tra professionisti ma con possibile ricaduta per i consumatori) da comminarsi solo a favore e/o a protezione del consumatore. Prima di esaurire queste indicazioni relative al sistema francese di controllo pare opportuno qualche breve riferimento ai poteri istruttori ed investigativi in merito alle pratiche commerciali aggressive, per le cui condizioni di esercizio e procedure la *Loi* rinvia al codice di commercio. Agli agenti della *DGCCRF* sono conferiti tutti i poteri di indagine necessari con obbligo di redigere un processo verbale che dovrà essere trasmesso all'autorità competente e comunicato agli interessati. Agli agenti della *DGCCRF* è altresì attribuito il potere di accedere ai locali aziendali ed ai mezzi di trasporto del professionista, di visionare ed estrarre copia dei libri contabili, delle fatture e degli altri documenti del professionista, nonché di raccogliere le loro dichiarazioni o eventuali giustificazioni. In virtù dell'art. L. 450-7 del *Code du Commerce* gli agenti hanno altresì il potere di accedere a tutti i documenti ed agli altri elementi di informazione detenuti presso gli uffici pubblici senza che ad essi si possa opporre il segreto professionale; del resto, in base all'art. 1. 450-8 del *Code du Commerce* coloro che si oppongono alle richieste degli agenti nell'esercizio delle loro funzioni sono puniti con un'ammenda fino a 7.500,00 Euro e con pena detentiva di sei mesi. Tuttavia, ciò che in questa sede interessa maggiormente rilevare è che con riguardo alle pratiche commerciali aggressive alla *DGCCRF* sono attribuiti poteri ben più ampi di quelli meramente istruttori. Come già accennato, ai sensi della *Loi*, la *DGCCRF*, a seguito di una procedura in contraddittorio tra le parti può ingiungere al professionista, assegnandogli un termine ragionevolmente congruo per adempiere, di conformarsi agli obblighi

previsti dal codice di consumo relativi alle pratiche commerciali aggressive, di cessare le pratiche illecite ovvero di eliminare le clausole corrispondenti dai contratti. Ai sensi della *Loi*, si aggiunge che la *DGCCRF* può anche rivolgersi all'Autorità giudiziaria affinché ordini al professionista la soppressione di una clausola abusiva o illecita, ma addirittura, eventualmente, la soppressione di un intero contratto-tipo proposto o destinato al consumatore.

CAPITOLO III

LE PECULIARITA' DEL SISTEMA MODA

SOMMARIO

1. L'inquadramento del settore moda; 2. Le caratteristiche del settore moda; 3. Il ruolo e l'importanza del progetto creativo; 4. La relazione tra consumatore e marca; 5. Gli effetti della privatizzazione e dell'apertura della competizione sulla relazione tra cliente e fornitore di servizi; 6. La difficile tutela nel settore della moda; 7. Lo strumento dei modelli.

1. L'inquadramento del settore moda.

Molte imprese, non solo quelle che operano nel settore tessile-abbigliamento, ma anche quelle che producono e commercializzano prodotti di accessoristica, pelletteria, orologi, fino ad arrivare a quelle che operano nell'autotrazione, si confrontano con il sistema moda²⁷⁵. Essa, innanzitutto, è qualcosa che riguarda i comportamenti e i gusti di individui e comunità sociali e il fenomeno non va considerato in senso statico, bensì dinamico: infatti un tratto caratteristico della moda è il mutamento più o meno periodico di stile dei vari elementi estetici della vita. La dinamica della moda nelle varie società ha differenti caratteristiche, tempi e carattere vincolante sugli individui.

Il fenomeno della moda tende ad estendersi anche ad altri campi dei consumi, non necessariamente legati ad aspetti estetici, quali la

²⁷⁵ S. FINTONI, *No limits presente e futuro del fashion marketing*, Milano, 2010, p. 34.

fruizione di servizi per il tempo libero e i passatempi culturali, tendendo a diventare un tratto caratteristico dei comportamenti di consumo in moltissimi settori. In tal senso, piuttosto che fermarsi a considerare solo i settori industriali e i consumi tradizionalmente legati al fenomeno della moda, è utile osservare anche il rapporto che esiste tra moda e consumi, per individuare i comportamenti di moda e la diffusione della moda. A questo scopo è necessario che la dinamica di tali comportamenti focalizzi l'attenzione dei consumatori sulla differenza di uno stile rispetto a quello del passato o a quello rilevato in altri ambiti con la condivisione di tale differenza all'interno di un ambito definito²⁷⁶.

Si ritiene che il sistema moda sia diventato la logica imperante sui consumi come conseguenza, in gran parte, della politica di obsolescenza programmata dei prodotti attuata dalle imprese per accelerare l'incremento dei consumi. Il funzionamento della moda viene tradizionalmente descritto come intento a cancellare la legge estetica che lei stessa ha emanato, per sostituirla con un'altra uguale e contraria. Il senso e il valore di ogni cosa evolvono insieme ma non necessariamente in modo omogeneo rispetto all'esistenza fisica del bene, che ciclicamente appare nuovo, necessario, comune, superato, vecchio. Sia il "come" che il "perché" la moda decreti il superamento ciclico dei beni sia rilevante, per comprendere numerosi fenomeni collegati al comportamento del consumatore e per chiarire se esistano condizioni che rendono alcuni beni immuni da tale fenomeno.

Piccole e grandi innovazioni fanno sembrare attraente un prodotto soggetto al fenomeno della moda non solo per il condizionamento attuato dai produttori nei confronti del mercato, ma anche a causa

²⁷⁶ R. BARTHES, *Il senso della moda, forme e significati dell'abbigliamento*, Torino, 2006, p. 10.

della volontà che gli individui hanno di distinguersi, sia in una ipotizzata stratificazione sociale, sia in un mercato di massa nel quale le distinzioni di classe perdono di chiarezza ed importanza.

Aspetti di tipo psico-sociologico interagiscono nell'aumentare l'odierna complessità del fenomeno della moda che si caratterizza per la contemporanea presenza di più mode e di più forme. Si riconosce nella ricerca e nella costruzione di identità sociale un motore dell'assimilazione della moda da parte degli individui. L'identità sociale riguarda ogni aspetto del sé che gli individui comunicano agli altri attraverso mezzi simbolici, quali gli oggetti. Una causa del mutamento continuo della moda sarebbe, in questa visione del problema, la tensione esistente tra la ricerca di una identità stabile ed il mutamento delle condizioni esterne dell'individuo. I più attenti studiosi della moda ritengono che negli ultimi anni essa abbia mutato profondamente la propria natura, aumentando di complessità e perdendo gli schematismi che vedevano uno stile e conseguentemente gli individui essere in modo netto "di moda" o "fuori moda" con il passaggio da una stagione all'altra. L'identità sociale e personale perde così il carattere di stabilità, arrivando a configurarsi addirittura come uno stato contemporaneo²⁷⁷.

La vera innovazione negli studi riguardanti i comportamenti legati al fenomeno della moda è rappresentata dal superamento della teoria del *trickle-down*²⁷⁸, a cui si è sostituita una spiegazione forse non ugualmente chiara, ma più articolata e meno meccanicista o

²⁷⁷ S. BULGARI, *I mondi della moda, modelli di analisi della comunicazione della moda*, Bologna, 2005, p. 41; R. CAPPELLARI, *Il marketing della moda e del lusso*, Roma, 2008, p. 18.

²⁷⁸ Questa teoria postula che l'evoluzione della moda avvenga secondo due principi dell'imitazione e della differenziazione, seguendo un percorso dall'alto verso il basso nella stratificazione sociale. A. MANATESI, *La relazione tra marche e clienti*, Roma, 1999, p. 101.

gerarchica nel descrivere il processo di diffusione della moda e l'interazione tra imitazione e innovazione. Il motivo dell'abbandono a livello teorico di una spiegazione che è stata dominante per decenni potrebbe risiedere sia nel mutamento del contesto socio-economico, con la progressiva perdita di significato delle stratificazioni sociali (massificazione) o almeno con la loro trasformazione in stratificazioni di altri tipi meno chiari o misurabili, sia in una più fine lettura dell'interazione tra diversi fenomeni, quali la costruzione dell'identità, l'identificazione sociale, l'imitazione e variabili apparentemente esogene quali quelle tecnologiche e quelle macroeconomiche.

La tendenza degli studiosi che si occupano di analizzare il fenomeno della moda e/o i mercati a questa soggetti è di cercare di individuare degli stadi di diffusione della moda: tali stadi configurano uno sviluppo progressivo della moda, in base a variabili quali l'ispirazione o l'invenzione, l'imitazione o l'istituzionalizzazione.

Allo stadio iniziale ne segue uno durante il quale, grazie anche all'ausilio dei mass media, aumenta la visibilità sociale. Quello che prima sembrava strano agli occhi degli individui diventa ora familiare; in tale caso si ha un fenomeno di assimilazione della moda, durante il quale processo di istituzionalizzazione ne smussa gli accenti più radicali. Gli stadi seguenti di maturazione e saturazione del mercato, obsolescenza e nascita di una nuova moda vanno visti in rapporto sia all'ampiezza del mercato che alla velocità di trasmissione delle informazioni. In tali processi giocano variabili quali l'individualismo, che produce ricerca di differenziazione da parte degli individui, il conformismo, che evidenzia la pressione sociale di gruppi di riferimento; la necessità di rassicurazioni che

l'individuo sente per la costruzione della propria personalità, e la comunicazione di messaggi ad altri individui, che rappresenta un modo per qualificare la propria identità sociale.

Quando si affronta il problema della moda emerge in modo evidente la necessità di spiegare anche la natura e le caratteristiche dei beni che sembrano non essere legati al fenomeno della moda, vale a dire di quei beni che mantengono nel tempo valori immutati o crescenti. In termini di marketing, si tratta di prodotti che si mantengono ad uno stadio di maturità per un tempo apparentemente senza fine; tali prodotti si caratterizzano per avere marche radicate nella mente dei clienti e nella tradizione e nella cultura della società. Tali marche sono capaci di concentrare simbolicamente la cultura dell'epoca storica in cui sono nati o si sono consolidati. Le marche che riescono ad acquisire questa capacità di sopravvivere nel tempo possono riuscire a proporsi alla massa dei consumatori, avendo evitato, o comunque superato, fasi nelle quali si caratterizzavano come prodotti per nicchie di mercato o *status symbol*. Questa capacità di travalicare i confini delle fasce di età, delle divisioni di sesso e ceto sociale è accompagnata da un notevole livello di identificazione individuale o di gruppo che rende molto solida la relazione tra marca e clienti²⁷⁹.

Nella realtà del mercato dell'abbigliamento esistono marche stabili non soggette all'obsolescenza stagionale: la moda è collegata al fenomeno delle collezioni e alle tendenze stilistiche, che si diffondono e tramontano con cadenza molto frequente, che viene gestita da "marche" note come Armani, Versace e tante altre. Queste

²⁷⁹ A. FOGLIO, *Il marketing della moda, politiche e strategie del fashion marketing*, Milano, 2007, p. 42; M. MARCHETTI, *Manuale di comunicazione, sociologia e cultura della moda*, Roma, 2006, P. 56; S. REINACH, *La moda. Un'introduzione*, Roma, p. 29.

stesse “marche”, o *brands*, vengono però anche utilizzate per altre linee di prodotto, molto più stabili; per Armani si ha Emporio Armani e Armani Jeans, per Versace si può riscontrare Versus.

Il comparto dell'abbigliamento casual si caratterizza per essere naturalmente influenzato dal fenomeno della moda e contemporaneamente da approcci industriali che veicolano marche e prodotti relativamente stabili; si tratta di un mercato popolato da consumatori giovani, attenti al significato estetico, individuale e sociale dei prodotti; questi sono a loro volta fortemente caratterizzati da marche e quindi capaci di contribuire alla costruzione della personalità dell'adolescente²⁸⁰.

2. Le caratteristiche del settore moda.

L'elemento più caratterizzante del fenomeno moda ha a che fare con la costruzione di un'identità: un'immagine di marca che trascende le singole creazioni e che in qualche modo le qualifica,

²⁸⁰ Il prodotto jeans è indiscutibilmente il leader e il simbolo del comparto, essendo l'indumento attorno al quale altre categorie di prodotti sono cresciute e a cui fanno riferimento per l'integrazione del proprio stile. Gli studiosi di psicologia e di sociologia hanno discusso alcune caratteristiche del prodotto jeans che stimolerebbero la nascita di una relazione particolare con chi usa il prodotto, quali l'adattabilità del tessuto alla forma del corpo di chi lo indossa e il progressivo mutare dei colori, come se il prodotto testimoniasse lo scorrere del tempo ed il sedimentarsi degli eventi della vita. L'universalità del consumo di questo prodotto, assieme alla capacità di sviluppare relazioni forti con ciascun cliente, rendono il prodotto jeans un “laboratorio” di studio delle relazioni tra prodotto (e quindi anche marca) e consumatore. Il prodotto jeans è riuscito a racchiudere e rappresentare valori differenti nel tempo e nello spazio, fino ad arrivare a perdere una connotazione precisa, tuttavia mantenendo sempre una relazione forte e quasi mitica con gli utilizzatori e con la loro cultura. Il prodotto jeans è arrivato oggi a simboleggiare anche il contrario della moda, vale a dire la stabilità; ma non è sempre stato così. Infatti, prima di assumere la connotazione attuale, ha attraversato diversi periodi durante i quali lo stile è variato, seppure leggermente, per lanciare o adeguarsi a mode delle varie epoche. Questi stili si sono nel tempo sublimati, lasciando spazio al consolidarsi del mito.

collocandole all'interno di orizzonte ideale più vasto, che influenza il pubblico, che percepisce il singolo capo non solo di per sé, ma in quanto espressione di una realtà che ha un solo significato²⁸¹. Ogni marca è anzitutto un'idea (che parla ora di lusso raffinato ed elitario, ora di stile graffiante e provocatorio, etc..), e, verrebbe da dire, una sorta di carattere. E questa identità si fonda e si nutre di numerosi elementi, che vanno dall'aspetto dei prodotti, che esprimono una certa idea di bello – ma sarebbe più esatto dire un gusto e persino un'intenzione o un proclama, come capita ad esempio nel caso di chi proponga abbigliamento finto sciatto per esprimere un contrasto con certi valori -, alla pubblicità, con la quale la marca definisce sé stessa e la propria adesione a certi riferimenti, anche con la scelta dei *testimonials*, passando per la scelta dei canali di distribuzione e vendita del prodotto fino al *layout* dei negozi ed al prezzo; può ovviamente cambiare nel tempo, ove si modifichino gli elementi che delineano il messaggio di cui il marchio diventa portatore.

La percezione del capo come appartenente alla marca (tipicamente grazie alla presenza di un marchio apposto al prodotto, ma talvolta, come diremo meglio di seguito, anche in virtù dell'aspetto o di un elemento dell'aspetto di quest'ultimo, ove gli stessi siano in grado di richiamare l'idea identitaria) lo definisce sotto poi molti profili, determinando in misura rilevante ciò che lo stesso è come bene di mercato e nella dinamica degli scambi. Ciò risulta evidente se si pensa al fatto che l'“occhio” con il quale il consumatore guarda e valuta un abito sul quale, ad esempio, sia apposto il marchio “Giorgio Armani” non è lo stesso con il quale guarderebbe, e valuterebbe, il medesimo capo se questo fosse

²⁸¹ M. BOGNI, *Moda e proprietà intellettuale tra estetica e comunicazione*, in *Il diritto industriale*, n. 4/2013, p. 329.

anonimo: tale diverso approccio appare del tutto giustificato, dal momento che il capo anonimo non è lo stesso prodotto di quello firmato. La presenza del marchio rappresenta una qualità del capo, ovviamente diversa da quelle intrinseche (il taglio, il tessuto) ma che, al pari di queste (e spesso in misura più determinante), pesa nelle decisioni di acquisto e, soprattutto, in quella di corrispondere un certo prezzo e quindi, in ultima analisi, sul suo valore.

Il prodotto di marca, infatti, riflette su chi lo indossa una certa immagine (evidentemente ritenuta positiva), di cui la marca stessa è portatrice, ed è evidente che la presenza di un marchio noto, rassicurando il consumatore sul fatto che il capo è stato approvato da chi gode sul mercato di una reputazione positiva (non necessariamente di tutti i consumatori, ma anche solo del gruppo cui l'acquirente ritiene di appartenere), influenzi in senso favorevole la percezione del prodotto in quanto tale, e cioè sul piano estetico, come capita ad esempio nel settore del *design* o dell'arte, in cui la provenienza dell'oggetto da un celebre *designer* o artista porta più facilmente a ritenere che vi sia nella creazione "qualcosa di bello".

Appare dunque evidente che nel settore della moda il prodotto venduto è una realtà composita, nel quale convergono elementi sostanziali ed ideali, fra i quali alle volte è difficile individuare un confine (si pensi anche ad esempio all'aspetto *trendy* di un capo, caratteristica questa in senso lato estetica del prodotto, e sostanziale in quanto rientrante nella percezione delle qualità del bene in sé, ove nella stessa non sia implicito anche un riferimento alla marca e che è tuttavia tendenzialmente figlia della comunicazione, che decreta cosa sia di moda e cosa non lo sia).

Come si è già accennato, il richiamo a tale patrimonio ideale che la marca rappresenta è spesso affidato al marchio apposto al capo, che unifica creazioni che, pur non essendo fra di loro totalmente disomogenee ed incoerenti (come si è detto, l'immagine si costruisce anche sulla "scelta di campo" in relazione al gusto che le creazioni esprimono), non sarebbero riconducibili ad una medesima identità per il loro solo aspetto. Vi sono tuttavia casi di prodotti simbolo di una certa firma (penso ad esempio alla borsa "Kelly" di Hermes) la cui forma è sufficiente a distinguere il capo in relazione alla sua appartenenza alla marca, senza che vi sia bisogno della presenza di un marchio "estrinseco" al prodotto, con la conseguenza che, in queste ipotesi, anche la stessa forma è il marchio del prodotto.

Così come vi è l'ipotesi in cui l'identità di marca del prodotto è palesa dal fatto che lo stesso risponda ad uno stile talmente coerente e riconoscibile da non lasciare dubbi, nel consumatore medio interessato al prodotto, sulle questioni di appartenenza. In questo caso, appare del tutto evidente come lo stile sia un segno distintivo, in quanto appunto dotato della idoneità ad essere percepito non solo nella sua componente primaria, e cioè quale caratteristica del prodotto in quanto tale (il suo aspetto), ma anche nella sua componente significativa, che trasmette, esattamente come il marchio denominativo, l'identità della marca. E l'esistenza di questo valore dello stile pone il problema degli strumenti giuridici idonei a conseguire una tutela dello stesso. Per rispondere al quesito appena posto è necessario far qualche ulteriore distinguo, dal momento che le situazioni che possono porsi sono fra di loro diverse e in qualche misura "gradate", seppur accomunate dal fatto richiamato identitario. Il caso di stile distintivo più facile da immaginare è

quello della riproposizione su capi diversi di uno stesso motivo, come il “*Burberry check*”, o la greca di Versace.²⁸²

Il fenomeno di acquisto di cosiddetto *secondary meaning* da parte di questi elementi si produce normalmente nel tempo, tendenzialmente con la costante presenza degli stessi sui capi di una certa marca ed a seguito di una comunicazione pubblicitaria che tenda a valorizzarli proprio come segni distintivi, e sempre che ovviamente, prima che il processo sopra delineato si sia in qualche misura consolidato (determinando una percezione dell'elemento non solo in termini di aspetto del prodotto ma come “altro da sé”,²⁸³ e cioè come portatore dell'identità di marca), non intervenga sul mercato un uso dell'elemento stesso da parte di altri soggetti, idoneo a pregiudicare la nascita del segno distintivo; fermo restando che, quand'anche questo processo di acquisto di *secondary meaning* si sia compiuto, la percezione può nuovamente cambiare, ove l'elemento perda nel tempo la sua carica identitaria, a causa di un uso generalizzato (che non può naturalmente confondersi con la marca presenza di contraffattori sul mercato che riproducono un certo motivo con lo scopo, ed il risultato, di determinare un nesso con il messaggio di cui lo stesso è portatore²⁸⁴) che tornano a farlo percepire come un mero elemento dell'aspetto del prodotto che non indica alcuna esclusiva. Il fattore tempo può tuttavia non essere sempre necessario affinché l'aspetto del prodotto divenga distintivo.

²⁸² Sul punto, si veda in dottrina C. GALLI, *Comunicazione di impresa e segni distintivi; le linee evolutive*, in questa *Rivista*, 2011, p. 125.

²⁸³ Sulla capacità distintiva della forma come idoneità di questa ad essere percepita come “altro da sé” si veda, in giurisprudenza, Trib. Napoli, ord., 26 luglio 2001, *Riv. dir. ind.* 2002, II, 153 ss.; in dottrina, M. BOGNI, *Il design: registrazione e tutela di fatto dei diversi valori delle forme*, in questa *Rivista*, 2010, p. 1.

²⁸⁴ In questo senso cfr. Trib. 23 marzo 2009, in *Giur. Ann. Dir. ind.*, 2009, n. 5413.

Un certo motivo può acquistare *secondary meaning* anche in una sola stagione, se ad esempio l'intera collezione di una marca gioca sul medesimo elemento e sullo stesso vengono puntati i riflettori, tramite la pubblicità. E lo stesso può valere, ovviamente, per la forma di un singolo prodotto di punta.

Di recente la giurisprudenza ha affermato, con un'osservazione che pare condivisibile in linea tendenziale, ove la stessa lasci comunque lo spazio per una valutazione "caso per caso", che "nel campo della moda ogni opzione stilistica originale di creatori rinomati ed ampiamente pubblicizzati, finisce necessariamente per avere carattere individualizzante nella collezione che nella percezione del pubblico distingue nettamente (tale) produzione da quella della concorrenza", precisando altresì che "tale effetto comunicazionale di provenienza da un determinato ambito territoriale ha proprio nel settore della moda una normale breve durata, che coincide con il ricordo di mercato della collezione, che può sopravvivere alla cessazione della commercializzazione due o tre anni"²⁸⁵. Al caso sopra prospettato, e cioè quello della riproposizione seriale di un medesimo motivo che avendo, o comunque avendo acquisito, capacità distintiva è candidato anzitutto alla valida registrazione come marchio di forma (salvo il possibile impedimento costituito dall'eventuale "valore sostanziale", sembra sostanzialmente assimilabile quello in cui a riproporsi su una pluralità di capi e/o nel corso del tempo non sia esattamente lo stesso motivo, ma un elemento che si declina in numerose varianti, che tuttavia mantengono una stretta unità e coerenza). Sempre per rubare esempi fatti in dottrina, si possono menzionare al riguardo le geometrie di forme e colori di Gucci o la fitta trama di colori dei

²⁸⁵ Così, Trib. Milano 19 luglio 2011.

tessuti di Missoni. Con riferimento a queste ipotesi di plurime “variazioni sul tema”, alla registrazione come marchio di forma si potrebbe opporre la domanda sul “cosa esattamente registrare” in considerazione del fatto che le forme sono più di una.

La questione è tuttavia entro certi limiti un falso problema, dal momento che i marchi non sono tutelati solo contro il caso di adozione di un segno identico, ma anche contro segni simili, fino a che il grado di somiglianza sia tale da lasciar permanere un richiamo al segno imitato nella sua componente significativa. Si diceva dunque che il fatto che un certo elemento stilistico si presenti declinato in modi diversi, riconducibili tuttavia ad unità, non è una ragione per non procedere alla registrazione come marchio di forma né circostanza che imponga la registrazione di tutte le varianti (cosa probabilmente impossibile, oltre che costosa).

Si deve peraltro aggiungere che, in assenza di registrazione, ed anche per superare certe rigidità che si possono essere incontrate nella procedura di registrazione stessa con riferimento all’identificazione del segno (ad esempio in relazione alla necessità di dimostrare *all’UAMI* l’acquisto di capacità distintiva, ove le prove riguardino come del tutto ovvio le diverse varianti del motivo), nel nostro ordinamento è efficacemente invocabile la tutela dei marchi di fatto. E’ ormai sostanzialmente pacifico che i marchi godano di una protezione (in particolare sul versante dell’ampiezza della tutela) del tutto corrispondente a quello dei marchi registrati. E naturalmente sono invocabili anche le norme in materia di concorrenza sleale, la cui applicabilità, da un lato si fonda sui medesimi presupposti richiesti per la tutela del marchio di fatto, e segnatamente sulla sussistenza della capacità distintiva, dall’altro copre anch’essa non solo le imitazioni confusorie, ma anche quelle non confusorie (e cioè

ove si verifichi un agganciamento parassitario alle valenze positive del segno imitato), con il solo limite della sussistenza del rapporto di concorrenza, che non è invece richiesto per la tutela dei segni di fatto. Accanto alle situazioni sopra delineate, vi sono casi in cui lo stile non si esprime attraverso singoli e specifici motivi (seppur declinati con variazioni percepite tuttavia come unitarie), rimanendo tuttavia riconoscibile, per una sorta di *fil rouge*, un'ispirazione comune, sottesa ai diversi capi, che viene avvertita dal consumatore come un sicuro rimando alla marca.

Per quanto riguarda le eclettiche fantasie dei tessuti di Cavalli o uno stile come quello di *Desigual*, riferirsi alla tutela dei segni distintivi pare di primo acchito più difficile, perché ciò che si ha l'impressione di non riuscire ad afferrare e definire è il segno stesso, che in un certo senso si presenta “diluito” in una pluralità di elementi magari pure sparsi in una molteplicità di capi e che possono essere “andati e tornati” nel tempo, essendo tuttavia tali nella percezione del consumatore da delineare un'immagine dei prodotti di quella marca, uno stile appunto, che questo è in grado di riconoscere. Se tuttavia sussiste il problema, di cui si è detto, è altrettanto difficile negare che quando il prodotto di un terzo richiami la marca, riproponendo nell'aspetto dei propri capi quell'ispirazione che ne caratterizza le creazioni sul piano della riconoscibilità per il pubblico, siamo di fronte ad un fenomeno che si colloca sul piano dell'aggressione al valore dello stile come segno distintivo, che mira a trasferire al prodotto di un terzo l'*allure* dei capi originali in quanto appunto “di marca”. Viene in considerazione, ad esempio, la previsione di cui all'art. 2 c.p.i., che annovera tra i diritti della proprietà industriale anche i “segni distintivi diversi dal marchio registrato”; definizione

aperta, che consente di immaginare la tutela di segni distintivi atipici, che possono essere protetti con l'apparato sanzionatorio del Codice.

Ancora, vi sono le norme in materia di concorrenza sleale, venendo in considerazione non solo l'art. 2958, n. 1, c.c., che contiene un divieto generale di determinare confusione sul mercato (cosa che può avvenire anche con la ripresa dello stile, nell'ipotesi che stiamo qui considerando), ma anche l'art. 2598, n. 2 c.c., che sanziona l'appropriazione di pregi: e, a proposito di quest'ultima previsione, è necessario chiarire che, sebbene la dottrina e la giurisprudenza abbiano costantemente sottolineato come tale fattispecie non riguardi il caso della riproduzione di un pregio peculiare e specifico di un concorrente, tale osservazione non sembra potersi applicare all'ipotesi qui delineata per escludere l'applicazione della norma. Ove infatti lo stile costituisca un pregio non in sé, ma in quanto stile di una certa marca, la riproduzione di tale pregio non è per definizione possibile, ricorrendo dunque il caso (classico) della auto-attribuzione di un pregio altrui. E ancora, la giurisprudenza sta correttamente valorizzando la previsione di cui all'art. 2598, n. 3 come norma deputata a reprimere ipotesi di sfruttamento parassitario del lavoro e degli investimenti altrui, qual è quella dell'usurpazione dello stile.

Dalla giurisprudenza emerge, inoltre, l'esigenza di valutare la rinomanza di un marchio che non può essere considerata una acquisizione stabile o statica. Il carattere della rinomanza sembra essere messo in discussione e valutato sistematicamente al momento in cui sorge la lite. La rinomanza, quindi, può essere acquisita e può essere perduta²⁸⁶. Il problema si è posto, in particolare, con

²⁸⁶ Trib. Bari 5 marzo 2012, in *Leggi d'Italia*

riferimento a marchi, oggetto di domanda e/o eccezione di decadenza, dove la verifica della intervenuta decadenza di un marchio è stata oggetto di esame proprio con riferimento a marchi di una certa notorietà: due esempi possono essere ricordati. Il primo è il caso di un marchio, a suo tempo molto noto, la cui rinomanza si era formata con l'abbinamento ad una pubblicità realizzata da un noto creatore pubblicitario e con un *claim* pubblicitario che, all'epoca, poteva forse definirsi provocatorio e, quindi, particolarmente idoneo a colpire l'attenzione e ad essere ricordato dalla potenziale clientela. Il marchio chiamato "Jesus", usato nel settore dell'abbigliamento per *jeans*, accompagnato da un *claim* pubblicitario che era: "Chi Mi ama Mi segua" e dall'immagine di un "fondo schiena " di modella "semicoperto da *shorts* in *jeans*". Il titolare non aveva più utilizzato il marchio, ma per il settore dell'abbigliamento aveva concesso una licenza gratuita ad una nota casa di moda ("Dolce & Gabbana") che lo aveva apposto su *T-shirt*.

Il Tribunale²⁸⁷, nell'esaminare il caso, ha riconosciuto la vitalità del marchio e, quindi, ha riscontrato la contraffazione, dichiarando, al contrario, la decadenza dello stesso marchio per i prodotti e gli articoli in pelle e simili che non ha ritenuto affini e sui quali non vi era stato specifico utilizzo. Si legge, in particolare, nella sentenza "... l'autorizzazione gratuita nell'anno 2007 del marchio "Jesus" e del *claim* pubblicitario "chi Mi ama Mi segua", con relativa immagine concessa alla casa di moda "Dolce & Gabbana" per la produzione della *T-shirt*, denota da un lato, la rinomanza di tale marchio e dell'immagine della donna in *shorts* ad esso associata, tanto da indurre una nota casa di moda internazionale ad avanzare la richiesta di concessione dell'uso dello stesso, dall'altro che lo stesso

²⁸⁷ Trib. Bari 6 febbraio 2012, n. 436, in *DeJure*.

all'epoca era commercialmente ancora attivo, avendo la sua riproduzione su dette *T-shirt* anche un fine pubblicitario”; “tuttavia, la domanda di decadenza per non uso va rigettata riguardo alla classe n. 25 relativa all'abbigliamento, va invece accolta limitatamente alla classe n. 18, ossia articoli in cuoio e in pelle, poiché non è emerso l'utilizzo effettivo del marchio “*Jesus*” rispetto a tali prodotti...”, con conseguente declaratoria di decadenza parziale. La licenza gratuita, in buona sostanza, ha aiutato ad impedire la decadenza.

Un altro caso preso in considerazione dalla giurisprudenza inerente il marchio “*ELLE*”, da tempo relativo ad una rivista di moda: tale marchio è stato riconosciuto dotato di rinomanza per il suo grado di diffusione e forte in quanto privo di collegamento con il prodotto che contraddistingue. Secondo la giurisprudenza il marchio *ELLE*, legato alla rivista di moda, veniva utilizzato per la commercializzazione di diversi prodotti.

Unire l'elemento distintivo, *Elle*, ad altre parole, per confondere, non è stato sufficiente per eliminare l'interferenza e/o l'agganciamento. Sono stati di conseguenza dichiarati in contraffazione e nulli i marchi California *SLIPMAN 2 ELLE* e California *BOXMAN 2 ELLE* per capi di biancheria intima maschile, in quanto la loro similitudine induceva in errore il consumatore circa l'appartenenza alla medesima fonte produttiva²⁸⁸. E' stata pertanto dichiarata la nullità di tali marchi composti e contraffazione l'uso degli stessi per capi di biancheria intima maschile.

Non vi è dubbio che curare non solo il marchio in sé, ma anche la rinomanza felicemente acquisita, sia particolarmente

²⁸⁸ Trib. Bari 5 marzo 2012.

rilevante per consentire al titolare di conservare il valore di avviamento del proprio patrimonio aziendale.

La giurisprudenza appare meno severa in materia di marchi che non godono di rinomanza. Così per prodotti di abbigliamento sportivo è stato ritenuto sufficientemente diverso il marchio *Virtux* con la X rispetto al marchio *Virtus Palestre*: la giurisprudenza ha escluso la sussistenza della contraffazione, affermando che uno era formato da una parola e l'altro da due parole e che un sintagma diverso era sufficiente per differenziare un marchio descrittivo. Vi era in conclusione variazione sufficientemente distintiva fra i due segni registrati²⁸⁹.

Si legge nella sentenza: si può dire che la moda "...come fa notorietà, altrettanto la disfa, così come è successo anche nel caso di fenomeni o pretesi simboli ancor più recenti, quali alcuni fenomeni musicali e giovanili degli anni '80, '90 ed ancor più vicini. In sostanza deve ammettersi che in alcuni settori, quelli dominati dalla moda ed in cui opera l'attrice con i propri marchi, la notorietà è per sua natura un fenomeno reversibile, anzi la reversibilità e l'estinzione della notorietà del marchio di moda è il suo organico destino. Potrebbe addirittura opinarsi che soltanto in pochissimi e selezionatissimi casi sia possibile ottenere il mantenimento di un simbolo relativo ad una manifestazione o fenomeno di costume, nei casi cioè in cui il baricentro si sposti dalla categoria "moda" alla categoria "tradizione", facendo entrare il simbolo rappresentativo del fenomeno nella storia, con il consolidamento e rafforzamento da ciò derivante, così come può avvenire per alcune ideologie politiche o religiose, o, al limite, anche per alcuni marchi commerciali

²⁸⁹ Trib. Firenze 19 maggio 2010, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2010, n. 5556.

internazionali, ciò che certamente non si ravvede in quello in esame di proprietà attorea, soggetto come quasi tutte le vicende umane a fasi alterne di gradimento e (reversibile) notorietà”.

3. Il ruolo e l'importanza del progetto creativo.

Alle marche di successo della moda va riconosciuto un *unicum* inimitabile: il valore aggiunto della creatività. Le marche di successo sono quelle che si sono incentrate su un progetto creativo forte e differenziante.

Oggi essere originali è sempre più difficile, l'omologazione più presente. Stilisti in tutto il mondo sembrano accordarsi su temi e fonti d'ispirazione e chi riesce a proporre qualcosa di nuovo rischia di vederlo copiato e svenduto un mese dopo la sfilata.

Eppure, nell'epoca della comunicazione di massa, il nuovo lusso è proprio l'originalità. Mantenere uno spirito e uno stile indipendente e individualista quando tutto è apparentemente alla portata di tutti. La moda deve avere come punto di riferimento l'individuo, con tutte le sue particolari caratteristiche ed esigenze; pertanto, più che a caratterizzazioni generiche, dovrà rapportarsi a valori personali ed emotivi propri degli individui. Di fronte al consumatore moderno diventa obbligatorio per gli stilisti collegarsi con la sua quotidianità, con la sua vita di lavoro, di tempo libero, per proporgli soluzioni adeguate.

Osservare, scattare fotografie, registrare, prendere appunti, setacciare le strade, sbirciare le vetrine, frequentare mostre, locali, metropolitane. Insomma, essere in grado di captare i segnali della strada e trasformarli in tendenza: questa è la sfida che molte aziende

stanno affrontando, supportate in questo dai “*cool hunter*”, cioè dai cacciatori di cose nuove, anticipatrici. Il fenomeno è recente, ma la sua importanza è in crescita, soprattutto per le aziende orientate alla modernità e all’anticonformismo, con un target di mercato rappresentato da giovani alla ricerca di qualcosa di diverso e originale: basti pensare agli esempi eclatanti di Fiorucci, *Diesel*, *Levi’s*. La cultura di queste aziende si basa sul principio che le tendenze nascono sempre dalla strada ed è possibile riconoscerle solo con una presenza costante sul territorio: “Prima di lanciare una campagna pubblicitaria viaggiamo nei diversi angoli del pianeta. Il caso più recente è quello dell’Africa: siamo andati in *Kenya* e a *Johannesburg*, abbiamo raccolto libri, stampe, dischi dell’Africa moderna e tribale e così è nata la collezione-moda”, precisa *Wilbert Das*, capo degli stilisti e direttore creativo *Diesel*. Il denominatore è sempre lo stesso: osservare, anticipare, mettere in relazione i fenomeni e cavalcare l’onda delle tendenze. Vi sono, comunque, situazioni in cui è fondamentale che la marca sia salvaguardata nella sua identità e nella sua unicità, perché non si possa confondere o assimilare ad altre, vista l’alta competitività del settore. I capi, all’interno di ciascuna collezione, e gli eventuali accessori, devono avere un filo conduttore che li renda riconoscibili: qualsiasi prodotto legato alla marca, deve contenere gli stessi valori. Le direttive di stile e di immagine devono pertanto provenire da un’unica fonte, in sintonia con le direttive e le strategie di *marketing* della casa madre.

La capacità creativa è l’elemento distintivo della marca; l’unicità e l’individualità della marca sono costituite dal suo stile e dal mondo che rappresenta, che assumeranno importanza sempre crescenti come elementi di scelta del consumatore. Quest’ultimo, infatti, di fronte a

un forte allargamento dell'offerta, tende a essere più autonomo e infedele e a puntare sempre più sull'individualità.

E dato che oggi il consumatore è molto consapevole, esprime una maggiore capacità di scelta e sa sempre di più quello che vuole, è necessario un prodotto che abbia della sostanza e della autenticità, come sostiene *Hayeck*, il fondatore della *Swatch*: “Per sfondare ci vogliono tre qualità: il prodotto, il prodotto, il prodotto”.

In un sistema in continuo cambiamento e nella lotta costante per conquistare una quota di mercato, il talento e l'intuito creativo, la ricerca, l'esplorazione e la scoperta di nuovi contenuti, in una parola, la creatività, diventano di fondamentale importanza per sviluppare nuove idee che possono far fronte alla complessità dell'offerta. Ma il processo creativo, che è allo stesso tempo ragione ed emozione, razionalità e passione, non può esistere di per sé, non può essere mero processo artistico o estro fine a sé stesso, ma deve avere una funzione, deve essere collegato all'industria e al mercato e porsi al loro servizio; essere finalizzato alla soddisfazione dei bisogni e dei desideri dei consumatori, in sintonia con la realtà. La creatività deve avere un seguito operativo, deve produrre innovazione, deve essere il terreno fertile dove vengono generati nuovi prodotti e nuovi servizi. Questa, che ha le sue regole e il suo modo di esprimersi, è il cuore e il sentimento dell'azienda. Spetta al *management* gestire tali aspetti ideativi. Lo stilista inizia la sua attività di creazione esplorando ed esaminando diverse alternative, pensando a un soggetto specifico. Poi la spontaneità e l'improvvisazione prendono il sopravvento e prende vita in tal modo un progetto nuovo e inaspettato. In questo senso, l'attività di creazione potrebbe essere paragonata a una “*jam session*”, durante la quale gli artisti iniziano a suonare secondo un

programma determinato, per poi lasciarsi trascinare dalla musica e dall'ispirazione, con risultati inattesi²⁹⁰.

La creatività diventa così un fattore strategico determinante: costituisce il valore della marca, la sua identità ed è uno dei punti cardine del suo sviluppo. Naturalmente le collezioni di stagione in stagione conterranno delle varianti, saranno diversamente caratterizzate rispetto alle precedenti, ma tali "diversità" non dovranno intaccare la personalità dello stile.

Ma cosa intendiamo con progetto creativo? Parliamo innanzitutto di un progetto di identità, un "*concept*" forte e accattivante, una filosofia di prodotto, che contenga gli *input* stilistici per la realizzazione di una collezione e che definisca l'immagine e lo stile fin dall'inizio, creando un "mondo", una immagine coordinata, un'impronta inconfondibile, dando una forte identità del prodotto. Il progetto creativo è la forza della personalità e dell'interpretazione personale. Parliamo di cura progettuale, ossia di cura nello stile, nel taglio, nella vestibilità, di "meticolosa" attenzione al dettaglio e alle rifiniture, di costante attività di ricerca e sviluppo dei materiali. Creatività, quindi, non solo nel prodotto, ma in tutti gli elementi dell'offerta, compresi l'immagine della marca e la comunicazione. È compito della direzione creativa connettere, rendere coerenti e orchestrare tra loro questi elementi, in perfetta sintonia con le esigenze del consumatore e del mercato.

Un progetto creativo valido, dunque, deve contenere tutti gli elementi di cui sopra e deve inoltre basarsi necessariamente anche sulla qualità, intesa in senso globale, che è diventata sempre più un fattore essenziale e centrale dell'offerta e un elemento fondamentale

²⁹⁰ J. K. JAMMING, *The Art and Discipline of Business Creativity*, Oxford, 1996. p. 123.

nella scelta del consumatore: innanzitutto la qualità dei singoli capi recanti la marca, dei materiali usati, della presentazione (*packaging* adatto), *design* di alto livello ecc.

Di fondamentale importanza anche la qualità della distribuzione, che deve selezionare adeguatamente i punti vendita o “*corners*”, controllare l’esposizione dei prodotti e gestire direttamente alcuni punti vendita di cruciale importanza, “strategici”, per stimolare la curiosità, l’attenzione e l’interesse del consumatore.

Non bisogna poi dimenticare la qualità della comunicazione e della promozione delle marche, che sono spesso gestite da professionisti ed esperti del settore, quali per esempio gli “*stylist*”, i direttori artistici e i fotografi, sempre in stretta collaborazione con il *designer* e la sua sensibilità e con l’uomo prodotto. Quindi la qualità del progetto creativo renderà più larga la diffusione della marca presso diversi *target*, garantendone gli elementi qualitativi.

Si è spesso verificato che, negli ultimi anni, il consumatore scegliesse uno stile di vita anziché una vera e propria moda. Alcune marche hanno avuto grande successo proprio perché sono state in grado di far rivivere uno stile di vita. I mondi di riferimento di alcuni di questi, quali le foreste per *Timberland*, gli esploratori al Polo per *Napapijri*, le battute di caccia per *Barbour*, hanno attratto il consumatore e l’hanno fatto sognare; indossando quel capo, la persona, pur vivendo in città e conducendo una vita monotona, aveva la sensazione di appartenere a un mondo diverso dal suo e ne rimaneva affascinata. Pensiamo anche al progetto casa Giorgio Armani: nei nuovi oggetti si riconosce il mondo e l’impronta creativa delle linee abbigliamento e accessori²⁹¹.

²⁹¹ B. GIANNELLI, S. SAVIOLO, *Op. cit.*, p. 20.

Ma come si concilia il concetto di creatività, individualità e di personalizzazione con la tendenza attuale alle acquisizioni, fusioni e accordi? Come può un gruppo che accorpa diverse marche mantenere l'autonomia e l'identità di ognuno?

Le imprese possono svilupparsi, crescere e diventare più grandi. Ma per non rinunciare alla propria identità, per potersi differenziare rispetto alla concorrenza, è necessario che mantengano una forte personalità.

Un'azienda senza personalità è “un'azienda con prodotti tendenzialmente imitativi, senza coerenza interna fra di loro, con politiche aziendali corrette ma banali e, magari, che cambiano con l'arrivo di un nuovo *manager* o consulente, con una pubblicità di rimessa, senza grinta, oppure ogni volta diversa... un'azienda costruita senza creatività, senza rischio, trincerandosi dietro alle esigenze dei consumatori, alle ricerche di mercato e, oggi, alla soddisfazione del cliente”.²

Al fine di mantenere un'identità di marca originale e rilevante, può risultare utile strutturare un processo permanente di “*intelligence*” strategica e di mercato: un'analisi del mercato ripetutamente aggiornata, definizione del mercato, posizionamento della concorrenza (ricercando i cosiddetti “angoli morti”, ovvero le zone di mercato libere che possono fungere da trampolino di lancio per una posizione più forte): le tendenze. L'impresa deve essere costantemente in contatto con ciò che sta accadendo nel suo mercato di riferimento, raccogliendo dati anche tramite rilevazioni sul punto vendita. Attraverso l'analisi del posizionamento della marca ne esaminerà costantemente i punti di forza e di debolezza seguendo l'evolversi della situazione di mercato, cercando la risposta strategica

A. BUCCI, *L'impresa guidata dalle idee*, Milano, 1992. p. 125.

più adeguata per affrontare il cambiamento. Tali analisi, da sole, non sono sufficienti per il processo creativo, ma costituiscono, comunque, un valido supporto per il *Design Director*, che rimane pertanto il motore creativo dell'azienda. Per le aziende della moda, vista la centralità della funzione creativa, uno dei principali nodi da sciogliere sarà sempre di più quello di trovare creativi validi.

Ogni marca deve avere vita propria e una sua indipendenza e dovrà quindi avere uno *staff* creativo autonomo che sia in grado di interpretare le nuove esigenze del consumatore e del mercato. Solo in questo modo la marca potrà preservare le sue specificità e la sua personalità, specialmente all'interno di una stessa *holding*, ponendosi magari in contrapposizione con le altre marche del gruppo, per non che non gli è proprio. Questo diventerà il fattore discriminante principale; in altri termini, è molto probabile che la scelta d'acquisto dei clienti finali dipenderà sempre più dalla capacità di comunicazione, di comportamento, stile e linguaggio. Tuttavia riteniamo che, alla lunga, non saranno soltanto le potenzialità finanziarie ad avere la meglio; queste ultime sono condizioni sempre più necessarie, ma non sufficienti. Nel lungo periodo le risorse scarse dei grandi gruppi, attori delle acquisizioni, saranno la differenziazione e l'unicità del prodotto. A riprova di ciò, stiamo assistendo in questi mesi al grande successo dei capi "vintage", o della moda londinese di tornare dal sarto per l'abbigliamento maschile: il consumatore cioè è alla ricerca di qualcosa di sempre più unico e differenziante.

4. La relazione tra consumatore e marca.

I produttori di quei beni di consumo, non solo di abbigliamento, ma anche di settori quali l'automobilistico, che ottengono attraverso

la marca o la categoria di prodotto un alto coinvolgimento sia sociologico che finanziario, hanno da tempo sperimentato come il punto di vendita sia un contesto fondamentale per la veicolazione dei messaggi comunicazionali e per la realizzazione pratica delle politiche di *marketing* pianificate²⁹². In tale ragionamento, il punto di vendita monomarca acquista un significato primario perché consente un messaggio esclusivo al consumatore e un controllo attento alla realizzazione delle politiche di *marketing*. È quindi evidente che idealmente i produttori di beni quali automobili o abbigliamento sarebbero attratti dall'idea di avere una rete di punti vendita, diretti o indiretti, ma comunque monomarca. Sulla possibilità e sulla convenienza di realizzare questa idea incidono alcuni fattori, quali la dimensione dell'impresa e la struttura del settore.

Infatti la gestione di un grande canale distributivo monomarca necessita di un notevole investimento, che è rappresentato da tipici oneri di gestione diretta dei punti vendita (investimento immobiliare, arredo, *stock*), o da quelli di supporto ad una rete di *franchising* (ad esempio, l'investimento pubblicitario e la formazione). Tali investimenti possono essere di solito sostenuti solo da imprese di dimensioni consistenti.

²⁹² la frequenza con cui il prodotto viene acquistato, il coinvolgimento psicologico del cliente ed il valore unitario del prodotto limitano la possibilità di utilizzare una distribuzione monarca. Se un prodotto viene acquistato molto frequentemente, ad esempio settimanalmente (i biscotti), ed il valore unitario del prodotto è basso, il cliente sente frequentemente la necessità di variare gli acquisti, desiderando infatti non consumare sempre lo stesso prodotto, che genererebbe noia. Per questi acquisti si hanno strutture di grande distribuzione che soddisfano le esigenze di assortimento, o quelle di distribuzione tradizionale, che soddisfano quelle di prossimità degli acquisti (in caso di acquisti di piccole quantità il basso valore unitario del prodotto non giustifica uno spostamento rilevante del cliente). Entrambe queste formule distributive sono ovviamente multimarca. A. MANATESI, *Op. cit.*, p. 103.

Anche quando gli elementi di comportamento d'acquisto e di struttura del settore consigliano una distribuzione monomarca, accade frequentemente che un settore non possa lavorare esclusivamente con canali monomarca. Infatti, pur assicurando un controllo elevato e stabile sulle politiche commerciali, difficilmente il canale monomarca può arrivare ad avere la capillarità necessaria per conseguire una grande quota di mercato in settori quali quello dell'abbigliamento. Alcuni casi esistono, si consideri *Benetton* e *Stefanel* come esempi tipici, ma si tratta ancora di una minoranza di casi, a fronte dei quali abbiamo molte imprese anche *leader* di settore, come *Levi's*, che affiancano un piccolo canale monomarca ad un canale multimarca, vale a dire a una miriade di punti di vendita di abbigliamento tradizionale.

Le imprese che adottano un canale multiplo (monomarca e multimarca) devono affrontare una serie di problemi che fanno riferimento sia alle funzioni della logistica e della produzione che alla strategia di *marketing*. Per quanto riguarda la logistica e la produzione, i problemi sono di natura organizzativa, poiché canale multimarca e canale monomarca hanno tempi e livelli di riordino, modalità di magazzinaggio, rapidità di trasmissione dati, molto differenti; i problemi di *marketing* riguardano innanzitutto l'utilizzo che viene fatto della marca nel canale multimarca, che può essere talvolta in contrasto con le strategie di posizionamento di mercato attuate nel canale monomarca. Il caso più classico è rappresentato dal frequente utilizzo commerciale, da parte del canale multimarca, del *jeans Levi's* come prodotto civetta. La variazione dei prezzi al dettaglio e il differente posizionamento che ne deriva danneggiano la marca, che però non può fare a meno del canale multimarca se vuole conservare una quota che arriva fino ad un quarto del mercato nella

categoria *jeans*. La scelta di *Levi's* di mantenere un canale multimarca non è discutibile: mentre nella categoria jeans *Levi's* è *leader* assoluto, per tutte le altre categorie compete in modo molto equilibrato con altre marche, non detenendo una posizione di *leadership*. Un canale monomarca, con livelli di capillarità paragonabili a quelli di *Levi's*, ad oggi con il multimarca (nel senso di migliaia di punti vendita) non potrebbe sostenersi, poiché non riuscirebbe ad acquisire una posizione di *leadership* nelle varie categorie dell'assortimento, ed il solo *jeans* non riuscirebbe a sostenere la profittabilità della rete.

Come si è detto, il differente grado di controllo che l'impresa ha sui due tipi di canale (monomarca e multimarca) si riflette sulle differenti politiche commerciali attuate nei confronti della marca; da questa eterogeneità possono nascere conflitti tra i canali, soprattutto a livello locale, non facilmente risolvibili da parte del produttore.

Nel tempo, le differenti politiche commerciali dei due canali, monomarca e multimarca, possono, almeno in teoria, influire sulla relazione che il mercato ha con la marca; infatti, il contesto d'acquisto può incidere sulla relazione che il cliente ha con il prodotto o la marca e, oltretutto, le dissonanze nel posizionamento della marca possono incidere negativamente sulla relazione che il mercato stabilisce con la marca stessa. Esiste inoltre un problema di segmentazione: canali differenti possono selezionare diversi tipi di clienti, dando luogo ad una segmentazione del mercato che può essere su base locale (quindi geo-topografica), o sulla base delle occasioni d'acquisto (più o meno alto coinvolgimento). Si tratta di capire se una segmentazione multipla (che cattura più segmenti contemporaneamente) non diluisca il posizionamento della marca nel lungo periodo.

Questa ricerca analizza, tra l'altro, le differenze che esistono tra la relazione con la marca instaurata dai clienti che comprano nel punto di vendita monomarca e quella che si sviluppa all'interno del punto di vendita multimarca.

5. Gli effetti della privatizzazione e dell'apertura della competizione sulla relazione tra cliente e fornitore di servizi.

Dopo aver delineato alcune caratteristiche tipiche della relazione che le imprese operano in regime di monopolio, in particolare di quelle collegate con il settore pubblico, veniamo ora alla discussione riguardo alle nuove necessità, sempre relativamente alla relazione con il mercato, che si presentano e si presenteranno a queste imprese con l'apertura dei settori alla competizione e con la privatizzazione. Solo alla luce di queste nuove necessità diventa chiara e in un certo senso conseguente all'analisi del nuovo tipo di relazione che l'impresa deve intrattenere con i clienti e, in particolare, delle dimensioni di tale relazione, fondamentali per il consolidamento della posizione dell'impresa in un mercato competitivo.

Le imprese, a seguito del processo di privatizzazione e di apertura della competizione, avranno l'obiettivo di mantenere i clienti nel tempo²⁹³. Esistono due motivazioni fondamentali per le quali questa necessità costituisce l'obiettivo quantitativo fondamentale della politica commerciale. Il primo è che un'impresa di servizi pubblici, che è vissuta e si è sviluppata in regime monopolistico, ha grandi impianti, spesso concepiti per servire un'ampia base di clienti, diversificata e dispersa sul territorio; una tale impresa deve perciò cercare di mantenere un mercato di massa per continuare a

²⁹³ Offrendo probabilmente a loro anche un'offerta aggiuntiva derivante dall'entrata delle imprese in aree correlate di business in crescita. A. MANATESI, *Op. cit.*, p. 215.

mantenere la sua quota di mercato al massimo livello possibile. La strategia competitiva naturale per un'impresa che ha agito per molto tempo in regime di monopolio non sarà quella di nicchia, bensì di de-segmentazione o di segmentazione multipla.

Il secondo motivo della necessità di mantenere i clienti nel tempo risiede nell'importanza che la fedeltà della clientela riveste per il successo delle imprese. A questo proposito esaminiamo due diversi contesti di servizio nei quali la fedeltà della clientela viene studiata e risulta particolarmente rilevante. Tali contesti fanno riferimento a relazioni contrattuali di lungo periodo con la clientela e ai servizi che beneficiano dei flussi di "traffico" di clienti.

Un'osservazione fondamentale che è possibile fare, analizzando le tipologie di imprese coinvolte nei processi di privatizzazione e di apertura della competizione, è che esse operano per la maggior parte in settori dove esistono dei legami di lungo periodo con i clienti, di solito formalizzati da accordi contrattuali, quali quelli di erogazione di energia o di servizio telefonico. A questo proposito, molti studi hanno mostrato come la capacità di trattenere un cliente nel tempo sia uno dei principali fattori critici di successo nelle attività che, come quelle citate, hanno naturalmente relazioni continue con la clientela.

Le imprese che operano in regimi molto competitivi sono consapevoli dell'elevato costo di acquisizione di un nuovo cliente di mercati maturi, perciò tentano di mantenere lo stesso cliente nel tempo. In particolare, tentando di verificare l'importanza degli sforzi compiuti per mantenere la clientela, sono stati compiuti studi nel campo delle imprese di servizi²⁹⁴ sull'aumento di profitto per l'impresa derivante da un minor tasso di perdita di clienti. Quando

²⁹⁴ A. MANATESI, *Op. cit.*, p. 216.

aumenta la capacità di un'impresa di mantenere i propri clienti, evidenziata da una diminuzione nella percentuale annuale di perdita di clienti, aumenta un importante indicatore, quello della vita media del cliente dell'impresa. Ad esempio, se un'impresa perde ogni anno circa il 20% dei propri clienti, la vita media dei clienti si aggira intorno ai 5 anni. Se tale percentuale cala al 10%, la vita media della clientela diventa 10 anni. Aumentando la vita media del cliente, di conseguenza, aumenta il valore attuale dei flussi di cassa futuri derivanti all'impresa dai ricavi sugli acquisti del cliente. Inoltre, da studi effettuati, emerge che in molti casi dopo i primi 1-2 anni diminuiscono i costi di gestione del cliente, il che produce un aumento del valore attuale dei flussi di profitti futuri riconducibili alla clientela. Tali minori costi derivano, oltre che dall'assenza di costi iniziali (di comunicazione, di ricerca e di primo contatto con il cliente), dai minori sforzi che l'impresa deve compiere per fare aumentare la spesa media del cliente per il servizio e dall'esperienza del cliente riguardo al funzionamento delle procedure di erogazione del servizio.

Le considerazioni appena riportate riguardo all'importanza di mantenere i clienti nel tempo sono, come si è detto, fondamentali soprattutto per quelle imprese di servizi che intrattengono con la clientela rapporti di lungo periodo strutturati in accordi contrattuali; in tal caso si tratta non solo di relazioni che non si esauriscono per effetto di ogni transazione, ma anche di situazioni nelle quali i costi di acquisizione della clientela sono notevoli, poiché l'impresa si trova nella necessità di far firmare al cliente un impegno di lungo periodo. D'altra parte, per effetto del trascorrere del tempo e delle esperienze del cliente con l'impresa, nascono per il cliente dei costi

di trasferimento che non lo incentivano a cambiare impresa se non in presenza di sollecitazioni rilevanti.

La fedeltà dei clienti è importante anche per servizi che apparentemente sono basati sulla localizzazione di prossimità a grandi flussi di “traffico”. Infatti, apparentemente, sembra meno importante il mantenimento della base di clienti per un’impresa di servizi che imposti il contratto con la clientela sulla prossimità fisica. Vediamo casi di diversi settori. Un servizio di ristorazione *fast-food*, ad esempio, deve gestire innanzitutto una base di clientela di transito, la cui occasione d’acquisto si crea per effetto del passaggio nelle vicinanze del punto vendita; si tratta di un servizio che eroga una prestazione la cui necessità deve essere soddisfatta nel luogo in cui il cliente si trova nel momento in cui essa sorge. Oltre a ciò, il livello di ripetizione d’acquisto di un cliente nei confronti di un punto vendita di ristorazione *fast-food* è limitato da due elementi: il primo consiste nel fatto che il cliente non si trova sempre nello stesso luogo al momento del sorgere della necessità; il secondo si evidenzia nel limite fisico derivante dall’impossibilità di nutrirsi oltre un certo numero di volte.

In ogni caso, è evidente che il comportamento d’acquisto nei confronti della ristorazione *fast-food* fa sì che la quota di mercato del singolo punto vendita sia determinata in larga misura dal numero di clienti e non dalla loro fedeltà. Ad una lettura più attenta del fenomeno non può tuttavia sfuggire il fatto che l’organizzazione dei punti vendita in catena avente una stessa insegna rende importante anche il grado di fedeltà dei consumatori nei confronti del punto vendita e della catena; questa considerazione mette in rilievo l’importanza della ripetizione d’acquisto (in termini concorrenziali), che fornisce una possibilità di proteggere la quota di mercato che è

largamente dovuta al numero di clienti. Oltre a ciò, come si è visto in particolare nel caso del *fast-food* esaminato in altra parte di questo volume, la strategia di crescita delle imprese che hanno punti di vendita tende, per effetto di un processo di saturazione delle localizzazioni più “facili” da gestire, ad includere nel tempo localizzazioni che hanno meno traffico di persone, ma un maggior livello di ripetizione d’acquisto.

La ripetizione d’acquisto, cioè la relazione di lungo periodo con i clienti, assume quindi nel tempo una rilevanza notevole anche per le imprese basate tradizionalmente sulla numerosità della clientela. Consideriamo ora l’esempio di un istituto di credito: abbiamo una erogazione di servizi che sicuramente è legata al concetto di prossimità, tuttavia abbiamo anche la presenza di legami contrattuali con la clientela, che mantengono continua la relazione tra il cliente e l’impresa, al di là della frequenza del cliente allo sportello. In tal caso sarà premiante sia il numero di clienti, sia la vita media del cliente: in assenza di fenomeni particolari di segmentazioni che diminuiscano la sostituibilità dell’offerta delle imprese concorrenti, per un fenomeno di *double jeopardy*, le due variabili tenderanno ovviamente ad essere collegate.

Le imprese di servizi che hanno a lungo operato con forme monopolistiche e con proprietà e gestione ad indirizzo pubblico sono, per tipo di servizio erogato, in larga misura tra quelle per le quali, una volta entrate in regime di concorrenza, è molto elevato il valore derivante dal mantenimento della base di clienti per tempo. Altre, tra queste imprese, come ad esempio le compagnie aeree di bandiera, si trovano in una situazione complessa: non offrono un servizio di prossimità fisica, né intrattengono con molti clienti una relazione naturalmente di lungo periodo o ad alta frequenza d’acquisto (né

necessariamente strutturata in un contratto). Per un tale tipo d'impresa è probabile che avere una relazione di esclusività con la clientela sia un evento piacevole, ma non fondamentale in termini di strategia commerciale, tuttavia molto costoso: con questo si spiega il fallimento della maggior parte di molti programmi di fidelizzazione della clientela²⁹⁵, che sono assimilabili più a programmi promozionali che a vincoli in grado di creare costi di trasferimento per il cliente. Infatti, la scelta della linea aerea dipende da alcune condizioni, quale quella della disponibilità del volo ad una certa ora di un certo giorno, che ricordano, seppure in riferimento al tempo e non allo spazio, il concetto della prossimità fisica. Nei comportamenti d'acquisto di passaggi aerei un certo tasso di fedeltà condivisa è perciò naturale: questo significa che un cliente che compie spesso viaggi utilizzando l'aereo è (se consideriamo un certo periodo di tempo, ad esempio: sei mesi o un anno) contemporaneamente cliente di diverse compagnie aeree, essendo più fedele ad alcune, che sono quelle che offrono una maggiore vicinanza alle esigenze di "convivenza" (di orari e tratte più che in denaro) del cliente.

La fedeltà è quindi un concetto relativo e non da considerare in termini esclusivi quando il bene acquistato (prodotto o servizio) è soggetto al problema della ricerca di varietà o a quello della necessità di particolari esigenze di "prossimità". Poiché la fruizione di servizi di trasporto aereo è per molti clienti un evento a bassissima frequenza d'acquisto, in questo settore la penetrazione nel mercato ha il ruolo fondamentale; le strategie basate sull'instaurazione di una relazione di fedeltà della clientela avranno efficacia nei confronti di

²⁹⁵ I cosiddetti programmi *frequent flyer* o *loyalty program*. A. MANATESI, *Op. cit.* p. 218

una parte (ad esempio, quella libera da vincoli e orari) delle necessità relative ai segmenti di clientela ad alta frequenza d'acquisto.

A conclusione della nostra discussione sulla necessità di una impresa originariamente di servizi pubblici che subisce un processo di privatizzazione ed opera all'interno di un settore aperto alla competizione, chiariamo quali ne siano le conseguenze, in termini di necessità di rafforzare alcune delle dimensioni delle relazioni con i clienti: per le imprese che operano in settori nei quali esiste una naturale continuità della relazione, l'impresa ha un'arma molto importante, vale a dire quella della "continuità tacita" della relazione. Nella nostra classificazione delle dimensioni relazionali abbiamo trattato di questo argomento quando abbiamo parlato di legittimazione tradizionale; in un tale caso, l'impresa tenta di farsi percepire come una parte dell'ambiente familiare, quasi una parte del panorama naturale, il che favorisce un mantenimento della relazione nel lungo periodo. L'impresa che non opera in un'attività dove esistono legami naturalmente continui non può innescare l'abitudine (per effetto di una minor esclusività degli acquisti), perciò possiede un numero inferiore di strumenti per consolidare una relazione tradizionale. È però fondamentale mettere in rilievo il fatto che anche un'impresa che opera in un settore nel quale le relazioni con i clienti sono naturalmente continue deve fare attenzione a non puntare troppo sulla continuità tacita, poiché potrebbe essere, nel tempo, rilevata, da parte dei clienti o dei movimenti consumeristici, la presenza di condizioni del servizio non adeguate o poco chiare: in tal caso il favorire una continuità tacita fin dall'inizio del processo di privatizzazione potrebbe comportare, nel lungo periodo, un indebolimento delle dimensioni esperta e referente. Sono infatti queste ultime, in alternativa a quella di premio-incentivo, quella a cui

molto probabilmente tutte le imprese ex monopoliste ed ex pubbliche erogatrici di servizi dovrebbero dedicare la maggiore attenzione. Oltre a ciò, la scelta tra la dimensione di premio-incentivo, da un lato e quella esperta e referente dall'altro, potrebbe essere compiuta innanzitutto a seconda della strategia competitiva di base selezionata dall'impresa. Ipotizzando che l'impresa attui una strategia di differenziazione, che il rafforzamento delle dimensioni relazionali esperta e referente sia sostenibile, non è utopistico pensare che, in seguito, si possa puntare a un rafforzamento della dimensione di legittimazione tradizionale. La legittimazione deriverebbe a quel punto dal consolidarsi di abitudini e di comportamenti ripetuti in assenza di "turbative" evidenziate dall'indebolimento delle altre dimensioni²⁹⁶.

In sintesi, la dimensione della relazione con la clientela che le imprese monopoliste in via di privatizzazione non dovrebbero perseguire è quella coercitiva; la difficoltà nel ricercare il rafforzamento relativo di una o più tra le dimensioni relazionali risiede nel fatto che la modalità di relazione con il mercato dipende non tanto da scelte estemporanee del management, bensì in larga misura dall'identità dell'impresa, che si consolida nel tempo e si manifesta nelle caratteristiche delle relazioni tra unità interne e negli atteggiamenti di chi opera nell'impresa. Il primo livello al quale deve agire l'impresa in corso di privatizzazione che si trova di fronte ad una apertura della competizione è quello della impostazione di nuove relazioni tra le unità interne (società di un gruppo, divisioni, funzioni aziendali), più coerenti con l'identità ricercata verso l'esterno; il secondo livello è sicuramente quello della selezione del personale.

²⁹⁶ Cfr. N. IRTI, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Milano, 2006, p. 24.

A fianco di questi mutamenti organizzativi dovrà quindi essere costruita la strategia e la politica di *marketing* dell'impresa.

Infine, rileviamo che talvolta i cambiamenti organizzativi interni dell'impresa, pensati per aiutare l'impresa nella costruzione di nuove relazioni con il mercato, non sono efficaci per tale scopo se non vengono svolte a contatto con una clientela che può realmente scegliere. Ad esempio, nelle imprese in via di privatizzazione che operano in contesti di monopolio, la prospettiva del cambiamento produce di solito la proposta della creazione di un "mercato interno" tra unità organizzative e tra società dello stesso gruppo. Questa proposta viene spesso fatta risalire alla necessità di "prepararsi al mercato"; tale fase però è connotata dall'assenza (questa è di solito la regola) della possibilità per le unità interne di rivolgersi ad altri (esterni al gruppo monopolista) fornitori o clienti. In tal modo, questo "mercato interno" rimane paradossalmente un mercato monopolistico o monopsonistico, perciò un "non mercato": pur se l'analisi degli scambi sembra portare qualche beneficio, di solito lo sforzo organizzativo non è efficace, poiché si crea solo una "retorica" del mercato, quale: a) il chiamare "cliente" (o fornitore) l'unità organizzativa che riceve (o fornisce) un prodotto o un servizio; o: b) il compiere analisi del livello di soddisfazione sul servizio del cliente interno (che però non può scegliere, quindi è spesso automaticamente insoddisfatto; inoltre sono possibili procedure evidenti per ovviare alle insoddisfazioni); o: c) l'esplicitazione delle componenti dei prezzi di trasferimento (procedura contabile che ha poca influenza sui comportamenti). L'effetto finale è che anche la relazione con i clienti esterni (o "veri") non cambia.

6. La difficile tutela nel settore della moda.

La soddisfazione (comprensibile) degli stilisti di avere creato qualcosa che gli altri desiderano imitare deve, tuttavia, trovare anche protezione nei confronti dei contraffattori a tutela degli operatori che lavorano con i prodotti che incorporano le loro creatività: primi tra gli altri i licenziatari ai quali può costare in misura consistente la possibilità di accedere, realizzare e distribuire le creazioni degli stilisti. Pensare, realizzare, produrre, distribuire, acquistare prodotti della moda sono, pertanto, comportamenti che corrispondono a determinati interessi: e primo fra tutti il frutto del lavoro di coloro che operano nel settore. La loro tutela, quindi, è particolarmente importante.

La disciplina attuale sembra, in verità, adeguata: essa rappresenta il punto di arrivo dopo un lungo dibattito. Alcuni istituti hanno oggi una regolamentazione elastica, altri sono stati introdotti o potenziati: si pensi al modello comunitario non registrato per articoli che hanno una vita molto breve sul mercato, o al modello multiplo che stava tanto a cuore al settore tessile per proteggere le varianti tipiche dei prodotti di questo comparto.

La giurisprudenza italiana che si è espressa con riferimento al settore della moda appare attenta, sensibile, equilibrata e in armonia con le direttive delineate dal legislatore. La competenza delle Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, attente anche alla giurisprudenza comunitaria, sembra rispondere

felicemente alle esigenze di componimento dei conflitti di mercato e di tutela dei diritti di proprietà industriale e intellettuale²⁹⁷.

La giurisprudenza italiana nel dirimere controversie, si è occupata di diritti di proprietà intellettuale relativi a tantissimi prodotti: vestiti, magliette, *foulards*, biancheria intima, costumi da bagno, scarpe, borse, orologi, gioielli, occhiali e anche profumi e cosmetici che fanno parte dei prodotti della moda, insomma, riguardano tanti settori merceologici²⁹⁸. Ma il riconoscimento dei diritti di proprietà industriale e intellettuale non è così scontato anche nel settore della moda. Occorre, infatti, che sussistano i presupposti per poter vantare e quindi, far valere diritti IP su tali prodotti.

Si è cercato, per esempio, di ricorrere alla tutela prevista per il disegno industriale della L. n. 633/1941 e successive modifiche ed integrazioni cioè dalla legge sul diritto d'autore che, com'è noto, all'art. 2, n. 10, dispone; sono protette: <<le opere del disegno industriale che presentino di per sé carattere creativo e valore artistico>>. Questa disposizione, tuttavia, risulta di non facile

²⁹⁷ App. di Milano 7 giugno 2012; App. Milano 18 gennaio 2012, n. 154; Trib. Bologna 22 maggio 2012, n. 11600; Trib. Bologna 8 maggio 2012, n. 1501; Trib. Milano 5 gennaio 2012; n. 43695; Trib. Milano 23 ottobre 2009; Trib. Firenze 19 maggio 2009; Trib. Milano 8 ottobre 2008; Trib. Bologna 12 febbraio 2008.

²⁹⁸ Per abbigliamento in genere. Trib. Milano 29 maggio 2012; Trib. Milano 7 marzo 2012; Trib. Milano 23 febbraio 2012; Trib. Milano 16 febbraio 2012; Trib. Milano 9 gennaio 2012; Trib. Bari 4 luglio 2012; App. Milano 22 marzo 2012; Trib. Torino 14 maggio 2010; Trib. Milano 30 gennaio 2009; Trib. Milano 29 dicembre 2008; Trib. Milano 1 dicembre 2008; Trib. Milano 24 ottobre 2008; App. Milano 17 settembre 2008; Trib. Torino 17 marzo 2008; per calzature e borse; Trib. Bologna 3 giugno 2010, in *Giur. ann. dir. ind.* n. 555; Trib. Milano 30 giugno 2008; Trib. Milano 1 aprile 2010, in *Giur. ann. dir. ind.*, n. 5545; Trib. Milano 26 febbraio 2009, *ivi*, n. 5500; Trib. Milano 6 febbraio 2009; per gioielli; Cass. 10 luglio 2009, n. 16283; Cass. 19 giugno 2008, n. 16647; Trib. Milano 21 febbraio 2009; Trib. Torino 9 novembre 2007; per profumi e cosmetici.

utilizzazione nel campo della moda: diverse Sezioni specializzate ne hanno negato l'applicazione.

Così è stata negata tutela a titolo di diritto d'autore, ad un tessuto con “disegno caratterizzato dalla forma e dimensione di farfalle, tutte variamente decorate e colorate, assemblate caoticamente in una sorta di spirale ascensionale” creata da un notissimo stilista (*Jean Paul Gaultier*) per mancanza del “valore artistico di per sé”²⁹⁹ e, con motivazione un po' diversa, ad un orologio da donna con riferimento al quale il Tribunale ha escluso che potesse riconoscersi un valore artistico in assenza di particolari caratteristiche lo rendessero apprezzabile su tale piano. Ha stabilito l'organo giudicante che: <<le opere del disegno industriale possono usufruire della tutela del diritto d'autore sempre che presentino di per sé da un carattere creativo, da riconoscersi a fronte di una personale elaborazione dell'autore, dall'altro di carattere artistico, elemento, quest'ultimo da verificare con rigore, attesa la destinazione al mercato del *design* industriale, e da riconoscere solo ad opere che presentino uno spiccato gradiente estetico, da valutarli – ma come criterio solo eventuale ed ausiliario – che alla stregua del riconoscimento collettivo ad opera di mostre, recensioni, opinioni di esperti>>³⁰⁰.

E' stata negata tutela a titolo di diritto d'autore come disegno industriale anche ad una maglietta *T-shirt* pur graziosa, ad avviso del Tribunale, non poteva assumere in sé un valore rappresentativo di nuove tendenze artistiche all'epoca attuale, che valga a differenziarla dalle produzioni di ordinaria concezione. La scelta del legislatore è di delimitare l'applicabilità della tutela del diritto

²⁹⁹ Trib. Bologna 30 marzo 2009, in *Dejure*.

³⁰⁰ Trib. Bari 31 gennaio 2012 n. 381, in *Dejure*.

d'autore alla presenza oltre che di un carattere creativo – presupposto comune a tutte le opere protette ai sensi dell'art. 1 l.d.a. – anche di un “valore artistico”, infatti, certamente colloca la soglia di tutela ad un livello ben più elevato rispetto a quello richiesto per la registrazione del disegno o del modello³⁰¹.

Anche un diritto come il brevetto di invenzione destinato com'è noto, alle innovazioni tecniche sembra trovare poco spazio nel campo della moda: è stato ad esempio, dichiarato nullo un brevetto di invenzione avente per oggetto un indumento intimo di maglia con cui era rivendicato un intreccio di maglia che “genera una adeguata compressione e quindi con azione massaggiante”. La nullità del brevetto è stata dichiarata per insufficiente descrizione dell'oggetto dello stesso.³⁰² Secondo il tribunale di Modena (trattandosi di causa iniziata prima della istituzione delle Sezioni Specializzate) non era spiegato perché il trovato avrebbe dovuto avere il livello inventivo rivendicato. Per un capo intimo non è stata riconosciuta neppure la sussistenza di un modello comunitario per mancanza del carattere individuale non avendo riscontrato il giudicante, in sede cautelare, una differenza qualificata, non limitata a dettagli irrilevanti ed incidente sull'impressione suscitata dal modello³⁰³. Il brevetto per modello di utilità sembrerebbero, sotto il profilo tecnico, idoneo ai prodotti del settore, come ad esempio, borse, ma non sempre è di facile utilizzazione.

Dall'esame della giurisprudenza edita del nostro paese negli ultimissimi anni, i diritti IP maggiormente sottoposti al vaglio della

³⁰¹ Trib. Milano, ord. 27 dicembre 2010, in *Giur. ann. dir. ind.* 2010, n. 5594.

³⁰² Trib. Modena 3 agosto 2009, in *Dejure*.

³⁰³ Trib. Milano 1 febbraio 2012, in *Dejure*.

giurisdizione nel settore della moda sembrano essere i marchi³⁰⁴. I marchi consentono alle aziende di presentare i loro prodotti vantando una continuità ed un messaggio di attrazione, che sono idonei anche alla fidelizzazione della clientela. Sono certamente un valore aggiunto, un valore di scambio. Sono di fatto il diritto IP, l'istituto in merito ai quali, le Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale sembra abbiano dovuto più di frequente esprimersi sulla litigiosità in materia di prodotti della moda, in particolare, con riferimenti ad alcuni aspetti.

Nel caso di marchi patronimici la Corte ha anche affermato che è irrilevante che la parola oggetto di marchio costituisca nome patronimico per un imprenditore e prenome per l'altro³⁰⁵.

Secondo la Corte, infatti, il Giudice del merito aveva correttamente valutato nel rilevare che <<i nomi di persone non rappresentano un concetto vero e proprio cosicché non è possibile fare riferimento alla categoria della somiglianza o della diversità concettuale, utile tutte le volte in cui il marchio abbia un nucleo cosiddetto ideologico, individuando per l'appunto uno specifico concetto>>.

In molti casi esaminati dalla giurisprudenza si trattava di marchi famosi, così usati e importanti nel campo della moda. La giurisprudenza ha anche affermato (meglio confermato) che:

- prefisso o diminutivo non eliminano la persistenza del nucleo ideologico del marchio patronimico famoso (il marchio era Valentino per borse);

³⁰⁴ Trib. Milano 1 aprile 2010, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2010, n. 5545.

³⁰⁵ Cass. 20 settembre 2012 n. 15957, in *DeJure*.

- è irrilevante ai fini della configurazione dell'illecito di violazione di esclusiva la diversa collocazione nella catena distributiva o produttiva³⁰⁶. Infatti, se è vero che di fronte a prodotti qualitativamente di livello molto diverso, da un lato, il cliente non può confondersi, o essere ingannato, e, da un altro lato, la clientela non è la medesima, il pericolo in termini di associazione sussiste e il comportamento, secondo la giurisprudenza, è illecito a tutti gli effetti

Un problema affrontato in giurisprudenza riguarda l'affinità tra prodotti che, com'è noto, è il presupposto per la configurazione della contraffazione.

La Suprema Corte³⁰⁷ ha affermato che correttamente sono stati ritenuti affini prodotti di abbigliamento femminile e abbigliamento maschile, nonché prodotti di abbigliamento per uomo e donna e scarpe che dei primi fanno comunque parte, <<giacché l'affinità con riferimento alle scarpe rispetto all'abbigliamento in generale è stata nella specie, e nel concreto, individuata anche in base alla identità dei canali di approvvigionamento al mercato>>.

La Corte ha, invece, affermato che non sono affini, nell'opinione dei consumatori, le confezioni di abbigliamento tessile per uomo e i prodotti di pellicceria, prevalentemente destinati ad una clientela femminile, con la conseguenza che, correttamente, non era stato ritenuto sussistente un rischio di confusione tra marchi simili per tali prodotti³⁰⁸.

Il marchio pertanto, poteva essere riproposto nel settore non affine e coesistere.

³⁰⁶ App. Milano 28 giugno 2012, n. 2331, in *DeJure*.

³⁰⁷ Cass. 20 settembre 2012, n. 15957, in *DeJure*.

³⁰⁸ Cass. 4 maggio 2009, n. 10218, in *DeJure*.

In conclusione l'interferenza, la confondibilità e la contraffazione sussisterebbero a fronte di tenue grado di somiglianza tra marchi e di elevato grado di conformità tra prodotti o servizi.

7. Lo strumento dei modelli.

Per la tutela dei prodotti della moda uno strumento molto importante è quello destinato, per eccellenza, a proteggere l'estetica dei prodotti: cioè il modello e la giurisprudenza appare molto attenta ad applicarne le varie disposizioni in materia, tenendo conto della realtà effettiva in cui le creazioni e le innovazioni estetiche si inseriscono. Così, con riferimento alla tutela come modello, è stato affermato che in un settore affollato per prodotti, con notevoli esigenze funzionali (orologi), il carattere individuale necessario per il riconoscimento del diritto IP di modello è l'aspetto del prodotto, che suscita nel consumatore informato, un'impressione di adeguata dissomiglianza³⁰⁹. Con riferimento a calzature, ad esempio, la validità del modello è stata accertata anche a mezzo di CTU e successivamente riscontrata la contraffazione, mentre, invece, è stata esclusa per un modello più comune non registrato³¹⁰.

Di non facile delimitazione sembra il confine tra l'estetica tutelabile come modello e quella idonea a costituire marchio di forma. Una forma può svolgere entrambe le funzioni, ma è necessario tenerle distinte per la configurazione dell'oggetto dei rispettivi diritti: si pensi, ad esempio, all'uso di un colore insolito per

³⁰⁹ Trib. Milano 1 dicembre 2010, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2010, n. 5587.

³¹⁰ Trib. Bologna n. 2698/2011, in *Giuraemilia*; trib. Bologna 17 luglio 2009; in *DeJure*; Trib. Bologna 17 luglio 2009; in *DeJure*; Trib. Bologna n. 3333/2011, in *Giuraemilia*.

un componente del prodotto, come il colore rosso, per una suola di scarpe o dell'apposizione di strisce colorate sulla tomaia³¹¹.

³¹¹ Trib. Milano 30 giugno 2008 – ordinanza in questa *Rivista*, 2008, 437; Trib. Torino 11 giugno 2010, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2010, n. 5562; Trib. Venezia 24 gennaio 2008, in questa *Rivista*, 2008, 325.

Capitolo IV

LA CONCORRENZA NEL SETTORE DELLA MODA

SOMMARIO: 1. *La concorrenza parassitaria.* 2. *Gli strumenti giuridici anti “pirateria” in America.* 3. *Le soluzioni europee.* 4. *Il caso Louboutin-Yve Saint Laurent.* 5. *Le questioni del Made in Italy.* 6. *Il risarcimento del danno e i rimedi esperibili.*

1. La concorrenza parassitaria

Il termine “concorrenza parassitaria” vale ad identificare un’ipotesi di condotta illecita che si sostanzia nell’attività di un’impresa che ripercorre le orme del concorrente di maggior successo, sfruttandone le idee e la strategia commerciale, ponendosi sulla scia delle altrui scelte. Attraverso il riferimento ai principali interventi della Corte di legittimità e alle pronunce delle Sezioni specializzate, viene esaminata l’evoluzione dell’analisi del fenomeno, che ha ricondotto inizialmente la concorrenza parassitaria all’alveo dell’art. 2598, n. 2 c.c., per poi ricomprendere le diverse modalità del parassitismo nel paradigma di cui all’ipotesi sub. 3 dell’art. 2598.

Con riferimento al mondo della moda, la concorrenza parassitaria configura un’ipotesi di illecito particolarmente insidioso, identificando quel comportamento scorretto che si appropria della creatività, dell’innovazione, dell’originalità altrui, sfruttando così gli elementi essenziali (si potrebbe dire vitali) del settore. I rimedi e le

tutele sono soprattutto quelli tipici della tutela d'urgenza, apparendo particolarmente utile, oltre all'inibitoria e al sequestro, la pubblicazione sulla stampa di settore o via *internet* dei provvedimenti assunti, così da stigmatizzare i comportamenti parassitari e da ampliarne la percezione presso il pubblico.

L'illecito concorrenziale denominato “concorrenza parassitaria”³¹² presenta quale caratteristica essenziale la continuità, l'eterogeneità e la ripetitività dell'azione imitativa nel tempo, quale indice di un progetto concorrenziale sleale e professionalmente scorretto, poiché volto allo sfruttamento parassitario del lavoro altrui. Non necessariamente l'imitazione deve essere qualificata come

³¹² La fattispecie denominata “concorrenza parassitaria” venne teorizzata nell'ambito della previsione di cui all'art. 2598, n. 3 c.c., tramite un'attenta analisi delle decisioni giurisprudenziali già intervenute al riguardo, nella metà degli anni '50 da R. FRANCESCHELLI, *Concorrenza parassitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, p. 265 e ss. Per una ricostruzione storica vedi anche dello stesso autore, *La concorrenza parassitaria come si è vista oggi in Italia*, ivi, 1981, p. 1; BARRESI, *Note sulla concorrenza parassitaria*, in *Annali della Facoltà di Economia e Commercio*, Università di Messina, 1967, p. 3 e ss.; Cavazzutti, *Note sulla c.d. concorrenza parassitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 921 e ss. Alla tesi di R. Franceschelli si contrappose quella di F. CARNELUTTI, *Concorrenza parassitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, p. 491 e ss.; G. GHIDINI, ivi, 1964, I, 616 e ss. Carnelutti rilevò come la concorrenza parassitaria finisse per costituire una sorta di “miracolo logico” posto che avrebbe indotto a considerare illeciti nel loro complesso una serie di atti innocui e di per sé leciti cosicché, non potendosi applicare la previsione di cui all'art. 2598, n. 1, c.c., “l'illiceità dell'atto cacciata per la porta rientra dalla finestra del n. 3 attraverso il vago concetto della correttezza professionale.... Siamo perciò veramente nel caso di una somma di zeri che produce una unità”. R. Franceschelli – F. Carnelutti furono antagonisti nel famoso caso Motta/Alemagna, ove la Cassazione diede ragione a Franceschelli, sent. 17 aprile 1962, n. 752 (pubblicata in *Foro it.*, 1962, I, 1729), in cui la Corte ebbe a dire “Deve ritenersi compresa tra gli atti di concorrenza sleale di cui al n. 3 dell'art. 2598 la cosiddetta concorrenza parassitaria, laddove l'attività commerciale dell'imitatore si traduca in un cammino continuo e sistematico (anche se non integrale), essenziale e costante sulle orme altrui, perché l'imitazione di tutto o di quasi tutto quello che fa il concorrente, l'adozione più o meno immediata di ogni sua nuova iniziativa, seppure non realizzi una confusione di attività e prodotti, è contrario alle regole che presiedono all'ordinato svolgimento della concorrenza”. Per un'analisi approfondita e attuale v.: C. PASCHI, *La concorrenza parassitaria ex art. 2598, n. 3 cc., e La sua interpretazione nella giurisprudenza più recente*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, I, p. 223 ss.

confusoria, ai fini di un suo inquadramento nell'ipotesi di cui all'art. 2598, n. 1, c.c., ma deve integrarsi in un fenomeno imitativo che coinvolga tutte o quasi tutte le iniziative imprenditoriali del concorrente, potendo apparire rilevanti sia gli aspetti quantitativi che qualitativi del fenomeno, come ad esempio, la ripresa di diversi elementi della linea di produzione, oppure l'imitazione del singolo "pezzo forte", di grande successo e già affermato sul mercato, grazie agli ingenti sforzi pubblicitari e promozionali del concorrente.

La Corte di Cassazione si occupa per la prima volta in termini espressi dall'illecito concorrenziale così qualificato nel 1962³¹³, delineandone le caratteristiche nei seguenti termini: <<...la concorrenza parassitaria deve tradursi in un "cammino continuo e sistematico (anche se non integrale), essenziale e costante sulle orme altrui, perché l'imitazione di tutto o quasi tutto quello che fa il concorrente, l'adozione più o meno immediata di ogni sua iniziativa (...) è contrario alle regole che presiedono l'ordinato svolgimento della concorrenza>>. Seguendo le indicazioni fornite da tale decisione, fino alla prima metà degli anni Ottanta, si instaura un consolidato orientamento giurisprudenziale che reprime, ai sensi dell'art. 2958, n. 3, c.c., la concorrenza parassitaria cosiddetta "diacronica" (definendo in tal modo la condotta di chi sistematicamente, con comportamenti differenti nel tempo, riproduca le iniziative imprenditoriali altrui, traendone vantaggio concorrenziale e profitti). E' proprio l'imitazione nel tempo delle diverse iniziative imprenditoriali del concorrente che configura, per lungo periodo, l'unica ipotesi di concorrenza parassitaria, sanzionata come tale dalla giurisprudenza maggioritaria, nel tentativo di contenere l'ambito di applicazione di un simile illecito, poiché si

³¹³ Cass. 17 aprile 1962, n. 752, in *Giur. cost. civ.*, 1962, I, 918 ss.

temeva che, a fronte di un suo eccessivo ampliamento, si delineasse il rischio di introdurre un divieto di imitazione troppo vasto, riferentesi anche a quelle posizioni di monopolio, che si presentavano in contrasto col principio di libertà di concorrenza.

In seguito tuttavia, la Cassazione³¹⁴ estende la fattispecie introducendo una nuova ipotesi di concorrenza parassitaria, configurata nella condotta di chi sfrutti sistematicamente il lavoro altrui, anche per mezzo di un comportamento complessivo, o di una somma di singoli svariati atti, posti in essere contemporaneamente e in una sola volta, la cosiddetta concorrenza parassitaria “sincronica”. Dunque, quel che connota l’illiceità della condotta qualificata con detto aggettivo non sembra essere l’elemento temporale (la ripetizione nel tempo), bensì quello quantitativo dell’imitazione³¹⁵.

Va certo tenuto presente che la repressione di una simile condotta tende a garantire tutela alla creatività, cosicché la protezione accordabile risulta avere una durata temporaneamente limitata, e quindi non più azionabile una volta che la novità si sia esaurita, divenendo di dominio pubblico³¹⁶.

Parimenti deve essere considerato che le pronunce giurisprudenziali largamente maggioritarie qualificano il comportamento con riferimento alla visione tradizionale dell’illecito concorrenziale, come sistematica imitazione di diverse iniziative

³¹⁴ Cass. 17 novembre 1984, n. 5852, in *Riv. dir. ind.*, 1985, II, 3 ss.; Più avanti Cass. 20 luglio 2004, n. 13423, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2004, n. 4634, 138 e ss.

³¹⁵ DE SANCTIS, *La protezione delle forme nel codice della proprietà industriale*, Milano, 2009, pp. 300 e ss.

³¹⁶ In tal senso: Trib. Milano 19 maggio 1980, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1980, 1312; Trib. Milano 5 luglio 2011, in *Riv. dir. ind.*, 2012, II, pp. 217 e ss.

commerciali del concorrente, in un'ottica parcellizzante del fenomeno, piuttosto che in una sua visione d'insieme³¹⁷.

Invero, seppure molte delle decisioni giurisprudenziali prendono in esame la figura dell'illecito qui analizzato, solamente in rari casi ne viene effettivamente riscontrata la sussistenza, giungendo a pronunciare una condanna, rispetto alla specifica qualificazione del fenomeno come "concorrenza parassitaria"³¹⁸.

L'orientamento che cercava di svincolare la tipizzazione dell'illecito dai restrittivi limiti di cui sopra è stato a lungo minoritario, riscontrando la sussistenza di concorrenza parassitaria anche nelle imitazioni di iniziative produttive del concorrente³¹⁹, o, comunque, di singole iniziative imprenditoriali³²⁰.

Più di recente si è andato delineando un cambiamento, posto che le pronunce giurisprudenziali sembrano aver accolto con maggior generosità la qualificazione di un comportamento concorrenziale quale concorrenza parassitaria, offrendo una valutazione dell'attività imitativa nel suo complesso, tramite la quale

³¹⁷ Cass. 20 luglio 2004, n. 13423, già citata; Trib. Varese 7 luglio 2003, in *Giur. ann. dir. ind.*; 2003, n. 4584; Trib. Bologna 17 luglio 2009, *ivi*, 2009, n. 5447; Trib. Venezia 13 ottobre 2009, *ivi*, 2009, n. 5460.

³¹⁸ In tal senso: Trib. Torino 13 aprile 2000, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2000, 4152; Trib. Monza 3 settembre 2004, che, ad esempio, escludeva la sussistenza dell'illecito ritenendo che le condotte potessero essere considerate "episodiche condotte di emulazione, che rientrano nel normale gioco economico", in quanto adottate come punto di partenza per pervenire, poi, ad autonomo sviluppo ed innovazione del proprio prodotto.

³¹⁹ Trib. Torino 21 febbraio 2003, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2003, 4550, che qualificava come concorrenza parassitaria la condotta di imitazione di volantini pubblicitari e *brochures* del concorrente, nonché l'organizzazione di manifestazioni aventi lo stesso contenuto, stesse dare, stessi soggetti destinatari e stesse modalità di presentazione.

³²⁰ App. Trento 19 febbraio 2005, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2005, n. 4857, che sanzionava, quale concorrenza parassitaria, l'imitazione di un singolo prodotto del concorrente nel rilievo che lo stesso rappresentava il nucleo essenziale del fatturato dell'azienda e costituiva il settore trainante dell'attività del concorrente.

verificare la presenza effettiva degli elementi di slealtà concorrenziale aventi finalità parassitarie: vengono, perciò, ricondotti a tale fattispecie anche atti imitativi, riguardanti una pluralità (non la generalità) di prodotti o singole iniziative imprenditoriali, sia diacronici che sincronici. Inoltre, le condotte riconosciute come parassitarie sono spesso costituite da atti non confusori, accostati a condotte confusorie (quindi, già illecite di per sé), represses sia come violazione singola, con riferimento alla norma che specificamente contravvengono, sia come parte di una condotta complessiva valutata alla luce di quanto disposto dall'art. 2958, n. 3, c.c., quale indice della sistematicità dei comportamenti necessari ed idonei a configurare l'illecito in parola.

L'ipotesi concorrenziale di cui all'art. 2958, n. 3, c.c., viene riconosciuta nella <<costante e sistematica imitazione delle iniziative imprenditoriali>>, a sua volta indice di un <<sistematico sfruttamento delle idee e delle iniziative della concorrente volto a conseguire in breve tempo un indebito forte posizionamento nel settore di riferimento>>.

La giurisprudenza³²¹ parla di continua e ripetuta imitazione delle iniziative imprenditoriali altrui, <<ovvero dello sfruttamento sistematico del lavoro e della creatività altrui>> perseguito attraverso una pluralità di atti, o un comportamento globale. Il Tribunale di Torino³²², inoltre, ha qualificato come concorrenza

³²¹ Cass. 10 novembre 1994, n. 9387, in *Giust. Civ.*, 1995, I, 105; Trib. Milano, ord. 2 luglio 2012, inedita, che sanziona quale condotta di concorrenza parassitaria, nonché di imitazione servile e contraffazione di oggetti del design la riproduzione di sedie, sgabelli e sostegni per tavoli, commercializzati al pubblico ed esposti in una lunga fiera di settore.

³²² Trib. Torino 21 maggio 2012, in *BANCA dati Darts*, www.Darts-IP.com, che ha sanzionato la condotta di un ex collaboratore di un'azienda specializzata nella produzione e distribuzione di arredi per edicole che aveva cominciato l'autonoma produzione e commercializzazione di espositori analoghi a quelli

parassitaria anche il compimento di un solo atto, poiché <<idoneo a realizzare la sleale adozione sistematica del complesso delle scelte organizzative e commerciali>> del concorrente, mentre dal Tribunale di Bologna³²³ la concorrenza parassitaria è stata ravvisata <<nell'ipotesi in cui l'imitazione sistematica di iniziative imprenditoriali altrui è illecita poiché cagiona una potenziale alterazione del meccanismo concorrenziale, concretatasi nell'appropriazione del risultato di mercato conseguito grazie all'organizzazione dell'impresa concorrente>>. Nel medesimo orientamento si colloca il Tribunale di Milano³²⁴ che richiede, infatti, una sistematica operazione di imitazione delle iniziative imprenditoriali o commerciali altrui, sottolineando come la condotta di concorrenza parassitaria cagioni una sistematica alterazione del meccanismo concorrenziale e come sia la mancanza di autonomia ed originalità di iniziative imprenditoriali rispetto a quelle adottate dal concorrente, appunto pedissequamente imitate, a configurare l'illecito concorrenziale qui considerato³²⁵. Da tali rilievi può dirsi che la condotta parassitaria si ravvisi nell'adozione sistematica, nell'ambito della propria attività di impresa, delle iniziative e dei comportamenti imprenditoriali altrui, nel momento in cui si adottano scelte commerciali già da altri praticate ed accreditate presso il pubblico così da sfruttarne, in modo immeritevole e parassitario, il successo commerciale ed il conseguente ritorno economico³²⁶.

realizzati dalla società con cui aveva collaborato, utilizzando anche identici moduli d'acquisto, da sottoporre alla clientela.

³²³ Trib. Bologna, ord. 17 luglio 2009, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2009

³²⁴ Trib. Milano, ord. In sede di reclamo 23 febbraio 2012, inedita; ed ancora ord. 22 novembre 2011, in *DeJure*.

³²⁵ Trib. Milano, ord. 8 novembre 2011, citata da C. PASCHI in *Riv. dir. ind.*, 2012, I, 235 e 236, inedita.

³²⁶ Vedi anche: Cass. 15 aprile 1987, n. 3740, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1987, n. 2100; più di recente, per la giurisprudenza di merito: Trib. Milano 18 febbraio

Interessante ricordare, ancorché sia rimasta isolata nella sua specificità, l'opinione della Cassazione³²⁷, in un caso in cui ha individuato come concorrenza parassitaria anche l'imitazione pedissequa delle tecniche e delle strumentazioni di un'impresa concorrente perseguita mediante l'utilizzazione, a tal fine, di un dipendente infedele dell'impresa medesima.

Vi sono stati tentativi di ricondurre nell'ambito della condotta parassitaria, il sistematico sfruttamento del lavoro altrui, anche ove consista in un singolo atto, avente profili di slealtà concorrenziale; nonostante non potesse essere rilevato, quale complessiva condotta di concorrenza parassitaria (appunto perché concretandosi in un singolo atto), questo comportamento è stato considerato meritevole di repressione, in quanto scorretto ai sensi della previsione di cui all'art. 2958, n. 3, c.c.³²⁸.

2009; ord. 6 maggio 2010; 26 maggio 2010; ord. 24 gennaio 2012, App. Milano 30 aprile 2009; tutti in *DeJure*; in *Banca dati Darts*, www.Darts-IP.com, e *S.P.I.*, 2007/2008 e 2009/2010. Ed ancora: Trib. Roma, ord. 30 marzo 2007; Trib. Roma 22 giugno 2008; Trib. Torino, ord. 25 giugno 2012, in *Darts*, wwwDarts-IP.com, e *S.P.I.*, 2007/2008; 2009/2010; Trib. Roma, ord., 30 marzo 2007; Trib. Roma 22 giugno 2008; Trib. Torino, ord. 25 giugno 2012, tutte in *Darts*, wwwDarts-IP.com; *S.P.I.*, 2007/2008 e 2009/2010. Nell'ordinanza del Tribunale di Milano del 24 gennaio 2012 non si qualifica il comportamento denunciato come "concorrenza parassitaria", ma viene sanzionata ai sensi dell'art. 2958, n. 3, c.c., la condotta di "imitazione sistematica di iniziative imprenditoriali altrui, seppure non confusoria, giacché cagiona una potenziale alterazione del meccanismo concorrenziale, concretatasi nell'appropriarsi del risultato di mercato conseguito grazie all'organizzazione dell'impresa concorrente.

³²⁷ Cass. 20 aprile 1996, n. 3787, in *Foro it.*, 1996, I, 2808.

³²⁸ In tal senso: Trib. Milano sez. spec. PII, 1 febbraio 2012, in *Riv. dir. ind.*, 2012, I, 241; tale ordinanza ha sanzionato, ai sensi dell'art. 2958, n. 3, c.c., un singolo comportamento di commercializzazione di due modelli di biancheria intima, in quanto "sleale, giacché – senza alcuno sforzo imprenditoriale – essa ha seguito una iniziativa commerciale di controparte, appropriandosi quindi senza costi e sforzi di investimenti da altri sostenuti", ritenendo tuttavia che non si potesse invocare, nella fattispecie, la condotta anticoncorrenziale parassitaria qui esaminata. La stessa sez. spec. P.I.I. del Tribunale di Milano, ora Sezione Specializzata in Materia di Impresa – A, ha ricondotto all'ipotesi in cui al n. 3 dell'art. 2598 c.c., un'imitazione su vasta scala della famosa linea di

Si può, quindi, riscontrare una tendenza giurisprudenziale tesa a reprimere condotte definibili come parassitarie, sia alla luce dell'orientamento tradizionale, sia in base ad ulteriori elementi qui rilevati, come da un oggettivo ed immeritato vantaggio competitivo ottenuto mediante sfruttamento di risorse e risultati altrui, dando così maggior rilievo al rapporto tra le parti ed inquadrando la fattispecie nell'ambito della seconda previsione di cui all'art. 2598 c.c. (appropriazione di pregi dei prodotti o dell'impresa del concorrente)³²⁹.

La protezione della forma gioca un ruolo primario nelle dinamiche del mercato, sia in quanto funzionale ad un risultato tecnico, sia in quanto strumento di attrattiva sotto il profilo estetico e perciò solo idonea a favorire la vendita del prodotto.

In linea generale merita ricordare che la forma può essere tutelata come disegno o modello (registrato o di fatto), come marchio, quale espressione di una creatività che raggiunge un portato artistico ai fini della tutela autorale. Ove invece, la forma del prodotto non possa accedere alla protezione qualificata indicata, per mancanza dei requisiti o per ragioni temporali, o per semplice scelta

complementi di arredamento Seletti, caratterizzata dalla riproduzione in materiale pregiato e con funzioni decorativo/estetica delle stoviglie “usa e getta” (piatti, posate, bicchieri di carta etc.), mediante la ripresa parassitaria dei medesimi prodotti, seppure con lievi differenze estetiche, che non consentivano la stigmatizzazione del comportamento illecito ai sensi dell'art. 2598, n. 2, (Trib. Milano 5 luglio 2011, n. 8874, massima in corso di pubblicazione in S.P.I. 2011/2012).

³²⁹ Sul punto, GALLI, *La tutela contro il parassitismo*, in *Il parassitismo nel “nuovo” codice della proprietà industriale*, AA. VV. *La revisione del Codice della Proprietà industriale*, Milano, 2007, p. 105 e ss., il quale sottolinea che nel diritto della proprietà intellettuale viene, oggi, attribuito rilievo preminente alla “protezione dei diritti (...) contro lo sfruttamento parassitario posto in essere ai danni del titolare di essi da terzi non autorizzati (c.d. *free riders*)”, consistente in “appropriazione di utilità che il legislatore vuole riservare al titolare del diritto”.

del creatore, si delinea la possibilità di ricorrere al piano della concorrenza sleale, che può essere fatta valere in via autonoma o dipendente rispetto alle tutele tipiche già indicate.

Con riferimento più specifico alla concorrenza parassitaria, può rilevarsi che l'imitazione ripetuta dei modelli altrui è stata di volta in volta inquadrata come imitazione servile confusoria, appropriazione di pregi, agganciamento, discredito commerciale (e ciò laddove possa ravvisarsi un basso livello qualitativo dei prodotti così realizzati) ed infine può essere valutata come scorretta e quindi contraria ai principi della correttezza professionale.

A prescindere dal carattere confusorio dell'imitazione, e quindi anche ove non ricorra il rischio di confusione per il pubblico, è possibile ritenere sussistente la contraffazione ove si tratti di un prodotto oggetto di privativa. Il titolare del marchio può infatti vietare l'uso di esso per prodotti identici o affini; il titolare del marchio "rinomato" può vietare l'uso di esso per prodotti anche "non affini", se tale uso consente al contraffattore di <<trarre indebito vantaggio del carattere distintivo o della rinomanza del marchio e reca pregiudizio agli stessi>>.

Il titolare di un modello registrato (e non registrato) può agire in contraffazione, ove il suo modello sia riprodotto da altri, pur prescindendo dal rischio confusorio, la contraffazione essendo ravvisabile anche ove vi sia una diversa etichettatura, l'utilizzo di un marchio diverso, canali distributivi diversi o qualità diversa. Si deve registrare nella giurisprudenza una tendenza a traslare il parassitismo dalla ipotesi di inquadramento, nell'ambito della concorrenza sleale confusoria (art. 2598, n. 1, c.c.) ed appropriativa (di cui al n. 2 della

stessa norma) a quella più definitiva dei comportamenti contrari ai principi della correttezza professionale (ipotesi di cui al n. 3).

Con riferimento al settore della moda, deve rilevarsi che lo sfruttamento sistematico del lavoro e della creatività altrui si connota tanto più come parassitario in un settore – quale appunto quello della moda – ove la creatività, l'innovazione, l'originalità appaiono essenziali, non potendosi definire semplici requisiti per la protezione, ma elementi connaturati all'intrinseca essenza della fattispecie. Sono evidenti i vantaggi per il concorrente “parassita”, in termini di economia di tempo, di studio e valutazione delle tendenze di mercato, di costi e di sforzi creativi. Il contraffattore arriva con il prodotto sul mercato rapidamente, senza procedere ad una elaborazione in autonomia, ma sfruttando la conoscenza da altri acquisita in anni e anni di attività. Si sfruttano le indagini di mercato e le campagne pubblicitarie svolte dal concorrente, la forza di penetrazione dell'altrui marchio o segno distintivo, il successo dell'altrui modello. Viene spontaneo il richiamo a famosi modelli di borse, dotati di notorietà universale, già accostati al nome di importanti “*celebrities*”, che mai avrebbero prestato il loro volto per prodotti di qualità inferiore e per marchi meno noti.

Un simile fenomeno sembra a buon diritto inquadrabile nella ricordata previsione di cui al n. 2 dell'art. 2598 c.c., in presenza di atti indubbiamente caratterizzati dall'intento di agganciamento rispetto alla notorietà altrui. Quando tuttavia non ci si limiti all'appropriazione di singoli pregi, ma piuttosto si attui una costante ed ampia equiparazione all'attività del concorrente, essendo questi naturalmente ben conosciuto o, meglio, famoso sul mercato, sfruttando la notorietà dal medesimo acquisita e traendo indirettamente vantaggio dalla sua attività e pubblicità, si può

sicuramente parlare di parassitismo e quindi di concorrenza parassitaria. Quale può essere lo scopo principale di un simile approfittamento? Evidentemente evitare di affrontare i costi promozionali e di attendere il tempo necessario ad acquisire autonomamente un analogo affidamento sul mercato.

Nel settore della moda la concorrenza parassitaria può essere realizzata mediante riproduzione seriale dei modelli altrui, in vasta scala. Ma il fenomeno si pone, come più sottile, ancorché non meno allarmante, ove l'imitazione riguardi solo alcuni modelli, certamente scelti fra quelli più significativi (iconografici di una certa *griffe*) e di maggior successo presso il pubblico.

In tal caso si coglie una sorta di “ispirazione ravvicinata” rispetto ai prodotti altrui, benché “camuffata” mediante l'aggiunta di lievi differenze, per lo più impercettibili rispetto ad un confronto che non sia diretto, fra l'uno e l'altro modello. Spetta quindi al concorrente, ideatore del modello originario, cogliere lo sfruttamento della propria fonte creativa e porre in essere una reazione. Spetterà al giudice valutare la portata delle differenze e la sussistenza o meno della contraffazione, ovvero di quel fenomeno più subdolo e complesso qualificabile come concorrenza parassitaria.

Diverso – e più facile quanto ad individuazione, accertamento e valutazione – è il caso della pedissequa riproduzione di ogni minimo dettaglio del prodotto imitato, così da dar luogo all'imitazione c.d. “a ricalco” o “a pantografo”, o addirittura il caso della riproduzione di tutta una serie di modelli, fino alla pedissequa imitazione di tutta, o di gran parte, della produzione di un noto *brand*, idonea a far ritenere sussistente la concorrenza parassitaria. In simile fattispecie sarà più semplice per il creatore originale del

prodotto smascherare la contraffazione e rappresentare in giudizio il torto subito, ottenendo sicuramente tutela sia in sede cautelare che in sede di merito e, quindi, risarcitoria.

Si può poi segnalare l'orientamento della Sezione Specializzata di Milano, teso a rimarcare un'illiceità del comportamento di colui che imita, anche ove tale imitazione non presenti i requisiti per rientrare nell'ambito di cui alle previsioni dell'art. 2598, nn. 1 e 2, c.c., censurando la condotta come atto contrario ai principi della correttezza professionale e al canone generale di correttezza di cui all'art. 41 Cost.³³⁰.

Nell'ambito dell'evoluzione giurisprudenziale merita di essere segnalato un nuovo fenomeno concorrenziale nel settore della moda che si sostanzia nella diffusione (ad esempio nell'abbigliamento *casual* e negli accessori) di prodotti che si caratterizzano per riprodurre esclusivamente o in combinazione fra loro i marchi, i loghi, i temi ricorrenti più celebri del settore della moda³³¹. Tale sistematica riproduzione è indubbiamente espressa in modo particolarmente accattivante ed appariscente.

Talvolta questi segni e questi temi celebri sono parzialmente modificati o rivisitati, a volte combinati fra loro e con segni diversi,

³³⁰ Trib. Milano 2 maggio 2010, riguardante una serie di lampade; Trib. Milano 23 febbraio 2010, riguardante ponti sollevatori; Trib. Milano 2 luglio 2012, per una serie di arredi; in www.Darts-IP.com V, inoltre, G. Ghidini, La "correttezza professionale" (art. 2598, n. 3 cod. civ.) tra due ordinamenti costituzionali, in *Riv. dir. ind.*, 2011, VI, 239 ss.

³³¹ Oltre alla disposizione di cui all'art. 5, comma2, c.p.i., si può considerare originale il prodotto modificato o alterato da un terzo: Trib. Milano 21 febbraio 1977, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1979, n. 1145; Trib. Milano 1980, *ivi* 1980, n. 1311; Trib. Milano 22 giugno 1981, *ivi*, 1982, n. 1505; Trib. Milano 18 maggio 2004, *ivi*, 2004, n. 4748, confermata in sede di relamo con ord. 22 giugno 2004, *ivi*, n. 4754, riguardanti il monogramma Louis Vuitton; Trib. Firenze, decr., 9/11 febbraio 2011, caso Louis Vuitton; Trib. Firenze 13 novembre 2006; ord. 14 dicembre 2006; ord. 11 febbraio 2011, tutti i casi riguardanti il disegno "check" della Burberry.

ma in modo tale da essere sempre e volutamente identificabili. E' innegabile che l'attrattiva di tali prodotti è determinata da questa immediata riconoscibilità e la formula del loro successo è da ricercarsi proprio nell'idea ironica e parodistica che ne deriva, in un'ottica dissacrante che piace soprattutto ai giovani. Tuttavia, le rivisitazioni non sembrano ignorare o voler eludere la forza attrattiva dei segni celebri, che vengono utilizzati per tale operazione, ma anzi la confermano, essendo detti segni celebri capaci di trasformare anche un'operazione stilistica e creativa di modesto rilievo in un'attività commerciale redditizia, di successo e sicuramente scelti proprio per sfruttare tale forza attrattiva. Gli artefici di tali operazioni, di contro, si reputano autorizzati ad un simile utilizzo dei segni e modelli altrui, in quanto – si dice – non li utilizzano in forma distintiva, bensì ornamentale e satirica, per trasmettere al pubblico un messaggio diverso rispetto alle griffe famose, pur se in qualche modo ironicamente tributario rispetto ad esse. Si sottolinea come i prodotti mai possono essere confusi e/o collegati all'attività del *brand* più famoso. Si nega quindi che l'operazione sia finalizzata o comunque idonea ad uno sviamento della clientela o che finisca per diluire la capacità distintiva dei marchi celebri o per recare pregiudizio alla loro rinomanza.

Ci si ispira a filosofie di vita e a movimenti artistici, dalla “*Pop Art*” alla “*Appropriation Art*”, ed in termini giuridici si fa riferimento in particolare alla sentenza della Corte di Giustizia CE del 23 ottobre 2003 (*Adidas/Fitnessworld*), che ha escluso la contraffazione nel rilievo che il segno (nella specie le due bande parallele) venisse percepito dal pubblico come una decorazione.

Tuttavia, è evidente come il caso *Adidas* si occupasse di un'ipotesi molto più attenuata rispetto al fenomeno di cui si sta

riferendo, dal momento che in quel caso si trattava solo di due bande parallele, elemento che ben poteva essere visto come semplice decorazione di carattere geometrico, indubbiamente molto diffusa nei settori più svariati. Diverso e di ben altra portata è l'ipotesi in cui si riproducano volutamente e dichiaratamente i marchi, i loghi, le forme delle *griffe* più celebri, con l'intento di prodotti aventi una diversa provenienza, così utilizzati dal concorrente, senza evidentemente aver acquisito il consenso degli aventi diritto.

2. Gli strumenti giuridici anti “pirateria” in America.

In ambito moda e *luxury goods* ci riferiamo in particolare al fenomeno della pirateria/copia. Esistono diversi tipi di copie dei prodotti di lusso:

- Imitazioni: prodotti che imitano l'originale richiamandone tutte le caratteristiche principali senza utilizzarne il marchio. Difficilmente possono essere confusi con il prodotto imitato (imitazione di una borsa di Gucci, senza logo).
- Contraffazioni: prodotti che cercano di imitare l'originale nel più piccolo dettaglio, con lo scopo di trarre in inganno il consumatore. Si tratta di imitazioni illegali, in quanto riproducono – oltre al *design* – anche il marchio dell'originale senza autorizzazione (una borsa *Hermès*, contraffatta con il logo).
- Originali: prodotti originali venduti contro la volontà del produttore/fornitore. Ne sono un esempio i beni introdotti in un mercato tramite “importazioni parallele”, beni rubati e rivenduti, o prodotti frutto di *over-running* (sub-fornitori delle grandi *griffe* che

realizzano un numero di prodotti superiore a quello previsto dal contratto con il committente, da destinare alla vendita in proprio).

- *Knockoff Fashion*: prodotti che imitano nel dettaglio gli originali, ma senza riprodurne il marchio. La differenza rispetto alle imitazioni risiede nel fatto che i prodotti *knockoff* interpretano e ripropongono i *trend* elaborati dalle grandi griffe con precisione e possono essere confusi con gli originali. Sono in genere commercializzati a prezzi accessibili dalle grandi catene “*fast-fashion*” (Zara, H&M, Forever 21).

Il fenomeno della contraffazione produce in realtà benefici per il settore della moda e dei beni di lusso, infatti la diffusione di un oggetto contraffatto impone ai *designer* di creare un “nuovo *look*” che sostituisca il precedente, ormai troppo comune ed inflazionato. Come conseguenza i consumatori “*high end*” sentono la necessità di acquistare i nuovi oggetti proposti, allo scopo di ri-affermare la propria appartenenza ad uno *status* sociale superiore e comunicando tale appartenenza con il nuovo oggetto di lusso del momento.

La copia delle collezioni di moda, tanto di disegnatori famosi come disegnatori emergenti, è ormai un fenomeno con il quale conviviamo quotidianamente. Gli strumenti a tutela della creatività previsti dalla proprietà intellettuale ed industriale trovano diversa applicazione nell’ottica statunitense ed in quella dell’Unione europea, soprattutto per quanto concerne i cosiddetti *knockoffs*.

Un’interpretazione estensiva del concetto di contraffazione del marchio, tesa ad estenderla da attività confusoria fino ad attività parassitaria e quindi protezione del marchio in quanto tale, senza che dalla copia dello stesso sorgesse confusione in merito all’origine o alla qualità dei prodotti contraddistinti, ha consentito di superare tali

obiezioni e ampliare la funzione del marchio da tutela del consumatore a tutela del titolare del marchio contraffatto. L'ulteriore osservazione secondo la quale in ogni caso il consumatore che si poteva permettere l'originale, non avrebbe mai comprato il falso e viceversa, si rileva priva di fondamento anche in tempi precedenti all'attuale crisi economica, quando parecchi personaggi famosi sono stati scoperti in possesso di prodotti falsi di famose marche del settore moda, soprattutto in virtù dell'enorme somiglianza con gli originali ormai raggiunta dalle copie (cosiddetta "confusione post-vendita"), fino ad arrivare al paradosso, per cui in pochi crederanno che chi non si potrebbe permettere un prodotto "di marca" e lo riesce a comprare, a seguito di sacrifici non da poco, abbia davvero comprato un originale, mentre l'acquisto di una copia da parte di chi avrebbe potuto permettersi l'originale, sortirà l'effetto esattamente contrario.

In inglese tali copie prendono il nome di *knockoffs* (o *mock-offs*) e non è mai stato facile stabilire quando si tratti di imitazione illecita e quando di un'ispirazione suscitata dalle tendenze della moda.

Autorevole dottrina ha elaborato il concetto del "paradosso della pirateria"³³², in base al quale le tendenze della moda verrebbero consolidate e si rinnoverebbero più rapidamente proprio grazie all'esistenza di tali imitazioni che avrebbero pertanto il compito di diffondere la nuova tendenza rendendola alla portata di tutti i portafogli, in una missione di "democratizzazione" della moda, tale per cui, la tendenza invecchia prima e viene rapidamente sostituita con una nuova dai *designer* delle marche più prestigiose.

³³² K. RAUSTIALA, C. SPRINGMAN, *The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design*, 2006, p. 23

Anche senza voler mettere in dubbio il fatto che la moda vive di tendenze e che i vari disegnatori di moda si ispirano vicendevolmente, non è sempre vero e pacifico che le imitazioni di cui stiamo parlando, di qualità normalmente inferiore rispetto agli originali e senza il marchio “di prestigio”, siano appetibili solo per un pubblico sostanzialmente diverso da quello che compra i disegni di moda originali. A tale proposito non ci si vuole riferire solo allo “scontro” di due case di moda famose e posizionate ad un livello di mercato molto simile, se non identico, vale a dire al caso ormai datato (1997) in cui *Yves Saint Laurent* vinse in Francia una causa contro *Ralph Laurent* per la copia di un *tuxedo dress* nero, ottenendo un risarcimento economico di 395.000 dollari in applicazione della legge francese sul Diritto d’Autore, particolarmente sensibile alla protezione dei *fashion designs* come recentemente confermato da varie cause vinte da *Desigual*, in terra di Francia, grazie all’applicazione di tale legge.

Ci si vuole riferire, invece, soprattutto ad esempi di pirateria di marchi come *Croc* e *Ugg*, le cui calzature vengono copiate su larga scala e vendute con altri marchi ad un pubblico di consumatori estremamente vario, gran parte del quale si potrebbe senza ombra di dubbio permettere gli originali, comportando in questo modo un danno economico, non da poco, per le case di moda titolari dei marchi di cui sopra. Senza dimenticare, inoltre, i casi sempre più frequenti di famosi *fashion designers*, che collaborano con case di moda tipicamente inquadrabili nella fascia dei produttori di *knockoffs*, quali ad esempio *Karl Lagerfeld* (per *H&M*), *Isaac Mizrahi* (per *Target*), *Jimmy Choo* (per *H&M*), *Marc Eisen* (per *Wal-Mart*): fenomeno per il quale ormai la distinzione tra una marca d’alta moda ed una marca di *knockoffs* non è più così netta come

prima, di conseguenza i relativi consumatori tendono a mischiarsi, mentre un'adeguata protezione di proprietà intellettuale per i *fashion designers* è probabile che spingerebbe ulteriormente i famosi *fashion designers* a disegnare collezioni più economiche, per marche meno care e meno rinomate.

Il pericolo rappresentato dalle società che si dedicano solo ed esclusivamente alla pirateria delle collezioni di moda altrui, senza creare nulla di nuovo è serio e reale, in quanto, tali società, non vanno incontro a nessun costo, che sarebbe rappresentato dal pagamento di *fashion designers* (non li prevedono) o da modelli di una collezione di moda che non hanno successo (non li copiano), mentre anche quando incorrono in cause giudiziali per pirateria e le perdono, il risarcimento danni che saranno tenute a pagare non intacca la solidità economica che hanno raggiunto grazie ad un'attività di copiatura estremamente differenziata.

Una recente sentenza della giurisprudenza americana ha definita la moda come “*a form of ugliness so intolerable that we have to alter it every six months*”³³³. Nella stessa frase di chiusura il giudice si augura che in futuro questa “bruttezza” rappresentata dalla moda, trovi maggiore spazio nel mercato che le compete, piuttosto che invadere le aule dei tribunali. Le creazioni di moda negli Stati Uniti, da sempre, hanno goduto di una protezione limitata rispetto al panorama europeo, anche in virtù della giovane età del continente americano rispetto al “vecchio continente” e quindi dell'interesse a poter copiare liberamente, cosa già peraltro avvenuta a suo tempo nel campo del Diritto d'Autore applicato alla letteratura.

³³³ *United States District Court Southern District of New York* sul caso che ha visto coinvolte le case di moda Gucci e *Guess* (maggio 2012).

La necessità di proteggere i primi scrittori americani aveva spinto, a suo tempo, una più rigida applicazione del Diritto d'Autore negli Stati Uniti, così ora l'interesse a proteggere i disegnatori di moda statunitensi sembra spingere la tutela della Proprietà Intellettuale ed Industriale d'oltreoceano a seguire le orme europee, soprattutto in tema di *Design*.

Negli Stati Uniti attualmente la protezione delle collezioni del settore moda avviene attraverso *Copyright*, *Trade Dress* e *Design Patent*. Solo in tempi recenti è stato riconosciuto alla moda il merito al *Copyright*, o per lo meno ad alcune creazioni della moda, lo *status* di “arte”, necessario, affinché venga tutelata dal Diritto d'Autore: per decenni si è infatti ritenuto che la moda servisse solo per coprire il corpo, che avesse quindi una sua finalità, un'utilità che se non si fosse potuta separare da un eventuale suo aspetto artistico, non avrebbe potuto portare alla protezione di tale aspetto tramite *Copyright*. In mancanza di questa “separabilità” tra l'elemento funzionale e quello artistico del prodotto di moda in questione, la protezione del *Copyright* verrebbe negata, come nel caso *Galiano v. Harrah's Operating Co.* (2005), o come nell'opinione contraria di uno dei giudici nel caso *Kieselstein-Cord v. Accessories by Pearl* (1980). D'altronde, il timore dei giudici e dei legislatori statunitensi è comprensibile: dal momento che il *Copyright* protegge l'apparenza globale di un prodotto, applicandosi quindi anche all'eventualità di imitazioni fatte con materiali di scarsa qualità e con rifiniture scadenti, il rischio è che venga proibita qualsiasi imitazione sostanziale, simile ad un originale, con la conseguenza che i disegnatori di moda, si dovrebbero preoccupare costantemente di essere citati in giudizio.

Il marchio tridimensionale *Trade Dress* ha come requisiti di protezione la capacità distintiva (per sé o acquista attraverso “*secondary meaning*”) e la non funzionalità o componente estetica della forma in cui consiste. Il più difficile da provare, tra questi requisiti, è senza dubbio la sussistenza della capacità distintiva, soprattutto dopo quanto deciso dalla *U.S. Supreme Court* nel caso *Samara Brothers v. Wal-Mart* (1998), dove si afferma che le collezioni di moda, raramente distintive in quanto tali, avrebbero sempre bisogno del ricorso al “*secondary meaning*” per raggiungere una qualche distintività. Dal momento che per vedersi riconoscere il “*secondary meaning*” ci vuole tempo e le collezioni di moda godono di vita effimera e passano velocemente “di moda”, la decisione in esame, ha sancito un precedente importante riconoscendo una possibile capacità distintiva al solo *packaging design* ma raramente ad un *fashion design*, essendo quest’ultimo dettato più da ragioni estetiche che distintive.

La successiva decisione sul caso *Coach Inc. v. We Care trading Co.* (2001) fece eccezione alla regola, nel quale la società *Coach* è riuscita a dimostrare, attraverso la testimonianza di esperti del settore, analisi di mercato e materiale pubblicitario, che il *design* delle proprie borse aveva raggiunto una certa capacità distintiva grazie al “*secondary meaning*”.

Non è affatto facile poter dimostrare nel campo delle creazioni di moda il requisito della non ovvietà, dal momento che in tale settore i nuovi modelli presentano spesso lievi varianti rispetto a quelli che li precedono. Se a ciò si unisce la lunga attesa per vedersi riconosciuta un’esclusiva di questo tipo (circa 2 anni) e il suo costo, che ammonta a parecchie migliaia di dollari, non stupisce il fatto che poche case di moda si servano di tale strumento per la protezione delle proprie

creazioni. In questo caso l'eccezione alla regola è rappresentata da *Jimmy Choo*, casa di moda titolare di centinaia di *design patents*, in gran parte relative a modelli di scarpe ed in minor parte a modelli di borse.

Nel marzo del 2006, allo scopo di migliorare la difesa delle creazioni della moda, è stato presentato un modello di legge che integrerebbe il titolo 17 (*Copyright Act*, 1976) del *United States Code* e che comprenderebbe un'ulteriore eccezione alla regola generale della cosiddetta "*utilitarian doctrine*", aggiungendo nel Capitolo 13 ("*Protection of original designs*" la voce "*fashion designs*" alla precedente eccezione rappresentata da "scafi di barche" ("*vessel hulls*"). In realtà il Congresso aveva dimostrato una certa "flessibilità" nell'applicare il *Copyright* anche ad un'altra categoria di cosiddetti *useful artiche*, vale a dire i "disegni di architettura" ("*Architectural Works Copyright Protection Act*", 1990). Tale progetto di legge, nato col nome di "DPPA" ("*Design Piratcy Act*"), ha subito varie modifiche, fino ad arrivare all'ultima versione del settembre 2012, con il nome di "*Innovative Design Protection Act of 2012*" ("*IDPA*"). Quest'ultima versione prevede una protezione di 3 anni per "*fashion designs*" contro copie "sostanzialmente identiche", attivabile in giudizio dal titolare del "*fashion design*" che si ritiene copiato solo dopo aver informato, con un preavviso di 21 giorni, l'autore delle presunte copie sui diritti che si considerano violati e sulla data in cui gli articoli che si considerano copiati sono stati divulgati al pubblico. La ragione di tale obbligo di notifica previa all'azione di 21 giorni risiede nel tentativo di sanare la disputa a livello stragiudiziale, evitando così che la lite giunga in giudizio.

Con riferimento alla tutela extra-giudiziale è importante rilevare che all'interno della comunità creativa del settore vigono una serie di

norme sociali che sostituiscono e/o rafforzano gli strumenti legali di tutela. In particolare uno stile percepito dagli *opinion leader* e dai media come eccessivamente derivativo viene fortemente criticato, perciò questa pratica è disincentiva. Inoltre, il fatto che la presentazione dei nuovi stili avvenga simultaneamente durante le c.d. “*Fashion Week*” in generale impedisce – almeno per qualche mese – che le novità di un designer vengano riproposte nell’immediato da un concorrente (anche se negli ultimi anni i progressi nelle tecnologie produttive permettono di realizzare in poche settimane un capo a partire da una fotografia scattata durante una sfilata).

3. Le soluzioni europee.

Nell’Unione Europea, a differenza degli Stati Uniti, un passo importante in vista di una protezione più adeguata delle collezioni di moda è stato fatto con la creazione del *Design Comunitario* (Regolamento CE 6/2002), tanto registrato come non registrato, successivamente all’armonizzazione delle legislazioni su disegni e modelli degli Stati membri dell’Unione Europea (Direttiva 98/71/CE).

In Europa, diversamente dal progetto di legge statunitense, che prevedrebbe l’estensione della protezione del *Copyright* fino a ricomprendere *fashion designs*, è stata preferita la strada di una protezione comunitaria attraverso disegni e modelli, con una durata di massimo 25 anni (rinnovabile ogni 5 anni) se registrati e di 3 anni dalla data di divulgazione se non registrati.

Il *design* comunitario non registrato è gratuito, ultimo tipo di protezione, è particolarmente adatto al mondo della moda, dove la

creazione di collezioni, minimo due volte l'anno, comprenderebbe ingenti spese di protezione se tutti gli articoli di una collezione andassero protetti tramite registrazione. Invece, in questo modo, si può approfittare non solo dei 3 anni di protezione gratuita come *design* comunitario non registrato, ma anche del cosiddetto anno di grazia, vale a dire del primo anno dalla data di divulgazione, entro il quale è ancora possibile decidere se registrare o meno alcuni o tutti gli articoli della collezione di moda, godendo, in caso di registrazione della protezione come *design* comunitario registrato, dei rimanenti 24 anni previsti dal Regolamento.

La possibilità dell'anno di grazia è particolarmente utile nel settore della moda, poiché un anno è un periodo più che sufficiente per valutare se una creazione sta avendo successo e decidere se registrarla e godere di una protezione più lunga, oppure non registrarla e godere, in ogni caso, di altri due anni di protezione come *design* comunitario non registrato. Non dimentichiamo comunque, che la protezione del *design* comunitario registrato è più ampia di quella prevista dal non registrato, limitandosi, quest'ultima, a perseguire le copie evidenti ed in mala fede, mentre la prima permetterebbe di prevalere anche contro articoli creati da terzi in buona fede ma in una data successiva alla registrazione di *design*.

Il *design* comunitario registrato, inoltre, prevede la possibilità del cosiddetto *design* multiplo (senza un limite massimo), in virtù del quale possono essere ricompresi in un'unica registrazione tutti i disegni o modelli che si desiderano senza doverli registrare individualmente e senza dover affrontare costi astronomici.

In Irlanda, nel 2007, nonostante la limitata protezione conferita dal *design* comunitario non registrato, una disegnatrice di moda,

Karen Miller, ha vinto un giudizio avente per oggetto un procedimento cautelare contro i grandi magazzini *Dunnes Stores* sulla base di tre *design* di abiti da donna non registrati, ma divulgati nell'Unione Europea non più di tre anni prima e pertanto protetti da *design* comunitario non registrato.

Il giudice, nella disputa in esame, dopo aver stabilito chi dovesse essere nel caso di specie “l'utilizzatore informato” (*a woman with a keen sense of fashion, a good knowledge of designs of women's tops and shirts previously made available to the public, alert to design and with a basic understanding of any functional or tecnica limitations on designs for women's tops and shirts*”) e aver riconosciuto agli abiti di *Karen Millen* di *design* comunitari non registrati in quanto dotati di entrambi i requisiti previsti dalla legge (novità a carattere individuale), ha deciso in favore della parte attore, condannando la convenuta alla consegna delle merci contraffatte, nonché al pagamento di un risarcimento del danno.

Altro caso di applicazione del *design* comunitario non registrato (ma in questo caso anche registrato) è rappresentato dalla causa che *Jimmy Choo Ltd.*, parte attorea, ha vinto nei confronti della *Towerstone Ltd.*, convenuta, nel 2008, per la copia della borsa *Ramona*, oggetto di protezione come *design* comunitario e non registrato.

La protezione garantita alle collezioni di moda nell'Unione Europea, dal recente strumento del *design* comunitario registrato e non registrato, non esclude ovviamente il ricorso ad altri diritti esclusivi della Proprietà Intellettuale ed Industriale, quali in *primis* il Diritto d'Autore (soprattutto in Francia, come ricordato in precedenza) ed il marchio (in particolare il marchio tridimensionale

e, come nel caso che si analizzerà a continuazione e che ha interessato tanto gli Stati Uniti quanto l'Unione Europea, il marchio di colore).

4. Il caso Louboutin-Yve Saint Laurent.

Christian Louboutin, nei primi anni novanta, iniziò a dipingere di rosso la suola di tutti i modelli delle sue scarpe, tanto con i tacchi, quanto senza. Il motivo di tale colorazione rossa, per sua stessa ammissione, è quello di voler trasmettere un messaggio sexy, di energia, passione e seduzione. *Christian Louboutin*, nel gennaio del 2011, invia una diffida a *Yves Saint Laurent*, sulla base dei suoi diritti di esclusiva di marchio colore rosso applicato alla suola di scarpe da donna, richiedendo il ritiro del mercato di quattro modelli della collezione *Cruise* di *YSL*: i modelli *Tribtoo*, *Palais* e *Woodstock*.

I modelli di scarpe di *YSL* in questione, vale la pena sottolineare fin da subito, non hanno solo la suola rossa bensì sono integralmente rossi. A seguito del rifiuto da parte di *YSL* di soddisfare le pretese di *Louboutin*, quest'ultimo richiede un provvedimento d'urgenza sulla base di contraffazione di marchio, diluizione di marchio e concorrenza sleale, cui *YSL* risponde con domanda riconvenzionale richiedendo la cancellazione del marchio di *Louboutin* "suola di colore rosso" per mancanza di capacità distintiva e perché consiste in un aspetto ornamentale e tecnico di un prodotto, oltre al risarcimento danni per concorrenza sleale.

Nell'opinione del giudice di prima istanza, chiamato a decidere, si legge che un colore può essere considerato marchio solo per istintività acquisita a seguito di “*secondary meaning*”, mentre al contrario non è proteggibile come marchio un colore che sia funzionale al prodotto, o che influisca sul suo prezzo o sulla sua qualità. Inoltre, nel mondo della moda un colore si utilizza più per ragioni estetiche ed ornamentali che per ragioni di istintività (“*non trademark functions*”) e solo in combinazione con altri colori, ad esempio nel caso del multi cromatico logo di *Louis Vuitton* o nei tipici riquadri multicolori di *Burberry*, può essere ravvista una finalità distintiva. Lo stesso *Christian Louboutin* ha dichiarato di aver scelto il colore rosso per le soles delle sue collezioni di scarpe da donna per attribuire loro un carattere sexy, di energia, di passione e seduzione, tutte caratteristiche “non di marchio”.

Analizzando poi la posizione del convenuto *YSL*, il giudice riconosce come motivo, alla base della scelta di quest'ultimo di adottare il colore rosso, il fatto che si tratta di una collezione di vestiti e scarpe che evocavano la Cina, e che hanno nel rosso il colore prevalente, nel caso delle calzature, si tratta addirittura di scarpe completamente rosse. Anche nella scelta di *YSL* il rosso viene pertanto utilizzato non per distinguere ma per decorare.

Il giudice conclude rigettando la richiesta di provvedimento d'urgenza, presentata da *Louboutin*, dato che il fatto di applicare un colore inusuale alla suola delle scarpe, le rende attraenti e non ha la funzione di marchio. Se venisse riconosciuta una tutela di marchio e quindi un monopolio, sul colore rosso ad un unico disegnatore di moda, la conseguenza sarebbe quella di falsare la libera concorrenza sul mercato, in particolare, in un mercato come quello della moda

dove i colori cambiano di stagione in stagione ed hanno un'importanza primaria.

Nella decisione del giudice della *United States District Court Southern District of New York* viene fatto anche un parallelo alquanto discutibile tra la situazione in esame, relativa ad una disputa su un diritto di esclusiva su un marchio, e l'eventualità fittizia che si sarebbe verificata nel caso in cui Picasso all'epoca del suo periodo blu (indigo), avesse ottenuto un diritto di esclusiva su quest'ultimo colore, potendo pertanto proibire a *Monet* una ventina di anni dopo l'utilizzo di tale colore per dipingere le famose *Ninfee*.

Christian Louboutin contro tale sentenza ha presentato appello, la decisione sul quale, resa alla fine della scorsa estate, non ha cambiato le sorti di *YSL*, ma ha migliorato un poco quelle di *Louboutin*, riconoscendo a quest'ultimo il diritto di esclusiva di marchio "suola di colore rosso", a condizione che il resto della scarpa sia di un altro colore.

Si evidenzia una decisione importante per lo stilista *Christian Louboutin*, che era partito in quarta attaccando chiunque facesse uso di soles rosse e perdendo ogni singola causa per non essere riuscito, in modo abbastanza incredibile, a provare l'acquisizione di capacità distintiva del suo marchio attraverso "*secondary meaning*".

Il giudice d'appello della causa che l'ha visto protagonista contro *YSL*, gli ha perlomeno riconosciuto tale "*secondary meaning*", a differenza, ad esempio, dei colleghi europei nelle cause francesi intentate contro *Zara* e *Cesare Paciotti*.

Nel caso che ha visto coinvolta *Zara*, la società spagnola ha ritenuto poco chiara e precisa la registrazione di marchio francese

“suola di scarpe di colore rosso” di *Christian Louboutin* (risalente all’anno 2000 e successivamente base di una registrazione internazionale di marchio) in quanto non consiste nel colore rosso, ma presenta anche la firma del disegnatore *Christian Louboutin*, le diciture “vero cuoio” (in italiano) e “made in *Italy*”, ed il numero 39, oltre al fatto che non si capisce che si tratta di una suola di scarpe. A riprova di ciò, lo stesso *Christian Louboutin* ha provveduto, in tempi recenti, a registrare nuovamente il proprio marchio “suola di scarpe di colore rosso” in modo più chiaro e preciso. Zara è inoltre una società di moda che si dedica principalmente all’abbigliamento e presenta pochi modelli di scarpe, ad un prezzo peraltro molto inferiore ai prezzi di *Louboutin* (49 euro, 10 volte inferiore), con la scritta ZARA a chiare lettere presente sulla suola ed in negozi molto diversi da quelli di *Louboutin*.

Sempre in Francia, troviamo il caso che ha visto come convenuto Cesare Paciotti, oltre alle stesse considerazioni sulla poca chiarezza per mancanza di istintività del marchio di *Louboutin* “suola di scarpe di colore rosso” svolte nel procedimento Zara, si è aggiunto il fatto che come ulteriore elemento differenziatore sulla suola delle scarpe di Paciotti, appare un logo stampato all’interno di una cornice nera. *Christian Louboutin* discusse qualche anno fa con l’Ufficio Brevetti e Marchi statunitense su quella che doveva essere la nuova definizione del suo marchio registrato “suola di scarpe di colore rosso” (in particolare sulla corretta definizione della “parte restante della scarpa”), in quella che si può definire una ben magra consolazione.

Nell’Unione Europea, grazie soprattutto alla creazione del *design* comunitario registrato e non registrato, le collezioni di moda possono essere protette in modo adeguato di fronte al fenomeno della pirateria

dei c.d. *knockoffs*, lo stesso non si può dire degli Stati Uniti, anche alla luce dei recenti esempi giurisprudenziali.

Gli Stati Uniti sono un paese dove il diritto si crea prevalentemente nei tribunali piuttosto che attraverso leggi scritte e codici, l'interpretazione quanto meno restrittiva che i giudici danno degli strumenti della Proprietà Intellettuale ed Industriale quando vengono chiamati ad applicarli al mondo della moda non fa ben sperare. D'altro canto, l'annoso progetto legislativo, avente per oggetto il *fashion design*, non sembra allo stato attuale sufficiente a garantire una protezione adeguata alle creazioni della moda, soprattutto per la mancata previsione di un *design* non registrato come quello comunitario. Il timore degli statunitensi che una protezione maggiore delle creazioni della moda possa portare da un lato ad un rallentamento nel ricambio delle tendenze e dall'altro ad un proliferare di cause giudiziali, in particolare in virtù dell'endemica passione per questo tipo di strumento per dirimere le liti che va loro riconosciuta, non sembra trovare riscontro nell'esperienza europea.

La Proprietà Intellettuale ed Industriale oltre a proteggere non solo i famosi disegnatori di moda ma anche quelli emergenti, applicata al mondo della moda in maniera adeguata potrebbe essere un ottimo deterrente, anche negli Stati Uniti come già in Europa, teso a limitare le copie ed a incentivare la soluzione delle controversie in via stragiudiziale.

5. Le questioni sul Made in Italy.

Nel mondo c'è chi sostiene le proprie vendite facendo credere che si tratti di produzione italiana: cosa del tutto legittima se fosse vera, ma che ricade nell'agganciamento parassitario altrui, in tutti gli altri casi. Tutti questi casi d'induzione in errore (*fallacia*) circa l'origine italiana vengono complessivamente individuati col termine di "*Italian Sounding*" e costituiscono una pratica tutt'altro che infrequente nei mercati esteri a maggior tasso di crescita, coinvolgendo tutti i settori industriali di punta dell'economia italiana, soprattutto, quelli associati al buon gusto e al senso della "dolce vita". Oltre alla moda, ci sono anche gli alimentari e il settore dell'arredamento. Il danno che l'*Italian Sounding* comporta alle imprese italiane sui mercati esteri è di notevole rilevanza in termini di mancate vendite; nel caso degli alimentari, per esempio, si stima che tale valore sia pressoché uguale a quello delle esportazioni effettive. Quasi a dire che senza l'*Italian Sounding* il nostro mercato potenziale sarebbe almeno grande il doppio di quanto già sia. Ciò, soprattutto in quei Paesi, come Cina e Russia, dove il consumatore medio è sempre orientato al consumo di *status symbol* e la provenienza italiana è associata all'immagine di prodotti dall'alto valore posizionale.

L'*italian sounding* ha un problema: non ha solo un fronte esterno; ne esiste anche uno interno, legato al far supporre il consumatore nazionale, che un prodotto sia stato realizzato in Italia al solo fine di poter richiedere un prezzo elevato. Su questo aspetto è intervenuto il Parlamento, con la legge n. 166 del 20 novembre 2009³³⁴ e con un recente coinvolgimento delle Camere di

³³⁴ Legge di conversione del D.L. 25 settembre 2009, n. 135. Le norme contenute in tali provvedimenti vanno, a loro volta, coordinate con l'art. 4,

Commercio³³⁵, per poter tutelare il consumatore nel suo diritto alla trasparenza, a poter ben valutare la merce che gli viene proposta. In un certo senso, la contraffazione non esiste solo quando si ruba l'identità o i segni distintivi altrui, ma anche quando si fa presumere una caratteristica che non è presente realmente nel prodotto che si offre al consumo. In pratica, anche il titolare di un marchio può essere colpevole della contraffazione del proprio prodotto, se induce il consumatore a credere di averlo realizzato in Italia, mentre così non è stato. Tuttavia, anche se la predetta norma ha una sua piena giustificazione, risente di limiti evidenti e, in parte, anche controproducenti.

Il concetto di mercato interno, in senso nazionale, si sovrappone e si dissolve nella più ampia accezione comunitaria; siccome ciò che vale per tutta la UE deve valere anche sul nostro territorio, ma non è automaticamente vero il contrario, a seguito della L. n. 166/09 si sono create due situazioni anomale.

La prima è che i produttori non italiani, come ad esempio quelli francesi, non sono tenuti ai medesimi obblighi cui sono tenuti quelli italiani, creando con ciò una diversità di trattamento e uno squilibrio concorrenziale, a nostro sfavore, che a rigore dovrebbe essere precluso, ai sensi dei trattati istitutivi della UE.

La seconda è che, siccome il principale applicatore della Legge in discorso sono le Dogane italiane, le quali sono anche le uniche a doverla rispettare, gli operatori italiani che realizzano parte delle loro produzioni fuori dall'Italia, immettono le loro merci in

comma 49, della legge finanziaria per il 2004 (L. 24 dicembre 2003, n. 350) che ha introdotto nel nostro ordinamento il reato di false o fallaci indicazioni di provenienza o di origine (si veda anche l'art. 1, D.L. 14 marzo 2005, n. 35).

³³⁵ Si veda l'art. 43, D.L. 22 giugno 2012.

libera pratica attraverso altre dogane comunitarie. Così, cioè, il danno e la beffa. La beffa sta nell'aggiramento della norma, il danno, invece, è duplice. C'è quello a carico del consumatore, che si crede tutelato, ma può comunque incorrere in un errato apprezzamento di ciò che gli viene offerto e c'è il danno per il sistema logistico nazionale. Sempre meno merci, infatti, vengono sdoganate nei porti nazionali, a tutto vantaggio per la logistica del nord Europa.

Il consumatore deve essere pertanto informato dell'origine del prodotto che gli viene offerto, in una *boutique*, come al supermercato. Infatti, due beni con la medesima etichetta di origine possono avere storie produttive molto diverse; in un caso si potrebbe trattare di un bene "interamente ottenuto" in un dato Paese, mentre l'altro potrebbe aver subito lì solo "l'ultima trasformazione sostanziale".

Nei casi in cui la produzione di un bene abbia coinvolto più Paesi, si ricorre all'ultima trasformazione sostanziale. Tale principio è saldamente radicato nell'architettura normativa del *WTO*, prima ancora che in quella comunitaria. Va da sé che una legge nazionale che stabilisse che occorranò più trasformazioni in un medesimo Paese, per conferire l'origine, come aveva tentato di imporre la Legge Reguzzoni-Versace, contrasterebbe sia con l'ordinamento comunitario, che con gli accordi di armonizzazione doganale stabiliti in sede *WTO*, come *l'Agreement on Rules of Origin*³³⁶. La predetta Legge, mai entrata in vigore, poiché in contrasto con l'ordinamento comunitario, è stata una risposta forte a un'indubbia esigenza di equità sostanziale, avvertita all'interno del nostro Paese. Anche se di nomenclatura doganale si tratta, dobbiamo prendere atto che la

³³⁶ Sugli obiettivi e sui principi dell'*Agreement on Rules of Origin*, si rinvia al sito del W.T.O. http://www.wto.org/english/tratop_e/roi_e/roi_info_e.htm.

denominazione d'origine italiana abbia assunto la valenza di marchio collettivo. Per esempio, riguardo all'abbigliamento e ai prodotti di moda. Per cui, se accettiamo che il valore principale del *made in Italy* sia una sorta di capitale reputazionale che abbiamo costruito nel tempo, con il concorso di filiere produttive complete e capaci di trasformare le materie prime in sogno, ebbene, è proprio qui che si giunge al punto. Infatti, se è chiaro chi abbia contribuito a creare questa reputazione, chi ha diritto, ora, in un mondo globalizzato, a trarne i frutti: chi ancora produce in Italia, o chi commercializza cose fatte in gran parte altrove? E pensando a quel vincolo doganale che associa l'origine di un prodotto all'ultima trasformazione sostanziale, è sufficiente dare un contributo finale, per meritarsi un premio che l'immaginario collettivo globale associa a un'italianità quasi totale?³³⁷ Il problema deriva dal fatto che in Europa non esista l'obbligo della marcatura d'origine sui prodotti, indipendentemente che siano realizzati in un Paese membro, o siano di provenienza *extra-UE*³³⁸. I motivi sono legati all'esigenza di facilitare la costruzione del mercato interno e sono profondamente radicati nei precedenti giudizi della Corte di Giustizia Europea che, in passato, ha cassato quelle leggi nazionali che prevedevano l'obbligo dell'indicazione di provenienza sui loro prodotti. Come è accaduto

³³⁷ La Legge Reguzzoni – Versace aveva proposto una sorta di *aurea mediocritas*, di giusto mezzo: se le fasi della filiera sono quattro, ce ne vogliono almeno due per aver diritto a beneficiare della reputazione di cui il *made in Italy* gode nel mondo, così come in patria. Personalmente, ne avevo subito rilevato l'impraticabilità e il contrasto con la normativa europea ed internazionale. Avevo, per altro, consigliato, di modificare il punto: due su quattro, di cui sempre l'ultima "trasformazione sostanziale"; questo, per limitare il completo contrasto con quanto stabilito dal Codice Doganale Comunitario (Reg n. 2913/92 e succ).

³³⁸ Per una ricognizione di questi aspetti si veda F. DI GIANNI, *Il lungo viaggio alla ricerca dell'origine: norme e giurisprudenza relative al made in*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, p. 24 ss.

per esempio, nel caso dell'Inghilterra³³⁹. Il non obbligo non significa impossibilità; siccome, come detto sopra, ogni prodotto destinato all'esportazione fuori dell'Europa deve riportare l'indicazione d'origine, giacché in quasi tutti i Paesi del mondo essa è richiesta, la stessa è ritenuta un elemento facoltativo anche nel commercio interno, purché nel rispetto del Regolamento Doganale Comunitario. Solo che, con il crescere degli scambi *Import-export* dei primi anni duemila, il non obbligo di indicarne l'origine ha ampiamente consentito di immettere al consumo, in Europa, prodotti d'abbigliamento importati, senza qualsivoglia etichetta d'origine, facendo credere essere stati realizzati in Italia. Ciò, per il solo scopo di chiedere il relativo *premium price*. Questo fatto, una volta resosi evidente, ha comportato un'indubbia diluizione del valore reputazionale del *made in Italy*. Tutta la questione assume una valenza particolare a causa della grave crisi recessiva che ha colpito l'economia italiana, il settore tessile e abbigliamento. Le imprese più lontane dal mercato di consumo, quelle cioè tipicamente tessili, hanno subito e subiscono tuttora una forte contrazione dell'attività produttiva, mentre le imprese di più grande dimensione, a "valle", sono riuscite a controllare meglio i loro costi, anche attraverso un mix tra produzioni interne e importazioni di minor costo. Questa logica, se da un lato ha reso il "valle" più competitivo, per contro ha mortificato gran parte delle produzioni "a monte" che, per essere realizzate in Italia, devono ottemperare a precise norme sociali e di carattere eco-tossicologico, sostenendone i relativi costi. Ciò, senza che il mercato possa apprezzarne i meriti. L'esigenza di maggiore trasparenza circa l'origine dei prodotti viene proprio da qui: dal mettere in condizioni il consumatore di premiare le produzioni

³³⁹ Cfr. Causa 207/83, Commissione c. Regno Unito, in Racc., 1985, 1201.

sostenibili. E' la stessa strategia che si è adottata in agricoltura e nell'alimentare, con la tracciabilità dei prodotti, o le DOC e le IGP. La marcatura d'origine, oltre a fungere da marchio collettivo, costituisce un primo elemento di trasparenza, capace di far stringere un'alleanza tra i consumatori e i produttori lungo la filiera produttiva. Da questo punto di vista c'è un aspetto che rende comunque utile la Legge Reguzzoni-Versace, così come la già citata L. n. 166/09. Si tratta del fatto che il legislatore italiano ha così sconfessato alcune sentenze della Cassazione che pretendevano anch'esse di riconfigurare il concetto di origine dei prodotti, in barba al dettato Comunitario³⁴⁰. Cioè, privilegiando il momento progettuale, dell'ideazione, rispetto a quello della realizzazione concreta. In tale modo l'origine è stata equivocata con quei diritti di proprietà intellettuale che scaturiscono dall'aver "pensato" un prodotto, o aver innovato il "come" realizzarlo. Tuttavia, anche il "dove" fa parte del "come", nel senso che l'attività svolta in un certo Paese risponde, sia a specifiche tradizioni, che a specifiche normative, le quali si riflettono inevitabilmente sull'atto produttivo e, quindi, sul prodotto.

³⁴⁰ Sull'evoluzione giurisprudenziale, del *Made in Italy*, D. MAININI, *Fatto in Italia? No, Made in Italy. Guida rapida a disposizione degli imprenditori nel complicato mondo dell'indicazione di origine italiana*, Milano, 2011, p. 75 ss.

6. Il risarcimento del danno e i rimedi esperibili.

Con riferimento agli strumenti di tutela che possono essere accordati, se il fenomeno è inquadrabile esclusivamente nell'ambito della concorrenza sleale, si potrà fare ricorso alle sole misure, cautelari e di merito, previste per tale tipologia di illecito e quindi fare ricorso alle previsioni di cui agli artt. 2599 e 2600 c.c. ed in sede cautelare ai procedimenti di cui agli artt. 670, 671 e 700 c.p.c. Nell'ambito di quest'ultima previsione atipica e con riferimento agli "opportuni provvedimenti" di cui all'art. 2599, la giurisprudenza tende ad ampliare la tutela cautelare, traendo per così dire ispirazione dalle sanzioni tipiche del diritto industriale (art. 124 c.p.i.). In quest'ottica, in sede cautelare, si può pensare di disporre la descrizione dei prodotti e degli elementi di prova (ancorché un effetto analogo possa ottenersi utilizzando la formula dell'accertamento tecnico preventivo di cui all'art. 696 c.p.c.)³⁴¹, di impartire ordini di inibitoria, assistiti dalla relativa penale³⁴² di sequestro degli oggetti sanzionatori e dalla documentazione contabile relativa, di ritiro dal commercio, con assegnazione in proprietà o distruzione dei prodotti nonché dei mezzi specificatamente adibiti alla produzione degli stessi e del materiale pubblicitario e promozionale. Più difficile si appalesa la possibilità di disporre la raccolta di informazioni circa i soggetti coinvolti e circa la catena distributiva (salvo l'utilizzo delle norme in tema di ispezione e di

³⁴¹ In tal senso, Trib. Milano, ord. 26 maggio 2011; mentre altro giudice della stessa sezione specializzata del Trib. Milano, ord., 10 luglio 2006. Leggiuno/Felicia Tessuti per camicia, ha concesso l'inibitoria e la pubblicazione del provvedimento, ma ha negato gli altri provvedimenti perché previsti dal codice della proprietà industriale e non estensibili alle ipotesi di concorrenza sleale.

³⁴² Corroborati ora dall'ipotesi generale di cui all'art. 614 *bis* c.p.c.; vedi in tal senso Trib. Milano, ord., 18 dicembre 2009, Deveaux/Dimensioni, e 8 ottobre 2010, Binda/Ike – Milano Style.

esibizione, di cui agli artt. 118 e 210 c.p.c.), mentre più praticabile sembra l'ipotesi di pubblicazione del provvedimento cautelare sulla stampa (e/o via internet) al fine di realizzare una più ampia diffusione conoscitiva (utilizzando la norma generale di cui all'art. 120 c.p.c.), provvedimento spesso opportuno anche in un'ottica "moralizzatrice", in dipendenza della scarsa percezione da parte del consumatore della illiceità del fenomeno. Tale ultima misura appare particolarmente puntuale nel settore della moda. La pubblicazione sulla stampa della decisione risulta possibile in sede cautelare sia quale anticipazione della pubblicazione della sentenza di cui all'art. 120 cod. proc. civ., sia in applicazione della facoltà riconosciuta dalla giurisprudenza, come possibile in sede cautelare, già prima dell'espressa previsione del codice della proprietà industriale.

Laddove invece la fattispecie, riguardi anche la tutela del marchio o di modelli registrati, nell'ambito quindi della c.d. concorrenza sleale interferente, gli strumenti di tutela indicati si estendono a pieno titolo a tutte le misure previste dal codice della proprietà industriale.

Nel giudizio di merito si potrà poi ottenere l'inibitoria definitiva, l'eventuale conferma dei provvedimenti accordati in sede cautelare, la condanna al risarcimento dei danni, nonché la pubblicazione della sentenza definitiva, anche via internet, dovendosi valutare nel settore specifico l'utilità e l'opportunità di un simile mezzo, in considerazione della sua attualità e della sua capillare diffusione.

Il risarcimento del danno indubbiamente è il rimedio di maggior interesse, sia per la sua efficacia ripristinatoria, sia per la sua funzione sanzionatoria e deflattiva.

Il danno conseguente alla concorrenza parassitaria, in particolare, riveste un aspetto patrimoniale e di immagine di particolare rilevanza: la diffusione di prodotti contraffatti costituisce un disincentivo all'acquisto del prodotto autentico, sia per il rischio di confondibilità, comunque presente ad un primo sguardo, sia per la possibile, ancorché ridotta, sovrapposizione sul mercato.

Può poi ipotizzarsi un risarcimento parametrato allo svilimento o deprezzamento del marchio del nome dello stilista o della *griffe* – Il fenomeno della c.d. *dilution* – a causa di questa incontrollata diffusione, tanto più se i prodotti frutto dell'attività contraffattiva sono di scarsa qualità o comunque ampiamente divulgati. E' vero infatti, che un uso del segno distintivo o una riproduzione delle linee stilistiche altrui non contrastati potrebbero dar luogo – ove protratti nel tempo – ad un rischio di volgarizzazione e quindi di perdita della stessa utilità della registrazione del modello o del marchio. Questi ultimi *assets* infatti subiranno la svalutazione collegata all'inflazione dei prodotti contraffatti o ad una possibile loro caduta di qualità.

Indubbiamente i criteri di liquidazione del risarcimento, sia quelli civilistici (di cui agli artt. 2600, 2043, 2056, 1223, 1226 e 1227), sia quelli specialistici (di cui all'art. 125 c.p.i.) difficilmente riusciranno a reintegrare appieno la posizione del soggetto danneggiato e ciò in particolare di fronte ad un fenomeno di diffusione subdola ed ameboide quale quello della concorrenza parassitaria. Si ritorna al tema di una percezione di maggior illiceità del fenomeno, sotto il profilo qualitativo e quantitativo, rispetto alla semplice sommatoria dei singoli comportamenti; tuttavia, tale percezione è difficilmente traducibile in termini di reintegrazione del patrimonio della vittima, con il rischio di un sottodimensionamento della liquidazione del risarcimento dei danni

rispetto al pregiudizio effettivamente riportato da chi quel fenomeno ha subito. Ancora una volta i provvedimenti di maggior interesse e di puntuale efficacia finiranno quindi per essere il provvedimento inibitorio e la pubblicazione della pronuncia sulla stampa o a mezzo internet.

Capitolo V

LE TIPOLOGIE CONTRATTUALI NELLA DISTRIBUZIONE DELLA MODA

SOMMARIO: 1. Nuovi sistemi di distribuzione del *fashion* nel mercato globale. 2. Le diverse tipologie del contratto di franchising. 3. I modelli distributivi di “*massa*”. 4. *No price restrains*. 5. Il punto vendita.

1. Nuovi sistemi di distribuzione del *fashion* nel mercato globale.

La giusta scelta del sistema distributivo è il presupposto essenziale per lo sviluppo e il consolidamento di un'azienda sul mercato. È necessario che il circuito di distribuzione, risponda in maniera idonea alle richieste del mercato, tenendo sempre conto dei condizionamenti derivanti dal tipo d'azienda, dai prodotti trattati, dalle molteplici circostanze di mercato e dagli stessi sistemi distributivi che lo caratterizzano.

Per quanto riguarda il prodotto moda, le variabili da considerare, nella predisposizione di una rete distributiva, sono tante. Innanzitutto, come è facilmente intuibile, il prodotto moda, data la brevità del suo ciclo di vita, deve raggiungere al più presto il consumatore prima cioè che sia “fuori moda”; secondariamente deve avere, in base alle caratteristiche del prodotto, e degli obiettivi aziendali, una adeguata copertura territoriale³⁴³.

È necessario, inoltre, curare nel dettaglio la gestione del punto vendita, al fine di garantire una omogeneità di offerta, salvaguardare

³⁴³ S. LA ROCCA, P. MAZZOLA, *Le imprese basate sulla creatività artistica*, Milano, 1991. p. 87, S. MODINA, *Il business della moda. Analisi economica delle imprese commerciali*, Milano, 2004, p. 68.

l'immagine dell'azienda, garantire la riconoscibilità, e migliorare la *brand loyalty*.

La prima decisione riguarda quindi la lunghezza del canale, si parla, tecnicamente, di circuito lungo (produttore – distributore - grossista – dettagliante- consumatore), o di circuito corto (produttore – dettagliante - consumatore), tali distinzioni non devono essere prese in maniera rigida, detti circuiti possono essere contemporaneamente e/o periodicamente utilizzati da parte d'una stessa azienda.

La scelta relativa al grado di estensione (copertura) della rete distributiva, viene spesso sintetizzata, nella scelta tra le tre principali tipologia di distribuzione: intensiva; selettiva; esclusiva.

La distribuzione intensiva si verifica quando l'azienda cerca d'attuare le sue vendite su vasta scala con una distribuzione che raggiunge il maggior numero di consumatori. Una distribuzione di questo tipo, risponde efficacemente alle produzioni su vasta scala di *prêt-à-porter*. Tale scelta tuttavia presenta alcuni svantaggi per i produttori, *in primis* con una distribuzione a tappeto l'impresa può correre il rischio di perdere il controllo di parte della sua politica commerciale; infatti, il proliferare di diversi livelli di prezzo, il non riuscire ad avere un contatto continuo con i clienti e i consumatori, la differenziazione del servizio dato, l'applicazione scarsa, talvolta disattesa, della direttive commerciali rendono spesso incontrollabile, l'azione commerciale presso l'intermediario. In secondo luogo, data la vastità della rete distributiva, difficilmente si riesce a controllare il riscontro dell'immagine aziendale e del prodotto, lo stesso posizionamento prefigurato dell'azienda proprio per questa impossibilità può essere stravolto.

È proprio a causa di questi due grandi problemi, che le imprese operanti del segmento dell'abbigliamento di altra gamma, spesso

decidono di utilizzare sistemi distributivi che permettono un maggior controllo sullo stadio finale del processo, come ad esempio la distribuzione selettiva o esclusiva.

Nella distribuzione selettiva, l'offerta viene limitata ad un certo numero di clienti o di negozi che possono assicurare una buona vendita dei prodotti, è la classica distribuzione per il felice collocamento del prodotto d'alta gamma. Infatti, attraverso questa politica s'attua una selezione dei *partner* distributivi, evidentemente in un numero contenuto, conformi all'immagine e alla politica commerciale aziendale.

Tramite i distributori si cerca di raggiungere lo specifico segmento di mercato, individuato in sede di pianificazione strategica. Ricorrendo a questa politica distributiva, l'impresa necessita l'adozione d'un circuito distributori alquanto corto, assolvendo a importanti funzioni: come frequenti rifornimenti, consegna rapida, assistenza post-vendita, ecc.

La distribuzione selettiva si basa, ovviamente, tutta sulla selezione dei *partner* distributivi, i quali vengono scelti in base ad alcuni fondamentali criteri:

1. Validità e consistenza: la scelta deve avere un positivo riscontro in tutti quegli aspetti che rendono un *partner* valido (*personal selling*, affidabilità, etica, professionalità), e consistente (giro d'affari, solvibilità, ecc.).
2. Qualità del servizio e livello di vendita: distribuzione selezionata vuol significare offerta d'un altro livello qualitativo sempre e dovunque.
3. Collaborazionismo: l'impresa dovendo contenere al massimo i suoi costi distributivi e pubblicitari, per altri già notevoli a supporto di questa politica, necessita di veri *partner*, collaboratori sul fronte

dell'acquisizione delle vendite, dell'organizzazione aziendale, del trasferimento di notizie utili ad interpretare il mercato, ecc.

Con la politica *distributiva esclusiva* si perfeziona la precedente politica, il produttore vende i suoi capi esclusivamente attraverso i suoi punti vendita o attraverso punti vendita (singoli o associati in catene) con cui ha stabilito un contratto di esclusiva.

Trattandosi d'un *partner* distributivo, l'azienda gli conferisce l'esclusiva di vendere i suoi prodotti sul mercato o in qualche particolare area, l'esclusività dovrà essere regolamentata da un contratto, la riuscita di questa politica dipenderà fondamentalmente dai *partner* e da una serie di supporti organizzativi, comunicazionali, promozionali, che l'impresa sarà in grado di mettere a disposizione. Gli stessi svantaggi evidenziati per la politica selettiva (impossibilità da parte dell'impresa a soddisfare la domanda scarsa del mercato, ecc.) permangono anche per quella esclusiva. Tra le politiche a distribuzione esclusiva il *franchising* svolge certamente un ruolo da protagonista.

Per quanto riguarda la distribuzione dei prodotti di lusso tramite negozi diretti, i vantaggi sono in particolare i seguenti:

- la massimizzazione dei margini di guadagno: un'azienda che è anche produttrice (direttamente o comunque tramite fornitori scelti) può interamente beneficiare della differenza tra il costo industriale del prodotto di vendita ed il prezzo di rivendita;
- il *brand* viene presentato ai massimi livelli di immagine, mantenendo l'uniformità a livello mondiale;
- a seconda delle capacità di investimento di ciascuna azienda, l'apertura tramite negozi diretti avviene nelle migliori "*locations o destinations*" del mondo del lusso, senza alcuna restrizione o limite

di esclusiva territoriale, necessaria invece quando la “piazza” viene concessa ad un terzo (ad esempio una *maison* del lusso può avere due o tre *boutiques* nella stessa città Parigi, Londra, Milano, Tokyo);

Generalmente la scelta di aprire un negozio diretto, si accompagna con la volontà di farne dei templi rappresentativi del marchio, cosiddetti “*flagship store*”, con la presenza di tutte le categorie di prodotti, nonché di edizioni speciali o serie limitate acquistabili soltanto nei negozi diretti; al fine di sottolineare l’ambiente esclusivo disponibile per i clienti, i negozi diretti possono presentare iniziative uniche per le *boutique* (prodotti personalizzati, o su misura, i c.d. *made to order* o *made to measure*, angoli caffè, museo, programmi per VIP).

Gli svantaggi che possono ravvisarsi nella scelta di distribuire solo (o comunque) con negozi diretti sono principalmente i seguenti:

- la necessità di sostenere direttamente tutti i costi di investimento (in particolare la costruzione della *boutique*, la spesa per locazione commerciale);
- il rischio delle giacenze di magazzino e dell’invenduto stagionale;
- la necessità di reperire personale esperto e qualificato;
- un obbligo di rispettare con assoluta aderenza e precisione le linee guida d’immagine del *brand*, per ottenere la piena uniformità a livello mondiale (obbligo di acquisto di tutte le linee, tempistica delle consegne, vetrine sincronizzate in tutti i paesi, uniformità dei saldi, etc.)
- in generale, l’impossibilità di differenziare il prodotto per venire incontro al mercato locale, oltre all’adesione ad una politica dei

prezzi uniforme, che si riflette anche nella gestione dei saldi o dei prodotti in sconto.

2. Le diverse tipologie del contratto di franchising.

Una strategia di distribuzione molto in voga è l'apertura di negozi in *franchising*, per cui si deve tener conto di una serie di caratteristiche tipiche dello strumento contrattuale del *franchising*, e della peculiarità di vendita tramite un soggetto terzo legato in *franchising*.

Generalmente al *franchisee* viene concesso, per l'apertura di un negozio, un territorio in esclusiva limitato ad una sola città – capitale (a seconda della dimensione della città possono esserci casi eccezionali di *multiple franchisee stores* nella medesima città: es. Mosca, Dubai, Istanbul).

Al *franchisee* deve essere fornito un adeguato passaggio di *know how* fornendogli manuali e *trainings*, garantendogli la presenza alle sfilate e mettendogli a disposizione adeguati strumenti di partecipazione e di conoscenza del marchio, delle sue linee, dei suoi prodotti. Il *franchisee* dovrà sopportare ingenti investimenti iniziali per la costruzione del negozio, nonché assumere una serie di successivi impegni economici, quali il pagamento delle *royalties* e della pubblicità, l'acquisto di quantitativi minimi, etc. Al *franchisee* di un marchio della moda del lusso viene richiesto, generalmente, l'obbligo di acquisto di tutte le categorie di prodotto, anche di quelle meno performanti, nonché l'obbligo di adesione alle linee guida della casa madre, al fine di garantire l'uniformità di immagine e di gestione dei negozi, che è uno dei punti forti dei marchi del lusso. In

generale, i contratti di *franchising*, comunque regolati da una delle esistenti leggi europee, sarebbero contratti “relativamente” semplici (quelle poche leggi esistenti in materia di *franchising*, inclusa quella italiana, lasciano ampio spazio all’autonomia contrattuale delle parti, prevedendo solo pochi obblighi, al fine di tutelare la buona fede e la posizione tendenzialmente debole del *franchisee*, quali l’obbligo di *disclosure* delle caratteristiche del *franchisor*, gli impegni economici, ed in alcuni casi la durata minima del contratto medesimo). Nella pratica, nell’ambito dei prodotti di moda del lusso, un rapporto di *franchising* si trasforma in un contratto altamente strutturato e complesso, con clausole dettagliate che regolano tendenzialmente tutti gli aspetti sia ordinari che straordinari del rapporto (dall’inizio fino alla chiusura).

Il *franchisor* ha la possibilità di penetrazione di un nuovo mercato, soddisfacendo la necessità di essere presenti in una determinata città, dove la gestione di un negozio diretto sarebbe troppo onerosa o complicata per l’azienda madre (ad es. perché quest’ultima non dispone di una struttura logistica, amministrativa e societaria dedicata); in tal modo si riesce a raggiungere l’obiettivo di essere presenti in un località strategica dal punto di vista commerciale con un costo di investimento diretto da parte del *franchisor* spesso quasi pari a zero. Talvolta si possono prevedere, ad esempio, dei contributi per la costruzione del negozio o per l’apertura, o condizioni economiche favorevoli per lo *start up* iniziale (come uno sconto in fattura) o la rinuncia per i primi sei mesi alle *royalties*, che si traducono ovviamente in un minore incasso per il *franchisor*, ma costituiscono comunque rinunce modeste rispetto al sostenimento diretto dell’investimento.

Il *franchisor* riesce a mantenere un equilibrio tra le legittime aspettative di *performance* del negozio da parte del *franchisee* e la necessità di mantenere una immagine uniforme del marchio, benché delegata ad un soggetto terzo (indipendente), su cui però è possibile, proprio in virtù dello stretto legame che il *franchising* implica e grazie a clausole contrattuali stringenti, avere un buon controllo, facendo sì che agli occhi del consumatore finale le *boutique* appaiano come un negozio diretto del *brand*. Può esercitare una forma di controllo dell'immagine molto serrata, giacché tutte le attività del *franchising* sono regolate: tendenzialmente non c'è spazio per l'iniziativa privata (il *franchisee* ha l'obbligo di aderire alle linee guida in materia di vetrine, uniformi e divise standardizzate dei commessi, presentazione delle collezioni in negozio, eventi pubblicitari, selezione dei prodotti durante le campagne acquisti).

Il *franchisor* beneficia così dell'essere parte di un *network* così esclusivo, come la rete dei negozi del marchio di lusso. Tra le due parti si viene a creare una sinergia unica: se da un lato l'attività del *franchisee* viene monitorata tramite adeguato *reporting* delle vendite per categoria di prodotto, dall'altro il *franchisee* a sua volta partecipa alle attività di *custode relation marketing*, fornendo preziose informazioni sulle preferenze di acquisto della clientela locale; se leale, il *franchisee* è fonte di informazioni preziose per il *franchisor*: nel tempo previsto dal contratto, il *franchisor* avrà modo di conoscere la risposta della clientela locale al marchio di lusso presente in quella città, in termini di capacità di acquisto e decidere se nel lungo termine possa avere un senso recuperare quella *location* in forma di distribuzione diretta, qualora i margini ed i volumi di vendita la rendano interessante per un eventuale *buy-back* (i cui termini e condizioni sono sempre di difficile, ma non impossibile,

negoziatore), oppure lasciarla in gestione al *franchisee*, sempre che questi mantenga nel tempo una gestione impeccabile del negozio e contribuisca a mantenere alto il valore del marchio dell'immagine associata al medesimo.

Le conseguenze per il *franchisor*, che generalmente scaturiscono dalla scelta di instaurare un rapporto di *franchising*, sono le seguenti:

- una lunga durata del rapporto contrattuale, necessaria anche per consentire l'ammortamento degli investimenti (si tratta spesso di contratti con durata triennale con possibilità di rinnovo di ulteriori due anni, o di contratti con durata iniziale pari a cinque anni);
- non può essere eliminato il rischio d'immagine che il *franchisor*, quale titolare del marchio, può subire (nel caso di una cattiva gestione del negozio in *franchising*), nonché il rischio giuridico legato alla identificazione del *franchisee* con il *franchisor* da parte di terzi in buona fede;
- non possono essere superate le difficoltà nel monitorare i prezzi di rivendita, per le note problematiche *antitrust*, anche laddove una politica dei prezzi aggressiva da parte del *franchisee* sollevi conflitti con la politica commerciale della casa madre, causando un'immagine non necessariamente uniforme e creando motivo di confusione per il consumatore.

Il *franchising*, come modello distributivo, non è esente da criticità al momento della chiusura del rapporto: si profilano scelte difficili perché alla scadenza del contratto, per il *franchisor* si presentano solo due alternative possibili, ovvero chiudere il rapporto con il

franchisee o rilevare il negozio in *franchising* per trasformarlo in negozio diretto.

Tra le possibili modalità di distribuzione dei prodotti di moda del lusso, esiste anche la rivendita presso negozi dettaglianti multimarca. Questa modalità presenta indubbi vantaggi:

- si tratta di rapporti tra casa madre e rivenditori terzi estremamente flessibili (stagionali o annuali);
- non si palesano molti problemi per la gestione del marchio e dell'immagine, perché normalmente i negozi multimarca hanno una loro identità precisa, all'interno della quale trova spazio anche il prodotto della nota casa di moda del lusso;
- il titolare del marchio non ha obblighi specifici di trasferimento di *know-how* al rivenditore dettagliante;
- il rivenditore dettagliante non sostiene investimenti dedicati al *brand* e ciò facilita anche l'eventuale interruzione del rapporto, che è molto elastico e tendenzialmente stagionale (in alcuni casi possono essere previsti dei minimi d'acquisto stagionali per certe categorie al fine di rappresentare adeguatamente l'immagine del marchio);
- in generale la distribuzione multimarca rappresenta un ottimo canale per incrementare le vendite della casa madre e per aumentare la visibilità nei piccoli centri o in città di seconda categoria, dove non si giustifica l'apertura di un negozio diretto o di un *franchising*, in quanto si può far riferimento alla possibilità di una distribuzione capillare tramite terzi, senza sostenere alcun investimento, senza obblighi di lunga durata, senza dover di fatto garantire nessun trasferimento di *know-how* in quanto il rapporto è volutamente flessibile. Spesso tale flessibilità viene espressa dallo strumento

contrattuale prescelto, ovvero le condizioni generali di vendita della casa madre, necessarie unicamente per regolare gli ordini di acquisto.

Tuttavia, nemmeno questo sistema è scevro da potenziali svantaggi. Teoricamente la durata di questi rapporti dovrebbe essere alquanto breve, di fatto, invece, molti rapporti si protraggono anche per decenni, rendendone difficoltosa la chiusura. Infatti, nel caso di risoluzione unilaterale del rapporto da parte della casa madre, spesso emergono richieste di indennità per l'avviamento costruito, richieste di continuità delle forniture per lungo periodo, ed il preavviso difficilmente si esaurisce in un'unica stagione;

Anche in questo caso la casa madre avrà difficoltà nel controllo della politica commerciale, per i noti limiti previsti dalla disciplina *antitrust*, anche laddove una politica dei prezzi o dei saldi troppo aggressiva promossa dal multimarca vada a scapito del buon nome e dell'immagine del *brand*;

In caso di chiusura del rapporto, si potranno palesare molte più difficoltà nel controllo della merce, a meno che la casa madre non decida di esercitare la facoltà di riacquisto della merce rimanente in magazzino; egualmente, nessun controllo è esercitabile sul dettagliante nel caso questi decida di vendere a terzi grossisti o altri dettaglianti, salvo che le vendite siano rivolte a soggetti extra UE;

Talvolta la flessibilità del rapporto si traduce in uno scarso controllo sull'immagine del *brand* gestito dal rivenditore multimarca, nonché sulle iniziative pubblicitarie da quest'ultimo adottate:

Nel *franchising* l'impegno operativo gestionale da parte del titolare del marchio è notevole. Infatti, è necessario attuare un effettivo passaggio di *know-how*. A tal fine, occorre supportare il

franchisee nelle attività iniziali, mettere in piedi un'organizzazione interna dedicata ai clienti in *franchising*, fornire i manuali, organizzare i *training* e le visite presso il negozio almeno due volte l'anno, oltre che dare assistenza in campagna vendita più volte l'anno e controllare l'operatività quotidiana per mezzo di adeguate forme di *reporting* (*best selling item*, rotazione di magazzino, preferenze clientela, tempistiche di acquisto, statistiche di vendita).

Nel contratto di distribuzione esclusiva, invece, l'impegno è minore, anche per la tipologia di prodotti non necessariamente rappresentativi dell'anima dell'azienda (orologi, intimo, accessori per la casa); l'impegno è essenzialmente legato ad una generale supervisione della performance del distributore ad una o due sole campagna vendita annuali, alla presentazione dei nuovi modelli una volta l'anno presso fiere specializzate (ad esempio la fiera di Basilea per gli orologi); ad un incontro con i clienti nel loro territorio al massimo una volta l'anno; in compenso si ottengono ben poche informazioni sul mercato, proprio perché il distributore ha la sua struttura di rivenditori selezionati e la sua strategia distributiva, che non necessariamente intende condividere con la casa madre.

L'impegno della casa madre in termini di sostegno è abbastanza limitato anche nel contratto di agenzia, perché il rapporto è comunque tra la casa madre ed i clienti. Si tratta di fornire all'agente il campionario e le *guidelines* di gestione dell'immagine del prodotto, richiedere *reports* mensili sulle vendite ed organizzare incontri trimestrali, gestire gli ordini e le spedizioni di merce direttamente ai clienti finali.

In tema di *franchising* si devono tener presenti a titolo esemplificativo e non esaustivo, una serie di rischi. Rischi legati alla

rappresentazione ingannevole dell'attività di *franchising*: in aggiunta alla possibilità di azionare il giudice ordinario, recentemente vi sono state alcune pronunce dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato in tema di responsabilità del *franchisor* per aver indotto terzi ad aderire alla propria rete per mezzo di informazioni ingannevoli, ad esempio relative a:

- redditività non dimostrabili³⁴⁴;
- costi di investimento iniziali volutamente sottostimati³⁴⁵;
- utilizzo di modelli contrattuali non corrispondenti al *franchising* come regolato da legge italiana.

Tali comportamenti sono sanzionabili dall'Autorità tramite sanzioni pecuniarie che si aggiungono all'eventuale risoluzione giudiziale del contratto³⁴⁶.

Possono esserci rischi legati all'applicazione analogica della tutela giuridica riservata agli agenti anche ai distributori in esclusiva o ai *franchisees*, con riconoscimento anche a quest'ultimi di un'indennità di fine rapporto e del preavviso³⁴⁷.

Non mancano rischi legati al mancato riconoscimento delle forme giuridiche indipendenti e totale perdita dell'identità peculiare di ciascun modello contrattuale, in particolare nel caso di contratto di *franchising*, di distribuzione esclusiva e di agenzia. Ciò può avvenire

³⁴⁴ Decisione n. 18134-2008 Shalia Sposa.

³⁴⁵ Decisione n. 18697-2008 *Free Tur*.

³⁴⁶ Decisione n. 19050 – 2008 Lana Abbigliamento.

³⁴⁷ Recenti sentenze in Svizzera, Austria, Germania, Belgio.

ad esempio nei paesi del Medio Oriente, dove l'unica forma giuridica riconosciuta è il modello dell'agenzia, e tutte le precauzioni e le tutele previste dalla legge italiana, oltre agli stratagemmi eventualmente inclusi nel contratto prescelto, vengono diluiti e/o perduti, per un evidente protezionismo della legge locale.

Infine ci sono rischi di identificazione tra *franchisor* e *franchisee* nei confronti di terzi creditori: in caso di fallimento del *franchisee*, vi è in Italia un rischio potenziale di riconoscimento di co-responsabilità del *franchisor*. In caso di difficoltà economiche del *franchisee*, è possibile l'applicazione analogica a favore del *franchisee* di norme a protezione della parte "istituzionalmente debole", come la legge sulla sub-fornitura.

3. I modelli distributivi di "massa".

Tra i restanti modelli distributivi si segnalano i *corner*, gli *shop-in-shop* e i *duty-free*, come forme distributive tendenzialmente più "leggere", ossia meno integrate rispetto ai modelli di *franchising* o di distribuzione esclusiva, ma che rappresentano potenzialmente un modello contrattuale comunque più strutturato rispetto alle semplici condizioni generali di vendita che regolano gli ordini piazzati dai rivenditori multimarca.

Il *corner agreement* è un contratto che regola la presenza di *corner* specializzati in spazi multimarca. Il contratto serve soprattutto a regolare l'uso del marchio e dell'insegna, oltre ad obbligare il cliente multimarca ad una gestione "corretta" del prodotto di lusso, soprattutto in termini di rispetto delle linee guida d'immagine. I tratti caratteristici sono: breve durata (due-tre anni), *location* in negozi o

department stores prestigiosi, minimi di acquisto non vincolanti, nessun impegno finanziario come le *royalties* (ma talvolta può essere presente l'obbligo ad investire in pubblicità localmente). Tali *corner* possono trasformarsi in “*concessions*” gestite direttamente dalla casa madre (ad esempio in Harrods, Rinascente, La Fayette).

Lo *Shop in Shop* è un contratto che regola solo l'uso del marchio e dell'insegna per un mobile – angolo vetrina, che può essere fornito al dettagliante anche in forma di comodato gratuito o oneroso; l'eventuale impatto economico per la casa madre è presente solamente nei casi in cui sia previsto un contributo per la costruzione del mobile o della struttura espositiva.

Il *Duty free* è contrattualmente simile ai *corners*, ma destinati ad essere utilizzati soprattutto in Asia, dove sono presenti *duty free* molto grandi e rappresentativi, che pertanto giustificano la presenza del *brand*.

Per trasparenza e correttezza si segnala che i termini sopraindicati non sono termini tecnici o specifici, potendo pertanto assumere nel mercato significati diversi (non esistono confini giuridici chiari nella definizione di *corner agreement*, o *shop-in-shop*).

Alcune considerazioni devono essere fatte per la distribuzione tramite gli *outlet*. Anche gli *outlet* costituiscono indubbiamente, nell'ambito del settore dei prodotti di moda di lusso, un canale di vendita in espansione. Alcuni *outlet*, infatti, possono essere di grande successo.

I vantaggi nell'avere uno o più *outlet* di proprietà della casa madre possono essere vari, in quanto l'*outlet*: permette di smaltire le rimanenze stagionali dei negozi tramite un “canale fidato”. Permette

di controllare comunque direttamente l'immagine del negozio e dei prodotti. Rende accessibile ai consumatori il prodotto di lusso a prezzi contenuti; infatti, anche se facente parte di collezioni passate, il prodotto viene comunque presentato in un contesto di prestigio e di lusso. Permette una certa flessibilità sui prezzi tramite offerte settimanali, o sconti *ad hoc*, che incentivano l'acquisto da parte dei consumatori.

Gli svantaggi che la vendita tramite *outlet* può comportare sono: il rischio di fidelizzare clienti solo *outlet* (alla stregua dei clienti internet); il rischio di ridurre l'esperienza dell'acquisto di un bene di lusso al solo contesto *outlet*, anziché all'interno di un negozio rappresentativo.

In tema di agenzia, vi sono alcuni aspetti rilevanti da tenere presenti. La distribuzione tramite agenti, innanzi tutto, è una possibilità alternativa alla distribuzione esclusiva od alla distribuzione diretta, laddove la casa madre (disponendo o meno di una minima struttura sul territorio in termini societari, amministrativi, logistici) preferisca avere un rapporto di vendita diretto con la clientela (rivenditori finali) mediato da soggetti specializzati come gli agenti, che agiscono in modo capillare sul territorio.

L'impegno del *brand* in termini di sostegno nel contratto di agenzia è abbastanza limitato. Si tratta di fornire il campionario dei prodotti e le *guidelines* di presentazione dei medesimi; richiedere report mensili ed organizzare incontri trimestrali con gli agenti per valutare la penetrazione dei prodotti nel mercato e la solvibilità dei clienti.

In termini di vantaggi, l'agente, pur avendo costi non irrilevanti in termini d'indennità di fine rapporto, garantisce vendite notevoli e quindi un indice di penetrazione di mercato di norma superiore rispetto ad altre formule distributive. Inoltre il livello d'investimenti necessario per l'implementazione di una rete di agenti è certamente inferiore rispetto ad altre formule distributive; una rete di agenti garantisce, infine, al preponente un controllo estremamente efficace sul mercato di riferimento. Da un punto di vista prettamente economico, in altri termini, a parità di investimenti, l'agenzia è una formula distributiva conveniente se rapportata ai risultati di vendita di altre formule distributive. La scelta di questa modalità di distribuzione, tuttavia, presenta in termini contrattuali, vincoli consistenti: il contratto di agenzia è infatti un contratto "altamente regolato" da normativa europea, oltre che da normativa nazionale, e sebbene si cerchi di inserire e prevedere tutele contrattuali a favore della casa madre, in caso di interruzione del rapporto non consensuale l'azienda si trova in posizione molto svantaggiata, anche giudizialmente. E' quasi impossibile evitare il pagamento delle numerose indennità dovute per legge all'agente, nonostante contratti ben fatti, strutturati e ricchi di cautele (ad es. con chiare descrizioni dei fatti forieri di inadempimento a carico dell'agente).

4. *No price restrains.*

Non solo i prezzi però sono alla base del rapporto con clientela, anzi, spesso, nel prodotto di alta gamma essi hanno una rilevanza secondaria rispetto ad altri *value drivers* come il marchio, è

necessario allora capire quali sono le formule contrattuali più adatte a controllare indirettamente le altre variabili sensibili.

Dall'analisi effettuata *sui value drivers* delle aziende che operano nel settore dell'abbigliamento di alta gamma, è emerso in maniera chiara, il ruolo centrale ricoperto dal canale distributivo. Non è un caso che già nell'analisi delle restrizioni verticali avessimo accennato a tali pratiche (distribuzione selettiva, ed esclusiva), individuando in esse, una delle soluzioni ottimali per risolvere il problema del *free riding*, tanto tra i rivenditori, quanto tra i produttori. Nel settore della moda, i benefici connessi all'utilizzo di tali restrizioni si manifestano in modo ancor più marcato. La distribuzione selettiva, che sappiamo essere un sistema distribuzione con il quale il fornitore seleziona i distributori autorizzati sulla base di criteri qualitativi o quantitativi. Nella scelta dell'intermediario l'impresa valuta la dimensione del distributore, la qualità dei servizi che esso svolge e le competenze rispetto alle attività che svolge³⁴⁸. Tale accordo permette alle imprese di controllare più adeguatamente il rapporto con il consumatore finale, di garantire che vengano rispettati determinati standard qualitativi, idonei a tutelare l'immagine dell'azienda, garantire la riconoscibilità del marchio e, di conseguenza, a rafforzare la *brand loyalty*. Questa scelta, permette tra l'altro, di ottenere maggior collaborazione da parte del distributore nello svolgimento delle funzioni di pubblicità e promozione, mantenimento di scorte, passaggio di informazioni al produttore e garanzia di servizi aggiuntivi.

Ovviamente i rischio di questa strategia sono diversi, oltre alla possibilità che si creino fenomeni di monopolio locale, con conseguente doppio *mark up* e mancata massimizzazione dei profitti,

³⁴⁸ B. GIANNELLI, S. SAVIOLO, M. BOSELLI, *Il licensing nel sistema moda : evoluzione, criticità, prospettive*, Milano, 2001, p. 39.

è possibile che la copertura del mercato non sia sufficiente, per questo è fondamentale assicurarsi la riconoscibilità da parte del consumatore dei punti vendita selettivi in cui trovare la marca.

La distribuzione esclusiva, invece, risponde tanto ad esigenze di immagine quanto di efficienza. Attraverso una clausola di esclusiva, un solo distributore in un determinato territorio si impegna ad offrire soltanto quel tipo di marca e prodotto impegnandosi a non commercializzare prodotti della concorrenza. Inoltre esso si impegna anche a commercializzare l'intera linea di prodotti (clausola nota come *full-line forcing*), gli è pertanto preclusa la possibilità di distribuire solo un certo modello ritenuto particolarmente di successo e tralasciare gli altri. Si tratta di una strategia distintiva da parte dell'impresa che in tal modo si distingue dalla concorrenza offrendo prodotti di lusso unici e carichi di servizi aggiuntivi. I rischi sono gli stessi della strategia selettiva.

A fronte di tali obblighi, però, per il distributore, vi sono anche una serie di vantaggi, infatti, normalmente, il produttore si impegna a non vendere ad altri il proprio prodotto (c.d. clausola dei territori esclusivi), garantendo un monopolio locale e la possibilità di accaparrarsi tutta la clientela di una determinata area, si impegna ancora a promuovere adeguatamente il marchio, a pubblicizzare il punto vendita attraverso i propri canali di comunicazione (sito web, stampa locale, ecc.) e ad offrire al rivenditore tutta una serie di servizi accessori, che migliorano l'immagine di quest'ultimo³⁴⁹.

La distribuzione selettiva/esclusiva permette anche di risolvere il problema della certificazione, infatti, è la reputazione del distributore, che garantisce, ulteriormente, l'alta qualità del prodotto venduto.

³⁴⁹ R. BALDI, *Il diritto della distribuzione commerciale nell'Europa comunitaria*, Padova, 2005, p. 77.

Come abbiamo appena accennato, queste formule contrattuali, limitano la concorrenza a valle creando fenomeni di monopolio a valle e riproponendo il noto problema della doppia marginalizzazione. Senza dilungarci ricordiamo che spesso a queste restrizioni c.d. non di prezzo vengono abbinate a restrizioni di prezzo, al fine di mitigare tali distorsioni.

L'imposizione delle quantità minime è un'ulteriore clausola che spesso viene fissata, per la gestione dei rapporti tra produttore e distributore. La determinazione della loro entità deve essere tale da tutelare i contrastanti interessi delle due parti. Il produttore ha talvolta la necessità di vedere collocata stabilmente una certa quota di prodotto per giustificare economicamente il proprio impegno in una determinata zona, mentre il distributore rischia di dover assorbire una quantità di merce superiore alle proprie necessità e quindi di trovarsi con i magazzini pieni di prodotti invenduti, con una incidenza antieconomica delle rimanenze sui propri ricavi. L'assenza di minimi d'acquisto o la modesta entità rispetto al giro d'affari complessivo presunto devono essere guardate con particolare favore in fase di selezione del partner da parte del rivenditore. Le aziende più serie tendono a non speculare sul rivenditore ed a lavorare in un'ottica di redditività di lungo periodo, per la quale è interesse delle due parti regolare gli assortimenti e le giacenze in relazione all'andamento delle vendite finali (*sell-out* di prodotto).

5. Il punto vendita.

Il punto vendita ha un ruolo da protagonista nel facilitare l'incontro tra chi offre un prodotto moda e chi lo domanda, possiamo dire con un evidente paragone che è la finestra in cui s'affaccia il consumatore per vedere il prodotto e acquistarlo. Diventa importante

che il punto vendita si presenti al consumatore in maniera favorevole così da rispondere alle sue richieste e supportare egregiamente la sua decisione d'acquisto, perché ciò avvenga deve essere dotato di fondamentali caratteristiche: atmosfera, *personal selling*, servizio, post-vendite, felice ubicazione³⁵⁰.

Non sono pochi i casi in cui le aziende produttrici, decidono di gestire direttamente i propri punti vendita, creano cioè delle *boutique* monomarca di cui mantengono sia la proprietà che il controllo. Sviluppare una rete distributiva propria, richiede, tuttavia, d'investire considerevoli capitali e risorse varie (personale, comunicazione, ecc.), e non sempre i risultati sono soddisfacenti, continuamente si assiste, invece, da parte delle principali *maison* della moda, ad un approccio differenziato, ovvero esse decidono di gestire direttamente, solo i punti vendita, localizzati nelle principali vie della moda, questo viene fatto più per un ritorno di immagine che per una redditività intrinseca del punto vendita e utilizzano forme di quasi integrazione, per il controllo degli altri punti vendita³⁵¹.

Un'altra possibilità che viene offerta alle aziende produttrici è di rivolgersi a più punti vendita sotto forme di alleanze, l'offerta si può indirizzare a catene di negozi indipendenti, quindi con regolari accordi di fornitura, i negozi vengono selezionati in base alla loro localizzazione, nonché alla reputazione di cui essi godono nel loro territorio, oppure ci si rivolge a vari negozi legati da un contratto di *franchising* o di concessione.

Questi punti vendita si contraddistinguono per una serie di aspetti validi, come ad esempio una buona organizzazione, la disponibilità di un valido *Know-how*, una uniformità di approccio, ecc.

³⁵⁰ S. CASTALDO, C. MAURI, *Store management. Il punto vendita come piattaforma relazionale*, Milano 2008, p. 33.

³⁵¹ E. SACERDOTE, *La strategia retail nella moda e nel lusso. Dalla marca, al negozio, al cliente: scenari e tendenze*, 2007, p. 21.

La variabile prezzo è una di quelle che più frequentemente viene regolamentata attraverso l'utilizzo delle *vertical restrains*. Come sappiamo tali accordi prevedono che vengano fissate delle regole per la determinazione dei prezzi da praticare sul mercato finale, ricordiamo tra le tante, l'imposizione di prezzi di rivendita (minimi o massimi) e le tariffe in due parti. La prima formula contrattuale citata (RMP), oltre a garantire che i prezzi praticati sul mercato siano quello che, data la domanda di mercato, permettono di massimizzare i profitti congiunti, risponde, nei settori dell'abbigliamento di alta gamma, anche ad altre problematiche³⁵². Innanzitutto il problema delle svendite: il ricorso a svendite, saldi, vendite sottocosto, è ormai abituale in quasi tutti i comparti commerciali tradizionali. Infatti, se il commerciante autonomo può decidere liberamente di rinunciare a parte del proprio guadagno per smaltire le rimanenze o, addirittura, di vendere sottocosto al fine di limitare le perdite, un comportamento del genere da parte di un rivenditore può creare delle distorsioni. L'immagine di un'azienda può essere fortemente lesa agli occhi del consumatore sia dal ricorso sistematico a svendite non autorizzate di qualche distributore e sia da procedure di smaltimento di prodotti non corrette (promozioni eccezionali, o vendite abbinate). Un contratto accuratamente predisposto deve contenere adeguate disposizioni su prezzi, listini, discrezionalità e periodicità degli sconti. Inoltre il controllo dei prezzi risponde, come sappiamo, anche al problema del *free riding* tra i rivenditori, se infatti, non si stabiliscono delle regole precise sulla determinazione dei prezzi minimi di rivendita, viene meno l'incentivo a fornire quei servizi accessori che sono ormai, determinati per il successo di un bene sul mercato, e per il

³⁵² M. RICCHETTI, E. CIETTA, *Il valore della moda : industria e servizi in un settore guidato dall'innovazione*, Milano, 2006, p. 42.

rafforzamento dell'immagine dell'impresa. Inoltre, la scelta del prezzo, come abbiamo già accennato, è frutto di una vera e propria strategia di prezzo e di posizionamento, per cui differenze nei prezzi praticati sul mercato finale, potrebbero anche compromettere il raggiungimento di tali obiettivi o confondere i consumatori.

Le tariffe a due stadi hanno un effetto pressoché analogo sul controllo dei prezzi, la differenza fondamentale sta nel fatto che esse, diversamente dal prezzo imposto, non vanno ad agire “direttamente” sul prezzo praticato al consumatore, bensì indirettamente, nel senso che vanno ad influenzare la variabile costo marginale del rivenditore, e sulla base di questa, verranno determinati prezzi e quantità.

Capitolo VI

INTERNET E LA MODA

SOMMARIO: 1. *L'utilizzo di internet nella distribuzione di lusso.* 2. *Vendite on e off line dei prodotti di lusso: nuovi rilievi concorrenziali.* 3. *Le sfide del commercio elettronico al sistema della moda.* 4. *L'esaurimento dei diritti di proprietà intellettuale in rapporto all'attività dei pure players: i suoi limiti e le opportunità di difesa per i titolari.* 5. *Il caso Interflora e gli sviluppi della giurisprudenza comunitaria in materia di keyword.* 6. *I nuovi scenari: i servizi pubblicitari mirati e i profili di possibile responsabilità dei providers in relazione alla prestazione di essi.*

1. L'utilizzo di internet nella distribuzione di lusso.

Tra i nuovi canali di distribuzione a disposizione per un'azienda di moda del lusso si deve senz'altro tener presente la possibilità di vendere direttamente tramite il proprio sito ufficiale su internet. I vantaggi di tale scelta sono i seguenti:

- aumentare enormemente la visibilità e l'accessibilità dei prodotti del *brand*, giacché un sito internet ben fatto, può essere raggiunto da milioni di visitatori e potenziali compratori, rendendo accessibile il prodotto ai consumatori di paesi nei quali non è presente il marchio, né direttamente, né tramite una forma di distribuzione (*franchising*, *multimarca*, *corners o duty free*);
- convoglia la clientela verso "il negozio ufficiale *on line*" e garantisce al consumatore di comprare prodotti originali sul sito ufficiale (*certified original*);
- permette ai nuovi clienti di testare il *brand* ed il sito con un "primo" acquisto, magari in una categoria con una fascia di prezzo più ridotta,

ad esempio, un piccolo accessorio; una volta sperimentata la qualità del prodotto, la serietà del *brand*, la sicurezza del sito, il “nuovo” cliente si affeziona e continua a comprare orientandosi anche su prodotti di fascia medio-alta.

Gli svantaggi possono essere: il costo di costruzione, mantenimento, l’aggiornamento del sito. Se il sito è operativo, ossia non è una mera “vetrina” ma permette l’acquisto *on line*, la casa madre dovrà un’organizzazione *ad hoc* dedicata al sito, con repliche di molte strutture già in essere per la gestione dei negozi diretti, la logistica delle spedizioni, il *custode service on line*, lo studio fotografico necessario per presentare i prodotti con immagini diverse da quelle destinate ai classici media, etc.

Probabile è altresì il rischio di cannibalizzazione delle vendite rispetto alla rete dei propri negozi diretti (di fatto il negozio *on line*, pur se virtuale, è un negozio diretto a tutti gli effetti e sottrae vendite ai negozi cosiddetti *brick&mortar*); tuttavia l’oculatazza sta nell’aver come *target* consumatori diversi da quelli che visitano i negozi fisicamente e che prediligono l’esperienza del negozio di lusso fatta di assistenza personalizzata. Si considera anche un potenziale rischio di sovraesposizione del prodotto e di concorrenza diretta con i cosiddetti “*pure internet players*”, ossia quei siti che vendono unicamente *on line* senza avere alcuna forma di negozio su strada ed anche un possibile rischio di confusione per il consumatore, data la presenza in internet di siti falsi, che commercializzano prodotti contraffatti. Nel mercato *off line* (“*brick&mortar*”) è facile identificare i prodotti contraffatti, ma non altrettanto nel mercato *on line*. Inoltre un sito contraffatto è molto facilmente replicabile, magari associando le foto originali (scannerizzate direttamente dal

sito ufficiale) a prodotti contraffatti, spediti poi all'ignaro consumatore.

Infine, in tema di distribuzione via internet tramite negozio *online* e di condizioni generali di vendita rivolte ai consumatori finali, si deve tenere presente la possibilità di vedersi contestare talune clausole vessatorie. Infatti, applicare condizioni generali di vendita in un contesto multi-giurisdizionale è assai complesso e richiede una verifica della tenuta legale delle condizioni generali di vendita standard rispetto alla normativa locale applicabile in ciascun paese di vendita. Ciò al fine di evitare sanzioni da parte delle autorità locali, giacché, in caso di contestazione, la legge a tutela sarà quella del domicilio del consumatore ed, in generale, il *favor* è verso il consumatore.

Ai sensi dell'art. 37-*bis* del Codice del Consumo, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è incaricata di dichiarare la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra produttori e consumatori conclusi mediante l'adesione del consumatore a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari. Le conseguenze possono essere assai spiacevoli: in Italia, il provvedimento che accerta la vessatorietà della clausola è pubblicato dall'Autorità sul proprio sito internet e sul sito dell'operatore che ha adottato la clausola in questione. L'Autorità Garante della Concorrenza del Mercato ha possibilità d'intervento con pieni poteri e possibilità di sanzioni anche nei rapporti tra produttore e rivenditori, oltre che tra produttore e consumatori, richiede pertanto la massima attenzione nell'approntare corretti strumenti contrattuali. Onde evitare la presenza di clausole vessatorie – che, come noto, sono da considerarsi nulle – all'interno dei propri contatti, le nuove disposizioni prevedono la possibilità per le imprese

di interpellare preventivamente l’Autorità in relazione a singole clausole ed ottenere da questa un parere in proposito.

2. Vendite *on e off line* dei prodotti di lusso: nuovi rilievi concorrenziali.

Il settore della moda affiora nella riflessione *anti-trust* sotto due distinti e intrecciati profili: l’uno strettamente afferente alla fase a valle, in cui ad emergere sono i termini, le modalità e le condizioni attraverso cui viene promosso il circuito distributivo dei beni di lusso; l’altro, che rimanda alla fase a monte, in cui è il rapporto tra produttore e fornitore ad interessare sempre che questo si connoti per uno specifico squilibrio di potere negoziale.

Nel primo caso il rinnovato interesse si spiega con l’irruzione delle nuove tecnologie, che hanno inciso, se non travolto, gli schemi e i modelli di *business* tradizionali, inducendo anche gli operatori della moda a confrontarsi con le opportunità e i relativi rischi connessi alla diffusione delle nuove tecnologie sia nella prospettiva concorrenziale sia in quella più squisitamente consumistica³⁵³.

Nell’altro profilo, il dibattito si ravviva a seguito dei più recenti indirizzi della giurisprudenza e delle rafforzate competenze dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia di dipendenza economica, che suggeriscono, anche sotto questa più

³⁵³ Il settore della moda può dunque, rilevare vuoi nell’accezione più classica, in cui ad essere intercettate sono le comunicazioni ingannevoli, vuoi nella deriva più recente, in cui a ricadere nelle maglie dell’antitrust è l’intera relazione commerciale tra professionista e consumatore, che svolgendosi in maniera scorretta, conduce il consumatore ad assumere comportamenti economici che altrimenti non avrebbe assunto. Sulla cornice normativa di riferimento, per tutti, e da ultimo, A. M. GAMBINO (a cura di) *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Torino, 2011, *passim*.

tradizionale angolazione, di tornare a riflettere sui limiti entro i quali le condotte degli operatori si conformano ai principi del mercato.

Il livello qualitativo è uno degli elementi qualificanti e distintivi dei prodotti di lusso³⁵⁴, percepito come superiore, il maggior prezzo, che riflette le accreditate caratteristiche qualitative e il marchio³⁵⁵ che, essendo rinomato, oltre a identificare in modo sintetico ed immediato una categoria di prodotti, certifica l'acclarata notorietà acquisita sul mercato, svelando la c.d. “*unobservable features*” (ossia quelle caratteristiche interne al prodotto, che si rivelano al consumatore solo dopo l'acquisto³⁵⁶ e di qui l'elevato standard qualitativo³⁵⁷).

³⁵⁴ S. PETROVA – V. PRUZHANSKY, *The Economics of Luxury Goods: Utility Based on Exclusivity*, in *Social Science Research Network Paper*, 2011, p. 37; V. PRUZHANSKY, *Luxury Goods, Vertical Restraints and Internet Sales*, in *European Journal of Law and Economics*, 2012, p. 56.

³⁵⁵ Sul marchio che gode di rinomanza, vedi anche V. FALCE, *La funzione attrattiva del marchio. Profili di rilievo concorrenziale*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 64.

³⁵⁶ S. J. DILBARY, *Famous Trademarks and the Rational Basis for Protecting “Irrational Beliefs”*, in *Geo. Mason L. Rev.*, 2007, p. 605, per il quale “(W)hen purchasing a branded good, the consumer receives three bundled products: a physical product (e.g., a watch, a car, or a pocket book), information about the physical product (e.g., its constituent materials, durabilità, and the mode of its manufacture), and intangibile product, such as fame, prestige, peace of mind, or just a pleasant feeling”.

³⁵⁷ Cfr. Decisione della Commissione n. IV/M. 1534, Pinault-Printemps – Redoute/Gucci del 22 luglio 1999; Decisione della Commissione n. COMP/M. 1780, LVMH/Prada/Fendi del 25 maggio 2000. In sintesi, e come di recente eloquentemente ricordato dall' Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (anche “AGCM”) “Alta qualità, design esclusivo, immagine e prestigio dei prodotti sono dunque aspetti che pongono i beni di lusso come gli articoli al vertice di ogni singola categoria merceologica interessata. Di conseguenza, l'acquisto di prodotti di lusso può esser visto, indipendentemente dal loro effettivo utilizzo e consumo, in funzione dell'immagine e dell'idea di prestigio che essi veicolano. L'acquisto di simili prodotti tende infatti a rappresentare qualcosa di diverso rispetto alla loro semplice fruizione materiale; una tale caratteristica connessa al *life style*, non è invece riscontrabile in relazione a beni della stessa categoria merceologica ma destinati al consumo di massa”; AGCM, C10883 – Bridgepoint Capital/Histoire D'OR Europe, in *Boll.*, 14/2011.

I suddetti beni non vengono considerati dalla domanda di mercato quali diretti sostituti di altri, sulla base di tali indici, che, benché rivolti a soddisfare le medesime esigenze, da questi si differenziano per valore, qualità e prezzo³⁵⁸.

Nella prospettiva squisitamente *antitrust*, l'effetto è immediato³⁵⁹. I prodotti di lusso afferiscono ad un mercato distinto³⁶⁰ e separato dal più ampio e indifferenziato³⁶¹ c.d. *mass market*, al quale accedono viceversa i beni contraddistinti da marchi meno noti,

³⁵⁸ Il rationale economico è ben delineato in J. RAE, *The Sociological Theory of Capital*, London: The Macmillan Co, 1905; VEBLEN, THORSTEIN (1989), *The Theory of the Leisure Class; An Economic Study of Institutions*. London: Unwin Books, reprinted New York : Dover Publications, 1994.

³⁵⁹ Per una recente riflessione, G. GHIDINI – F. DI PORTO – V. FALCE – M. PANUCCI, voce *Concorrenze*, in *Diritto commerciale* (a cura di N. ABRIANI), *Dizionari del diritto privato*, promossi da N. IRTI, Milano, 2011, *passim*.

³⁶⁰ AGCM C11769, *Mayhoola for Investments/Valentino Fashion Group*, Provvedimento n. 23909, in *Boll.*, 37/2012 cui l'AGCM precisa che "Dal lato della domanda, i beni di lusso si qualificano come articoli di alta qualità e si caratterizzano per essere venduti a prezzi normalmente elevati e sotto marchi prestigiosi; proprio in virtù del valore aggiunto rappresentato dal marchio, i beni di lusso sono contraddistinti da uno scarso grado di sostituibilità con i beni appartenenti alla stessa categoria, ma venduti con marchi non conosciuti e pertanto acquistabili a prezzi notevolmente inferiori e in punti vendita non di lusso. Dal lato dell'offerta, la strategia di sviluppo seguita dalle società produttrici di beni di lusso risulta incentrata nell'offerta di una vasta gamma di prodotti caratterizzata da un elevato grado di diversificazione e di innovazione: lo sviluppo del concetto di marca come "life-style" e il costante lancio di nuovi prodotti è prova che per i produttori di beni di lusso i costi per modificare le produzioni (*switching costs*) sono relativamente bassi e che esiste una elevata sostituibilità dal lato dell'offerta. Una siffatta strategia rende inappropriata una classificazione delle marche per raggruppamenti di singoli prodotti. Nella medesima linea, cfr. AGCM, C10289-Gucci Group Italia Holding/Ramo Di Azienda Di Toscoval-Di Valigeria Toscana (Newco), Provvedimento n. 20406 del 22 ottobre 2009, in *Boll.* N. 42/09; C7379-LVMH Moet Hennessy Louis Vuitton/Ramo d'azienda di Calzaturificio Monique Provvedimento n. 1456 del 30 novembre 2005, in *Boll.* N. 48/05; C5779-LVMH Fashion Group Industria/Calzaturificio Rossi Moda, Provvedimento n. 11825 del 20 marzo 2003, in *Boll.*, 12/03. Sul punto sono intervenute anche le decisioni della Commissione: CE M1534 – Pinault-Printemps-Redoute/Gucci, 22 luglio 1999 e CE M1780-Lvmh/Prada/Fendi, 25 maggio 2000.

³⁶¹ P.K. CCHINTAGUNTA – A. BONFRER – I. SONG, *Investigating the Effects of Store-Brand Introduction on Retailer Demand and Pricing Behavior*, in *Management Science*, 2002, 1242.

accessibili a prezzi più contenuti e disponibili presso punti vendita di pari prestigio³⁶².

L'irruzione delle nuove tecnologie e le sfide offerte dal commercio elettronico hanno imposto una riflessione sulla tenuta del modello di distribuzione³⁶³, che pur nelle sue diverse articolazioni, è

³⁶² AGCM, C5224 – Marzotto/Valentino, Provvedimento n. 10731, in *Boll.*, 19/2002. Il marchio, in tali circostanze, in qualità di messaggero, assume una chiara valenza suggestiva dovuta alla grande notorietà di cui gode, al suo legame con personalità di grande spicco, al suo richiamo ad avvenimenti di grande rilievo per tutti, C. GALLI, *Funzione del marchio e ampiezza della tutela*, Milano, 1966, p. 142.

³⁶³ Se d'altra parte i prodotti del *fashion* sono riconducibili ad un comune denominatore nella prospettiva concorrenziale, anche nel segmento del lusso, la fase della produzione e vendita è mantenuta distinta da quella della vendita al dettaglio. E ciò diversamente dai prodotti non di lusso, per i quali può essere mantenuta una distribuzione merceologica a seconda dei beni interessati: AGCM, C11179 – Financiere – L. Capital Management/Groupe TWC, in Provvedimento n. 22706, in *Boll.* 32/11. Tra gli altri AGCM, C10289 – Gucci Group Italia Holding/Ramo Di Azienda Di Toscoval e Di Valigeria Toscana (Newco), Provvedimento n. 20406 del 22 ottobre 2009, in *Boll.* N. 42/09. In sintesi, rispetto alla produzione e vendita all'ingrosso, il relativo mercato del prodotto presenta confini mobili, venendo ora definito sulla base di ciascuna tipologia di prodotto (cosmetici, profumi, abiti, borse) ora come unitario, e tale cioè da estendersi all'intera categoria merceologica (Cfr. AGCM, C11375 – PPR/Brioni, Provvedimento n. 23126, in *Boll.* 50/2011). La medesima linea è seguita per circoscrivere la corrispondente dimensione geografica, i cui contorni ora vengono lasciati aperti (Cfr. LVMH/Prada/Fendi, Case No COMP/M. 1780, su http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decision/m_1780_en.pdf) ora si proiettano verso una latitudine ampissima, persino mondiale (Cfr. AGCM, C11375 – PPR/Brioni, cit.; AGCM, C 10289-Gucci Group Italia Holding/Ramo d'Azienda di Toscoval e di Valigeria Toscana, cit.). Passando alla fase della vendita al dettaglio, il mercato merceologico è qualificato dalla presenza di rivenditori autorizzati che vendono prodotti di lusso ai consumatori finali, dai negozi mono marchio gestiti direttamente ovvero da *franchisee*, *corner shop* e commercianti indipendenti. Dal punto di vista geografico, si propende, ancora una volta, per una estensione ora non definita puntualmente ora coincidente con lo Spazio Economico Europeo, ora mondiale. Le ragioni che consigliano una definizione aperta del mercato sono da ricondurre alla strategia tendenzialmente unitaria ed omogenea seguita dai principali operatori a livello moderno in termini di modalità distributive, campagne pubblicitarie e prezzi praticati, cui corrisponde una pari uniformità della tipologia di consumatore interessato al prodotto di lusso in quanto evocativo di un preciso *status* e corrispondente stile di vita (In arg., anche D.B. Holt – J.A. Quelch – E.L. Taylor, *How global brands compete*, in *Harvard Business Review*, 82(9), 68; F. Vigneron, L.W. Johnson, *A review and a conceptual frame work of prestige seeking consumer behavior*. *Academy of Marketing Science Review*, 1999, 1; M.A. AKAKA, D.L. ALDEN,

largamente invalso per la distribuzione fisica dei beni di lusso³⁶⁴ al fine di assicurare uniformità standardizzate della qualità.

I distributori e i luoghi della distribuzione, secondo lo schema più comune, sono selezionati in virtù di parametri omogenei tesi a contribuire all'immagine di eleganza ed esclusività dei prodotti, mentre le modalità di vendita vengono fissate dal fornitore attraverso l'impostazione di standard qualitativi da seguire per l'allestimento, la scelta del personale, l'elaborazione di campagne pubblicitarie, etc., così contribuendo ad accreditare un'immagine di marca.

A fronte dunque dell'idoneità di tali accordi che restringono da una parte il numero dei distributori autorizzati e dall'altra le possibilità di rivendita, i sistemi di distribuzione selettiva sono pacificamente ritenuti compatibili con la tutela del mercato in quanto consentono la commercializzazione di prodotti cui il mercato riconosce caratteristiche distintive, senza peraltro introdurre restrizioni eccessive o ingiustificate³⁶⁵.

Global brand positioning and perceptions: International advertising and global consumer culture, in *International Journal of Advertising*, 2010, 29(1), (37).

³⁶⁴ Nello stesso senso Corte di Giustizia 28 gennaio 1986, causa 161/84, Pronuptia, in *Raccolta* 353, che ha definito il contratto di franchising di distribuzione come un sistema nel quale “una impresa che si sia stabilita su di un mercato come distributore e che abbia così potuto mettere a punto un insieme di metodi commerciali concede, dietro corrispettivo, a dei commercianti indipendenti la possibilità di stabilirsi su altri mercati usando la sua insegna e i metodi commerciali che le hanno garantito il successo... I contratti di franchising in materia di distribuzione si differenziano in questo dai contratti di concessione di vendita o da quelli che vincolano i rivenditori autorizzati in un sistema di distribuzione selettiva, i quali non contemplano né l'uso della stessa insegna, né l'applicazione di metodi commerciali uniformi.... In secondo luogo, il concedente deve poter prendere le misure idonee a preservare l'identità e la reputazione della rete distributiva contraddistinta dall'insegna”.

³⁶⁵ Tale valutazione è concorde in relazione agli accordi di distribuzione selettiva puramente qualitativa, ai sensi dei quali la selezione dei rivenditori avviene unicamente sulla base di criteri oggettivi collegati alla natura dei prodotti, quali il livello di qualificazione professionale del personale addetto alle vendite, il servizio fornito da ciascun punto vendita autorizzato, la vendita di una

E' evidente peraltro che siffatto modello è non immediatamente adattabile al commercio elettronico, che, nella decodifica degli operatori, si espone ad una serie di criticità, potendo essere percepito negativamente per il fatto di non consentire la verifica della conformità al livello qualitativo prescelto e soprattutto di precludere l'offerta di servizi accessori all'acquisto (consigli sugli abbinamenti dei prodotti o sui prodotti che meglio si adattano al cliente), che vengono considerati essenziali nel caso della distribuzione di beni di lusso (profilo quest'ultimo irrilevante nell'acquisto di altre tipologie di beni). L'effetto finale, nella lettura dai produttori, è lo scadimento del servizio offerto con inevitabili ripercussioni sul valore del marchio, che rischia di essere annacquato se non definitivamente compromesso³⁶⁶. Conseguentemente, si invocano, da parte degli stessi operatori, delle limitazioni alla vendita di prodotti di lusso *on line*, che, ove rispettate, avrebbero il vantaggio di contemperare le esigenze delle diverse categorie di distributori e ridimensionare il rischio di selezione avversa in forza del quale i costi di ricerca verrebbero sopportati dalla rete distributiva tradizionale ma l'acquisto verrebbe perfezionato *on line* una volta maturata la propria

determinata gamma di prodotti, ecc. Cfr. ad esempio la sentenza del Tribunale nella causa T-88/92, Groupement d'achat Edouard Leclerc/Commissione, Racc. 1996, II – 1961, Commissione Europea, Decisione n. IV/33.242 – Yves Saint Laurent Parfums del 18 gennaio 1992. La conformità del sistema di distribuzione selettiva di YSL è stata da ultimo confermata nel 2001: Sentenze della Corte di Giustizia nelle cause C-26/76, Metro I, Racc. 1977, 1875, punti 20 e 21, C-107/82, AEG, Racc. 1983, 3151, punto 35 e la sentenza del Tribunale nella causa T – 19/91, Vichy/Commissione, Racc. 1992, II-415, punto 65.

³⁶⁶ C. CAFFARA, K-U. KUHN, *Selective Distribution of Luxury Goods in the Age of e-commerce An Economic Report for Chanel*, 2008, accessibile all'indirizzo

http://www.crai.com/ecp/assets/Selective_distribution_Caffarra_Kuehn.pdf.

scelta. Una specifica competenza in materia è assegnata all'Antitrust sin dal 2001³⁶⁷.

Con l'art. 11 della Legge n. 57/2001 è stato innestato nella legge sulla subfornitura il comma 3*bis* all'art. 9, che attribuisce all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato il potere di intervento in relazione a quelle condotte che, “fermo restando l'eventuale applicazione dell'art. 3 della L. 10 ottobre 1990, n. 287”, e dunque a prescindere ed indipendentemente dalla loro capacità di qualificare un abuso di posizione dominante, possano assumere “rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato”.

La novella, che peraltro ad oggi non ha trovato applicazione, amplia la tipologia e il novero di condotte che, pur non qualificando una fattispecie tipica ai sensi della legge antitrust, superano la soglia di rilevanza per il diritto della concorrenza³⁶⁸. Sotto questo aspetto, con il comma 3 *bis* sono state allargate le maglie di applicazione della disciplina antitrust³⁶⁹ a comportamenti che sfruttano una posizione così dominante ma relativa³⁷⁰, quale “legame di

³⁶⁷ Ampiamente, sullo stato dell'arte prima della riforma del 2001 e sulle implicazioni di quest'ultima, P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, 2006, p. 425.

³⁶⁸ Così M. LIBERTINI, *posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, 2003, p. 556.

³⁶⁹ In entrambi i casi una sponda è offerta dal regolamento comunitario di modernizzazione, n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del trattato, in G.U.C.E. 2003, L. 1/1) che, fermi i principi di uniformità e non contraddizione tra la disciplina comunitaria e quelle nazionali, lascia intatta la possibilità per gli Stati membri di introdurre leggi “più severe” che “vietano o sanzionano un comportamento illecito nei confronti di imprese economicamente dipendenti” (cfr. considerando n. 8). Oltre al Regolamento 1/2003, anche i lavori preparatori della legge 287/90 avevano preso in considerazione la nozione di posizione dominante relativa, ma poi il legislatore aveva deciso di non fare riferimento diretto ad essa. In arg. v. *inter alia*, M. R. MAUGERI, cit., p. 110

³⁷⁰ Sul punto, per tutti, G. GHIDINI, *Profili evolutivi*, cit., p. 203, ad avviso del quale con la novella il legislatore ha esteso l'applicabilità del divieto di abusi a situazioni di dominanza relativa, afferenti cioè al rapporto di forza inter-

dipendenza esistente tra due parti di cui una si presenta come il *partner* obbligato dall'altra³⁷¹.

Abusi di dipendenza economica che sino ad un recente passato erano attratti “a forza” nell’ambito degli abusi di posizione dominante, grazie all’art. 3 *bis*, ora integrano un illecito *antitrust* senza ricorrere ad artificiose ricostruzioni e ad improbabili equazioni. La rilevanza *antitrust* delle condotte che si manifestano negando l’accesso a risorse essenziali è pacifica quando si tratta di comportamenti che precludono o comunque interferiscono con lo sviluppo di un’attività economica. Quella invece inerente a comportamenti posti in essere in mercati in cui il rischio di rimanere *captive* è elevato, non può essere presunto, ma va verificato in concreto. Dove invece vada fissata l’asticella che consenta di discriminare le condotte che sono in grado da quelle che sono

individuale tra l’impresa maggiore e la sua controparte debole. Ancora per C. OSTI, R. PARDOLESI, *Il problema della dipendenza economica*, in *Atti del convegno ITA*, 7 ottobre 1998, p. 32: o si considera la fattispecie della dipendenza economica introdotta dall’art. 9, L. n. 192/98 come “un contributo atto a scardinare l’intero nostro sistema di diritto civile, restio all’idea di entrare nella puntuale regolazione dei rapporti economici tra singoli”, oppure “si vede nella norma in questione un caso di abuso di posizione dominante relativa”.

³⁷¹ Se è così, allora a delimitare i contorni dell’area di piena interferenza potrebbe contribuire la teoria dell’*essential facility*: accolta nella prassi *antitrust* per imporre l’accesso a risorse essenziali, in quanto indispensabili allo svolgimento di determinate attività economiche e la cui duplicabilità o sostituibilità non sia realistica sotto il profilo economico o materiale. Nei casi dunque in cui un’impresa sia titolare di una risorsa essenziale, il rifiuto a concederne l’uso ben potrebbe al contempo qualificare un illecito relazionale ed economico. A circoscrivere invece l’area di possibile intersezione tra i due istituti sarebbe la nozione, già esplorata dalla dottrina e prassi *antitrust*, del *partner* obbligato, che, muovendo dal legame particolare che si instaura tra due soggetti economici, tipicamente attivi a livello diversi della catena produttiva, consente di innalzare i comportamenti assunti nell’ambito di quella relazione alle soglie della rilevanza *antitrust*. Il pensiero corre alle situazioni in cui un’impresa che ha la necessità di disporre nel proprio assortimento di un certo prodotto vuoi perché indispensabile a soddisfare le esigenze della domanda, vuoi perché in sua assenza non sarebbe in grado di portare avanti la propria attività commerciale; si pensi altresì al legame di fatto irrinunciabile perché la sua sostituzione sarebbe di fatto impraticabile o comunque estremamente costosa, o infine tale da determinare una cospicua perdita.

inidonee a interferire con il mercato, non è questione trattata/risolta dal nuovo comma 3 *bis*.

Sul punto è da ultimo intervenuto il Legislatore che con la L. n. 108/2011, anche nota come Statuto delle Imprese³⁷², ha previsto al comma 3 *bis* dell'art. 9 L. n. 192/1998 che in caso di prolungata violazione della normativa nazionale in materia di ritardo nei pagamenti ai danni delle imprese, specialmente piccole e medie, si perfeziona un'ipotesi di abuso di dipendenza economica a prescindere ed indipendentemente dello stato di dipendenza economica. Competente dell'*enforcement* è l'Antitrust, che così guadagna un nuovo spazio di intervento, potendo perseguire e sanzionare il comportamento abusivo che rientri sia in termini soggettivi (rivolto alle imprese) che in termini oggettivi (consistenti in un persistente ritardo nei pagamenti) nel perimetro del divieto.

La novità della norma, ora, non sta evidentemente nell'attribuzione all'Autorità Garante di un'area di competenza nei confronti delle condotte che qualificano un abuso di posizione economica, vale a dire, uno sfruttamento della posizione di forza

³⁷² Le competenze dell'Antitrust sono state recentemente rafforzate anche sul fronte dei rapporti commerciali tra imprese. Con lo statuto delle Imprese (L. n. 180/2011), infatti, il legislatore ha inteso ridisegnare il sistema di tutela dei fornitori-creditori di piccole e medie dimensioni nei confronti delle imprese clienti (ad esclusione delle PA), che ritardano il pagamento delle transazioni commerciali, rafforzando le competenze dell'Antitrust. In particolare, lo Statuto dapprima riporta a due principali direttrici i criteri cui il Governo dovrà informarsi nel recepire la nuova disciplina comunitaria sul ritardo nei pagamenti, quali essenzialmente: a) la previsione di misure in grado di combattere gli effetti negativi (come ad esempio le distorsioni della concorrenza) derivanti dalla posizione dominante delle imprese nei confronti dei loro fornitori o delle imprese sub-committenti, in particolare laddove si tratti di micro, piccole o medie imprese; b) l'ampliamento delle competenze dell'Autorità garante della concorrenza o del mercato che, dunque, potrà intervenire (sia con diffide che con sanzioni) per contrastare i comportamenti illeciti messi in atto da grandi imprese. In arg., vedi anche V. FALCE, *Pagamenti tardivi, la tutela delle Pmi in mano all'Antitrust*, Il Sole 24 Ore, 17 novembre 2012, p. 17.

negoziale di un'impresa nei confronti di un'altra cliente o fornitrice. Ed infatti è sin dal 2001 che, come visto, *all'Antitrust* è assegnato il potere di valutare tali strategie allorché abbiano “rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato”.

La novità, piuttosto, va rintracciata nella circostanza che <<in caso di violazione diffusa e reiterata>> della disciplina sui ritardi di pagamento da parte di un'impresa ai danni di altre, <<con particolare riferimento a quelle piccole e medie>>, <<l'illecito ricorre a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica>>, che finisce con l'essere presunto.

Per effetto del recente innesto normativo, in altri termini, potrebbe diventare sufficiente dimostrare che le regole sui tempi e modi di pagamento vengono infrante ampiamente e ripetutamente perché quell'azione possa essere considerata complessivamente illecita anche nella prospettiva concorrenziale, con conseguente attivazione dei poteri istruttori *dell'Antitrust* e applicazione, nei casi più gravi, di sanzioni pecuniarie anche assai significative (che possono raggiungere il 10% del fatturato)³⁷³.

Insomma, in ragione della frequenza degli episodi e della latitudine della condotta attraverso cui contravviene alle norme sulla tempestività dei pagamenti, un'impresa potrebbe essere considerata “dominante” nei confronti delle controparti, che dunque si troverebbero in una situazione di “sudditanza economica”, non

³⁷³ Rimane il dubbio se quella strategia commerciale, certamente censurabile nella dialettica tra parti (e dunque nella prospettiva privatistica), sia in grado per ciò di interferire sul mercato (e dunque rilevare anche in una logica pubblicistica) ovvero, come sembra più ragionevole, se la verifica dell'impatto procurato in concreto sul mercato da quel comportamento sia in ogni caso richiesto, almeno ai fini della applicazione della sanzione pecuniaria: così V. FALCE, *Pagamenti tardivi, la tutela delle Pmi in mano all'Antitrust*, Il Sole 24 Ore, 17 novembre 2012, p. 17.

essendo in grado di opporsi o di trovare alternative soddisfacenti a tale forma di vessazione. Inoltre, nella prospettiva del legislatore, tale comportamento dilatorio, oltre ad essere indice qualificato dell'eccessivo squilibrio negoziale di una arte nei confronti dell'altra, potrebbe qualificare altresì un abuso e dunque una ipotesi di sfruttamento illecito della situazione di predominio rivestita.

Le ricadute sono tutt'altro che secondarie. Con la tipizzazione a livello legislativo del requisito della dipendenza, infatti, si viene a superare lo scoglio tradizionalmente incontrato tanto a livello di private che di *public enforcement*, nell'accertamento dello stato di squilibrio negoziale, che integra il presupposto necessario e sufficiente per sindacare i comportamenti di abuso di dipendenza economica. D'altra parte, la gittata della norma sembrerebbe ambire ad andare oltre, introducendo una violazione *antitrust ex se* fondata esclusivamente sul presupposto di una violazione "diffusa e reiterata" della disciplina sui ritardi di pagamento. L'illecito *antitrust* ricorrerebbe in presenza di un generalizzato e prolungato comportamento dilatorio, la cui sussistenza potrebbe essere comprovata essenzialmente in via di fatto, fatta salva la prova che il comportamento censurato sia giustificabile sulla base di ragioni oggettive ovvero non rientri nel raggio di azione della norma per mancanza dei presupposti di applicazione.

3. Le sfide del commercio elettronico al sistema della moda.

Il settore dei prodotti della moda e del lusso costituisce uno dei settori trainanti della nostra economia, ma anche uno dei più minacciati dalla contraffazione e dal parassitismo: ed è dunque uno dei settori nei quali i diritti di proprietà industriale possono giocare

un ruolo decisivo nell'aiutare le nostre imprese a competere con successo sul mercato globale.

Sin da quando, negli anni Settanta del secolo scorso, la giurisprudenza milanese coniava l'efficace espressione "creatori del gusto e della moda"³⁷⁴, cogliendo, forse non del tutto consapevolmente, un cambiamento epocale nell'uso e nella percezione da parte del pubblico dei segni distintivi, l'intreccio di comunicazione, estetica, arte e valore di mercato che caratterizza questo settore ha costituito una sfida anche per i giuristi che si occupano di proprietà intellettuale, per l'importanza che il coordinamento e la scelta delle diverse forme di tutela di questi valori, diversi ma spesso compresenti, comporta per un diritto che voglia essere in grado di proteggere in modo effettivo ciò che i prodotti del *fashion* rappresentano concretamente nel mondo della vita, evitando gli opposti rischi di proteggere ciò che non merita tutela e non ne ha bisogno e di non proteggere ciò per cui invece questa tutela è indispensabile per fronteggiare i fenomeni del *free riding*: un'importanza che è cresciuta in modo esponenziale a partire dal momento in cui il decentramento produttivo e la globalizzazione dei mercati hanno moltiplicato le minacce, ma anche le opportunità per le nostre imprese.

La contraffazione, a mezzo della rete internet, anche se non riguarda solo *fashion* e *luxury goods* – si pensi alla vendita attraverso il web di prodotti la cui commercializzazione è riservata a canali regolamentati (come i farmaci) -, produce in questo campo conseguenze particolarmente devastanti, pregiudizievoli, di estrema

³⁷⁴ Per una ricostruzione di questo orientamento giurisprudenziale e delle sue implicazioni sistematiche si veda GALLI, *Funzione del marchio e ampiezza della tutela*, Milano, 1996, p. 84 e ss. e ID., *Comunicazione d'impresa e segni distintivi: le linee evolutive*, in questa *Rivista*, 2011, p. 119 e ss.

gravità sia per i titolari dei diritti di proprietà industriale violati, sia per l'affidabilità delle transazioni e per la libertà di determinazione delle scelte dei consumatori, per la loro sicurezza e salute, che anche la contraffazione mette spesso in pericolo, poiché i falsi sono spesso anche pericolosi o realizzati in modo non conforme alle prescrizioni sulla sicurezza dei prodotti.

Questo problema ha assunto certamente un rilievo che non poteva essere previsto nel 2001, al momento dell'adozione della Direttiva sul commercio elettronico³⁷⁵ e nemmeno in quello dell'attuazione di essa nel nostro Paese, operata nel 2003³⁷⁶, che non ha colto tutte le opportunità offerte dalla Direttiva per delineare una soluzione equilibrata al problema della responsabilità dei soggetti operanti su internet, dai *pure players* agli *Internet service providers*, e più in generale dei fornitori di servizi via web.

Ciò nonostante la giurisprudenza, e in particolare quella comunitaria e alcune significative pronunce nazionali, hanno delineato, se non ancora dei confini precisi, certamente delle linee guida, per delimitare i limiti della responsabilità degli attori del commercio elettronico, coordinando le norme con quelle della Direttiva in materia di marchi d'impresa³⁷⁷ e del Regolamento sul marchio comunitario³⁷⁸.

³⁷⁵ Direttiva n. 2000/31/C.E.

³⁷⁶ Con il D.Lgs 9 aprile 2003, n. 70, emanato in forza della delega conferita al Governo della L. 1 marzo 2002, n. 39 (Legge comunitaria 2001).

³⁷⁷ Direttiva n. 89/104/CEE, ove divenuta nella versione codificata la Direttiva n. 2008/95/CE. Come per il Regolamento sul marchio comunitario, di cui subito in appresso, la Commissione Europea ha recentemente presentato una nuova versione della Direttiva, che tuttavia non sembra influire su quanto esposto nel testo.

³⁷⁸ Regolamento CE n. 40/94, ora divenuto nella versione codificata il Regolamento CE n. 207/2009.

4. L'esaurimento dei diritti di proprietà intellettuale in rapporto all'attività dei *pure players*: i suoi limiti e le opportunità di difesa per i titolari.

Rispetto ai contraffattori tradizionali i siti internet di commercio elettronico, specialmente quelli che si limitano a commerciare *on line*, senza spazi fisici accessibili dai consumatori (e per questo vengono appunto definiti come *pure players*), rendono più difficile distinguere i prodotti veri da quelli falsi, spesso semplicemente riprodotti con immagini “ufficiali”, tratte dai cataloghi del produttore, alle quali non si sa se corrispondono o meno le caratteristiche dei prodotti realmente venduti, di cui di regola si ignora l'origine, in particolare se comunitaria o extra-comunitaria (*rectius*: estranea allo Spazio Economico Europeo), con conseguente difficoltà di stabilire, anche dopo quando sono realmente “originali”, se ad essi si applicano o meno le regole sull'esaurimento e sempre si ignora la reale ubicazione “fisica”, con conseguente difficoltà pratica (quando non impossibilità) di colpirli con misure di descrizione o sequestro.

Per i prodotti effettivamente di origine comunitaria, ma destinati a mercati *extra-europei*, il tema è particolarmente delicato, poiché, come si diceva, il principio dell'esaurimento opera soltanto nell'ambito comunitario, cosicché eventuali prodotti originali reimportati in Europa da Paesi esterni all'U.E. e al S.E.E. sono considerati a tutti gli effetti come merci di contraffazione³⁷⁹, fermo restando che invece in ambito comunitario l'esaurimento opera *ipso*

³⁷⁹ Così espressamente Corte Giust. CE 16 luglio 1998, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1998, 1228 e ss. e nella nostra giurisprudenza nazionale App. Milano 22 luglio 1994, *ivi*, 1995, 537 e ss.; Trib. Bologna, ord., 21 agosto 1995, *ibidem*, 1212 e ss.; Trib. Milano 20 novembre 1995, *ivi*, 1996, 501 e ss.; Trib. Treviso 20 marzo 1996, *ibidem*, 722; App. Milano 11 ottobre 1996; *ivi*, 1997, p. 395.

facto per effetto della vendita, cosicché <<l'eventuale stipulazione, nell'atto di vendita che realizza la prima immissione in commercio nel SEE, di restrizioni territoriali al diritto di rivendita dei prodotti concernenti solamente i rapporti tra le parti contraenti>> e <<non può ostare all'esaurimento previsto dalla direttiva>>³⁸⁰.

Sempre in relazione all'esaurimento, non va inoltre dimenticato che esso riguarda in linea di massima anche la pubblicità, nel senso che se i prodotti sono originali e di origine comunitaria <<il rivenditore ha, oltre alla facoltà di mettere in vendita tali prodotti, anche quella di usare il marchio per promuovere l'ulteriore commercializzazione dei prodotti stessi>>³⁸¹, ma non è comunque senza limiti. I Giudici comunitari, infatti, dopo aver richiamato con approvazione l'insegnamento generale per cui <<il pregiudizio arrecato alla reputazione del marchio può costituire, in via di principio, un motivo legittimo, ai sensi dell'art. 7, n. 2, della direttiva, perché il titolare si opponga all'ulteriore commercializzazione dei prodotti messi in commercio nella Comunità dal titolare stesso o con il suo consenso>>, hanno affermato che <<nel caso in cui un rivenditore utilizzi un marchio per promuovere l'ulteriore commercializzazione di prodotti contrassegnati col marchio stesso, deve essere temperato l'interesse legittimo del titolare del marchio, ad essere tutelato contro i dettaglianti che facciano uso del marchio a fini pubblicitari avvalendosi di modalità che potrebbero nuocere alla reputazione del marchio stesso, con l'interesse del dettagliante a poter mettere in vendita i prodotti in questione avvalendosi delle modalità pubblicitarie correnti nel suo settore di attività>>, cosicché in

³⁸⁰ Corte Giust. CE 30 novembre 2004, nel procedimento C/16/03, punti 50-55 della decisione.

³⁸¹ Corte Giust. CE 4 novembre 1997, nel procedimento C/337/95, Dior/Evora.

particolare, in caso di prodotti di lusso (nel caso di specie si trattava di prodotti a marchio Dior), il dettagliante deve <<adoperarsi per evitare che la sua pubblicità comprometta il valore del marchio, danneggiando lo stile e l'immagine di prestigio dei prodotti in oggetto nonché l'aura di lusso che li circonda>> pur aggiungendo che di per sé <<il fatto che un rivenditore, il quale commercia abitualmente con articoli della medesima natura ma non necessariamente della medesima qualità, utilizzi per prodotti contrassegnati con il marchio modalità pubblicitarie che sono correnti nel suo settore di attività pur non corrispondendo a quelle utilizzate dal titolare stesso e dai suoi distributori autorizzati non costituisce un motivo legittimo, ai sensi dell'art. 7, n. 2, della direttiva, che consenta al titolare di opporsi a tale pubblicità, a meno che non venga dimostrato, alla luce delle circostanze di ciascun caso di specie, che l'uso del marchio fatto dal rivenditore a fini pubblicitari nuoce gravemente alla reputazione del marchio stesso>>; ipotesi quest'ultima che la Corte di giustizia esemplificava scrivendo che: <<un grave pregiudizio del genere potrebbe intervenire qualora il rivenditore non avesse cura, nell'opuscolo pubblicitario da lui diffuso, di evitare di collocare il marchio in un contesto che rischierebbe di svilire fortemente l'immagine che il titolare è riuscito a creare attorno al suo marchio>>³⁸². Ed oggi non vi è dubbio che la vendita via web non può che essere considerata una “modalità corrente” in tutti i settori, specialmente per prodotti di moda e *luxury*

³⁸² Così ancora Corte Giust. CR 4 novembre 1997, nel procedimento C-337/95, cit., punti 43-47 della decisione, che al punto 56 ha ancora ribadito che “il titolare di un marchio non può inibire a un rivenditore, che smercia abitualmente articoli della medesima natura ma non necessariamente della medesima qualità dei prodotti contrassegnati con il marchio, l'uso del marchio conformemente alle modalità correnti nel suo stesso settore di attività al fine di promuovere l'ulteriore commercializzazione di quei prodotti, a meno che non venga dimostrato, alla luce delle circostanze di ciascun caso di specie, che l'uso del marchio a tal fine nuoce gravemente al prestigio del marchio stesso”.

goods, cosicché non può essere indiscriminatamente vietata e tanto meno considerata in sé screditante. E' chiaro dunque che la pratica applicazione di questi principi agli operatori che offrono le loro merci via web può risultare particolarmente difficoltosa, anche se un'attenta applicazione dei principi generali può offrire ai titolari dei diritti significative possibilità di difesa.

Si pensi all'insegnamento della nostra giurisprudenza secondo cui, anche in caso di merci "comunitarie", è sempre considerato illecito il comportamento del soggetto che rivenda i prodotti originali abusando della reputazione del marchio, ad esempio dando al medesimo nella propria pubblicità un rilievo assolutamente sproporzionato³⁸³; questo principio chiaramente si applica anche alla rete *web* ed anzi può risultare particolarmente importante invocarlo per configurare come illecite le pubblicità *web*, anche di prodotti originali, usate in abbinamento a testi o ricerche relative a marchi o *design* altrui.

Ugualmente illecite sono le forme di c.d. *gachage*, ossia l'utilizzo (e la pubblicazione) di prodotti di forte richiamo, di regola disponibili in piccole quantità, venduti a prezzi bassissimi come "specchietto per le allodole" per la clientela, che viene così indotta a raggiungere il punto vendita, fisico o – oggi – virtuale e magari acquistare gli altri prodotti presenti³⁸⁴: nel caso di internet sono frequenti i *mix* tra (pochi) prodotti originali e (molti) prodotti non originali o di provenienza extracomunitaria e quindi comunque vietati.

³⁸³ Si vedano in proposito Trib. Milano 23 luglio 1998, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1998, 838 e ss.; e Trib. Milano 9 marzo 1987, *ivi*, 1989, p. 96 e ss.

³⁸⁴ In tal senso si veda, da ultimo, Trib. Ancona, Sez. distaccata di Senigallia, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2003, P. 430 e ss.

In questa prospettiva, proficuo, potrebbe anche essere, invocare il divieto di pubblicità ingannevole, riconducibile all'art. 2598, n.3, c.c.

La giurisprudenza, in alcuni casi, ha infatti avuto modo di applicare questo divieto anche ad ipotesi in cui l'inganno derivava dall'omissione di dati (ad esempio, la circostanza che i prodotti offerti in vendita siano *stock* di anni precedenti, come frequentemente avviene anche sul *web*).

Né va trascurata la frequente violazione dei diritti d'autore o dei diritti connessi effettuata in questi casi, ad esempio utilizzando materiali iconografici "ufficiali", tratti da cataloghi o dai siti di titolari dei diritti violati, i quali possono invocare la relativa esclusiva per far cessare o comunque ostacolare le vendite "parallele".

E' chiaro che in tutti questi casi diventa fondamentale essere in grado di controllare il più possibile la circolazione dei prodotti originali, in particolare munendoli di strumenti di identificazione che consentano agli acquirenti di identificare facilmente i falsi e comunicare il più possibile, anche in rete, l'esistenza di questi strumenti, magari ricorrendo a strumenti di certificazione dei siti affidabili e addirittura disciplinando l'accesso a internet da parte dei rivenditori, imponendo loro il rispetto di regole precise a tutela della reputazione del marchio. Ancora una volta ad essere pagante è cioè il *mix* tra prevenzione e repressione, protezione e comunicazione.

Sulla rete internet, a fianco delle forme di mercato parallelo, che mettono in difficoltà i sistemi distributivi dei prodotti originali, particolarmente insidiosi per la moda ed i *luxury goods* sono da un lato l'abbondantissima offerta di falsi spacciati come prodotti autentici che la rete facilita attraverso il sostanziale anonimato – un vero e proprio passamontagna telematico – che essa offre; e dall'altro

lato le forme di agganciamento a favore di prodotti o servizi dichiaratamente diversi da quelli autentici, ma comunque offerti in vendita attraverso forme di richiamo parassitario alla celebrità dei marchi più famosi.

Utilizzo del marchio nel nome a dominio o comunque nel sito, veri e propri siti-clone, ripresa di immagini protette, “aste” *on line*, *links* ai marchi altrui, sponsorizzati e non, oppure ottenuti attraverso sistemi analoghi ai *metatags* e le altre forme più avanzate di cui parleremo poi. Ed ovviamente *fashion* e lusso, caratterizzati proprio dal fortissimo valore simbolico dei loro segni distintivi – marchi e non solo: si pensi allo stile di molti dei nostri “creatori del gusto e della moda” – sono i candidati ideali ad essere la vittima di queste operazioni.

In entrambi i casi oggi non si dubita poi dell’illiceità di queste condotte: dal varo della prima Direttiva comunitaria sui marchi d’impresa, nel 1988, si è progressivamente affermata la concezione della contraffazione come comprensiva di ogni forma di parassitismo ed i successivi interventi normativi succedutisi nel corso degli anni hanno proceduto all’adeguamento dei diversi strumenti giuridici, sostanziale e processuali, per contrastarla efficacemente, prendendo progressivamente atto della circostanza che, nella realtà di mercato il pericolo di confusione è sempre più una realtà del passato, o comunque una realtà riguardante i marchi meno famosi, mentre le “nuove frontiere” della contraffazione e quindi anche della protezione dei segni distintivi più famosi (le “marche”, come preferiscono chiamarle gli esperti di economia e di *marketing*: e tali sono pressoché tutte quelle del mondo del *fashion* e dei *luxury goods*), riguardano piuttosto le forme di sfruttamento parassitario del “valore di comunicazione” di questi segni da parte di terzi non

autorizzati. E internet, che è il cuore della comunicazione del mondo d'oggi, è stato infatti anche il primo banco di prova e l'avanguardia di questa nuova e più concreta protezione dei diritti di proprietà industriale.

Oggi il problema non è dunque tanto quello di stabilire se queste condotte parassitarie sono illecite, ma identificare quali soggetti ne devono rispondere, appunto per evitare che l'anonimato e comunque la mancanza di luoghi fisici identificabili facciano della rete un porto franco della contraffazione; e la rete, così com'è stata il banco di prova della nuova tutela "allargata" dei diritti IP, è oggi il luogo nel quale si sperimentano oggi i tentativi di rinvenire un limite a questa tutela allargata, che contemperì la tutela effettiva di questi diritti in ciò che concretamente rappresentano nel mercato e prima ancora nel "mondo della vita" con le esigenze pro-concorrenziali che del mercato sono il carattere fondante. In particolare la Corte di Giustizia europea si è occupata ripetutamente della contraffazione web, dopo la sua sentenza del 2010 nel caso *Google AdWords*³⁸⁵, resa dalla Grande Sezione e perciò particolarmente autorevole, con la quale i Giudici comunitari avevano precisato che la possibilità per il gestore di servizi di vendita *on line* di avvalersi delle limitazioni alla responsabilità dell'intermediario previste dagli artt. 12-15, Dir. n. 31/2000/CE sul commercio elettronico dipende dal fatto che la sua attività "sia di ordine "meramente tecnico, automatico e passivo", con la conseguenza che detto prestatore: << non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate³⁸⁶>>, escludendo che questo caso si verificasse ogni qual volta il prestatore svolge un ruolo <<nella redazione del messaggio commerciale che

³⁸⁵ Corte Giust. UE 23 marzo 2010, cause riunite C-236/08 a 238/08.

³⁸⁶ Punto 113 della decisione, che richiama il considerando 42 della Direttiva sul commercio elettronico.

accompagna il link pubblicitario o nella determinazione o selezione di tali parole chiave>>³⁸⁷.

Questi principi sono stati confermati ed approfonditi dalla Corte europea nella sua successiva pronuncia nel caso L'Oréal v. Ebay³⁸⁸, che ha anche preso espressamente posizione sul delicato problema del profilo territoriale della contraffazione realizzata a mezzo della rete internet.

Al riguardo il problema è essenzialmente quello di stabilire se la semplice accessibilità ai navigatori di un determinato Paese di un sito in cui *domain name* o il cui contenuto contrasti con i diritti di proprietà intellettuale esistenti in quel Paese possa essere considerata evento dannoso verificatosi (anche) nel Paese in questione. Nel nostro Paese un noto provvedimento del Tribunale di Roma aveva ritenuto che a tal fine fosse sufficiente la mera accessibilità nel nostro Paese di un sito *web* (diffuso dagli Stati Uniti) contrassegnato da un *domain name* corrispondente a un marchio tutelato in Italia³⁸⁹. Contro la conclusione raggiunta da tale ordinanza sembra però militare un rilievo di ordine pratico prima ancora che giuridico: se infatti la mera diffusione dall'estero di un sito contraddistinto da un *domain name* che, nel Paese del foro, violerebbe un altrui diritto di marchio, costituisse contraffazione in tale Stato, ciò legittimerebbe il titolare del marchio ad ottenere un'inibitoria nello Stato in questione, e se di questa inibitoria fosse poi possibile chiedere il riconoscimento e l'esecuzione nel Paese del *sever* (il che, almeno in ambito europeo, sembra consentito dal sistema del Regolamento CE n. 44/2001 e

³⁸⁷ Punto 118 della decisione.

³⁸⁸ Corte Giust. UE 12 luglio 2011, causa C-324/09.

³⁸⁹ Trib. Roma, ord., 9 marzo 2000, che ha riformato in sede di reclamo Trib. Roma, ord., 2 febbraio 2000, entrambe in *Foro it.*, 2000, I, p. 2333 e ss. e in *Dir. inf.*, 2000, 360 e ss., e la prima anche in *Giur. it.*, 2000, p. 1677 e ss. (con nota di Candellero) e in *Giur. ann. dir. ind.*, 2000.

prima di esso delle Convenzioni di Bruxelles-Lugano³⁹⁰), il sistema rischierebbe di venire paralizzato. In questi casi sembra perciò logico (almeno in assenza di una auspicabile soluzione concordata internazionalmente) ritenere che la sola attività che possa essere ritenuta contraffattoria, in un paese diverso da quello dove è ubicato il *server* da cui è diffuso un sito web (e che quindi sia idonea, se allegata, ad attribuire un titolo di giurisdizione ai giudici di tale Stato) sia quella specificamente diretta ai navigatori di quel Paese³⁹¹; per non incorrere in sanzioni nel Paese considerato, il titolare del sito straniero dovrebbe cioè evitare di rivolgere offerte commerciali ai soggetti di tale Paese, ovvero di diffondere messaggi a loro direttamente indirizzati, come nel caso in cui essi siano redatti nella lingua parlata in quel Paese (sempre che essa non coincida con quella di altri Paesi dove non esistono problemi di contraffazione: e in quest'ultimo caso è ragionevole ritenere che gli possa essere imposta l'adozione di appositi *disclaimers*)³⁹².

³⁹⁰ Sia il Regolamento (che ha preso il posto della Convenzione di Bruxelles del 1968), sia la Convenzione di Lugano del 1988 (tuttora operante nei rapporti tra i Paesi dell'Unione Europea e quelli del SEE) prevedono un meccanismo di riconoscimento automatico dei provvedimenti giurisdizionale adottati nei Paesi aderenti conformemente alle previsioni delle stesse Convenzioni, al di fuori dell'ambito di operatività delle Convenzioni, il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere sono disciplinati dagli artt. 64 e ss., L. n. 218/95.

³⁹¹ Come aveva in effetti ritenuto, tra l'altro con un'ampia motivazione, il provvedimento reclamato di Trib. Roma, ord. 8 febbraio 2000.

³⁹² In questo senso si sono espressi in dottrina CERINA, *Contraffazione di marchio sul World Wide e questioni di giurisdizione*, in questa *Rivista*, 1997, p. 302 e ss. che richiama anche alcuni precedenti americani, uno dei quali, pubblicato per esteso nello stesso luogo, è stato citato anche dal Giudice Designato del Tribunale di Roma nell'ordinanza poi riformata in sede di reclamo; e C. GALLI, *Segni distintivi dell'industria culturale*, in AIDA, 2000, p. 391 e ss., 409 e ID., *I domain names nella giurisprudenza*, Milano, 2001, p. 543 e ss.; nel senso dell'idoneità a questo scopo dell'inserimento di *disclaimers* si veda anche E. TOSI, *Nomi di dominio e tutela dei segni distintivi in Internet tra "domain grabbing", "linking", "framing" e "meta-tag"*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, II, 168 e ss., 186. Ulteriori riferimenti stranieri relativi al problema si leggono in COHEN, *Jurisdiction Over Cross Border Internet Infringements*, in EIPR, 1998, 294 e ss.; si veda inoltre l'ampia bibliografia straniera richiamata da CERIN, *Il*

A conclusioni analoghe è in effetti pervenuta la Corte di Giustizia europea, che, respingendo la tesi opposta di *EBay*, ha affermato che <<le norme della direttiva 89/104 e del regolamento n. 40/94 si applichino dal momento in cui appare evidente che l'offerta in vendita del prodotto contrassegnato da un marchio che si trova in uno Stato terzo è destinata a consumatori che si trovano nel territorio per il quale il marchio è stato registrato>>, in quanto <<In caso

problema della legge applicabile e della giurisdizione, in E. TOSI (a cura di), *I problemi giuridici di Internet*, Milano, 2001, p. 422-424. In argomento cfr. anche MAYR S., *I domain names ed i diritti sui segni distintivi: una coesistenza problematica*, in AIDA, 1996, pp. 223 e ss., spec. p. 247-248 (richiamato con approvazione sul punto anche da T. TOSI, *La tutela della proprietà industriale*. In E. TOSI (a cura di), *I problemi giuridici di Internet*, Milano, 2001, p. 240-241), secondo il quale “Un'unica fattispecie si presenta... realmente lesiva dei diritti del titolare del marchio italiano: ed ha luogo quando ad un'offerta in vendita posta sulle pagine di internet faccia seguito l'effettivo invio del prodotto in Italia”, salva la possibilità per il titolare di ottenere “provvedimenti inibitori e cautelari” anche a fronte della mera offerta in vendita; e P. MUSSO, *Noms de domaine et marques dans l'internet* (Relazione presentata alla *Reunion annuelle ATRIP*, Paris, 7-9 luglio 1997), pp. 45 e ss., a p. 59, che considera la mera visibilità del sito una forma di pubblicità passiva di per sé inidonea a ledere altrui diritti e sostiene che “*Cette violation se produirait tant dans le cas d'un envoi 'physique' successif de la marchandise, pour lequel la connaissance de la localisation des destinataires deviendrait ainsi nécessaire pour la livraison, que dans le cas d'une distribution effectuée sous forme électronique par le rosea meme... si la nature ou les caractéristiques du produit, le lieu de paiement etc. permettent de remonter à sa destination 'réelle'*”. Nel senso che comunque si debba fare riferimento alla legge del Paese in cui avviene il *downloading* per stabilire se e quando questo va considerato illecito, si veda S. BARIATTI, *Internet e il diritto internazionale privato: aspetti relativi alla disciplina del diritto d'autore*, in AIDA, 1996, p. 59 e ss., p. 71. Nella nostra giurisprudenza nazionale, coerente con l'impostazione proposta sopra sembra essere un'affermazione del Tribunale di Verona, secondo cui “Costituisce contraffazione in Italia l'uso confusorio di un marchio italiano altrui nel contesto di un sito internet straniero e quale *domain name* del sito stesso, le cui pagine web siano scritte in lingua italiana e siano chiaramente rivolte al mercato nazionale” (così trib. Verona, ord., 14 luglio 1999); in una prospettiva analoga si è mosso anche il Tribunale di Reggio Emilia, che ha ritenuto che si fosse in presenza di una (possibile) violazione di un marchio in Italia “nel caso di utilizzazione di un *domain name* registrato all'estero per indirizzare gli utenti (evidentemente anche italiani: n.d.r.) ad un sito web nel quale vengono offerti o pubblicizzati beni e servizi”, escludendo viceversa che la mera registrazione di un *domain name* effettuata all'estero possa costituire violazione di un marchio italiano (così Trib. Reggio Emilia, ord. 30 maggio 2000, pubblicata, come la precedente in C. GALLI, *I domain names nella giurisprudenza*, cit., rispettivamente p. 200 e 316).

contrario (...) gli operatori che fanno ricorso al commercio elettronico, proponendo in vendita, in un mercato *online* destinato a consumatori che si trovano nell'Unione, prodotti contrassegnati da un marchio che si trovano in uno Stato terzo, che possono essere visualizzati sullo schermo e ordinati mediante detto mercato *online*, non avrebbero, relativamente alle offerte in vendita di questo tipo, nessun obbligo di conformarsi alle norme dell'Unione in materia di proprietà intellettuale>> e <<Una situazione del genere verificherebbe l'effetto utile di tali norme>>³⁹³, pur precisando correttamente che <<la mera accessibilità di un sito internet nel territorio per il quale il marchio è stato registrato non è sufficiente a concludere che le offerte in vendita che compaiono in esso sono destinate a consumatori che si trovano in tale territorio>> e che quindi: <<è compito dei giudici nazionali valutare caso per caso se sussistano elementi pertinenti per concludere che un'offerta in vendita, che compare in un mercato *online* accessibile per il territorio per il quale il marchio è stato registrato, sia destinata a consumatori che si trovano in tale territorio>>, considerando che <<Allorché l'offerta in vendita è accompagnata da precisazioni riguardo alle aree geografiche verso le quali il venditore è disposto a spedire il prodotto, tale tipo di precisazione riveste un'importanza particolare nell'ambito della suddetta valutazione>>³⁹⁴. Il che appare coerente con quanto aveva appunto sostenuto al riguardo la nostra dottrina.

La Corte di Giustizia europea ha poi confermato che <<il titolare di un marchio può vietare al gestore di un mercato *online* di fare

³⁹³ Punti 61 e 62 della decisione.

³⁹⁴ Punti 64 e 65 della decisione. Sui problemi di giurisdizione e di legge applicabile – e prima ancora di identificazione dei Paesi nei quali può dirsi verificato l'illecito – che si pongono in relazione all'offerta via web di prodotti contraffattori si veda già GALLI, *I domain names nella giurisprudenza*, Milano, 2001, p. 81 e ss.

pubblicità – partendo da una parola chiave identica a tale marchio selezionata da tale gestore nell’ambito di un servizio di posizionamento su internet – ai prodotti recanti detto marchio messi in vendita nel suddetto mercato, qualora siffatta pubblicità non consenta, o consenta soltanto difficilmente, all’utente di internet normalmente informato e ragionevolmente attento di sapere se tali prodotti o servizi provengano dal titolare del marchio o da un’impresa economicamente collegata a quest’ultimo oppure, al contrario, da un terzo>>, sottolineando in particolare, in relazione al caso di specie, ma con considerazioni che assumono portata generale, che <<nei limiti in cui la *eBay* ha utilizzato parole chiave corrispondenti a marchi L’Oreal per promuovere offerte in vendita di prodotti di marca provenienti dai suoi clienti, essa ne ha fatto uso per prodotti o servizi identici a quelli per i quali tali marchi sono stati registrati>>, dal momento che nella Direttiva <<l’espressione ‘per prodotti o servizi’ non si riferisce esclusivamente ai prodotti o ai servizi del terzo che fa uso dei segni corrispondenti ai marchi, ma può riguardare anche i prodotti o i servizi di altre persone>>³⁹⁵.

La sentenza ha anche confermato che costituisce uso del marchio soltanto da parte dell’inserzionista, ma non anche da parte del *provider* <<il fatto di far comparire, per i propri clienti venditori, offerte in vendita da essi provenienti>>³⁹⁶, ribadendo però in pari

³⁹⁵ Corte Giust. UE 12 luglio 2011, causa C-324/09, L’Oreal v. eBay, punti 91-97 della decisione.

³⁹⁶ In senso critico rispetto a questa conclusione si vedano C. GALLI, *L’ambito di protezione del marchio*, in GALLI-GAMBINO, *Codice commentato della proprietà industriale e intellettuale*, Torino, 2011, p. 254 e ss., p. 320; e più ampiamente anche G. SPEDICATO, *La sottile linea di confine tra esclusività sul segno e usi leciti del marchio altrui: prime riflessioni sulla giurisprudenza comunitaria in materia di keyword advertising*, in *Riv. inf.*, 2010, p. 731 e ss., che, commentando le analoghe affermazioni contenute già nella precedente sentenza nel caso *Google*, osserva che, “anche al di là del carattere esemplificativo dell’elencazione di cui all’art. 5, n. 3, della direttiva, la nozione

tempo che <<Nei limiti in cui consente ai propri clienti di fare tale uso, il ruolo del gestore del mercato *online* non può essere valutato alla luce delle disposizioni della direttiva 89/104 e del regolamento n. 40/94, ma deve essere esaminato nella prospettiva di altre norme di diritto, quali quelle enunciate nella direttiva 2000/31, in particolare alla sezione 4 del capo II della medesima, che riguarda la “responsabilità dei prestatori intermediari” nel commercio elettronico e che comprende gli artt. 12-15 della stessa direttiva>>³⁹⁷.

Proprio sotto questo profilo si devono registrare i più significativi sviluppi contenuti nella pronuncia della Corte. In primo luogo i Giudici europei hanno armato che, qualora il gestore di un mercato *on line* <<abbia prestato un’assistenza consistente segnatamente nell’ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita di cui trattasi e nel promuovere tali offerte, si deve considerare che egli non ha occupato una posizione neutra tra il cliente venditore considerato e i potenziali acquirenti, ma che ha svolto un ruolo attivo atto a conferirgli una conoscenza o un controllo dei dati relativi a dette offerte. In tal caso non può avvalersi, riguardo a tali dati, della deroga in materia di responsabilità di cui all’art. 14 della direttiva

di “uso” appare sufficientemente ampia da dover ricomprendere al suo interno almeno il concetto di riproduzione del segno, operazione tecnicamente coincidente con la memorizzazione dello stesso effettuata da parte del prestatore del servizio di *keyword advertising* e che quindi “Contrariamente a quanto asserito dalla Corte (...) il prestatore non si limita a creare “le condizioni tecniche necessarie per l’uso del segno” da parte di terzi, bensì lo usa esso stesso, memorizzandolo (ovvero riproducendolo) all’interno del proprio sistema informatico”: concludendo che “l’equivoco in cui sembra cadere la Corte è quello di anticipare già al momento della verifica dell’esistenza di un uso del segno la valutazione circa eventuali attributi qualificativi dell’uso (come l’uso “per prodotti o servizi” o l’uso del segno “in funzione di marchio” (...), con la conseguenza di condurre prematuramente su un binario morto la posizione del prestatore del servizio”.

³⁹⁷ Punti 98-105 della decisione.

2000/31>>³⁹⁸, così individuando una figura di “*Internet Service Provider* attivo”, estraneo all’ambito di operatività delle esenzioni dettate dalla direttiva e quindi soggetto alle regole ordinarie di responsabilità³⁹⁹.

In secondo luogo la Corte ha rilevato che, anche al di fuori di quest’ipotesi, l’operatività della deroga è comunque preclusa in

³⁹⁸ Corte Giust. UE 12 luglio 2011, causa C-324/09, *L’Oreal v. eBay*; punto 116 della decisione.

³⁹⁹ Su questa figura cfr. E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi ‘Google Suggest’ per errata programmazione del software di ricerca e ‘Yahoo Italia’ per link illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale* in *Riv. dir. ind.*, 2012, II, 44 e ss., secondo il quale solo quando ricorra tale figura di ISP attivo si può ritenere che la mera diffida di parte sia idonea ad escludere il beneficio dell’irresponsabilità: il che appare però contraddittorio, poiché in questo caso l’esclusione prescinde da ogni previa comunicazione del titolare del diritto e discende dall’inapplicabilità *ab origine* del regime di irresponsabilità dettato dalla Direttiva. Degna di nota sotto questo profilo è l’ampia analisi del funzionamento del sistema *AdWords* di *Google* svolta in nota alla sentenza della Corte europea di cui si parla nel testo da A. MONTANARI, *Contratto di AdWords e profili di responsabilità*, in *Dir. comm. Internaz.*, 2011, p. 524 e ss., che sulla base di essa conclude che “sembra che, quanto meno nella fase di creazione del messaggio pubblicitario, l’attività svolta da *Google* non si esaurisca nella mera messa a disposizione di uno spazio virtuale in cui il cliente è libero di inserire qualsiasi contenuto. L’assunto trova conferma nel testo dell’art. 3.6 dei Termini e condizioni per gli annunci pubblicitari, secondo cui *Google* può in qualsiasi momento “rifiutare o eliminare annunci, Creazioni e/o *Target* per qualunque motivo o anche senza motivo”, ove il termine ‘rifiutare’ allude necessariamente a un’azione di controllo antecedente all’inserimento in rete del messaggio pubblicitario da parte del *provider*, mentre ‘eliminare’ rimanda ad un’azione successiva (...). Di conseguenza, posto che i limiti previsti dalla Direttiva sul commercio elettronico concernono talune tipologie di attività e non già di *provider*, ben si può assumere che *Google* tramite il servizio *AdWords* ponga in essere sia una condotta di carattere meramente passivo, che si sostanzia nell’ospitare delle informazioni pubblicitarie, sia una condotta di carattere attivo che è preliminare alla conclusione del contratto di pubblicità e si sostanzia nella partecipazione alla redazione del messaggio pubblicitario. Quest’ultimo tipo di condotta non sembra, pertanto, potersi giovare dell’esclusione di responsabilità per le informazioni trasmesse di cui alla dir. 2000/31/CE”. Analoghi dubbi sono espressi, sempre commentando la sentenza *Google*, da M. TAVELLA, S. BONAVITA, *La Corte di Giustizia sul caso “AdWords”: tra normativa marchi e commercio elettronico*, in questa *Rivista*, 2010, pp. 429 e ss., che a loro volta sottolineano come il servizio *AdWords* comprenda “una serie di strumenti che offrono suggerimenti inerenti alle *keywords* da acquistare. Detti suggerimenti possono includere *keyword* contenenti marchi dotati di rinomanza”.

<<qualsiasi situazione nella quale il prestatore considerato viene ad essere, in qualunque modo, al corrente di... fatti o circostanze>> che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, e quindi "segnatamente" (nel)la situazione in cui il gestore di un mercato *online* scopre l'esistenza di un'attività o di un'informazione illecite a seguito di un esame effettuato di propria iniziativa, nonché (nel)la situazione in cui gli sia notificata l'esistenza di un'attività o di un'informazione siffatte>> (e quindi anche quando l'informazione non proviene da una pubblica autorità⁴⁰⁰, con la precisazione che <<In questo secondo caso, pur se, certamente, una notifica non può autonomamente far venire meno il beneficio dell'esonero della responsabilità previsto all'art. 14 della Direttiva 2000/31 – stante il fatto che notifiche relative ad attività o informazioni che si asseriscono illecite possono rivelarsi insufficientemente precise e dimostrate -, resta pur sempre il fatto che essa costituisce, di norma, un elemento di cui il giudice nazionale deve tener conto per valutare, alla luce delle informazioni così trasmesse al gestore, l'effettività della conoscenza da parte di quest'ultimo di fatti o circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità>>⁴⁰¹. Si individua così lo *standard* di diligenza

⁴⁰⁰ In senso analogo si possono segnalare nella nostra giurisprudenza nazionale le pronunce di Trib. Roma, ord., 20 marzo 2011 e, in sede di reclamo, Trib. Roma, ord., 14 luglio 2011 (quest'ultima con la precisazione che l'informazione che fa venir meno l'esenzione di responsabilità del *provider* deve consistere in una denuncia analitica degli illeciti), entrambe pubblicate in *Riv. dir. ind.*, 2012, II, pp. 44 e ss., con la nota di E. TOSI richiamata alla nota precedente, nella quale si sottolinea la discrasia fra il testo della Direttiva e quello del D.Lgs n. 70/2003 (che richiede la comunicazione dell'illecito al *provider* ad opera delle autorità competenti) e dunque la "forzatura interpretativa" che sarebbe stata operata al riguardo dai giudici italiani; tale forzatura appare peraltro giustificabile anche nella chiave di un'interpretazione adeguatrice al dettato della Direttiva, tra l'altro già oggetto di interpretazione pregiudiziale da parte della Corte di Giustizia Europea, e di conseguenza disapplicazione di una norma nazionale da essa palesemente difforme.

⁴⁰¹ Punti 118-124 della decisione.

richiesto al gestore in un livello non sostanzialmente diverso da quello applicabile a ogni altro intermediario.

Ancor più significativa è la parte della decisione in cui la Corte ha considerato il contenuto che possono assumere le inibitorie (*injunctiions*) che, sempre secondo la Dir. n. 2000/31/CE, coordinata anche con la Dir. n. 2004/48/CE sull'*enforcement* dei diritti di proprietà intellettuale, possono venire emanate nei confronti del gestore del servizio, riconoscendo espressamente che le stesse possono essere anche dirette alla prevenzione di ulteriori illeciti.

Sotto questo profilo la Corte ha innanzitutto chiarito, in base a quanto previsto dall'art. 11 Dir. n. 2004/48/CE che: <<l'ingiustizia rivolta al responsabile di una violazione consiste, logicamente, nel vietargli la prosecuzione della violazione, mentre la situazione del prestatore del servizio mediante il quale è commessa la violazione è più complessa e si presta ad altri tipi di provvedimenti ingiuntivi>> e che anche in base alla *ratio* di tale Direttiva "la competenza attribuita (...) agli organi giurisdizionali nazionali deve consentire a questi ultimi di ingiungere al prestatore di un servizio online, quale colui che mette a disposizione degli utenti di internet un mercato online, di adottare provvedimenti che contribuiscano in modo effettivo, non solo a porre fine alle violazioni condotte attraverso tale mercato, ma anche a prevenire nuove violazioni"⁴⁰².

A questo proposito, e sempre in base al coordinamento tra le due Direttive richiamate, i Giudici comunitari hanno rilevato che le misure che così possono venire imposte al gestore del servizio "non possono consistere in una vigilanza attiva di tutti i dati di ciascuno

⁴⁰² Corte Giust. UE 12 luglio 2011, causa C-324/09, *L'Oreal v. eBay*, punti 128-134 della decisione.

dei suoi clienti per prevenire qualsiasi futura violazione dei diritti di proprietà intellettuale attraverso il sito di tale prestatore”, né “avere l’oggetto o l’effetto di imporre un divieto generale e permanente di messa in vendita, in tale mercato, di prodotti contrassegnati da detti marchi”, ma che tuttavia al gestore può essere ordinato di sospendere l’autore della violazione di diritti di proprietà intellettuale per evitare che siano commesse nuove violazioni della stessa natura da parte dello stesso commerciante nei confronti degli stessi marchi”⁴⁰³ ed anche di “adottare misure che consentano di agevolare l’identificazione dei suoi clienti venditori”, affermando in termini generali che “se è certamente necessario rispettare la protezione dei dati personali, resta pur sempre il fatto che, quando agisce nel commercio e non nella vita privata, l’autore della violazione deve essere chiaramente identificabile” e concludendo che tali misure “devono essere effettive, proporzionate, dissuasive e non devono creare ostacoli al commercio legittimo” e “devono garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti e interessi”⁴⁰⁴

Ed in effetti, già prima del varo della Direttiva sul commercio elettronico nella nostra dottrina era emersa una soluzione “intermedia” tra le due estreme che o escludevano in ogni caso la responsabilità del *provider* per il contenuto del sito ospitato, assimilando il suo ruolo “a quello di un centro commerciale che

⁴⁰³ In senso critico sull’impiego della discussione come sanzione e misura preventiva degli illeciti in rete, sia pure in relazione al diverso problema del *download* di contenuti illegali si veda S. ALVANINI, *La disconnessione da Internet come sanzione per il download illegale*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, I, pp. 176 e ss., che propone al riguardo di declassare le esclusive sulla rete a “pubblico dominio pagante”, con una soluzione che peraltro è evidentemente incompatibile con i fondamenti del diritto dei segni distintivi e che anche per il diritto d’autore va in controtendenza rispetto alla sostituzione dei diritti a compenso con diritti di esclusiva, operata negli scorsi decenni in materia di diritti connessi.

⁴⁰⁴ Corte Giust. UE 12 luglio 2011, causa C-324/09, *L’Oréal v. eBay*, punti 135-144 della decisione.

abbia concesso in locazione la bancarella sulla quale l'autore ha esposto i prodotti incriminati"⁴⁰⁵, oppure lo ritenevano responsabile in ogni caso, in quanto esso andrebbe equiparato "ad una sorta di editore, il quale ha l'obbligo di vigilare affinché attraverso la sua pubblicazione non vengano perpetrati delitti o illeciti di natura civilistica"⁴⁰⁶, oppure lo ritenevano responsabile in ogni caso, in quanto esso andrebbe equiparato "ad una sorta di editore, il quale ha l'obbligo di vigilare affinché attraverso la sua pubblicazione non vengano perpetrati delitti o illeciti di natura civilistica"⁴⁰⁷. Si era quindi ipotizzato di distinguere caso per caso, a seconda che, in concreto, sia o meno configurabile una colpa a carico del *provider*, anche in considerazione del tipo di servizio da lui effettivamente prestato⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ Così Trib. Cuneo, ord 23 giugno 1997, in C. GALLI, *I domain names nella giurisprudenza*, cit.

⁴⁰⁶ In tal senso Trib. Macerata, ord. 2 dicembre 1998, in C. GALLI, *I domain names nella giurisprudenza*, cit., che su questa base ha ritenuto un *service provider* responsabile dell'illecito consistente nell'adozione, per un sito da esso ospitato, di un *domain name* che costituiva violazione dell'altrui marchio e titolo di una pubblicazione.

⁴⁰⁷ In tal senso Trib. Macerata, ord. 2 dicembre 1998, in C. GALLI, *I domain names nella giurisprudenza*, cit., che su questa base ha ritenuto un *service provider* responsabile dell'illecito consistente nell'adozione, per un sito da esso ospitato, di un *domain name* che costituiva violazione all'altrui marchio e titolo di una pubblicazione.

⁴⁰⁸ Espressamente in tal senso P. SAMMARCO, *Assegnazione dei nomi a dominio su Internet, interferenze con il marchio, domain grabbing e responsabilità del provider*, cit., pp. 79 e ss.; e C. GALLI, *I domain names nella giurisprudenza*, cit.; cfr. anche E. TOSI, *Le responsabilità civili*, in E. TOSI (a cura di), *I problemi giuridici di Internet*, Milano, 2001, p. 312 e ss. e nota a Trib. Torino, ord. 24 luglio 1995, in AIDA, 1996, pp. 570 e ss., a 574; tutti questi autori riferivano ampiamente anche delle soluzioni che sono state date riguardo a questi problemi negli Stati Uniti. Si veda inoltre P. COSTANZO, *I newsgroups al vaglio dell'Autorità giudiziaria (ancora a proposito della responsabilità degli attori d'Internet)*, in *Dir. inf.*, 1998, pp. 811 e ss., 814-815, che fa leva sull'assenza di poteri di controllo e vigilanza sui contenuti dei siti per negare la responsabilità del *service provider* rispetto ad essi: M. FAZZINI, *Problemi di competenza territoriale e responsabilità dei service providers in Internet*, in AIDA, 1999, p. 657 e ss., 683 e ss., il quale, dopo avere escluso che in relazione ai *service providers* possano venire in considerazione le fattispecie di cui agli

In tal modo anche il tema della responsabilità dei gestori di questi servizi e quello delle misure di contrasto alla contraffazione web vengono ricondotti sostanzialmente alle regole generali, quanto meno quando la contraffazione sia operata a livello commerciale, nella prospettiva di fornire in ogni caso una tutela effettiva contro ogni attività che venga ad interferire con ciò che i segni distintivi concretamente rappresentano nel “mondo della vita”.

5. Il caso Interflora e gli sviluppi della giurisprudenza comunitaria in materia di *keywords*.

Sul tema delle *Keywords* (ma in questo caso senza occuparsi direttamente della responsabilità del gestore, che non era parte in causa) la Corte europea è tornata ancora una volta nella sua recentissima sentenza nel caso *Interflora v. Marks & Spencer*⁴⁰⁹, che affronta il tema dell’illiceità di essi da un lato sulla base della regola

artt. 2049, 2050 e 2051 c.c., concludeva che essi “sono soggetti a responsabilità extracontrattuale quando siano a conoscenza dell’illecito consumato attraverso il sever di cui hanno il controllo e non si attiv(i)no in tempi ragionevolmente rapidi per impedire all’autore dell’illecito l’ulteriore fruizione del server”; R. D’ARRIGO, *La contraffazione del “marchio virtuale”*; il caso Altavista, in *Dir. inf.*, 2000, p. 346 e ss., 358, a sua volta nel senso di non considerare il *provider* indiscriminatamente responsabile degli illeciti compiuti a mezzo Internet; A. PALAZZOLO, *Il “domain name”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, pp. 167 e ss., 176-179, il quale rinviene “un criterio di imputazione (per la responsabilità extracontrattuale del provider n.d.r.) nel mancato rispetto delle norme che regolano l’attività di intermediario atipico svolta dal *provider*”; e C. CERASANI, *Il conflitto tra domain names e marchi d’impresa nella giurisprudenza italiana*, in *Dir. comm. Internaz.* 1999, p. 645 e ss., p. 655-658, secondo la quale di regola una responsabilità preventiva sarebbe configurabile “in capo... ai soli *service providers*, e solo in caso di violazioni macroscopiche ed evidenti”, mentre sarebbe “sempre prospettabile una responsabilità ‘successiva’, dell’uno come dell’altro tipo di *providers*, per l’omessa eliminazione del messaggio confusorio, qualora la confusione/contraffazione fosse conosciuta o conoscibile a stregua di diligenza professionale”.

⁴⁰⁹ Corte Giust. UE 22 settembre 2011, causa C-323/09.

di cui all'art. 5.1.a della Direttiva n. 89/104/CEE (ora divenuta, nella versione codificata, la Direttiva n. 2008/95/CE), ossia al caso dell'uso di marchi identici per prodotti o servizi identici, e dall'altro in relazione a quella dell'art. 5.2 della medesima Direttiva, ossia all'ipotesi dell'indebito vantaggio/pregiudizio legati alla capacità distintiva o alla rinomanza del marchio.

Sotto il primo profilo i Giudici comunitari confermano la loro impostazione per cui l'identità di segni e prodotti non configura un'ipotesi di tutela "assoluta", perché essa è comunque subordinata all'interferenza dell'uso del terzo con una delle funzioni del marchio; sotto il secondo essi considerano le diverse ipotesi sia di pregiudizio, sia di indebito vantaggio, riconducendo sostanzialmente le prime alle classiche figure del *blurring* e del *tarnishment*, già da lungo tempo note all'esperienza giuridica nord-americana, mentre sotto il secondo parlano per la prima volta esplicitamente di "parassitismo", identificandolo "in particolare" nel "caso in cui, grazie ad un trasferimento dell'immagine del marchio o delle caratteristiche da questo proiettate sui prodotti designati dal segno identico o simile, sussista un palese sfruttamento parassitario nella scia del marchio che gode di notorietà"⁴¹⁰.

Senonché proprio la rigidità classificatoria impedisce alla Corte in questo caso di cogliere con chiarezza l'elemento unificante di tutte queste ipotesi, che invece emergeva con chiarezza da altre precedenti pronunce, e cioè il valore del marchio come simbolo di un messaggio (o, se si preferisce, la funzione di comunicazione del marchio, che riassume in sé tutte le altre) che fa scattare la tutela ogni volta che nell'uso non autorizzato di un segno eguale o simile ad esso vi sia un

⁴¹⁰ Corte Giust. UE 22 settembre 2011, causa C-323/09, punto 74 della decisione.

richiamo a tale valenza simbolica non giustificato da altre esigenze prevalenti. La rigidità di questo schema emerge con chiarezza proprio in relazione al ragionamento svolto dalla Corte in relazione alle “funzioni” del marchio, per la quale i Giudici europei propongono una “nuova” e discutibile tripartizione, parlando al riguardo di funzione d’origine, funzione pubblicitaria e funzione di investimento, dove, se la prima è ovviamente quella “classica”, che sino all’attuazione della Direttiva segnava da noi il limite alla protezione del marchio, la seconda non viene invece definita, ma è genericamente ricondotta all’ “*utilizzo pubblicitario di un marchio... da parte del suo titolare*”⁴¹¹ e giustapposta alla (ulteriore) funzione d’investimento, intesa come connessa al fatto che il marchio venga “utilizzato dal suo titolare per acquisire o mantenere una reputazione che possa attirare i consumatori e renderli fedeli”⁴¹².

La sentenza segna comunque un passo avanti là dove sottolinea che l’uso del marchio altrui come parola-chiave è potenzialmente lesivo non solo della prima (sui presupposti già indicati nella sentenza *Google*), ma anche di questa terza funzione del marchio, sul presupposto che “il marchio gode già di una reputazione” (e cioè in pratica in quanto sia già stato usato, se si considera la nozione di rinomanza accolta dalla Corte di Giustizia sin dalla sua pronuncia nel caso *General Motors*) e “qualora l’uso da parte del terzo di un segno identico a tale marchio per prodotti o servizi identici leda tale reputazione e metta quindi in pericolo la conservazione della stessa”⁴¹³, e cioè sostanzialmente alle stesse condizioni per cui il

⁴¹¹ Corte Giust. UE 22 settembre 2011, causa C-323/09, punto 55 della decisione.

⁴¹² Corte Giust. UE 22 settembre 2011, causa C-323/09, punti 60-61 della decisione.

⁴¹³ Corte Giust. UE 22 settembre 2011, causa C-323/09, punto 63 della decisione.

marchio è tutelato contro *tarnishment* e *blurring*; analogamente il “parassitismo” è ravvisato nell’ipotesi in cui “l’inserzionista si inserisce nella scia di un marchio che gode di notorietà, al fine di beneficiare del suo potere attrattivo, della sua reputazione e del suo prestigio, nonché al fine di sfruttare, senza qualsivoglia compensazione economica e senza dover operare sforzi propri in proposito, lo sforzo commerciale effettuato dal titolare del marchio per creare e mantenere l’immagine di detto marchio”⁴¹⁴.

Secondo la Corte, uno spazio di liceità per le *keywords* costituite dal marchio altrui si può quindi ravvisare solo quando in questo modo l’inserzionista intenda offrire “un’alternativa rispetto ai prodotti o ai servizi del titolare del marchio che gode di notorietà” e lo faccia “senza offrire una semplice imitazione dei prodotti e dei servizi del titolare di tale marchio, senza provocare una diluzione o una corrosione e senza nemmeno arrecare pregiudizio alle funzioni di detto marchio”⁴¹⁵. Anche se la pronuncia non è scevra di ambiguità⁴¹⁶, una lettura sistematica dei principi in essa enunciati,

⁴¹⁴ Corte Giust. UE 22 settembre 2011, causa C-323/09, punto 89 della decisione.

⁴¹⁵ Corte Giust. UE 22 settembre 2011, causa C-323/09, punto 91 della decisione.

⁴¹⁶ Sul punto si veda anche la nota a questa sentenza di STEFANI, *Profili di liceità dell’uso del marchio altrui come parola chiave nella pubblicità su Internet: note a margine della sentenza Interfiora*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, II, pp. 100 e ss., che si esprime in senso giustamente critico verso la possibilità che su questa base si “escluda” la contraffazione nonostante l’accertamento che l’uso in questione rechi un pregiudizio alla funzione di pubblicità o a quella di investimento del marchio impiegato come parola chiave, al fine di tutelare il contrapposto interesse dei concorrenti a far conoscere agli utenti prodotti e servizi alternativi e quelli pubblicizzati dal marchio altrui”, risultato che parrebbe “condizionato più dall’intento di riconoscere maggiore tutela ad un preteso interesse concorrenziale a favorire l’accreditamento dei nuovi marchi, piuttosto che da una rigorosa interpretazione delle norme vigenti, che tenga conto dell’importanza sistematica che la disciplina della limitazione degli effetti del diritto di marchio ha assunto nell’interpretazione già resa dalla Corte di giustizia”; e richiama opportunamente anche i principi enunciati dalla stessa Corte di Giustizia Europea nella sentenza 8 luglio 2010, nel procedimento C-

558/08, *Portakabin*, in relazione ai limiti di liceità dell'uso del marchio altrui (ora prossimi a venire codificati nella nuova versione della Direttiva sui marchi). Analogamente G. SPEDICATO, *La sottile linea di confine tra esclusiva sul segno e usi leciti del marchio altrui: prime riflessioni sulla giurisprudenza comunitaria in materia di keyword advertising*, cit. a proposito della sentenza *Google* osservava che anche “L'inidoneità di un uso del segno a pregiudicare la funzione pubblicitaria del marchio non è (...) determinata dalla circostanza che l'uso in questione non elimini *in toto* la possibilità per il titolare di utilizzare il segno in funzione pubblicitaria (come sembra emergere anche da alcuni passaggi della motivazione della sentenza *Interfiora: n.d.r.*), ben potendo il pregiudizio in discorso avere un gradiente più limitato”: e conclude che “L'argomento proposto dalla Corte, a ben vedere, prova troppo ed è male direzionato”, in quanto in realtà “Ciò che può risultare (...) determinante ai fini dell'esclusione del pregiudizio della funzione pubblicitaria del segno non è il *quantum* della “ripercussione” sulla stessa causata da un determinato uso, bensì la circostanza, correttamente evidenziata nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale, che la tutela di tale funzione deve essere in ogni caso bilanciata con la salvaguardia di altri interessi, parimenti rilevanti, dei terzi e della collettività, quali l'interesse alla libertà di espressione e alla libertà di iniziativa economica”, cosicché sarebbe “al limite, all'interno del processo interpretativo necessario per procedere al suddetto bilanciamento che possono trovare spazio le considerazioni relative a quanta lesione della funzione pubblicitaria sia accettabile da parte dell'ordinamento al fine di armonizzare i diritti dei titolari con gli interessi dei terzi, e non già prima o fuori di esso”. La prospettiva del bilanciamento d'interessi era stata indicata, sempre commentando la sentenza *Google*, anche da M. RICOLFI, *Motori di ricerca, link sponsorizzati e diritto dei marchi: il caso Google di fronte alla Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 2010, p. 61, che respingeva anche la distinzione tra usi distintivi e non distintivi (già criticata da C. GALLI, *I limiti di protezione dei marchi rinomati nella giurisprudenza della Corte di Giustizia C.E.*, in *Riv. dir. ind.*, 2004, p. 21) e opportunamente osservava come si tratti in questo caso di stabilire se l'uso del segno altrui come *Keyword* rappresenti “una situazione che va assimilata alle mille altre occasioni nelle quali si ha un riferimento socialmente accettabile al marchio altrui... o si tratta di contraffazione”; proprio in questa chiave risulta però inevitabile concludere che altro è l'uso del marchio altrui come “elemento del linguaggio” posto in essere da soggetti operanti al di fuori di un'attività economica (il che nel nostro ordinamento viene praticamente ricondotto all'art. 21 Cost. e alla libertà di espressione del proprio pensiero), altro non è quello effettuato per vendere prodotti o servizi, approfittando dell'accreditamento del marchio altrui (e quest'uso, *lato sensu* pubblicitario, è invece pacificamente ricondotto all'art. 41 Cost. – si veda Corte Cost., 17 ottobre 1985, n. 231, in *Riv. dir. ind.*, 1987, II, pp. 3 e ss., con nota di Padovani – e deve dunque rispettare gli altrui diritti di esclusiva). In tal senso, sia pure in un caso non riguardante *Keywords*, si veda anche Trib. Milano 11 marzo 2009, in *Riv. dir. ind.*, 2009, II, pp. 375 e ss., con nota di E. Tosi, cit. Per una rassegna comparativa della giurisprudenza straniera si veda Shemtov, *Searching for the Right Balance: Google, Keyword Advertising and Trade Mark Use*, in *EIPR*, pp. 470 e ss.; e, prima ancora Daly, *An analysis of the American and European Approaches to Trade Mark Infringement and American and European Approaches to Trade Mark Infringement and Unfair Competition by Search Engines*, *ivi*, pp. 413 e ss.

che tenga conto anche delle altre pronunce della Corte di Giustizia sull'ambito di tutela del marchio, porta a ricondurre la sfera di liceità essenzialmente alle ipotesi in cui sussista un "giusto motivo" per l'uso del marchio altrui, secondo la previsione dell'art. 5.2 della Direttiva, richiamata espressamente nel punto 89 della decisione: in pratica, come la Corte aveva già indicato in altre pronunce, anche in materia di pubblicità, quando si sia la necessità dell'uso del marchio altrui per consentire una concorrenza effettiva. E anche questo conferma che è appunto qui, nel giusto motivo, e nella conseguente ricerca di un punto di equilibrio tra concorrenza ed esclusiva, che va cercato il nuovo confine della tutela dei marchi e conseguentemente è su questo punto che le imprese dovranno prestare la massima attenzione, anche sul piano probatorio, per ottenere una tutela adeguata dei loro diritti: e questo punto di esclusiva dovrà necessariamente tener conto non solo del profilo del "pregiudizio", su cui sinora questa giurisprudenza sembra essere maggiormente concentrata, ma anche su quello dell'"indebito vantaggio", che è del pari rilevante, poiché la legge lo pone, in alternativa al primo (e quindi senza richiedere che sussistano entrambi, come pure normalmente avviene), come presupposto della tutela del marchio. Ed è appena il caso di notare che anche questo è un percorso analogo a quello che la giurisprudenza comunitaria ha seguito, occupandosi della contraffazione fuori dal mondo della rete, anche qui partendo dal tema del pregiudizio, per poi giungere a inquadrare anche i casi di indebito vantaggio.

6. I nuovi scenari: i servizi pubblicitari mirati e i profili di possibile responsabilità dei *providers* in relazione alla prestazione di essi.

Le parole chiave non sono però l'ultima frontiera della pubblicità via web: i servizi di posizionamento mirato dei *banners* pubblicitari sui vari siti internet, collocati in base al comportamento del navigatore, oppure in base all'inerenza col contenuto del sito visitato, ma in entrambi i casi abbinando i riferimenti ad un marchio famoso – perché cercato dall'utente o menzionato, legittimamente, nel sito – con pubblicità e *links* a siti di terzi che invece a quel marchio sono totalmente estranei: il che presuppone necessariamente un'analisi magari automatizzata, ma comunque mirata e quindi un controllo dei contenuti del sito nel quale *banners* e *links* sono inseriti, ovvero di quelli visitati dai *surfers*.

E lo stesso accade nei *social networks*, spesso utilizzati come veicoli per pubblicità di prodotti-copia, ma anche abbinati, sempre in modo “mirato” a *banners* e *links* che fanno riferimento ai contenuti inseriti dagli utenti nelle pagine in questione.

In tutti questi casi è anzitutto evidente la responsabilità dell'inserzionista, che può evitare senza difficoltà questi abbinamenti, esattamente come avviene nel caso dei servizi di *keywords*, dove è possibile escluderli semplicemente abbinando una *keyword* negativa (il segno meno seguito dal marchio che non si desidera abbinare), per evitare ogni rischio; ed è chiaro che l'illiceità sussiste non solo ogni volta che il contenuto dei *banners* ed i segni che vi vengono usati si prestano a indurre il consumatore a confondersi sull'effettiva provenienza dei prodotti o servizi offerti⁴¹⁷,

⁴¹⁷ In tal senso, a proposito di *keywords*, ma con considerazioni estensibili anche a questo secondo caso, Trib. Bologna 1 luglio 2011, n. 1742, inedita.

ma anche ogni volta che questi prodotti o servizi sono resi più appetibili dal richiamo al segno distintivo altrui.

E' però altrettanto evidente che anche in questo caso non può andare esente da responsabilità il gestore del servizio o della piattaforma di vendite *on line* che, per riprendere le parole della giurisprudenza richiamate sopra, “...ha svolto un ruolo attivo atto a conferirgli una conoscenza o un controllo dei dati relativi a dette offerte”.

E' infatti chiaro che in tutti i casi in cui il servizio offerto comprende un posizionamento che dipende proprio dal rapporto tra i dati relativi alle offerte del contraffattore e i riferimenti ai marchi o ai prodotti del titolare dei diritti violati, il prestatore di servizio non può trincerarsi dietro il carattere “automatico” dei meccanismi attraverso i quali il servizio opera, poiché essi sono stati da lui stesso predisposti, ed anzi già questa predisposizione, se è idonea a creare questi collegamenti abusivi, non può qualificarsi quanto meno come una forza di *contributory infringement* non divisa, nella sostanza, dall'ipotesi in cui il gestore di un sito internet organizzava “per mezzo di un motore di ricerca o con delle liste indicizzate” le informazioni (fornitegli da alcuni utenti) essenziali perché gli (altri) utenti potessero “*orientarsi chiedendo il downloading di quell'opera piuttosto che un'altra*”: ipotesi ritenuta illecita, anche penalmente, dalla nostra Corte di legittimità⁴¹⁸.

Tutto questo, ancora una volta, presuppone un ruolo attivo delle imprese a tutela dei propri diritti: con l'adozione degli strumenti preventivi più opportuni per mettere sull'avviso il pubblico; con il monitoraggio e la segnalazione degli illeciti ai

⁴¹⁸ Cass. pen. 23 dicembre 2009, 1055, relativa ad un noto caso di *download* illegale di opere protette dal diritto d'autore per mezzo di un sistema c.d. *peer to peer*.

gestori dei siti e la richiesta di rimuoverli utilizzando i dati forniti, non solo in relazione alla specifica segnalazione, ma anche a quelle dello stesso genere, che dovessero nuovamente verificarsi, come di regola avviene, visto che i contraffattori cambiano solo il colore o la foggia del loro “passamontagna” e ricominciano da capo il che è previsto espressamente dalla Direttiva sul commercio elettronico, che non distingue tra i diversi dati, purché l’intermediario ne disponga effettivamente e che vieta esclusivamente di imporgli un dovere generale di sorveglianza preventiva, ma un pari tempo gli impone di attuare, servendosi di questi dati, misure effettive non solo di repressione, ma anche di prevenzione degli illeciti. Nonostante le imprecisioni della legge italiana di attuazione della Direttiva sul commercio elettronico esistono dunque anche nel nostro ordinamento strumenti efficaci per il contrasto della contraffazione web, anche perché questa legge va necessariamente applicata conformemente alla Direttiva e alle decisioni della giurisprudenza comunitaria che l’hanno interpretata in via pregiudizievole e che sembrano individuare anche in questo caso, pur tra contraddizioni e ambiguità, il punto di equilibrio tra i diritti e gli obblighi dei diversi soggetti coinvolti, in una lettura delle norme attenta al valore che le realtà da esse disciplinate presentano concretamente nella dinamica concorrenziale e nel “mondo della vita”.

CONCLUSIONI

Il sistema moda può essere sostanzialmente riconosciuto come un settore giuridico vero e proprio, avente proprie caratteristiche e ove si manifestano pratiche commerciali scorrette convenienti al settore e che spesso vanno a danneggiare il consumatore o altre imprese. Trattandosi di un ambito in cui sono presenti lacune normative, è sempre più manifesta la necessità che il legislatore intervenga con rimedi più significativi, volti a tutelare il contraente debole, cioè, ma non sempre, il consumatore. Nonostante con il Codice del Consumo si sia in parte riequilibrata la situazione, restano

ancora molti espedienti attraverso i quali le imprese possono ledere la posizione soggettiva dell'altra parte.

È significativo anche il progressivo evolvere del consumatore, in correlazione al cambiamento che si è verificato nell'ambito dei rapporti di compravendita, ovvero la trasformazione della vetrina dei brands da fisica a virtuale, con le problematiche giuridiche che ne derivano. Un cambiamento che avviene in parallelo, l'uno dipendente dall'altro.

Si assiste dunque ad un nuovo soggetto in evoluzione, il consumatore *on line*, che realizza contratti di compravendita *on line*, tipo contrattuale connaturale all'*e-commerce*, e che merita altresì di maggiore tutele e garanzie. Vi è anche un nuovo imprenditore, quello che si avvale di piattaforme informatiche per la vendita e la distribuzione dei propri prodotti e si hanno, di conseguenza, nuovi possibili rapporti che si instaurano attraverso la rete cibernetica.

Nasce così la *cyberlaw*, realtà complessa per il giurista da regolamentare, che, nonostante gli importanti interventi avutisi nel nostro ordinamento, con il d.lg. n. 70/2003 (rubricato: "Informazioni dirette alla conclusione del contratto"), recettivo della Direttiva 2000/31/CE, è in continuo mutamento, un'evoluzione istantanea e perciò ancor più ardua da regolamentare.

Si può affermare che le pratiche commerciali scorrette, specie in un settore come la moda, dove parola chiave è innovazione, stiano al passo con i tempi. Trasponendo i rapporti contrattuali in una terra di nessuno, landa sconfinata, quale è Internet, esse assumono una repentina trasformazione e configurazione; non fa in tempo ad essere disciplinata e contrastata dalla legge, che nel giro di poco trova altri

modi per eludere o alterare l'equilibrio del rapporto sinallagmatico o addirittura del mercato globale.

Dunque un continuo divenire, come penserebbe Eraclito, un fiume incontrastato dai mille rivoli e da controllare con argini adeguati.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Sub art. 3, Codice del consumo*, in R. ROLLI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, 1999.

AA.VV., *Sub art. 3, Codice del Consumo-Commentario*, G. VETTORI (a cura di), Padova, 2007.

AA.VV., *Sub art. 3, Commentario al codice del consumo-Inquadramento sistematico e prassi applicativa*, P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (a cura di), Milano, 2007.

ABBAMONTE G., *The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition*, in AA.VV., *The Regulation of Unfair*

Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques, a cura di WEATHERILL e BERNITZ, Oxford e Portland, 2007.

ADDIS M., *Le pratiche commerciali sleali e le risorse di fiducia delle imprese: aspetti positivi e questioni irrisolte*, in E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali, Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007.

ALEXANDER C., *Die Sanktions-und Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt -Umsetzungsbedarf in Deutschland?*, in *GRUR Int.*, 2005.

ALEXY R., *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997.

ALEXY R., *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985.

ALPA G., ANDENAS M., *Fondamenti del diritto privato europeo, in Trattato del dir. Priv.*, Milano, 2005.

ALPA G., *Codice del consumo, Principi e rapporto con normative di settore e codice civile*, Relazione svolta al Convegno di Bari, 6 maggio 2006.

ALPA G., *Considerazioni conclusive*, in E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali, Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007.

ALPA G., DELFINO R., *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 2006.

ALPA G., *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006.

ALPA G., *I diritti dei consumatori e degli utenti, Un commento alle l. 30 luglio 1998 n. 281 e 24 novembre 2000 n. 340 e al d. lgs. 23 aprile 2001 n. 224*, Milano, 2001.

ALPA G., *I principi generali*, seconda ed., in *Trattato del dir. Priv.* Iudica- Zatti, Milano, 2006.

ALPA G., *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975.

ALVANINI S., *La disconnessione da Internet come sanzione per il download illegale*, in *Riv. dir. ind.*, 2010.

APPLEBY J., *The Relentless Revolution. A History of Capitalism*, W. W. Norton & Co. Inc., New York, 2010.

ARNAUD A.J., *Les origines doctrinales du Code civil francais*, Paris, 1969.

ASCARELLI G., *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trìm. dir. proc. civ.*, 1954.

ASCARELLI T., *Problemi giuridici*, vol. I, Milano, 1959.

ASTONE F., *Ambito di applicazione soggettiva. La nozione di consumatore e professionista*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, S. PATTI e G. ALPA (a cura di), Milano, 2003.

ASTONE F., *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, art. 1469-bis, comma 2°, in *Il cod. civ. Commentario*, diretto da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2003.

ATIYAH P.S., *The rise and fallo of freedom of contract*, Oxford, 1979.

AUGENHOFER S., *Ein "Flickenteppich" oder doch der "grobe Wurf"?*, in *ZfRV*, 2005.

AUTERI P., *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in AA.Vv., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, (a cura di GENOVESE), Padova, 2008.

AUTERI P., *La concorrenza sleale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 18, t. IV, Torino, 1983.

- BALDASSARRE A., *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971.
- BALESTRACCI D., *Terre ignote, strana gente. Storie di viaggiatori medievali*, Roma-Bari, 2008.
- BALDI R., *Il diritto della distribuzione commerciale nell'Europa comunitaria*, Padova, 2005.
- BARBERIS M., *Europa del diritto*, Bologna, 2008.
- BARGELLI E., *L'ambito dell'applicazione della Direttiva 2005/29/CE: La nozione di "pratica commerciale"*, in AA.VV., *"Le pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, G. DE CRISTOFARO (a cura di), Torino, 2007.
- BARGELLI E., *L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: la nozione di pratica commerciale*, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, Torino, 2007.
- BARGELLI E., *L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/Ce: la nozione di "pratica commerciale"*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori*, Torino, 2007.
- BARIATTI S., *Internet e il diritto internazionale privato: aspetti relativi alla disciplina del diritto d'autore*, in AIDA, 1996
- BARRESI A., *Note sulla concorrenza parassitaria*, in *Annali della Facoltà di Economia e Commercio*, Università di Messina, 1967
- BARTHES R., *Il senso della moda, forme e significati dell'abbigliamento*, Torino, 2006.
- BATTELLI E., *Commento ai d.lgs. n. 145 e n. 146/2007*, in *I contratti*, 2007.

- BERMAN H.J., *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna.
- BERTINO L., *Ente pubblico non economico e la qualifica di professionista ai sensi dell'art. 1469 bis codice civile*, in *Resp. Civ.*, 2001.
- BERTOLI P., *La disciplina della giurisdizione civile nel regolamento comunitario n. 44/2001*, in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2002.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, in *Il contratto*, Milano, 2002.
- BISAZZA G., *Vendita diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali*, in *Studium iuris*, 2006.
- BOGNI M., *Il design: registrazione e tutela di fatto dei diversi valori delle forme*, in questa *Rivista*, 2010.
- BOGNI M., *Moda e proprietà intellettuale tra estetica e comunicazione*, in *Il diritto industriale*, n. 4/2013
- BONGIOVANNI G., *Costituzionalismo e teoria del diritto. Sistemi normativi contemporanei e modelli della razionalità giuridica*, Roma-Bari, 2005.
- BONFIGLIO P., *L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 1469 bis c.c.*, in *Nuova giur. civ.*, 2003.
- BORK R., *The Goals of Antitrust Policy*, in *The American Economic Review*, 1967.
- BOTTON M., CEGARRAM J.J., FERRARI B., *Il nome della marca*, Milano, 1996.
- BRAUDEL F., *La dinamica del capitalismo*, Bologna, 2008.
- BUCCI A., *L'impresa guidata dalle idee*, Milano, 1992.
- BULGARI S., *I mondi della moda, modelli di analisi della comunicazione della moda*, Bologna, 2005.

- CAFAGGI F., voce *Pubblicità commerciale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. *comm.*, XI, Torino, 1995.
- CALABRESI G., *A Common Law for the Ages of Statutes*, Cambridge (Mass.), 1982.
- CALLMANN R., *Der unlautere Wettbewerb*, 2 ediz., Mannheim, 1932.
- CALVO R., *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale nel diritto patrimoniale comune*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007.
- CALVO R., *Le pratiche commerciali ingannevoli*, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*.
- CAMARDI C., *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, IV, Milano, 2004.
- CAMARDI C., *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbligazioni e contratti*, Milano, 2010.
- CAPPELLARI R., *Il marketing della moda e del lusso*, Roma, 2008.
- CARNELUTTI F., *Concorrenza parassitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1959.
- CASSESE S., *La nuova Costituzione economica*, terza ed., Roma-Bari, 2004.
- CASTALDO S., MAURI C., *Store management. Il punto vendita come piattaforma relazionale*, Milano 2008.
- CERRI A., *L'eguaglianza*, Roma-Bari, 2005.
- CERASANI C., *Il conflitto tra domain names e marchi d'impresa nella giurisprudenza italiana*, in *Dir. comm. Internaz.* 1999
- CHERUBINI C., *Tutela del «contraente debole» nella formazione del consenso*, Torino, 2005.
- CHIANALE A., *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990.

CHINÈ G., sub *art.3*, in *Codice del Consumo*, G. CUFFARO (a cura di), Milano, 2008.

CHINÈ G., *sub. art. 2*, *Codice del Consumo*, Milano, 2008.

CIATTI A., *I mezzi di prevenzione e di repressione delle pratiche commerciali sleali nella direttiva comunitaria del 2005*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007.

CIATTI A., *I mezzi di prevenzione e di repressione delle pratiche commerciali sleali nella direttiva comunitaria del 2005*, in *Contr. e impr./Europa*, 2007.

CIATTI A., *I mezzi di prevenzione e di repressione delle pratiche commerciali sleali nella direttiva comunitaria del 2005*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007.

CORBELLINI E., SAVIOLO S., *La scommessa del Made in Italy e il futuro della moda italiana*, Bologna, 2006.

CORVI D., *Causa e tipo del contratto di lavoro artistico*, Padova, 2009.

CORVI D., *Frode e affidamento*, Perugia, 2013.

COSTA A., *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*, Milano, 2007.

COSTANZO P., *I newsgroups al vaglio dell’Autorità giudiziaria (ancora a proposito della responsabilità degli attori d’Internet)*, in *Dir. inf.*, 1998.

D’ARRIGO R., *La contraffazione del “marchio virtuale”; il caso Altavista*, in *Dir. inf.*, 2000.

DALLE VEDOVE G. *Le pratiche commerciali aggressive*, in AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*.

Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE, (a cura di GENOVESE).

DE CAPRARIIS A., *Maso chiuso*, Roma, 1990.

DE CRISTOFARO G., *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007.

DE CRISTOFARO G., *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, cit., in *Contratto e impresa/Europa*, 2007.

DE CRISTOFARO G., *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE, concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contr. Impr./Europa*, 2006.

DE CRISTOFARO G., *La nozione generale di pratica commerciale scorretta*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008.

DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa: il d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145*, in *Studium iuris*, 2007.

DE CRISTOFARO G., *Le “forniture non richieste”*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di) *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Torino, 2007.

DE CRISTOFARO G., *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2010.

DE CRISTOFARO G., *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rass. Dir. Civ.*

DE CRISTOFARO G., *Le disposizioni “generali” e “speciali” del Codice del Consumo, profili problematici*, in *Sei voci sul “codice del consumo”*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2006.

DE CRISTOFARO G., *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il d.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/Ce*, in *Studium iurìs*, 2007.

DE CRISTOFARO M., *L’azione collettiva risarcitoria “di classe”: profili sistematici e processuali*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2010.

DE SANCTIS V. M. , *La protezione delle forme nel codice della proprietà industriale*, Milano, 2009.

DI GIANNI F., *Il lungo viaggio alla ricerca dell’origine: norme e giurisprudenza relative al made in*, in *Riv. dir. ind.*, 2007.

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

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

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

DILBARY S. J., *Famous Trademarks and the Rational Basis for Protecting “Irrational Beliefs”*, in *Geo. Mason L. Rev.*, 2007, p. 605

DONATI A., *I valori della codificazione civile*, Padova, 2009.

DWORKIN R., *L’impero del diritto*, Milano, 1989.

FABBIO P., *L’abuso di dipendenza economica*, 2006, p. 425.

FALCE V., *Pagamenti tardivi, la tutela delle Pmi in mano all’Antitrust*, Il Sole 24 Ore, 17 novembre 2012.

FAZZINI M., *Problemi di competenza territoriale e responsabilità dei service providers in Internet*, in AIDA, 1999.

FERRARA A., *Giustizia e giudizio*, Roma-Bari, 2000.

FICI A., “Consumatore”, “Professionista” e criteri di vessatori età nei contratti del consumatore, in *Corr. Giur.*, 2002.

FINTONI S., *No limits presente e futuro del fashion marketing*, Milano, 2010.

FOGLIO A., *Il marketing della moda, politiche e strategie del fashion marketing*, Milano, 2007.

FRANCESCHELLI R., voce *Concorrenza*, II) *Concorrenza sleale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988.

FRANCESCHELLI R., *Concorrenza parassitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, I, 265 e ss. Per una ricostruzione storica vedi anche dello stesso autore, *La concorrenza parassitaria come si è vista oggi in Italia*, *ivi*, 1981

FRIEDMAN L.M., *Storia del diritto americano*, Milano, 1995.

FRITZSCHE J., *Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage*, Springer, Munich, 2000.

FUSI V., *Sub art. 2598* in L. UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, 2004.

GABRIELLI G., *Maso chiuso*, Torino, 1994.

GALGANO F., *Diritto privato*, Padova, 2008.

GALGANO F., *I contratti di investimento e gli ordini dell’investitore all’intermediario*, in *Contratto e impresa*, Padova, 2005.

GALGANO F., *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione*, in *Contratto e impresa*, *cit.*, 2008.

GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Trattato di dir. Civ. e comm.* Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, vol.III, t. I, seconda ed., Milano, 2002.

GALGANO F., *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, vol. I.

GALGANO F., *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, seconda ed., Bologna, 1980.

GALGANO F., *Lex mercatoria, autonomia privata e disciplina del mercato*, in AA. VV., *I mobili confini dell'autonomia privata*, a cura di M. Paradiso, Milano, 2005.

GALGANO F., *Lex mercatoria*, quinta edizione, Bologna, 2010.

GALGANO F., *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, vol. I, *La costituzione economica*, Padova, 1977.

GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, III, Padova, 2009.

GALGANO F., *Commento all'art. 41 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti economici*, II, Bologna, 1982.

GALLI C., *Funzione del marchio e ampiezza della tutela*, Milano, 1996.

GALLI C., *I limiti di protezione dei merchi rinomati nella giurisprudenza della Corte di Giustizia C.E.*, in *Riv. dir. ind.*, 2004.

GALLI C., *La tutela contro il parassitismo*, in *Il parassitismo nel "nuovo" codice della proprietà industriale*, AA. VV. *La revisione del Codice della Proprietà industriale*, Milano, 2007.

GALLI C., *Comunicazione di impresa e segni distintivi; le linee evolutive*, in questa *Rivista*, 2011.

- GALLI C., *Comunicazione d'impresa e segni distintivi: le linee evolutive*, in questa *Rivista*, 2011.
- GALLI C., *L'ambito di protezione del marchio*, in GALLI-GAMBINO, *Codice commentato della proprietà industriale e intellettuale*, Torino, 2011.
- GAMBINO A. M., *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Torino, 2011.
- GARDE A. – HARAVON M., *Unfair Commercial Practices: Towards a Comprehensive European Consumer Policy?*, in *Revue européenne de droit de la consommation*, 2006.
- GATTO L., *La grande storia dl medioevo. Tra la spada e la fede*, Roma, 2009.
- GENOVESE A., *L'enforcement e le tutele*, cit., in AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova, 2008.
- GENTILI A., *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006.
- GENTILI A., *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, in *I Contratti*, 2006.
- GENTILI A., *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2010.
- GHIDINI G., *Della concorrenza sleale (artt. 1598-2601)*, in *Il cod. civ. Commentario*, diretto da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 1991.
- GHIDINI G., *Informazione economica e controllo sociale: il caso del Warentest*, in *Pol. dir.*, 1973.
- GHIDINI G., *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Padova, 1978.

GHIDINI G., *Profili evolutivi del diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Milano, 2001.

GHIDINI G., DI PORTO F., FALCE V., PANUCCI M., *Voce Concorrenze*, in *Diritto commerciale* (a cura di N. ABRIANI), *Dizionari del diritto privato*, Milano, 2011.

GHISALBERTI C., *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto nel Risorgimento*, undicesima ed., Roma-Bari, 2007.

GIANNELLI B., SAVIOLO S., BOSELLI M., *Il licensing nel sistema moda : evoluzione, criticità, prospettive*, Milano, 2001

GILMORE G., *La morte del contratto*, Milano, 1999.

GIORGETTI A., VALLEFUOCO V., *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo. Profili di comparazione, in tema di azioni di classe ed azioni di gruppo*, Milano, 2008.

GLIOZZI E., *Dalla proprietà all'impresa*, Milano, 1981.

GORLA G., *Il contratto*, I, Milano 1955.

GOTZ W., *Schaden und Bereicherung in der Verltzerkette*, *GRUR*, 2001.

GRANELLI C., *Le "pratiche commerciali scorrette" tra impresa e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il Codice del Consumo*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2007.

GRISI G., *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999.

GROOTE-DE VULDER, *The Unfair Commercial Practices Directive*, in *Yearbook of consumer law 2007*, Aldershot, 2007.

GROSSI P., *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007.

GUERINONI E., *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *I contratti*, 2007.

HENNING-BODEWIG F., *Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, in *GRUR Int.*, 2005.

HORWITZ M.J., *La trasformazione del diritto americano, 1870-1960*, Bologna, 2004.

HOWELLS G., *Introduction*, in *European Fair Trading Law*, a cura di Howells, Miklitz, e Wilhelmsson, Hampshire, 2006.

HOWELLS G., MICKLITS H.M. e WILHELMSSON T., *European Trading Law, The Unfair Commercial Practices Directive*, Hampshire, 2006.

INCARDONA R., *La direttiva n. 2005/29/Ce sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni*, in *Dir. comunitario scambi internazionali*, 2006.

IRTI N., *La fondazione hegeliana del "diritto dei consumatori"*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006

IRTI N., *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Milano, 2006

JAMMING J.K., *The Art and Discipline of Business Creativity*, Oxford, 1996.

KEBLER e MICKLITZ, *Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern*, in *BB*, 2005.

KIRSCHEN S., *Commento all'art. 3, comma 1, del Codice del Consumo*, in *Commentario*, ALPA-ROSSI CARLEO (a cura di), Napoli, 2005.

KOHLER H. e BORNKAMM J., in HEFERMEHL-KOHLER-BORNKAMM, *Ge-setz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 2009.

KOHLER J., *Ein Jahr nach der UWG-Reform - Der Einfluss der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken auf das UWG*, in *GRUR Prax*, 3, 2009.

KOHLER, *Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, in *GRUR*, 2005.

LA ROCCA, MAZZOLA P., *Le imprese basate sulla creatività artistica*, Milano, 1991.

LE GOFF, *Il cielo sceso in terra. Le radici medievali dell'Europa*, Bari, 2007.

LIBERTINI M., *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Europa e dir. priv.*, 1999.

LIBERTINI M., *posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, 2003.

LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari sulla disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Padova, 2008.

LIBONATI B., *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. Soc.*, 1998.

LOMBARDI P. E MARTINETTI C., *Prime riflessioni sul regolamento (Ce) n. 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2001.

MACCORMICK N., *On 'Open Texture' in Law*, Edimburg, 1991.

MAFFEIS D., *Ambito soggettivo di applicazione degli artt. 1469 bis seg. c.c. in Contratti*, 2000.

MAININI D., *Fatto in Italia? No, Made in Italy. Guida rapida a disposizione degli imprenditori nel complicato mondo dell'indicazione di origine italiana*, Milano, 2011.

MANATESI A., *La relazione tra marche e clienti*, Roma, 1999.

MARCHETTI M., *Manuale di comunicazione, sociologia e cultura della moda*, Roma, 2006.

- MARINELLI F., *La cultura del Code Civil. Un profilo storico*, Padova, 2004.
- MARSHALL S., *Unlauterer Wettbewerb*, München, 1993.
- MAUGERI M., *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale sui contratti*, in GENOVESE A., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova, 2007.
- MAYR S., *I domain names ed i diritti sui segni distintivi: una coesistenza problematica*, in AIDA, 1996.
- MAYR S., *L'istituto del maso chiuso nella provincia di Bolzano*, in *Stadium Juris*, 2002.
- MELI V., *Le pratiche sleali ingannevoli*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Padova, 2008.
- MELI V., *Lo storno dei dipendenti come atto di concorrenza sleale: un uso giurisprudenziale della clausola di correttezza professionale*, in C.e.i., 1990.
- MELI V., voce *Pubblicità ingannevole*, in *Eng. giur.*, 2006.
- MESSINA G., *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, Vallardi, Milano, 1904, ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1948.
- MESSINEO F., *Contratto*, Milano, 1961.
- MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, terza ed., Milano, 1952.
- MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Trattato di dir. Civ. e comm.* Cicu-Messineo, vol. XXI, t. I, Milano, 1973.
- MODINA S., *Il business della moda. Analisi economica delle imprese commerciali*, Milano, 2004.
- MONATERI P.G., *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanisti*, Milano, 2008.

MONTANARI A., *Contratto di AdWords e profili di responsabilità*, in *Dir. comm. Internaz.*, 2011.

MORBIDELLI G., *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur.* Treccani, XVII, Roma, 1989.

MORESCHINI P., *Codice del Consumo-Commentario*, M. TRIPODI-C. BELLI (a cura di), Rimini, 2006.

MUSSO P., *Noms de domaine et marques dans l'internet* (Relazione presentata alla *Reunion annuelle ATRIP*, Paris, 7-9 luglio 1997), pp. 45 e ss., a p. 59, che considera la mera visibilità del

NUZZO M., *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975.

NUZZO M., *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007.

OSTI C., PARDOLESI R., *Il problema della dipendenza economica*, in *Atti del convegno ITA*, 7 ottobre 1998.

PACE A., *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, Padova, 1997.

PALADIN L., *Il principio di eguaglianza*, Milano, 1965.

PALAZZO A., *L'interpretazione della norma civile*, Torino, 1996.

PALAZZO A., *Violazione di legge e stabilità del rapporto di lavoro*, Padova, 1973.

PALAZZO A., *Interessi permanenti nel diritto privato ed etica antica e moderna*, in PALAZZO A., FERRANTI I., *Etica del diritto privato*, vol. I, Padova, 2003.

PALAZZOLO A., *Il "domain name"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000

PASCHI C., *La concorrenza parassitaria ex art. 2598, n. 3 cc., e La sua interpretazione nella giurisprudenza più recente*, in *Riv. dir. ind.*, 2012a, 1997.

PATTI S., *Il diritto civile tra crisi e riforma dei codici*, in *Codificazione ed evoluzione del diritto privato*, Bologna – Roma, 1999.

PEIFER, *Die Zukunft der irreführenden Geschäftspraktiken*, in *WRP*, 2008.

PETROVA S., *The Economics of Luxury Goods: Utility Based on Exclusivity*, in *Social Science Research Network Paper*, 2011.

PINNA A., sub art. 5, in *Codice del Consumo, Commentario*, La Tribuna, Piacenza, 2010.

PIRENNE H., *Le città del Medioevo*, Bari, 2007.

PIRENNE H., *Maometto e Carlomagno*, 2007.

PONCIBÒ C., *Il consumatore medio*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007.

POUND R., *Liberty of contract*, in *Yale L.J.*, 1909.

PRUZHANSKY V., *Luxury Goods, Vertical Restraints and Internet Sales*, in *European Journal of Law and Economics*, 2012.

RESCIGNO P., in *Codici, Una riflessione di fine millennio*, Milano, 2002.

RICCHETTI M, CIETTA E., *Il valore della moda: industria e servizi in un settore guidato dall'innovazione*, Milano, 2006.

RICOLFI, *Motori di ricerca, link sponsorizzati e diritto dei marchi: il caso Google di fronte alla Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 2010.

RODOTÀ S., *Ideologie e tecniche*, Napoli, 2007.

RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987.

- RODOTÀ S., *Un codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in *Codici*, Milano, 2002.
- ROLLI R., *sub. art. 2, Codice del Consumo*, Piacenza, 2010.
- ROPPO V., *L'informazione precontrattuale*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di P. Sirena, Milano, 2006.
- ROSSELLO C., *Pubblicità ingannevole*, in *Contr. impr.*, 1995.
- ROSSI CARLEO L., art. 5, *Obblighi generali*, in *Codice del consumo, Commentario* a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005.
- ROSSI CARLEO L., *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali* in, E. MINERVINI, ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali, Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007.
- RUSSO E., *L'interpretazione dei testi normativi comunitari in Trattato del dir. Priv. Iudica-Zatti*, Milano, 2008.
- SABATUCCI A., *Ambito di applicazione dell'art. 1469 bis c.c., e questioni di legittimità costituzionale*, in *Resp.civ.*, 2003.
- SABEONE P., *Regolamento (Ce) n. 44/2001 del consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *Nuove leggi civ.*, 2001.
- SACERDOTE E., *La strategia retail nella moda e nel lusso. Dalla marca, al negozio, al cliente: scenari e tendenze*, 2007.
- SACCO F., *Il consenso*, in *I contratti in generale*, (a cura di) E. GABRIELLI, Torino, 2006.
- SACCO R., *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007.
- SACCOMANI A., *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE*, in MINERVINI E., ROSSI

CALEO L. (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali, Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007.

SAMMARCO P., *Assegnazione dei nomi a dominio su Internet, interferenze con il marchio, domain grabbing e responsabilità del provider*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2000.

SANDULLI M., *Sub art. 39*, in *Codice del consumo*, Napoli, 2005.

SANTAGATA C., *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Napoli, 1975.

SCARPELLINI E., *L'Italia dei consumi*, Bari, 2008.

SCHUMPTER J., *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, 1977.

SCHWARTZ, *How much Irrationality Does the Market Permit?*, in *Journal of Legal Studies*, vol. 37, 2008.

SCHWARTZ, *Legal Implications of Imperfect Information in Consumer Markets*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1995.

SIRENA P., *Il codice civile e il diritto dei consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005.

SIRENA P., *L'integrazione del diritto dei consumatori nel diritto generale dei contratti*, in *Riv. Dir. civ.*, 2004.

SIRENA P., *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006.

SMITH S.A. , *Contract Theory*, Oxford, 2004.

SPEDICATO G., *La sottile linea di confine tra esclusività sul segno e usi leciti del marchio altrui: prime riflessioni sulla giurisprudenza comunitaria in materia di keyword advertising*, in *Riv. inf.*, 2010.

STUYCK J., TERRY E., VAN DYCK T., *Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*, in *C.M.L.R.*, 2006.

SVENDSEN LARS F., *Filosofia della moda*, Parma, 2006.

TARELLO G., *Le idee della codificazione*, in AA. VV., *Il diritto privato nella società moderna*, a cura di S. Rodotà, Bologna, 1971.

TAVELLA M., BONAVITA S., *La Corte di Giustizia sul caso "AdWords": tra normativa marchi e commercio elettronico*, in questa *Rivista*, 2010.

THAIN G., *Consumers*, in P. CANE, M. TUSHNET, *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, 2003.

TOSI E., *I problemi giuridici di Internet*, Milano, 2001.

TOSI E., *La tutela della proprietà industriale*. In E. TOSI (a cura di), *I problemi giuridici di Internet*, Milano, 2001.

TOSI E., *Le responsabilità civili*, in TOSI E., *I problemi giuridici di Internet*, Milano, 2001.

TRICOMI L., *Pratiche commerciali sleali: due sistemi a confronto*, in *foro Padano*, 2010.

TROIANO S., *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova, 2005.

TWIGG-FLESSNER, *Deep Impact? The EC Directive on Unfair Commercial Practices and Domestic Consumer Law*, in L.Q.R., 2005.

VALLE L., *Giudizio di vessatorietà e clausole riproduttive di disposizione di legge*, in *Contratto e impresa*, 2000.

VECCHI P.M., *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999.

VEELKEN W., *Kundenfang gegenüber dem Verbraucher. Bemerkungen zum EG-Richtlinienentwurf über unlautere Geschäftspraktiken*, in *Wettbewerb im Recht und Praxis*, 2004.

VETTORI G., *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995.

VETTORI G., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009.

VETTORI G., *Sub art. 39*, in *Codice del consumo. Commentario a cura di G. Vettori*, Padova, 2007.

WEBER M., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, 2003.

WILHELMSSON T., *Scope of the Directive*, in *European Fair Trading Law*, 2006.

ZOPPINI A., *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, vol. III, t. II, *Il Contratto in generale*, Milano, 2009 è già in *Contratto e antitrust*, a cura di G. Olivieri e A. Zoppini, Roma-Bari, 2008.

ZORZETTO S., *La ragionevolezza dei privati*, Milano, 2008.

ZORZI N., *Commento al codice del Consumo*, R. ROLLI (a cura di), sub art. 19, Piacenza, 2008.

