

## INDICE

<b>Introduzione.....</b>	<b>1</b>
--------------------------	----------

### CAPITOLO I

#### **La disciplina europea sulle forniture non richieste**

1.1. La direttiva 2005/29/CE e recepimento nell'ordinamento italiano.....	3
1.2. La direttiva 2011/83/UE e il recepimento nell'ordinamento italiano.....	13
1.3. Le forniture non richieste.....	18

### CAPITOLO II

#### **La mancata risposta del consumatore e il contratto**

2.1. Il significato di «assenza di una risposta».....	28
2.2. L'«assenza di una risposta» del consumatore «non costituisce consenso».....	34
2.3. L'esonero del consumatore da «qualsiasi prestazione corrispettiva» imposta dal professionista.....	41
2.4. Il contratto stipulato a seguito di fornitura non richiesta.....	49
2.5. <i>Segue</i> : La tutela del consumatore.....	55

### **CAPITOLO III**

#### **La tutela del consumatore in Europa: ordinamenti giuridici a confronto**

3.1. La discrezionalità degli Stati membri e la tutela del consumatore.....	66
3.2. Gli strumenti di tutela offerti dal legislatore inglese.....	74
3.3. La “ <i>class action</i> ”: esperienze giuridiche a confronto.....	81

### **CAPITOLO IV**

#### **L'autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e i casi più rilevanti nel settore della telefonia e dell'energia elettrica**

4.1. L'intervento dell'Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato in seguito ad una pratica commerciale scorretta.....	94
4.2. La struttura del procedimento amministrativo e i provvedimenti sanzionatori.....	101
4.3. Il riparto di competenza tra l'A.G.C.M. e l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (A.G.Com.).....	110
4.4. Analisi dei dati nel settore delle telecomunicazioni e dell'energia elettrica (dal 2010 ad oggi).....	118
<b>Conclusioni.....</b>	<b>130</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>133</b>

## INTRODUZIONE

Il presente lavoro di tesi ha ad oggetto la tutela del consumatore nelle forniture non richieste.

Si è scelto in primo luogo di esaminare il tema partendo dall'analisi della disciplina comunitaria espressa nelle direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE.

Tali direttive furono redatte con l'intento di armonizzare le diverse discipline nazionali precedentemente formulate in termini generici e atecnici.

Particolare attenzione è stata poi dedicata al recepimento delle citate direttive in alcuni ordinamenti europei tra cui quello italiano.

Il nostro legislatore, all'articolo 66-*quinquies* del d.lgs. 206/2005, esonera il consumatore *«dall'obbligo di fornire qualsiasi prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta di beni, acqua, gas, elettricità teleriscaldamento o contenuto digitale o di prestazione non richiesta di servizi, vietate dall'articolo 26, comma 1, lett. f), cod. cons.»*.

La norma inoltre dispone che *«l'assenza di una risposta da parte del consumatore in seguito a tale fornitura non richiesta non costituisce consenso»*.

Tale articolo tuttavia, ha lasciato aperti dubbi e ambiguità circa l'applicazione dei concetti di *«qualsiasi prestazione corrispettiva»* e *«assenza di risposta»*.

Dietro alla fornitura del professionista si cela una proposta contrattuale pertanto è stata dedicata particolare attenzione ai possibili contegni del consumatore tali da assumere il significato di mancata risposta.

La norma, infatti, non chiarisce esaustivamente quali comportamenti implicino o meno il consenso del destinatario della fornitura a concludere il contratto.

Lo studio dell'articolo 66-*quinquies* cod. cons. è stato effettuato poi in combinato disposto con l'articolo 26 lett. *f)* cod. cons. il quale individua le condotte del professionista ascrivibili a una fornitura non richiesta.

Dopo aver esaminato il dato letterale e analizzato gli elementi caratterizzanti la fornitura non richiesta, si è ritenuto opportuno passare all'analisi degli strumenti

previsti a tutela del consumatore vittima di una simile pratica commerciale scorretta.

A tal proposito si è presa in esame la tutela garantita dal giudice il quale interviene sugli effetti del contratto per mezzo della dichiarazione di nullità o di annullamento dello stesso.

Inoltre, vista l'origine comunitaria della direttiva e la forte discrezionalità riconosciuta agli stati membri, è risultato opportuno esaminare il recepimento della direttiva 2005/29/CE in altri ordinamenti europei quali quello inglese, quello spagnolo e quello belga al fine di cogliere eventuali similitudini o difformità con l'ordinamento italiano.

Il presente studio sulla tutela del consumatore indotto a stipulare un contratto a seguito di una fornitura non richiesta non ha potuto prescindere da un particolare strumento offerto agli utenti coinvolti: la *class action*, esaminata nei diversi ordinamenti a confronto.

Infine, si è analizzata la tutela amministrativa attribuita all'Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato (A.G.C.M.).

Per comprendere le diverse fasi del procedimento amministrativo dinanzi all'*Antitrust* e le conseguenti sanzioni, sono stati presi in esame alcuni tra i casi di fornitura non richiesta maggiormente rilevanti nel settore dell'energia elettrica e in quello della telefonia dal 2010 sino ad oggi.

Si è proseguito con lo studio relativo al riparto di competenza tra l'A.G.C.M. e le diverse Autorità indipendenti nei casi in cui la pratica commerciale scorretta richieda l'intervento di entrambe.

In particolar modo è stato esaminato il protocollo d'intesa del 23 dicembre 2016 tra l'A.G.C.M. e l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (A.G.Com.) il quale disciplina i rapporti tra esse, qualora la pratica commerciale leda gli utenti del settore delle dell'editoria o dei mezzi di comunicazione di massa.

## CAPITOLO I

### LA DISCIPLINA EUROPEA SULLE FORNITURE NON RICHIESTE

SOMMARIO: 1.1. La direttiva 2005/29/CE e recepimento nell'ordinamento italiano. - 1.2. La direttiva 2011/83/UE e il recepimento nell'ordinamento italiano. - 1.3. Le forniture non richieste.

#### 1.1. La direttiva 2005/29/CE e il recepimento nell'ordinamento italiano

Le forniture non richieste sono disciplinate a livello europeo tramite le direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE.

Esse sono poi state recepite singolarmente dai diversi Stati membri.

Lo studio sulle forniture non richieste non può, perciò, prescindere dall'analisi della direttiva che ne ha rappresentato fino al 2011 il punto di riferimento, la direttiva 2005/29/CE<sup>1</sup>.

Quest'ultima è relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno ed ha modificato la direttiva 84/450/CEE, oltre che le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio.

Il documento in esame, noto come "*Unfair commercial practices directive*", è stato redatto con l'intento di armonizzare le discipline dei singoli Stati membri, fino ad allora caratterizzate da profonde differenze tali da pregiudicare gli interessi dei consumatori ed anche i meccanismi della concorrenza<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>Per un esame approfondito sulla direttiva si veda G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/Ce*, in AA. VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008, *passim*.

<sup>2</sup>Anche nel Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione Europea del 2 ottobre 2010 emerge chiaramente l'intento della Commissione di perseguire un livello di armonizzazione massima, al fine di tutelare i consumatori dalle ingiustificate pretese vantate dai professionisti.

Nel considerando 4, il legislatore comunitario ha definito tali differenze come un ostacolo che causa “incertezze circa i diritti di cui godono i consumatori” e che compromette “la fiducia di questi ultimi nel mercato interno”<sup>3</sup>.

Le precedenti disposizioni comunitarie non permettevano di “realizzare l'obiettivo di armonizzazione delle legislazioni nazionali”, dal momento che erano “formulate in termini generici, atecnici e ambigui”<sup>4</sup>.

Tuttavia la direttiva 2005/29/CE, pur avendo lo scopo, di armonizzare le discipline nazionali, non si è rivelata pienamente efficace.

Essa evidenzia la “genericità della nozione di pratica commerciale scorretta” oltre che la “larghezza dell'orizzonte temporale preso in considerazione dal legislatore”<sup>5</sup>.

La vastità dei termini emerge, ad esempio, nell'articolo 2 lett. d) nel quale si definisce come pratica commerciale tra imprese e consumatore «*qualsiasi azione, condotta, omissione o dichiarazione, comunicazione commerciale, ivi compresa la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un altro prodotto ai consumatori*» e il cui intento diretto sia «*quello di influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori relative a prodotti*»<sup>6</sup>.

Per quanto concerne l'aspetto temporale, invece, l'articolo 3 dispone che siano vietate le condotte poste in essere prima, dopo e durante l'instaurazione del rapporto commerciale tra professionista e destinatario della fornitura, ampliando così il novero delle ipotesi a tutela del consumatore.

All'interno della macro categoria delle pratiche commerciali scorrette, inoltre, sono individuabili due differenti tipologie: quelle ingannevoli e quelle aggressive.

Le pratiche commerciali ingannevoli sono quelle contenute informazioni non

---

<sup>3</sup>Si veda sul tema A. SACCO GINEVRI, *Le pratiche commerciali sleali: direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 85 ss.; G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 6 ss.

<sup>4</sup>Cfr. S. PAGLIANTINI, *Abuso del diritto e buona fede nel contratto*, Torino 2010, p. 248.

<sup>5</sup>A. ZIMATORE, *Osservazioni sistematiche sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Milano, 2011, p. 573 ss.

<sup>6</sup>Cfr. considerando n.7 della direttiva 2005/29/CE.

corrette o non corrispondenti al vero (articolo 21 cod. cons) o che inducono o sono idonee ad indurre il consumatore a prendere decisioni, che non avrebbe preso, riguardo l'esistenza o la natura, le caratteristiche principali e il prezzo del prodotto.

Le pratiche commerciali aggressive, invece, sono quelle che, tenuto conto delle circostanze del caso (articolo 24 cod. cons.), limitano o sono idonee a limitare considerevolmente la libertà di scelta del consumatore, inducendolo a prendere decisioni che altrimenti non avrebbe preso, per mezzo di molestie, coercizione psicologica o indebito condizionamento<sup>7</sup>.

Le forniture non richieste si collocano all'interno della categoria delle pratiche commerciali aggressive, in particolar modo in quella delle pratiche ritenute in ogni caso aggressive, come riportato nella *black list* contenuta nell'Allegato I della direttiva ai punti 21 e 29.

Quest'ultimi descrivono rispettivamente due possibili condotte del professionista, atte a indurre il consumatore a concludere il contratto avente ad oggetto beni o servizi non preventivamente richiesti.

Il numero 21, ad esempio, illustra la condotta consistente «*nell'includere nel materiale promozionale una fattura o un'analogha richiesta di pagamento che dia al consumatore l'impressione di aver già ordinato il prodotto in commercio, mentre non lo ha fatto*». Il numero 29, invece, descrive la condotta del professionista consistente «*nell'esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia*» dei prodotti forniti a un consumatore che non li abbia preventivamente richiesti.

Le pratiche commerciali aggressive, come la fornitura non richiesta, si caratterizzano per una forte incidenza sulla libertà di autodeterminazione del consumatore. Egli subisce una pressione psicologica da parte del professionista che lo induce a condizionare e, nei casi più estremi, ad annullare la propria volontà.

---

<sup>7</sup>L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contr. e impr. Europa*, 2007, p. 62 ss.; A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contr.*, 2006, p. 171 ss.

Le pratiche commerciali ingannevoli, di contro, condizionano la decisione commerciale del consumatore influenzandone il processo di formazione della volontà attraverso sottili tecniche di convincimento.

In questi casi le condotte del professionista hanno valenza estorsiva del consenso e mirano a sfruttare le debolezze emotive, oltre che la carenza di informazioni del consumatore stesso<sup>8</sup>.

Più in generale, una pratica commerciale è considerata scorretta se è contraria alla diligenza professionale, se è falsa o idonea a falsare il comportamento economico del consumatore che raggiunge<sup>9</sup>.

Il parametro per valutare l'attitudine della pratica commerciale ad alterare il comportamento del destinatario della fornitura è calcolato sulla figura del consumatore medio<sup>10</sup>. Quest'ultimo corrisponde ad un soggetto normalmente informato, ragionevolmente attento ed avveduto tenuto conto dei fattori sociali, culturali e linguistici<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup>Si veda in tal senso G. DALLE VEDOVE, *Le pratiche commerciali aggressive*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29 CE*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008, p. 120 ss.

<sup>9</sup>Il tema è stato ampiamente affrontato da diversi autori tra cui: C. GRANELLI, *“Le pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007; G. DE CRISTOFARO, *La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2009, p. 1061 ss; E. BATTELLI, *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in *Contratti*, 2007, p. 1113 s; G. DE CRISTOFARO, *Violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette e diritto privato*, in *Riv. bancaria*, 2011, p. 66 s.; N. ZORZI GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, *Contr. impr.*, 2011; P. FATTORI, *Il sindacato giurisdizionale in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. bancaria*, 2012, p. 98 s.

<sup>10</sup>Sulla nozione di consumatore medio si veda: C. PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, in *Contr. impr./Europa*, 2007, p. 734 ss.; N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Tratt. di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2012, p. 4 ss; A. CATRICALÀ e M. P. PIGNALOSA, *op. cit.*, p. 54 ss.

<sup>11</sup>Cfr. considerando 18 della direttiva 2005/29/CE. La rigorosa attenzione del legislatore non coinvolge solamente la figura del consumatore medio bensì, come disposto nell'articolo 20, comma 3, cod. cons., riguarda anche gruppi più ampi di consumatori. Rispetto a essi le pratiche commerciali risultino idonee «a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabile alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell'ottica del membro medio del gruppo». In simili casi la valutazione è effettuata tenuto conto di ciò che il professionista poteva ragionevolmente attendersi. Una volta individuato il gruppo di consumatori di riferimento, bisognerà identificarne consumatore medio. L'onere di provare

Diversa invece la figura di consumatore riportata dall'art. 18 lett. e) cod. cons., in cui si identifica il consumatore come parte disinformata, disattenta e per ciò facilmente raggiungibile dal professionista<sup>12</sup>.

La libertà di scelta del consumatore è garantita dalle norme della direttiva di cui sopra, mentre il bene giuridico e il conseguente aspetto patrimoniale sono tutelati solo indirettamente<sup>13</sup>.

Un primo requisito necessario per definire una pratica commerciale scorretta come tale è, la già menzionata, contrarietà alla diligenza professionale. Quest'ultima si fonda su principi quali la correttezza e la buona fede e corrisponde alla competenza nonché all'attenzione dovute al consumatore nel rapporto con il professionista<sup>14</sup>.

Un ulteriore elemento sul quale è opportuno soffermare l'attenzione è quello relativo alla finalità della pratica commerciale volta a condizionare il comportamento del consumatore.

Il legislatore attribuisce rilevanza anche all'ipotesi in cui la pratica commerciale non sia palesemente falsa bensì presenti una celata attitudine a condizionare il comportamento economico del consumatore, ampliando così il novero delle ipotesi pregiudizievoli.

---

l'impossibilità di prevedere l'impatto che la pratica commerciale ha sui consumatore incombe sul professionista. Egli può darne prova anche per mezzo di allegazione fattuali, come disposto dall'art. 27, comma 5, cod. cons.

<sup>12</sup>Già nella proposta di direttiva della Commissione presentata nel 2003 erano presenti due definizioni distinte, una per la figura di consumatore in generale e l'altra per quella di consumatore medio. La mancanza di termini specifici ha scaturito diversi problemi interpretativi anche alla luce del fatto che il legislatore italiano si è limitato a recepire la norma riproducendo il termine "consumatore medio" senza fornirne una definizione precisa. Le difficoltà maggiori interesseranno le Autorità che si troveranno a definire una pratica commerciale come scorretta e che dovranno attenersi agli orientamenti della Corte di Giustizia. Il considerando 18 della direttiva, infatti, dispone che «*La presente direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali, linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia*». A tal proposito, il legislatore ha avuto cura di precisare che la definizione di consumatore medio "non è statica" e ha inoltre sottolineato come le Autorità nazionali e gli organi giurisdizionali debbano esercitare le loro facoltà di giudizio tenendo sempre conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

<sup>13</sup>Cfr. Consiglio di Stato, 24 marzo 2011, n. 1813.

<sup>14</sup>Art. 18 lett. h) cod. cons. Tra i casi più rilevanti di contrarietà alla diligenza professionale si veda: Provvedimento PS 1191, in *Bollettino* n. 31/2008; Provvedimento PI 5769 del 3 luglio 2007 in *Bollettino* n. 27/2007; Provvedimento PS 91 del 4 settembre 2008, in *Bollettino* n. 33/2008.

Tutte le pratiche commerciali che non siano sufficienti a falsare o alterare una decisione consapevole da parte del professionista non sono, dunque, riconducibili alla categoria delle pratiche commerciali scorrette.

Solamente qualora una pratica commerciale sia ingannevole, ai sensi degli articoli 21 e 22, oppure aggressiva, ai sensi dell'articolo 24 o, tutt'al più, influisca sulle scelte del consumatore relative ad una decisione consapevole, potrà essere definita scorretta. Inoltre, per definire una pratica commerciale come scorretta non è necessario che siano contemporaneamente presenti tutti gli elementi sopra illustrati.

In base alla direttiva, gli Stati membri sono tenuti a dotarsi così di mezzi adeguati a contrastare le pratiche commerciali sleali<sup>15</sup>.

Debbono altresì garantire il consumatore introducendo disposizioni atte a intraprendere azioni giudiziarie dinanzi alle Autorità competenti.

Agli Stati membri, inoltre, è affidato il compito di determinare sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive da irrogare al professionista che violi le norme della direttiva.

Si evince, dunque, che a differenza di quanto oggettivamente riscontrato dalla stesura sostanziale della direttiva, la stessa risulta più facilmente attuabile dal punto di vista procedurale poiché ambia discrezionalità è riconosciuta ai legislatori nazionali.

Nell'ordinamento italiano, la direttiva del 2005 è stata recepita attraverso un sistema binario, vale a dire composto da due distinti decreti legislativi destinati a tutelare due contrapposte categorie di soggetti, i consumatori e i professionisti<sup>16</sup>, qualora siano vittime di una pratica commerciale scorretta.

---

<sup>15</sup> Così facendo è stato abbandonato il tradizionale approccio che affidava al legislatore comunitario il compito di individuare i mezzi necessari. La scelta degli Stati membri deve comunque attenersi ai principi di proporzionalità ed effettività dettati dalla direttiva. Sul punto F. PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette*, p. 1119; G. DE CRISTOFARO, *La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali*, p. 34 ss; MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, p. 478 ss.

<sup>16</sup> Si veda sul tema C. GRANELLI, *Il Codice del consumo a cinque anni dall'entrata in vigore*, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 731 ss.

Con il d.lgs. 2 agosto 2007 n. 146 si è scelto di tutelare esclusivamente la figura del consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta. A tal fine sono stati modificati gli articoli dal 18 al 27 del Codice del consumo, i quali in precedenza accoglievano le norme sulla pubblicità ingannevole, tutelanti il professionista e non il consumatore.

Attraverso il d.lgs. 146/2007, inoltre, sono stati introdotti nel Codice gli articoli 27 *bis*, *ter* e *quater* relativi ai codici di condotta, all'autodisciplina e agli oneri di informazione a carico delle Autorità con il fine di informare e mantenere costantemente aggiornati i consumatori sulle vigenti procedure di reclamo o di assistenza.

Il d.lgs. 146/2007 ha introdotto diversi temi risultati di ambigua comprensione e applicazione.

Nello specifico, l'articolo 57<sup>17</sup> (successivamente abrogato) ha generato confusione nel concetto di «*assenza di risposta*». Ancora oggi infatti, tale espressione risulta controversa.

Il secondo elemento del citato sistema binario è il d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145.

Esso dispone la tutela del professionista dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali e stabilisce le condizioni di illiceità della pubblicità comparativa<sup>18</sup>.

La scelta del legislatore italiano di sostituire, all'interno del Codice del consumo, le disposizioni sulla pubblicità ingannevole a tutela del professionista con quelle sulle pratiche commerciali scorrette rivolte al consumatore, non appare di fatto irrazionale<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup>Tale articolo disponeva che «*il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta*» e che «*in ogni caso l'assenza di risposta non implica consenso*». L'articolo, inoltre, faceva salve le sanzioni previste dall'articolo 62 cod. cons. e prescriveva che «*ogni fornitura non richiesta di cui al presente articolo costituisce pratica commerciale scorretta ai sensi degli articoli 21, 22, 23, 24, 25 e 26*».

<sup>18</sup>Cfr. Art. 1 d.lgs. 145/2007.

<sup>19</sup>Sulla tutela del consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta è opportuno fare chiarezza. Sebbene il d.lgs. 146/2007 tuteli il consumatore è necessario sottolineare come il decreto legislativo in esame non sostituisca bensì includa l'ipotesi in cui di pubblicità ingannevole e comparativa siano rivolte al consumatore. La nozione generale di pratica commerciale include, infatti, anche la pubblicità, come disposto dalla lettera *d*) dell'articolo 2 della direttiva 2009/25/CE. Essa, inoltre, amplia il novero delle fattispecie oggetto di tutela. Viceversa, qualora

Nonostante tale scelta sia stata definita “poco felice”<sup>20</sup>, oltre che “errata e forviante”<sup>21</sup>, essa ha permesso di disciplinare in modo distinto le pratiche commerciali scorrette a seconda del tipo di destinatario.

Prima dell’intervento del legislatore, infatti, non era chiara la ragione per cui, all’interno del Codice del consumo, si considerasse la tutela del professionista dal momento che tale Codice riguarda, per definizione, il solo consumatore<sup>22</sup>.

Un’ulteriore novità introdotta in sede di recepimento riguarda l’introduzione dell’aggettivo “scorretta” in sostituzione del termine “sleale” al fine di identificare le pratiche commerciali in esame.

Tale scelta è stata effettuata al fine di evitare sovrapposizioni con la disciplina dettata dal Codice civile, agli articoli 2598 ss., in materia di concorrenza sleale. Tuttavia non stupisce che ancora oggi si utilizzi la locuzione “pratiche commerciali sleali” in luogo del termine “scorrette” dal momento che i due vocaboli vengono talvolta considerati sinonimi.

Come già anticipato, neppure i decreti legislativi di recepimento possono rimanere esenti da critiche.

Tra queste: si citi in esempio che i decreti di recepimento hanno modificato solamente le norme contenute all’interno del Codice del consumo, senza apportare alcuna modifica ai provvedimenti già vigenti e potenzialmente suscettibili di interferire con la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette. La disciplina

---

la pubblicità ingannevole o comparativa siano rivolte al professionista, la disciplina rimane nella sostanza quella precedente, vale a dire quella contenuta nell’articolo 14 della direttiva 2009/25/CE, nonostante il legislatore in fase di recepimento<sup>19</sup> l’abbia resa oggetto di un apposito decreto legge.

<sup>20</sup>P. BARTOLOMUCCI, *L’attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al Codice del consumo*, in *Rassegna di diritto civile*, 2008, cit. p. 267 ss. il quale afferma che la scelta del legislatore di collocare la disciplina in materia di pubblicità ingannevole e comparativa in un separato decreto di recepimento “non è certo la più felice”. Egli, però, precisa che una diversa collocazione avrebbe determinato il “rischio di appiattire la disciplina di recepimento all’interno di quella contrattuale”.

<sup>21</sup>Cfr. G. DE CRISTOFARO, *L’attuazione della direttiva 2005/29/CE nell’ordinamento italiano: profili generali*, in *Pratiche commerciali scorrette e Codice del consumo*, Torino, 2008, cit. p. 75. L’autore ritiene che la scelta del legislatore sia stata influenzata dalla visione “pubblicistica” che caratterizza il legislatore. Egli inoltre definisce la scelta in esame come “errata e fuorviante perché incoerente con i restanti contenuti della Parte II del Codice del consumo”.

<sup>22</sup>Si veda in tal senso C. GRANELLI, *Il codice del consumo a cinque anni dall’entrata in vigore*, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 731, il quale, a differenza di altri esponenti della dottrina, ha ritenuto la scelta del legislatore necessaria per sanare la “frattura” da tempo evidenziata dalla dottrina.

sulla concorrenza sleale contenuta nel Codice civile, ad esempio, non è stata in alcun modo modificata, né sono state inserite nel Codice del consumo disposizioni di coordinamento.

È quindi opportuno interrogarsi su quale debba essere la prassi da seguire, qualora un imprenditore ponga in essere verso un consumatore una pratica commerciale scorretta, tale da rientrare anche nella nozione di atto di concorrenza sleale dettata dall'articolo 2598 cod. civ.

Nel caso di specie, allo stato attuale, l'imprenditore potrebbe essere chiamato a rispondere sia davanti al giudice ordinario oltre che dinnanzi alle Autorità amministrative competenti<sup>23</sup>.

Oppure: l'introduzione del divieto di pratiche commerciali esclusivamente tra professionisti e consumatori, senza considerare le microimprese<sup>24</sup>.

L'equilibrio del sistema binario delineato in fase di recepimento è stato, come prevedibile, intaccato dall'articolo 7 del d.l. 24 gennaio 2012, n.1, convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27.

L'intervento del legislatore del 2012 ha permesso di integrare l'articolo 19 cod. cons. il quale, nel descrivere l'ambito di applicazione del Titolo III, menziona le

---

<sup>23</sup>Nel caso di specie il professionista potrebbe essere citato in giudizio davanti al giudice ordinario per mezzo di un'azione inibitoria promossa da un imprenditore concorrente, da un'associazione di professionisti o da una camera di commercio (art. 2599 e 2601 cod. civ.). Il professionista, inoltre, potrebbe essere convenuto davanti al giudice ordinario con un'azione risarcitoria da parte di un concorrente che ritenga di essere stato danneggiato dalla pratica commerciale scorretta, oltre che dinnanzi all'Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato (art. 27 cod. cons.). Un ulteriore, seppur residuale, strumento di tutela a favore dei consumatori corrisponde poi all'azione inibitoria collettiva promossa dalle associazioni dei consumatori( art. 140-*bis* cod. cons.).

<sup>24</sup> Per microimpresa si intende «un'entità, una società di persone o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica esercitano un'attività economica anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzino un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, dell'Allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003» come disposto dall'art. 18 lett. *d bis*) cod. cons. Si veda sul tema G. DE CRISTOFARO, «Forniture non richieste» e formazione dell'accordo contrattuale nel diritto privato europeo, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, a cura di S. Pagliantini, cit. p. 425. Nell'opera l'autore esclude che “la limitazione dell'ambito di applicazione dell'art. 66-*quinquies*, comma 1, cod. cons. alle sole forniture non richieste eseguite nei confronti di consumatori” costituisca “espressione della consapevole e sicura volontà del legislatore di escludere l'operatività degli speciali rimedi contrattuali ivi previsti nelle ipotesi in cui il destinatario della fornitura non richiesta sia una microimpresa”.

pratiche commerciali tra professionisti e microimprese, oltre che quelle tra professionisti e consumatori<sup>25</sup>.

Rispetto al tema delle microimprese risulta opportuno riflettere circa la categoria di soggetti all'interno della quale collocarle. Riteniamo condivisibile la teoria che estende la tutela del consumatore anche alle microimprese, qualora quest'ultime siano vittime di una pratica commerciale scorretta eseguita da un professionista.

Nulla esclude però che le microimprese siano sanzionate qualora ricorrano ad una pratica commerciale scorretta per promuovere i propri prodotti con altre microimprese, dovendo essere paragonate alla figura del professionista.

Agendo come professionista la microimpresa è sanzionata dalle norme contenute nel d.lgs. 145/2007, e ciò evidenzia come le stesse possano godere di una doppia tutela.

In conclusione la materia rimane di difficile applicazione poiché: *a)* una pratica commerciale, ivi compresa la pubblicità, se coinvolge il consumatore è disciplinata dal Titolo III cod. cons.; *b)* una pratica commerciale diversa dalla pubblicità se coinvolge le microimprese è anch'essa disciplinata dal Titolo III cod. cons.; *c)* una pratica commerciale tra professionisti avente ad oggetto la pubblicità è disciplinata dal d.lgs. 145/2007; *d)* una pratica commerciale che abbia ad oggetto la pubblicità e coinvolge le microimprese è disciplinata dal d.lgs. 145/2007.

Data l'ambiguità del sistema fino ad ora esaminato, il legislatore italiano non ha compiuto il benché minimo sforzo al fine di migliorare, sul piano tecnico e linguistico, la disciplina europea. Non si è infatti considerato che tale disciplina sia destinata ai consumatori, soggetti non necessariamente "informati", e che fosse quindi necessario ridurre al massimo gli equivoci.

---

<sup>25</sup>Si veda sul tema R. DI RAIMO, *La nuova disciplina della pubblicità commerciale*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit., p. 480 ss., il quale evidenzia come la divisione in categorie dei soggetti corrisponda a una mera divisione soggettiva e che non coinvolge il piano dell'interesse protetto. I diversi interessi dei destinatari, vale a dire i consumatori, le microimprese e i professionisti, sono assorbiti dal prevalente interesse che la disciplina intende tutelare: il corretto funzionamento del mercato concorrenziale.

Inoltre, è stata riservata esclusivamente all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato il compito di adottare provvedimenti sanzionatori ed inibitori, senza “prevedere alcun procedimento amministrativo alternativo ed aggiuntivo”, senza comminare alcun tipo di sanzione penale e “soprattutto senza affrontare in modo espresso il fondamentale nodo delle conseguenze privatistiche (sul piano della validità dei contratti e sul piano risarcitorio) della violazione del citato divieto”<sup>26</sup>. Come approfondiremo nel capitolo IV, i rimedi a tutela del consumatore sono quindi ancora ampiamente controversi.

## **1.2. La direttiva 2011/83/UE e il recepimento nell’ordinamento**

A fronte della direttiva 2005/29/CE, il legislatore europeo ha cercato di sovvenire alle problematiche fin ora descritte con l’emanazione della direttiva 2011/83/UE<sup>27</sup>.

Quest’ultima, seppur sostituisca quelle precedenti<sup>28</sup> aventi ad oggetto i contratti a distanza, oltre che quelle sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali<sup>29</sup>, si riferisce anche alle forniture non richieste superando l’approccio di armonizzazione minima in favore di un’armonizzazione completa (*full harmonization*).

---

<sup>26</sup>AA. VV., *Pratiche commerciali scorrette e Codice del consumo*, Torino, 2008, a cura di G. DE CRISTOFARO, cit. p. 1.

<sup>27</sup>Cfr. considerando 60 della direttiva 2011/83/UE.

<sup>28</sup>La direttiva del 25 ottobre 2011/83/UE modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio, la direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio. Essa, inoltre, abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio, oltre che la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

<sup>29</sup>Per queste due tipologie di contratti il legislatore ha previsto particolari forme di tutela in ragione del contesto in cui si perfeziona l’accordo tra le parti. Per contratto a distanza si intende qualsiasi contratto concluso senza la presenza, fisica e simultanea, del professionista e del consumatore. Tali contratti sono stipulati tramite l’ausilio di uno o più mezzi di comunicazione a distanza, quali internet, il telefono o il fax. Non configura come contratto a distanza, invece, il contratto che, seppur perfezionato mediante comunicazione a distanza, sia stato negoziato nei locali del professionista. Ciò che rileva è esclusivamente la modalità con cui è eseguita la negoziazione.

In sede comunitaria era emersa l'esigenza di sostituire le precedenti direttive con una unica, al fine di "semplificare ed aggiornare le norme applicabili, rimuovere le incoerenze e colmare le lacune indesiderate nella normativa"<sup>30</sup>. Quest'esigenza è riscontrabile anche nella Relazione illustrativa del decreto legislativo di recepimento la quale menziona il *legal drafting*, ossia il corretto coordinamento normativo, come strumento necessario per ridurre il contenzioso derivante dall'incerta interpretazione del dato normativo.

Proprio al fine di raggiungere il livello di armonizzazione massima, il legislatore comunitario ha attribuito un carattere d'indisponibilità e d'inderogabilità ai diritti riconosciuti al consumatore, stabilendo che gli Stati membri non possono mantenere o adottare "disposizioni divergenti da quelle interne alla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso"<sup>31</sup>.

Per quanto concerne i contratti a distanza nonché quelli negoziati fuori dai locali commerciali, la direttiva si propone di rimuovere alcune incoerenze, al fine di "promuovere un effettivo mercato interno dei consumatori", agevolando così l'attività transfrontaliera delle imprese. La direttiva inoltre guarda alla fiducia dei consumatori nel caso in cui la vendita riguardi soggetti appartenenti a diversi Stati membri<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup>Cfr. considerando n. 2 della direttiva 2011/83/UE.

<sup>31</sup>Cfr. art. 4 della direttiva 2011/83/UE.

<sup>32</sup>All'interno della direttiva è possibile riscontrare alcune norme che tutelano il consumatore a prescindere dal fatto che il contratto sia stato concluso a distanza o fuori dai locali commerciali. Più precisamente, si tratta di disposizioni sulle regole del passaggio del rischio, sul danneggiamento dei beni in caso di spedizione, sugli obblighi di informazione pre-contrattuali in capo al professionista e ai relativi ai tempi di consegna, oltre che, ovviamente, al divieto di richiedere al consumatore di eseguire una prestazione corrispettiva a seguito della fornitura non richiesta. In realtà, la scelta del legislatore non deve sorprendere poiché la direttiva è frutto di un *iter* legislativo molto travagliato, di cui tali norme rappresentano il retaggio. Si veda sul tema M. P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, 2016, p. 15 ss.; I. RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contratto e impresa Europa*, 2011, p. 754 ss. La proposta presentata nel 2008 dalla Commissione europea, nell'ambito del processo di revisione dell'*acquis* comunitario relativo ai consumatori (Cfr. Libro verde dalla Commissione europea sulla *Revisione dell'acquis relativo ai consumatori*, 8 febbraio 2007, COM(2006) 744 def.), aveva l'obiettivo di creare un testo unico all'interno del quale avrebbero dovuto confluire quattro direttive, vale a dire la direttiva 1993/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti stipulati con il consumatore, la direttiva 1999/44/CE in tema di vendita e di garanzia dei beni di consumo, ed infine le direttive 1985/577/CEE e 1997/7/CE,

Un primo elemento che deriva dall'entrata in vigore della direttiva 2011/83/UE corrisponde all'abrogazione della direttiva 97/7/CE, relativa alla protezione dei consumatori nei contratti a distanza.

La direttiva 2005/29/CE, invece, si era limitata a novellare quella del 97 imponendo agli Stati membri di "dispensare il consumatore da qualsiasi prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta, fermo restando che l'assenza di risposta non costituisce consenso".

Un'ulteriore peculiarità, considerata da alcuni come una novità, si riscontra nell'articolo 27 rubricato "Forniture non richieste".

L'articolo in esame dispone che il consumatore sia esonerato *«dall'obbligo di fornire qualsiasi prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta di beni, acqua, gas, elettricità, teleriscaldamento o contenuto digitale o di prestazione non richiesta di servizi, vietate dall'articolo 5, paragrafo 5, e al punto 29 dell'Allegato I della direttiva 2005/29/CE»* ed inoltre prevede che *«l'assenza di una risposta da parte del consumatore in seguito a tale fornitura non richiesta non costituisce consenso»*.

In realtà, ponendo a confronto l'articolo 27 della direttiva 2011/83/UE con l'ormai abrogato articolo 57 del d.lgs. 206/2005 non si riscontrano particolari differenze, se non nell'elencazione di alcune forme di forniture non richieste.

La *ratio* che ha spinto il legislatore a inserire nella direttiva questa disposizione corrisponde all'esigenza di fare maggiore chiarezza.

La norma esonera il consumatore dall'eseguire prestazioni corrispettive a prescindere dal tipo di fornitura in oggetto.

---

relative rispettivamente ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e alla protezione dei consumatori nei contratti a distanza. L'ambizioso progetto del legislatore europeo era quello di creare uno statuto europeo dei diritti dei consumatori. Il progetto però non fu realizzato anche a causa delle numerose critiche sollevate dagli organi dell'Unione europea, oltre che dalla dottrina. Si veda sul tema Cfr. M. SMITS, *Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights*, in *European Review of Private Law*, 2010, p.5 ss. Nonostante il progetto iniziale non sia stato portato a termine, quella appena descritta è la ragione per cui è possibile individuare disposizioni applicabili non solo ai contratti a distanza bensì a tutti i contratti. Cfr. Art. 5,6,7,8 dir. 2011/83/UE.

Inoltre, è necessario evidenziare come la direttiva sia stata concepita dal legislatore per colmare le lacune derivanti da quelle precedenti, come dimostra il considerando 60 della direttiva stessa.

Quest'ultimo evidenzia come nessun rimedio contrattuale fosse stato previsto dalla precedente direttiva del 2005, nonostante questa disciplinasse diversi aspetti delle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno.

Il legislatore ha, dunque, ritenuto necessario introdurre una disposizione volta ad esonerare il consumatore dall'obbligazione di pagare il prezzo della fornitura non richiesta.

Tuttavia, al di là dell'introduzione di dette modifiche, la direttiva del 2011 lascia di fatto inalterata quella precedente.

Nella direttiva 2011/83/UE, e nel relativo decreto legislativo di recepimento, è quindi possibile riscontrare gli stessi dubbi interpretativi già sorti in dottrina sulle precedenti direttive.

Le ragioni di tali incongruenze sono probabilmente in parte ravvisabili nelle critiche sollevate dalla Commissione giuridica del Parlamento europeo, le quali hanno generato un consistente ridimensionamento del progetto originario<sup>33</sup>.

La Commissione giuridica ritenne che la proposta della direttiva comunitaria fosse estranea al Progetto di riferimento del diritto contrattuale europeo, *Draft Common Frame of References* (DCFR)<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup>Cfr. documento di lavoro del 15 aprile 2009.

<sup>34</sup>Sul progetto di quadro comune di riferimento (DCFR) si veda G. ALPA, *Il quadro comune di riferimento e le nuove prospettive di diritto contrattuale europeo*, in *I Contratti*, n. 3, 2005; M. DE POLI, "Politica del diritto e drafting nell'attuazione delle direttive comunitarie in materia di consumatore", in *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Padova, 2005. Il Comitato giuridico del Parlamento ha affermato che "non si è manifestamente tenuto conto delle soluzioni proposte nel DCFR. Se si considera l'accuratezza del metodo utilizzato per la loro preparazione ed elaborazione, dette soluzioni sarebbero probabilmente più idonee ad essere applicate negli ordinamenti nazionali di diritti civile". Nel successivo Parere della Commissione giuridica del 24 gennaio 2011 sono stati ribaditi i medesimi concetti. La Commissione inoltre sottolineò come "l'armonizzazione completa così come proposta produrrebbe in molti casi effetti paradossali, poiché le disposizioni interamente armonizzate del diritto contrattuale dei consumatori entrerebbero in contrasto con altre disposizioni parzialmente armonizzate e relative alla normativa concernente i contratti *business-to-business* e *business-to-consumer* a livello di Stato membro. Ne consegue che l'obiettivo di creare un "corpus unico di regole" è difficilmente realizzabile, mentre è ovvio prevedere discussioni interminabili in merito alle questioni di definizione".

La direttiva 2011/83/UE è stata recepita nel nostro ordinamento giuridico dal d.lgs. 21 febbraio 2014 n. 21.

In fase di recepimento sono stati sostituiti gli articoli dal 45 al 67 del d.lgs. 206/2005 (cod. cons.).

Le modifiche più rilevanti apportate al Codice riguardano gli obblighi informativi. Ad oggi la disciplina stabilisce che il professionista debba fornire in modo chiaro e comprensibile al consumatore una serie d'informazioni prima della sottoscrizione del contratto<sup>35</sup>.

Particolare attenzione è stata dedicata anche al diritto di recesso per il quale sono previsti termini e condizioni differenti rispetto al passato<sup>36</sup>.

A proposito delle forniture non richieste è stato introdotto l'articolo 66-*quinquies*, che ha abrogato il precedente articolo 57, che rappresenta oggi la norma di riferimento.

Il primo comma ricalca il contenuto del primo comma dell'articolo 27 della direttiva comunitaria, richiamando però gli articoli 20 comma 5 e 26 lett. *f*) del Codice del consumo.

L'esplicito cenno agli articoli menzionati evidenzia il divieto di eseguire una fornitura, qualora un simile contegno rientri nella categoria delle pratiche commerciali scorrette.

Tuttavia, il secondo comma considera l'ipotesi in cui il consumatore esprima il proprio consenso inteso di per sé idoneo a perfezionare il contratto.

L'articolo 66-*quinquies* cod. cons. persegue il duplice fine di tutelare il consumatore da ogni tipo di vincolo derivante dall'invio di merci non richieste e altresì di tutelare i professionisti che eseguano forniture di beni o servizi lecite. Nonostante ciò, si evince che non si siano affatto prodotti i cambiamenti attesi né che siano state colmate le precedenti lacune interpretative.

---

<sup>35</sup>L. DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali*, in *Temi di Diritto Privato* a cura di G. Alpa, Milano 2008; I. RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2011, p. 754 ss.

<sup>36</sup>Art. 52 d.lgs. 206/2005.

Non è stata quindi sfruttata un'importante occasione di cambiamento. Come si vedrà più approfonditamente nel capitolo successivo, ad esempio, il concetto di “assenza di risposta” suscita ancora numerose perplessità tali da indebolire la tutela del consumatore e da rendere difficoltosa l'applicazione della disciplina.

### **1.3. Le forniture non richieste**

Si parla di forniture non richieste ogni qualvolta siano consegnati beni mobili o attivati servizi corrispondenti a prestazioni giuridicamente non dovute eseguite nei confronti di un soggetto che non le abbia né richieste né sollecitate.

Dunque forniture eseguite dal professionista a vantaggio del consumatore al mero scopo di indurre quest'ultimo a concludere un contratto sotto la pressione di tecniche quali coercizione psicologica, minacce o false informazioni.

Come già detto le forniture non richieste sono disciplinate nell'articolo 66-*quinquies* cod. cons. Tale articolo tende a garantire il consumatore stabilendo il divieto per il professionista di ricorrere “ad un comportamento di mercato valutato negativamente dall'ordinamento per la sua aggressività, invasività e potenziale ingannevolezza”<sup>37</sup>.

Per definire la prestazione come non richiesta, è necessario che quest'ultima non sia stata eseguita in risposta ad un'*invitatio ad offerendum*, né in risposta alla proposta contrattuale del consumatore.

Nella realtà il professionista eroga al consumatore forniture non richieste allo scopo di indurre lo stesso a sottoscrivere un contratto. Di fatto il consumatore può reagire rispondendo o meno alle sollecitazioni indotte dalla fornitura non richiesta.

---

<sup>37</sup>G. DE CRISTOFARO, *Le prestazioni non richieste nelle esperienze giuridiche europee : fra contratto, illecito e indebito solutio*, Milano, 2004, cit. pag. 3. L'autore nell'esaminare le norme della disciplina definisce quest'ultima come “dotata di una *ratio* generalpreventiva”, oltre che “certamente insolita e inusuale per il nostro diritto civile, seppur rispondente alle più recenti tendenze evolutive del moderno diritto dei contratti, ed in particolare di quello di derivazione comunitaria”.

Nel caso in cui il consumatore reagisca alla fornitura non richiesta rispondendo e perfezionando il contratto, egli potrà comunque valersi dinnanzi al giudice denunciando il contratto come esistente in forza di vessazione dovuta alla pratica commerciale scorretta.

Qualora invece il consumatore, ricevuta la fornitura, non manifesti alcuna volontà di sottoscrivere un contratto, palese o sott'inteso che sia, è esente da qualsivoglia conseguenza giuridica.

È evidente a questo punto che la fornitura non richiesta sia quella eseguita non in risposta ad una *invitatio ad offerendum*, né in risposta alla proposta contrattuale del consumatore.

La fornitura non richiesta per essere tale deve cogliere “impreparato ed indifeso il soggetto che l’abbia ricevuta”<sup>38</sup> e riguarda la consegna di beni mobili e prestazioni di *facere* suscettibili di essere ricondotte alla nozione di “servizio”<sup>39</sup>.

La corresponsione di denaro e la consegna di beni immobili, invece, restano escluse dal novero delle ipotesi riconducibili alla fornitura non richiesta in ragione della loro natura e del valore loro attribuito.

Come si vedrà nei successivi paragrafi, differenze significative caratterizzeranno le prestazioni non richieste a seconda che abbiano ad oggetto beni oppure servizi.

Quanto alle modalità con le quali dette forniture vengono effettuate, non è necessario che i soggetti siano entrambi fisicamente presenti al momento dell’esecuzione della prestazione non dovuta.

Per quanto concerne i beni, ai fini della qualificazione della fattispecie, è irrilevante che il bene sia stato consegnato “proprio nelle mani del soggetto cui è destinato, e ciò a prescindere dalla circostanza che quest’ultimo sia o meno in grado di conoscere e appurare la natura e le caratteristiche del bene nel momento in cui lo riceve”<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup>G. DE CRISTOFARO, *op. loc. cit.*

<sup>39</sup>G. DE CRISTOFARO, *Le prestazioni non richieste nelle esperienze giuridiche europee: fra contratto, illecito e indebito solutio*, Milano, 2004, p. 9 ss.

<sup>40</sup>G. DE CRISTOFARO, *Le forniture non richieste, in Abuso del diritto e buona fede nel contratto*, a cura di S. Pagliantini, cit. p. 234.

Anche per i servizi, è indifferente che il servizio non richiesto sia stato attivato al cospetto del consumatore, oppure per mezzo di tecniche a distanza, sfruttanti l'ausilio delle tecnologie.

Eclatante è stato il caso, del 2015, che ha visto coinvolte le società TELECOM ITALIA, WIND, VODAFONE e H3G.

In detta circostanza si attivava un servizio, a carico dell'ignaro consumatore, semplicemente a seguito di un *click* su di un *banner* pubblicitario apparentemente avulso da ogni implicazione<sup>41</sup>.

Inoltre può capitare, seppur raramente, che la fornitura integri gli estremi di un'*invitatio ad offerendum*, eseguita al fine di provocare la proposta contrattuale da parte del destinatario.

Dietro alla fornitura non richiesta quindi si cela sempre la proposta contrattuale del professionista che sfrutta la disattenzione e la debolezza del consumatore, da intendere come mancanza d'informazioni, per trarne un beneficio economico.

Sovente poi, accade che il professionista dichiari che qualora il consumatore non manifesti la sua volontà, o non adempia i doveri di custodia o restitutori entro il tempo stabilito, il contratto si considera concluso.

In tal modo, il professionista tende a ingenerare nel consumatore la convinzione che, una volta scaduto il termine per l'assolvimento degli oneri anzidetti, quest'ultimo non possa più rifiutarsi di pagare il professionista<sup>42</sup>.

È pacifico però che la disposizione del professionista sia priva di effetti poiché corrisponde a una mera scelta unilaterale che mira esclusivamente a sfruttare la distrazione o la mancata informazione, del destinatario della fornitura.

Qualora il consumatore non si adegui alle condizioni dettate dal professionista, non incorrerà in alcuna conseguenza giuridica.

Se invece il comportamento del professionista si limitasse alla fornitura di beni o servizi, senza prevedere alcun vincolo per il consumatore, non sarebbe violato il

---

<sup>41</sup>Provvedimenti IP 233, IP 234, IP 235, IP 236, in *Bollettino* n. 37/2015.

<sup>42</sup>F. AZZARRI, *L'attivazione di un servizio oneroso in seguito al mancato rifiuto del consumatore e la disciplina delle forniture non richieste*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, p. 10.

divieto disposto dall'articolo 20 cod. cons.<sup>43</sup> poiché l'invio di campioni o di omaggi è consentito dal legislatore nazionale<sup>44</sup>.

A seguito di una fornitura non richiesta però, il professionista pone spesso in essere condotte aggressive come l'esigenza di «*pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti*»<sup>45</sup>.

Tali comportamenti sono espressamente vietati dall'articolo 26 lett. *f*) cod. cons. e il legislatore esonera il consumatore dal loro adempimento<sup>46</sup>.

In altre evenienze il professionista tenta di eseguire una fornitura non richiesta asserendo, ad esempio, che la spedizione della merce o l'attivazione di un servizio siano stati eseguiti in risposta ad un precedente ordine, in realtà mai effettuato, dal consumatore.

Così facendo il professionista tenta di indurre il consumatore, sorpreso in una situazione di disattenzione o presunta dimenticanza, ad eseguire il pagamento delle somme richieste.

In questi casi, il consumatore è indotto a stipulare il contratto “a causa dell'erroneo convincimento di esservi tenuto per il solo fatto di averli ricevuti o di non averli restituiti o di non aver risposto”<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup>Si veda sul tema L. ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO e C. CASTRONOVO, Milano, 2008, V. III, *passim*.

<sup>44</sup>L'art. 9 dir. 97/7/CE, nel delegare agli Stati membri l'adozione delle misure necessarie al fine di vietare che beni o servizi venissero forniti al consumatore in assenza di una previa ordinazione, identificava come non richieste solamente le forniture dalle quali derivasse una richiesta di pagamento. Ad oggi però, il quadro normativo è mutato grazie dell'ampliamento delle ipotesi idonee ad identificare una fornitura non richiesta come disposto dall'art. 15 della direttiva 2005/29/CE. Al fine di classificare una fornitura non richiesta come tale è irrilevante la presenza o meno dell'elemento dell'onerosità. La scelta del legislatore di introdurre l'art. 15 della direttiva 2005/29/CE è stata dettata dall'esigenza di ampliare la tutela a favore del consumatore. L'articolo in esame è stato poi recepito dal legislatore nazionale per mezzo dell'articolo 66-*quinquies* cod. cons., il quale dispone l'esonero del consumatore dall'eseguire «*qualsiasi prestazione*» imposta dal professionista a seguito di una simile fornitura.

<sup>45</sup>Cfr. art. 26 lett. *f*) cod. cons.

<sup>46</sup>Anche il semplice onere di disdetta previsto nel caso in cui sia attivato un servizio non richiesto a favore del consumatore integra gli estremi di una fornitura non richiesta. Queste pretese presentano in ogni caso un carattere di aggressività in quanto impongono al consumatore, o per lo meno tentano di imporgli, una prestazione di *facere* non riconducibile alla volontà del consumatore stesso.

<sup>47</sup>M. P. PIGNALOSA, *I contratti a distanza e il recesso del consumatore*, Milano, 2016, cit. p. 232 ss.

La sottile linea di confine tra l'assenza di risposta del consumatore e il sorgere delle obbligazioni in capo allo stesso è definita dal pagamento del prezzo o tuttalpiù da una manifestazione di volontà del destinatario della fornitura.

Gli esempi appena menzionati corrispondono solamente ad alcune delle tecniche utilizzate dal professionista.

Più in generale una fornitura non richiesta è considerata tale ogni qualvolta si traduca in un'indebita intrusione nella sfera giuridica di un soggetto, al fine di condizionarne il processo decisionale orientandolo verso scelte consumeristiche che altrimenti non avrebbe effettuato.

Seppure il divieto di ricorrere a tali tecniche per ottenere il consenso del consumatore sia ben noto al professionista, sono ancora molti i casi di applicazione.

D'altronde le sanzioni previste per i professionisti "scorretti" sono oggettivamente tanto blande da giustificare l'utilizzo (Sanzione massima di 5.000.000 euro)<sup>48</sup>.

A seguito di una fornitura non richiesta, infatti, il professionista è sanzionato dalle Autorità competenti e, se è il caso, condannato al pagamento di somme che, per quanto consistenti, non sono equiparabili agli ingenti guadagni ottenuti dall'operazione di fornitura non richiesta.

Per ritenere invece il consumatore obbligato a eseguire la controprestazione vantata dal professionista, è necessario che tra le parti sia stato stipulato un contratto valido e che la manifestazione di volontà del consumatore corrisponda a una scelta volontaria e consapevole.

L'ultimo elemento che caratterizza la fornitura non richiesta riguarda gli effetti della mancata manifestazione di volontà del consumatore.

Tale elemento, più di ogni altro, ha sollevato dubbi e questioni interpretative.

In primo luogo è necessario richiamare l'articolo 66-*quinquies* cod. cons. il quale, intervenendo a tutela del consumatore, dispone che «*l'assenza di risposta non costituisce consenso*».

---

<sup>48</sup> In tema di procedimenti e provvedimenti sanzionatori da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (A.G.C.M.), si veda A. CATRICALÀ e A. LALLI, *L'Antitrust in Italia*, Milano, 2010, p. 37 ss.

Questa norma tutela il consumatore nel caso in cui egli scelga di non manifestare in alcun modo la propria volontà a seguito della ricezione di forniture di beni o servizi, dietro cui si celi la proposta contrattuale del professionista.

In tal caso quest'ultimo non potrà attribuire a tale contegno il valore di consenso<sup>49</sup>.

Il silenzio, quindi, non può considerarsi l'unica manifestazione dell'assenza di risposta sebbene corrisponda ad una mancata dichiarazione.

L'esonero del consumatore dall'eseguire prestazioni corrispettive, pur apparendo penalizzante per il professionista, è stata ritenuta l'unica idonea a tutelare il consumatore<sup>50</sup>.

Il professionista, infatti, non ha alcun diritto di imporre discrezionalmente vincoli al consumatore e neppure di chiedere un eventuale indennizzo né un risarcimento del danno.

Qualora il professionista esegua una fornitura non richiesta, dal momento in cui i beni oggetto della fornitura stessa entrano nella materiale disponibilità del consumatore il professionista perde su di essi ogni diritto.

In simili situazioni non solo il consumatore non ha richiesto preventivamente di ricevere i beni ma egli non ha neppure avuto la possibilità di rifiutarsi di riceverli.

---

<sup>49</sup> In tal senso si veda G. DE CRISTOFARO, *Le prestazioni non richieste nelle esperienze giuridiche europee: fra contratto, illecito e indebito solutio*, p. 15, il quale ritiene assai dubbia la possibilità di attribuire valore di consenso ai contegni commissivi non partecipativi. In particolar modo, egli si domanda "se e a quali condizioni l'accordo possa reputarsi concluso per il fatto che il destinatario fruisce del servizio, utilizza o consuma il bene ricevuto in consegna, lo aliena o concede in godimento a terzi, o ancora lo danneggia intenzionalmente, o se ne disfa buttandolo o abbandonandolo". Negando il valore di consenso a questi comportamenti, egli elenca anche "l'articolata gamma di problemi di soluzione tutt'altro che agevole" che verrebbe a determinarsi qualora si accogliesse la soluzione contraria. Sul tema dei contegni commissivi partecipativi e non, si veda F. ADDIS, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999, p. 255 ss.; A. VENTURELLI, *Mero invio di merce non ordinate in Obbl. e Contr.*, 2009, *passim*; R.ROLLI, *Antiche e nuove questioni sul silenzio come tacita manifestazione di volontà*, in *Contr. Impr.*, 2000, p. 206 ss.

<sup>50</sup>G. DE CRISTOFARO, *op cit.*, p.7, il quale, nell'analizzare approfonditamente le conseguenze di una fornitura non richiesta sul consumatore, sofferma l'attenzione sulla tutela prevista dal legislatore, evidenziando come esso si basi su di una *ratio* "generalpreventiva". Egli, invero, afferma che le scelte compiute dal legislatore, consistenti nell'attribuire ai destinatari "vantaggio sproporzionati ed eccessivi, e imponendo agli imprenditori sacrifici di entità non giustificata", siano dettate dalla necessità di disincentivare i ricorso a questo tipo di forniture, rendendole preventivamente onerose e sconvenienti.

La norma ricollega al caso in esame conseguenze prettamente diverse da quelle che si verificherebbero qualora trovassero applicazione i principi del diritto civile. La *ratio* di tale scelta corrisponde alla necessità di dissuadere il professionista dall'utilizzare lo strumento delle pratiche commerciali scorrette.

Qualora il consumatore non manifesti in alcun modo il proprio consenso, essendo esonerato dal dovere di eseguire qualsiasi prestazione corrispettiva, non solo non avrà il dovere di rispondere alla proposta contrattuale ma non dovrà neppure restituire al professionista i beni oggetto della fornitura ove decida di non stipulare il contratto.

Allorché non sussistesse il divieto in capo al professionista sarebbero numerosi i problemi applicativi che verrebbero a porsi.

Come si vedrà più approfonditamente, tra essi si collocherebbe anche quello relativo all'individuazione del momento perfezionativo del contratto. Non sarebbe chiaro se l'accordo tra le parti vada considerato formato al momento stesso in cui il consumatore agisca sui beni con contegni commissivi non partecipativi, oppure se si perfezioni nel momento in cui il professionista ne riceva notizia.

Ulteriori problemi deriverebbero dalla complessa questione dell'incidenza degli errori come ad esempio accadrebbe nell'ipotesi in cui il professionista invii beni ad un soggetto diverso da quello a cui intendeva inviarli<sup>51</sup>.

A differenza di quanto accade in altre ipotesi disciplinate dal Codice civile, quali la vendita a prova o la vendita con riserva di gradimento, nel caso di specie non è stato raggiunto nessun accordo tale da giustificare le pretese del professionista.

Egli, scegliendo liberamente di inviare la merce al consumatore, deve assumersi il rischio della mancata accettazione e dell'eventuale perdita patrimoniale.

A conferma di ciò, è possibile richiamare le parole di Vivante il quale, agli inizi del secolo scorso, dichiarò che “chi, facendo ricorso a una fornitura non richiesta, cagiona un danno altrui e un danno alla propria sfera giuridica, deve imputare il danno che ne risente alla sua indiscrezione”.

---

<sup>51</sup>Si veda sul tema G. DE CRISTOFARO, *op.cit.*, p. 17 ss.

Il professionista, prima ancora di eseguire la fornitura dei beni o dei servizi, è a conoscenza del fatto che la norma tuteli il consumatore riconoscendogli l'esonero «dall'obbligo di fornire qualsiasi prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta».

L'esonero riconosciuto a favore al consumatore è totale dal momento che ha ad oggetto, non soltanto il pagamento del corrispettivo bensì qualsiasi richiesta quale il dovere di custodia o la restituzione.

Nello specificare che l'assenza di risposta non costituisce consenso, il legislatore non esclude comunque che il consumatore possa esprimersi manifestando il proprio consenso vincolandosi così nel rapporto contrattuale con il professionista. In tal caso il contratto si perfeziona nel rispetto dell'articolo 1326 cod. civ. e il consumatore, oltre a dover eseguire la controprestazione, non potrà più rivendicare la propria tutela.

Il contratto tra le parti, però, si perfeziona solo qualora il consumatore manifesti il proprio consenso attraverso una dichiarazione espressa oppure mediante un comportamento concludente quale il pagamento del prezzo<sup>52</sup>.

Una delle questioni maggiormente dibattute riguarda proprio la manifestazione del consenso da parte del consumatore.

Nella maggior parte dei casi il destinatario della fornitura non manifesta il proprio consenso in quanto convinto e consapevole della scelta ma piuttosto vi è indotto dal professionista a netto di minacce o false informazioni.

Proprio per tale ragione al consumatore è riconosciuto, oltre allo strumento di natura amministrativa che sanziona la condotta del professionista, un rimedio civilistico attraverso il quale egli può ottenere dal giudice una sentenza che annulli o, nei casi più estremi, renda nullo il contratto.

---

<sup>52</sup>Si veda F. PIRAINO, *La prassi contra legem e la conclusione del contratto: «Le prestazioni non richieste»*, in *Eur. e dir. priv.* 2016, p. 86 ss. Circa la possibilità riconosciuta al consumatore di concludere il contratto a seguito di una fornitura non richiesta, l'autore sostiene che "all'inidoneità della mancata risposta ad esprimere un assenso" si affianchi comunque la possibilità di manifestare il proprio consenso nel rispetto dello *ius poenitendi*.

Nel disciplinare le forniture non richieste, il legislatore ha incluso anche l'ipotesi in cui il professionista esegua una prestazione differente da quella pattuita con il consumatore.

Il comma 2 dell'articolo 66-*quinquies* cod. cons. prescrive che «*Salvo consenso del consumatore, da esprimere prima o al momento della conclusione del contratto, il professionista non può adempiere eseguendo una fornitura diversa da quella pattuita, anche se di valore e qualità equivalenti o superiori*».

Tale comma caratterizza il Codice del consumo e lo differenzia dal Codice civile. Il comma 2 riduce notevolmente i margini della *datio in solutum* e degli eventuali accordi di revisione previsti invece dal legislatore qualora il contratto non venga stipulato tra un professionista e un consumatore<sup>53</sup>.

Relativamente alla fase in cui il consumatore possa esprimere il proprio consenso a ricevere una prestazione differente da quella pattuita, nonostante la norma taccia sulla possibilità di esprimere il proprio consenso nella fase successiva alla stipulazione del contratto, è opportuno sottolineare come, seppur appaia una soluzione alquanto dubbia, alcuni esponenti della dottrina la ritengano possibile<sup>54</sup>. Al professionista di contro è negata la possibilità di discostarsi dagli accordi presi con il consumatore circa le qualità della merce se non qualora il consumatore stesso abbia manifestato il proprio consenso.

La volontà del destinatario non può essere disattesa neppure nell'ipotesi in cui la fornitura abbia potenzialmente un valore superiore a quello atteso dal consumatore.

Questo caso, inoltre, corrisponde a un ipotesi particolare dal momento che si tratta comunque di una fornitura non richiesta seppure essa sia stata preceduta dalla richiesta del consumatore.

---

<sup>53</sup>Si veda sul tema F. PIRAINO, *op. cit.*, cit. p. 93 il quale afferma che “la previsione mira ad escludere che tre le procedure di conclusione della *datio in solutum* o degli accordi modificativi dell'oggetto del contratto possano annoverarsi la consegna di un bene diverso da quello pattuito” o lo svolgimento di un servizio differente da quello preventivamente concordato tra le parti seppur “in assenza di un previo accordo in tal senso tra consumatore e professionista”.

<sup>54</sup>G. DE MARZO, *I contratti a distanza*, Milano, 1999, p. 37 ss.

Al fine di escludere che si tratti di una fornitura non richiesta è quindi necessario che sia rispettata la volontà del consumatore. Il contenuto della prestazione fornita deve quindi coincidere con la richiesta del consumatore, salvo consenso dello stesso<sup>55</sup>.

Infine, per tutte le ragioni fin ora esposte, e in particolar modo per l'aggressività e per l'invasività caratterizzanti le prestazioni non richieste, tali forniture corrispondono ad una prassi commerciale pregiudizievole, non soltanto per il consumatore che ne sia destinatario, ma anche per i professionisti "concorrenti degli imprenditori che se ne avvalgono, ed in generale per il corretto funzionamento del mercato"<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup>Si veda in tal senso G. DE CRISTOFARO, *op.cit.*, p. 13, il quale sottolinea come debba trattarsi di "prestazione non richiesta" anche nel caso in cui un soggetto riceva, da colui al quale aveva rivolto una *invitatio ad offerendum*, una proposta contrattuale "allegata ad un bene o ad un servizio diverso da quello al quale si era dimostrato interessato".

<sup>56</sup>G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, cit. p. 22.

## CAPITOLO II

### LA MANCATA RISPOSTA DEL CONSUMATORE E IL CONTRATTO

SOMMARIO: 2.1. Il significato di «assenza di una risposta». - 2.2 L'«assenza di una risposta» del consumatore «non costituisce consenso». - 2.3. L'esonero del consumatore da «qualsiasi prestazione corrispettiva» imposta dal professionista. - 2.4. Il contratto stipulato a seguito di fornitura non richiesta. - 2.5. *Segue*: La tutela del consumatore.

#### 2.1. Il significato di «assenza di una risposta»

Riteniamo ora necessario soffermare l'attenzione sull'aspetto maggiormente problematico della disciplina sulle forniture non richieste. Tenteremo a tal proposito di comprendere se, ed entro quali limiti, il professionista che fornisca al consumatore beni o servizi non richiesti sia tutelato, ad esempio, ottenendo la restituzione della merce oppure un mero indennizzo.

Nel tentativo di trovare soluzioni a tali problematiche, forniremo la nostra interpretazione del dato normativo, analizzando gli elementi menzionati dalla norma di riferimento, il già citato articolo 66-*quinquies* del d.lgs. 206/2005.

Tale articolo dispone che, a seguito di una fornitura non richiesta, «*l'assenza di una risposta*» da parte del consumatore «*non costituisce consenso*».

La locuzione in esame risulta alquanto dubbia e lacunosa ed ha, infatti, suscitato numerosi dubbi interpretativi riguardanti non solo il significato da attribuire all'espressione «*assenza di risposta*» ma anche alla conseguente disciplina a tutela del consumatore.

Per comprendere esattamente il significato di «*assenza di risposta*», e individuare i comportamenti riconducibili a essa, è opportuno chiarire e analizzare le differenti soluzioni interpretative prospettate in dottrina.

Svolgeremo la nostra analisi nel tentativo di rispondere all'interrogativo relativo alla possibilità di considerare l'assenza di risposta una mera manifestazione del

silenzio, come sostenuto in passato, oppure se l'espressione possa assumere ulteriori significati.

Ad oggi la dottrina maggioritaria fonda la propria teoria su una distinzione di base ritenendo che il silenzio, inteso come inattività o inazione, corrisponda solo ad uno dei possibili comportamenti di fronte ai quali si può trattare di assenza di risposta<sup>57</sup>.

Rilevante, *ex* articolo 66-*quinquies* cod. cons., la scelta del legislatore di non utilizzare il termine «*silenzio*» bensì un'espressione più ampia come «*assenza di risposta*».

Il significato di quest'ultima locuzione, infatti, differisce da quello attribuito al termine silenzio poiché questo designa l'assenza di «*qualsivoglia condotta*» suscettibile di essere interpretata come una manifestazione di volontà.

La nozione di risposta, invece, comprende solamente i comportamenti eseguiti allo scopo di comunicare la propria volontà al soggetto che abbia formulato la proposta contrattuale.

In contrasto con la nostra soluzione interpretativa, parte della dottrina aveva in precedenza sostenuto che l'assenza di risposta del consumatore dovesse ricondursi esclusivamente al concetto di silenzio.

L'interpretazione del termine silenzio è spesso travisata e suscita numerosi problemi interpretativi. In particolar modo qualora il silenzio si manifesti a seguito di una proposta contrattuale<sup>58</sup>.

Il silenzio, di per sé, equivale a un'assenza di dichiarazione ed è da intendere come un fatto equivoco e privo di ogni valore giuridico<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup>Si veda F. ADDIS, *op.cit.*, p. 257, il quale analizza approfonditamente il “problema giuridico” del silenzio evidenziando come spesso questa problematica venga “scambiata, identificata con quella del contegno commissivo non dichiarativo”.

<sup>58</sup>In tal senso si veda F. ADDIS, *op. cit.*, p. 254, il quale sostiene che “in modo del tutto analogo a quanto era stato notato già sul finire del secolo scorso relativamente al concetto di dichiarazione tacita, può realisticamente affermarsi che il «*il silenzio*» nel diritto civile non ha rappresentato un problema unitario ma un «*conglomerato di problemi*». Egli, inoltre, sofferma l'attenzione sui numerosi problemi interpretativi derivanti dal silenzio affermando che “il rischio maggiore per gli interpreti è sempre stato quello di non riuscire a determinare con sufficiente precisione l'ambito della vicenda nella quale in concreto un certo contegno omissivo acquista rilievo per il diritto, ovvero ricondurre, ciò che è ancora più grave, a criteri di soluzione unitari questioni affatto diverse”.

In generale, esso corrisponde a una mancata risposta alla proposta contrattuale del professionista e attiene esclusivamente all'eventuale dichiarazione, scritta o verbale, che il professionista si attende di ricevere dal consumatore.

Il silenzio non è una manifestazione di volontà e da esso riteniamo non possa essere ricavata l'intenzione negoziale del soggetto interessato, se non qualora sussistano particolari circostanze, quando cioè sia previsto dal legislatore oppure quando risulti da un accordo tra le parti.

È quindi evidente che il silenzio non sia l'unica possibile forma di assenza di risposta.

Riteniamo, infatti, che i comportamenti realmente eseguiti dal consumatore sui beni o i servizi oggetto della fornitura non richiesta vadano anch'essi annoverati tra i casi di assenza di risposta.

Il concetto di silenzio, però, non prendendo in considerazione gli atti che il consumatore esegue sui beni oggetto della fornitura una volta ricevuti, fornisce una soluzione interpretativa incompleta.

Fin dalla seconda metà del Novecento alcuni illustri autori considerarono la formula "assenza risposta = silenzio" fortemente restrittiva sottolineando che il termine silenzio non fosse esaustivo<sup>60</sup>.

Esso contempla, infatti, esclusivamente il tacere e non gli ulteriori comportamenti che il consumatore potrebbe eseguire sui beni oggetto della fornitura<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup>Il principio per il quale il silenzio non equivale a una forma di accettazione è ribadito anche nella Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 sulla vendita internazionale dei beni mobili. L'articolo 18, comma 1, dispone infatti che «*il silenzio e l'inerzia, di per sé, non equivalgono ad accettazione*». In tal senso si veda S. PATTI, *Silenzio, inerzia e comportamento concludente nella convenzione di Vienna*, in *Riv. Dir. comm.*, 1991, V. I, p. 135 ss; M. P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, 2016, p. 239 ss.

<sup>60</sup>Cfr. E. FERRERO, «*Dichiarazione espressa*», «*dichiarazione tacita*» e *autonomia privata*, p. 161 il quale precisa come "non a caso quando si è avvertita, in maniera più o meno dichiarata, un esigenza di rigore terminologico si è precisato di doversi parlare di «*silenzio delle parole e dei fatti*» ossia di «*silence and inaction*».

<sup>61</sup>Si veda in questo senso anche: F. ADDIS, *op.cit.*, p. 257, il quale sottolinea come spesso "la problematica del silenzio venga scambiata, identificata con quella del contegno commissivo non dichiarativo" accettando anch'esso, in modo implicito, la distinzione tra il silenzio e i comportamenti commissivi non partecipativi sostenuta ancora oggi dalla dottrina maggioritaria; R. SACCO, *La conclusione dell'accordo: consenso, silenzio e dichiarazione tacita*, in *Trattato di dir. civ.*, Torino, 2004, *passim*.

Ritenendo quindi corretta la soluzione prospettata dalla dottrina maggioritaria, osserviamo che sia negata la possibilità di ravvisare “gli estremi di una manifestazione di volontà di concludere il contratto” al semplice comportamento passivo e inerme del consumatore, come nell’ipotesi in cui “il destinatario si limiti a riporre la merce ricevuta in qualche punto della propria abitazione in attesa che il fornitore venga a ritirarla”<sup>62</sup>.

Per quanto l’espressione «*assenza di risposta*» risulti maggiormente favorevole per il consumatore, in essa si ravvisa tuttavia il carattere dell’ambiguità.

A fronte dell’espressione «*assenza di risposta*», infatti, seppure sia chiaro come in una fornitura non richiesta “sia sempre insita (e talora anche esplicitata) una «domanda» rivolta al destinatario che potremmo così sintetizzare: accetti di acquistare il servizio che ti ho fornito/iniziato a fornire e conseguentemente di obbligarti a pagare il prezzo?”<sup>63</sup> ci chiediamo cosa accada qualora il consumatore agisca sui beni ricevuti.

Per rispondere a tale quesito e comprendere così il significato da attribuire all’espressione «*assenza di risposta*», è necessario porre l’attenzione su di una distinzione fondamentale vale a dire quella tra i *conegni commissivi non partecipativi* e gli opposti *conegni commissivi partecipativi*.

Secondo la teoria sostenuta dalla dottrina maggioritaria, infatti, la parte che riceve i beni può agire su di essi attraverso una serie di azioni che si distingue tra comportamenti commissivi partecipativi e non<sup>64</sup>.

Il concetto di mancata risposta era già stato esaminato a livello comunitario dalle precedenti direttive<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup>Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Le forniture non richieste*, in AA. VV., *Abuso del diritto e buona fede nel contratto*, Torino, 2010, p. 251.

<sup>63</sup>G. DE CRISTOFARO, *op.cit.*, p. 429.

<sup>64</sup>G. DE CRISTOFARO, *op.cit.*, p. 250.

<sup>65</sup>Si veda l’art.9, comma 2, della direttiva 97/7/CE. Tale articolo prescrive che il consumatore è esonerato «*da qualsiasi prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta*» e che «*la mancata risposta non significa consenso*».

Risulta, dunque, impensabile ritenere che a livello comunitario si fosse scelto semplicemente di ribadire un concetto già affermato, il mero silenzio, senza attribuire ad esso un significato differente e più specifico.

I comportamenti commissivi non partecipativi si distinguono da quelli partecipativi poiché non sono rivolti al professionista.

Nello specifico, si tratta di conegni che si realizzano quando il bene venga gettato, utilizzato, venduto o anche semplicemente distrutto.

In detti casi i comportamenti del consumatore, pur avendo a oggetto i beni forniti dal professionista senza una preventiva richiesta, non riguardano il professionista stesso. Gli effetti giuridici derivanti da tali conegni, infatti, si producono a prescindere dal coinvolgimento della sfera giuridica del professionista<sup>66</sup>.

Il silenzio corrisponde alla mancata dichiarazione e si determina qualora la parte taccia, non presupponendo quindi un'azione.

I comportamenti commissivi non partecipativi producono lo stesso effetto del silenzio.

In entrambi i casi, infatti, si ha assenza di risposta proprio perché da esse non deriva alcuna manifestazione di volontà del consumatore ai fini del perfezionamento del contratto<sup>67</sup>.

In caso di fornitura non richiesta il professionista che non riceva dal consumatore alcuna dichiarazione o che venga a conoscenza del fatto che il consumatore abbia agito direttamente sui beni alienandoli, gettandoli o utilizzandoli, non può

---

<sup>66</sup>In tal senso, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.* p. 252, il quale afferma come la mancata risposta si abbia non soltanto quando il consumatore “si astenga dal porre in essere qualsivoglia comportamento potenzialmente idoneo ad assumere una rilevanza giuridica (quando cioè serbi «un silenzio» in senso proprio)” ma anche “in tutti quei casi in cui il consumatore tenga comportamenti non suscettibili di essere considerati «risposte» alla «domanda» che il professionista gli rivolte fornendogli beni o servizi non richiesti, casi che ricorrono quando il consumatore si limiti ad eliminare, abbandonare o distruggere la cosa ricevuta, ad utilizzarla consumandola, o ancora a farne l'oggetto di atti di alienazione o concessione in godimento a terzi”.

<sup>67</sup>In questo senso G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 428, il quale sottolinea come il legislatore abbia inteso “escludere che possano assumere significato e valore di accettazione non soltanto le condotte meramente passive o comunque “neutre” eventualmente tenute dal consumatore ma anche atti di utilizzazione, appropriazione e/o di disposizione della prestazione che, pur non sostanziandosi in dichiarazioni espresse o tacite indirizzate al proponente, a rigore sarebbero idonei a determinare il perfezionamento per fatti concludenti dell'accordo contrattuale”.

attribuire a tali comportamenti alcun valore giuridico. Egli non può quindi considerare il consumatore obbligato a eseguire la controprestazione.

Nel caso in cui tale interpretazione non si applicasse ai comportamenti commissivi emergerebbero numerosi problemi interpretativi e applicativi tra cui, ad esempio, quello di individuare il momento perfezionativo del contratto<sup>68</sup>.

Risulterebbe infatti complesso determinare se il contratto sia da intendere perfezionato nel momento stesso in cui il consumatore agisca sui beni oppure nel momento in cui il professionista ne riceva la notizia.

Il destinatario della fornitura, inoltre, vedrebbe violata la propria libertà in quanto egli si ritroverebbe parte di un rapporto contrattuale senza averne manifestato la volontà. Tale rapporto deriverebbe dalla mera scelta unilaterale del professionista. Le norme vigenti adottano pertanto un approccio differente poiché tutelano il consumatore.

Ritentiamo quindi che il diritto di utilizzare i beni oggetto di fornitura non richiesta sia intrinseco all'esonero disposto per il consumatore di «*eseguire qualsiasi prestazione corrispettiva*»<sup>69</sup>.

Passando ai comportamenti commissivi partecipativi questi, a differenza dei precedenti, coinvolgono necessariamente il professionista e sono idonei a essere valutati come manifestazione di volontà.

Il valore assunto da tali comportamenti potrà essere quello di consenso, qualora ad esempio il consumatore paghi il prezzo o accetti in modo espresso la proposta del professionista, oppure di dissenso qualora il consumatore scelga di restituire i beni forniti e non preventivamente richiesti.

Dunque, si ha *mancata risposta* del consumatore ogni qualvolta egli si astenga dal porre in essere condotte potenzialmente idonee ad “assumere rilevanza giuridica (quando cioè serbi un «silenzio» in senso proprio)”, oltre che tutte le volte in cui

---

<sup>68</sup>Cfr. paragrafo 2.2.

<sup>69</sup>Articolo 66-*quinquies*, ultimo comma, d.lgs. 206/2005.

esegua comportamenti non suscettibili di essere considerati come risposte alla proposta contrattuale insista nella fornitura non richiesta<sup>70</sup>.

Viceversa, riteniamo che il consumatore cui sia stato fornito un bene o un servizio non richiesto fornisca una *risposta* al professionista qualora manifesti la propria volontà, di accettare l'offerta contrattuale, per mezzo di una dichiarazione espressa indirizzata al proponente oppure con un comportamento commissivo partecipativo, quale il pagamento del prezzo<sup>71</sup>.

## **2.2. L'«assenza di una risposta» del consumatore «non costituisce consenso»**

Chiarito il significato di «*assenza di risposta*», risulta opportuno soffermare l'attenzione sulle conseguenze che il legislatore attribuisce ad essa con riferimento al fatto che «*non costituisce consenso*».

Come noto, lo scopo che il professionista si prefigge eseguendo una fornitura non richiesta, è quello di stipulare il contratto con il consumatore al fine di ottenere una controprestazione con relativo beneficio economico.

Qualora il consumatore non manifesti il proprio consenso, il professionista potrebbe tentare di ottenerlo tramite false informazioni, per ingenerare nel consumatore il convincimento di essere tenuto ad eseguire la controprestazione

---

<sup>70</sup>G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 363. Si veda a tal proposito anche l'articolo 26, lett. f), cod. cons. il quale menziona tre condotte del professionista ascrivibili alle pratiche commerciali scorrette, e rispetto alla quali il consumatore è esonerato, quelle consistenti «*nel esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto*».

<sup>71</sup> Si veda in tal senso G. DE CRISTOFARO, *op. loc. cit.*, il quale, nel descrivere le ipotesi in presenza delle quali possa parlarsi di «*assenza di risposta*», affianca alla classica ipotesi di manifestazione di volontà, positiva o negativa che sia, quella in cui il consumatore esegua «un comportamento (non dichiarativo in senso stretto) appositamente tenuto *nei suoi confronti* allo scopo precipuo di rendergli noto in modo chiaro ed inequivoco di essere (o non essere) intenzionato a tenere per sé (acquistandola a titolo oneroso) la prestazione ricevuta (quale ed es. potrebbe essere il versamento della somma di denaro richiesta come corrispettivo, oppure la spedizione della merce consegnata).

oppure per mezzo dell'attribuzione discrezionale del valore di consenso all'assenza di risposta<sup>72</sup>.

Tali ipotesi, tuttavia, trovano un limite normativo nell'articolo 66-*quinquies* cod. cons. il quale dispone che «*l'assenza di una risposta da parte del consumatore in seguito a tale fornitura non costituisce consenso*», limitando così le possibili pretese del professionista.

Come già visto, l'assenza di risposta si realizza sia quando il consumatore non esprima alcuna dichiarazione, scegliendo così di tacere e optando per il silenzio, sia quando egli esegua comportamenti commissivi non partecipativi.

In entrambi i casi l'assenza di risposta non comporta alcuna conseguenza sul consumatore.

Il silenzio, così come i contegni commissivi non partecipativi, equivale ad «*assenza di risposta*» alla quale non può essere attribuito il valore di consenso e a seguito della quale nessun contratto si può perfezionare.

Riteniamo dunque escluso che sia i comportamenti commissivi non partecipativi sia il silenzio, a seguito di una fornitura non richiesta, possano assumere il valore di accettazione della proposta contrattuale<sup>73</sup>.

E ciò a prescindere dal fatto che il silenzio stesso in ambito civile possa assumere valore di consenso risultando idoneo a perfezionare l'accordo tra le parti.

Nel nostro ordinamento giuridico infatti, il silenzio assume valore di consenso in presenza di determinate circostanze tali da definirlo *silenzio circostanziato*<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup>La questione relativa al valore di consenso attribuito unilateralmente ha origini remote. Già sul finire del 1800 la dottrina aveva individuato tali comportamenti. Si veda sul tema F. C. SAVIGNY, *op.cit.*, il quale affermò che “se un altro mi propone un contratto e dichiara che egli considererà il mio silenzio come assenso, ciò tuttavia non mi obbliga imperocché costui non ha alcun diritto di costringermi, non volendo, a dare un risposta negativa”. Tale affermazione risulta ancora oggi attuale qualora si verifichi a seguito di una fornitura non richiesta e viene ad oggi disciplinata dal legislatore attraverso una tutela a favore del consumatore.

<sup>73</sup>Tali comportamenti si concretizzano negli atti di utilizzazione e di appropriazione che, pur non corrispondendo a una vera e propria manifestazione di volontà, vengono ritenuti negli ordinamenti europei idonei a perfezionare il contratto e corrispondono a quelli che la dottrina germanica definisce come «*Gebrauchs*».

<sup>74</sup>Si veda F. ADDIS, *op. cit.*, p. 265 ss., il quale ritiene che le circostanze che attribuiscono valore giuridico al silenzio corrispondano alle *regolae iuris* idonee a far sorgere l'obbligo di rispondere. Egli afferma infatti che “(..) se la *regola iuris* manca, se il silenzio è per definizione inespressivo, non si può fare a meno di ricorrere a qualche elemento di fatto, al quale affidarsi per poter

La Corte di Cassazione, inoltre, ha evidenziato come il silenzio assuma tale portata “ove si accompagni a circostanze e situazioni, oggettive o soggettive, che implicino, secondo il comune agire, un dovere di parlare, specie quando il silenzio stesso venga serbato a fronte di una dichiarazione di altri, comportante, per chi tace, un obbligo”<sup>75</sup>.

Già nel 1983 la Corte di Cassazione si era pronunciata sul punto affermando che “il silenzio, in sé e per sé, non costituisce mai manifestazione negoziale, potendo acquistare tale significato soltanto in relazione alle circostanze in cui viene osservato” e precisando che “nel qual caso si verte in tema di comportamento tacito concludente o manifestazione negoziale tacita”<sup>76</sup>.

Tuttavia, è opportuno evidenziare come non sia possibile stipulare a priori un preciso elenco delle circostanze idonee ad attribuire al silenzio un valore giuridico, poiché esse stesse vanno necessariamente rapportate alle singole situazioni per poter essere considerate rilevanti<sup>77</sup>.

Per silenzio circostanziato intendiamo, quindi, quello cui venga attribuito un valore giuridico e che rappresenti un’eccezione alla classica interpretazione del silenzio.

Maggiore chiarezza è stata fatta tramite successivi interventi dei giudici di legittimità.

Ad oggi può parlarsi di silenzio circostanziato solo nel caso in cui questo sia tale da “determinare il perfezionamento di un rapporto contrattuale”.

---

affermare che un dato contegno omissivo non equivale ad accettazione. Questo elemento di fatto viene allora chiamato «circostanza» perché sta intorno al silenzio, colorandolo del proprio significato, sicché ciò che è in astratto è concepito come ambiguo, in concreto acquista sufficiente chiarezza”. Per ulteriori approfondimenti sul tema del *silenzio circostanziato* si veda, L. CAMPAGNA, *I «negozi di attuazione» e la manifestazione di intento negoziale*, Milano, 1958, *passim*.

<sup>75</sup>Cfr. Cass. 30 ottobre 1981, n. 5743, in *Mass. Giur. It.*, 1981. Sul punto si veda anche C. M. BIANCA, *Il contratto in Diritto Civile*, V. III, Milano, 2012, p. 211, il quale afferma che il silenzio valga come dichiarazione quando “instaurato un certo rapporto tra le parti, il comune modo di agire o la buona fede impongono alla parte l’onere o il dovere di parlare”.

<sup>76</sup>Cass., 9 aprile 1983, n. 3957.

<sup>77</sup>Si veda F.ADDIS, *op. cit.* p. 264, il quale individua cinque elementi dai quali egli ritiene possano scaturire circostanze rilevanti per “qualificare positivamente un contegno meramente omissivo”. Gli elementi analizzati dall’autore sono: a) la legge; b) l’accordo tra le parti; c) gli usi normativi; d) gli usi o le relazioni consolidate; e) la sussistenza di un dovere di pronunciarsi.

A seguito di una fornitura non richiesta, tuttavia il professionista non può attribuire al silenzio del consumatore lo stesso valore che il legislatore permette di attribuire al silenzio circostanziato, proprio perché non sussistono le circostanze necessarie quali i preventivi accordi tra le parti, le disposizioni del legislatore oppure i semplici usi.

Numerose difficoltà interpretative scaturirebbero, infatti, se all'espressione «*assenza di risposta*» si attribuisse il valore di consenso che il legislatore riconosce a fronte invece del silenzio circostanziato.

Il primo problema riguarderebbe il momento in cui il contratto possa dirsi perfezionato.

Qualora il consumatore optasse per un contegno commissivo non partecipativo, scegliendo così di riporre il bene in casa propria, di utilizzarlo oppure di concederlo in godimento a terzi, non si comprenderebbe se il perfezionamento sia avvenuto nel momento in cui il consumatore abbia agito direttamente sui beni, oppure quando il professionista sia venuto a conoscenza della notizia o sia stato nelle condizioni di venirne a conoscenza.

È opportuno altresì evidenziare che bisognerebbe effettuare una distinzione all'interno dei comportamenti commissivi non partecipativi.

In particolare tra quelli idonei a integrare il consenso, come nel caso della disposizione, del godimento o del danneggiamento e quelli corrispondenti al dissenso quali lo smarrimento, il deterioramento o il perimento.

In questi ultimi casi sarebbe impossibile per il professionista ottenere la restituzione mentre qualora i beni fossero stati danneggiati il professionista dovrebbe chiedere un risarcimento.

Dette ipotesi, oltre ad apparire alquanto improbabili, contrastano con l'attuale disciplina sulle forniture non richieste disposta dall'articolo 66-*quinquies* cod. cons. il quale, come abbiamo visto, dispone che «*il consumatore è esonerato dall'obbligo di eseguire qualsiasi prestazione corrispettiva*».

Tale disposizione fu inserita nel Codice al fine di evitare che il professionista vantasse pretese ingiustificate verso il consumatore.

Un ulteriore problema interpretativo che si manifesterebbe qualora si accettasse di attribuire all'assenza di risposta il valore di consenso, si rileverebbe nell'eventuale revoca dell'accettazione da parte del consumatore.

Non si comprende, infatti, come quest'ultimo potrebbe ripristinare la situazione esistente prima della ricezione del bene, eventualmente utilizzato o alienato<sup>78</sup>. Altrettanto impossibile sarebbe calcolare le modalità di revoca del contratto poiché tale atto è di fatto inesistente.

Tutto ciò, inoltre, contrasterebbe con la libertà contrattuale.

Il consumatore, parte debole per definizione, sarebbe vincolato a eseguire una prestazione corrispettiva a seguito della scelta unilaterale del professionista, senza aver espresso in alcun modo la propria volontà.

Il consumatore si ritroverebbe a dover far fronte a una pretesa del professionista nonché subire un danno patrimoniale, senza che ciò sia giustificato da alcun accordo tra le parti.

Qualunque fornitura non richiesta è vietata in quanto il destinatario sarebbe oberato da oneri o doveri, mentre è lecito l'invio di merce da parte del professionista scevro da alcun obbligo per il ricevente, come nel caso di consegna di campioni omaggio.

L'assenza di risposta del consumatore e il mancato perfezionamento del contratto, però, come si vedrà, non esonerano il professionista dal dover subire le eventuali conseguenti sanzioni.

Il rischio del professionista, infatti, deriva dall'aver inviato beni o servizi non richiesti a seguito di quali siano stati imposti doveri al consumatore, a prescindere

---

<sup>78</sup>In tal senso di veda G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 16 il quale evidenzia come occorra “chiarire se a quali condizioni, nonostante l'avvenuto compimento di atti di godimento o di disposizione della prestazione, l'obolo possa impedire il perfezionamento dell'accordo contrattuale ponendo rimedio alle conseguenze derivate dalle sue condotte e ripristinando la situazione materiale e giuridica esistente all'atto della ricezione della prestazione non richiesta”. Tra i problemi interpretativi derivanti dall'accettazione della seconda teoria prospettata, l'autore evidenzia la questione derivante dagli errori nei quali potrebbe incorrere il soggetto che esegua la prestazione non richiesta, ossia il professionista, e anche il destinatario della fornitura stessa. Egli evidenzia come tale soluzione non fornirebbe alcuna risposta a particolari quesiti come quello relativo a “quali conseguenze potrebbe avere sulla ricostruzione della fattispecie la circostanza che il presupposto su cui si è fondata la decisione di eseguire la fornitura si rivelino errate” considerando il fatto che il consumatore che riceve la fornitura non ha in realtà effettuato alcun ordine al professionista.

dal fatto che quest'ultimo abbia risposto rifiutando l'ordine oppure non abbia risposto affatto.

I comportamenti in questione corrispondono comunque a una pratica commerciale scorretta e, in quanto tale, sono sanzionabili.

Tuttavia, sebbene l'assenza di risposta a seguito di una fornitura non richiesta non possa assumere il valore di consenso, è opportuno sottolineare come al consumatore venga riconosciuta la possibilità di concludere il contratto proposto dal professionista per mezzo della fornitura non richiesta.

Tale eventualità si configurerebbe non solo attraverso un comportamento concludente, quale il pagamento del prezzo, ma anche attraverso la semplice dichiarazione espressa.

Il contratto concluso a seguito di una fornitura non richiesta non è considerato automaticamente nullo, né annullabile, dalle disposizioni comunitarie, nonostante sia stato eseguito a seguito di una fornitura non preventivamente richiesta dal destinatario<sup>79</sup>.

Tale contratto si intenderà valido fintanto che il consumatore non si rivolga al giudice competente.

Né all'interno dei lavori preparatori, né nella direttiva europea, infatti, si riscontrano disposizioni tali da giustificare l'automatica nullità del contratto, in quanto viene lasciato agli Stati membri il compito di indicare i rimedi del caso<sup>80</sup>.

Nonostante il legislatore comunitario non sia stato chiaro nello specificare cosa debba intendersi per *assenza di risposta*, per quanto riguarda il valore da attribuire

---

<sup>79</sup>Cfr. G. DE CRISTOFARO, *op.cit.*, p. 253 il quale precisa come questo non pregiudichi la possibilità in capo ai legislatori nazionali di prevedere, qualora lo ritengano opportuno, che il contratto proposto dal professionista sia colpito dalla nullità tutte le volte in cui integri gli estremi di una pratica commerciale scorretta ai sensi dell'art. 5 della direttiva 2005/29/CE. In tal senso si veda M. R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009.

<sup>80</sup>Si veda il considerando n. 9 direttiva 2005/29/CE, tramite il quale il legislatore italiano ha scelto di riprodurre pedissequamente il testo della direttiva europea contenuto nell'articolo 19, 2 comma, lett. a), attribuendo all'interprete il compito di verificare in ogni singolo caso il rapporto sussistente tra il contratto in questione e la pratica commerciale scorretta, al fine di individuare i rimedi da attuare. Sui rimedi privatistici di carattere individuale che abbiano ad oggetto il contratto stipulato a seguito di simili pratiche commerciali si veda U. PERFETTI, *Pratiche commerciali sleali e rimedi individuali*, in *Studi in onore di Antonino Cataudella*, V. III, p. 257 ss.

alla locuzione in esame, è necessario attenersi alla norma che dispone che *«in tali casi, l'assenza di una risposta da parte del consumatore in seguito a tale fornitura non richiesta non costituisce consenso»*.

Riteniamo quindi che se il consumatore, a causa di scelte personali che non deve in alcun modo motivare, decidesse di non manifestare la propria volontà, farebbe sì che il professionista venga indotto a rassegnarsi non potendo rivendicare alcuna pretesa sui beni inviati e non preventivamente richiesti.

L'assenza di risposta, quindi, a prescindere dal fatto che si manifesti sotto forma di contegno commissivo non partecipativo o di silenzio, non costituisce consenso proprio perché in alcuna delle due ipotesi è possibile ravvisare la volontà del consumatore.

A sostegno della nostra teoria inoltre, richiamiamo il fatto che il legislatore abbia scelto di utilizzare l'espressione *«qualsiasi prestazione»* corrispettiva in luogo di locuzioni quali *«prestazione corrispettiva richiesta dall'imprenditore»*. Riteniamo che tale scelta sia dettata dal fatto che gli organi comunitari, e di conseguenza il legislatore nazionale in fase di recepimento, non abbiano voluto riferirsi esclusivamente alle prestazioni richieste dal professionista a titolo di corrispettivo. Un ulteriore elemento a sostegno della nostra teoria è da ravvisare nei lavori preparatori della direttiva del 1997.

La prima versione dei lavori preparatori dell'articolo 9 del 1993, disponeva che i legislatori nazionali dovessero attribuire al consumatore cui fossero stati forniti beni o servizi non richiesti, *«il diritto di disporre del prodotto o del servizio senza dover pagare»*.

Tale disposizione però è stata ben presto sostituita da quella che riconosce al consumatore l'esonero da *«qualsiasi prestazione corrispettiva»*.

Seppure tale locuzione sia piuttosto ampia e abbia suscitato numerosi problemi interpretativi, riteniamo abbia un ambito d'applicazione estremamente maggiore rispetto alla precedente disposizione.

Concludendo, l'articolo 66-*quinquies* cod. cons. tutela il consumatore non soltanto esonerandolo dall'eseguire il pagamento del corrispettivo fin quando egli non

manifesti la propria volontà ma, più in generale, da qualsivoglia obbligazione che gravi a suo carico.

Tale articolo, infatti, intende evitare che il consumatore esegua la controprestazione, perfezionando di fatto il contratto, in seguito alla mera coercizione psicologica del professionista che dalla pratica commerciale intenda trarre un beneficio economico.

Di fatto, alcuna prestazione è dovuta a favore del professionista fin quando tra le parti non sussista un valido vincolo contrattuale derivante dal consenso del consumatore.

### **2.3. L'esonero del consumatore da «qualsiasi prestazione corrispettiva» imposta dal professionista**

Il primo comma dell'articolo 66-*quinquies* cod. cons. stabilisce che il destinatario di una fornitura non richiesta sia «*esonero dall'obbligo di eseguire qualsiasi prestazione corrispettiva*»<sup>81</sup>.

Seppure tale norma sia stata emanata con l'intento di tutelare il consumatore, essa ha determinato numerose difficoltà, applicative e interpretative, a causa dell'ambiguità dei termini utilizzati.

In primo luogo non è chiaro cosa debba intendersi per «*qualsiasi prestazione corrispettiva*» e per tale ragione cercheremo di individuare quelle idonee a essere definite come tali<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup>L'articolo in esame recepisce quanto disposto a livello comunitario dall'articolo 15 della direttiva 2005/29/CE. Tale disposizione è rimasta inalterata rispetto al precedente articolo 9 della direttiva 97/7/CE il quale imponeva agli Stati membri di adottare le disposizioni necessarie «*per dispensare il consumatore da qualsiasi prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta*».

<sup>82</sup>Si veda in tal senso G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 255 il quale riflette su come l'ambiguità dell'espressione abbia caratterizzato anche altri ordinamenti in fase di recepimento. Seppure in altre versioni siano utilizzate locuzioni quali “*exempt the consumer from the provision of any consideration*”, “*dispensar el consumidor de toda contraprestación*” o “*dispenser le consommateur de toute contre-prestation*”, l'ambiguità che le caratterizza rimane tale. La forte ambiguità che caratterizza tale espressione ha origini remote come dimostra l'articolo 9 della

Tenteremo poi di fornire interpretazioni a due ulteriori aspetti fortemente ambigui: il termine entro il quale il consumatore possa rivendicare l'esonero e l'ambito di operatività del precetto in esame.

Nel redigere l'articolo 66-*quinquies* cod. cons., infatti, il legislatore non ha specificato se tale articolo dovesse trovare applicazione solamente nell'ipotesi di mancata risposta (positiva) del consumatore o, viceversa, anche nel caso in cui il consumatore abbia manifestato la sua volontà per mezzo di una dichiarazione espressa, o di un comportamento concludente quale il pagamento del prezzo.

Viste le numerose incertezze che derivano dalla disposizione in esame, tenteremo di individuare soluzioni e di comprendere i limiti, qualora esistenti, entro i quali il professionista possa vedere adempiuti gli obblighi da lui imposti al destinatario della fornitura.

Analizzando quindi il concetto di «*prestazione corrispettiva*», ci chiediamo se il legislatore abbia voluto riferirsi esclusivamente alle obbligazioni che *ex lege* sorgono in capo al consumatore, per il solo fatto di aver ricevuto la fornitura non richiesta, oppure se egli abbia voluto riferirsi anche alle obbligazioni di cui il consumatore potrebbe essere gravato a causa delle condotte tenute nella fase successiva alla ricezione della fornitura.

In quest'ultimo caso ci si riferisce alle conseguenze derivanti da comportamenti del consumatore che non corrispondono a una manifestazione di volontà, come ad esempio i congegni commissivi non partecipativi.

Partendo dal dato letterale, dall'espressione in esame si possono dedurre diverse interpretazioni.

---

direttiva 97/7/CE. Quest'ultimo e senza particolari modifiche, anche l'articolo 15 della direttiva 2005/29/CE disponevano che Stati membri dovessero adottare tutte le disposizioni necessarie al fine di “

dispensare il consumatore da «*qualsiasi prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta*». In realtà, non appare chiaro il motivo per cui il legislatore comunitario non abbia inserito nell'articolo 15 della direttiva del 2005 un'espressione più chiara di quella utilizzata nel 1997 per redigere l'articolo 9. Si veda sul tema 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*, Torino, 2007, p. 97 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/CE in Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008, p. 20 ss.

Secondo una prima soluzione, l'esonero del consumatore riguarderebbe esclusivamente l'obbligazione di pagare il corrispettivo del bene o del servizio. Così facendo il consumatore rimarrebbe obbligato a dover restituire o conservare il bene oltre che a dover risarcire o indennizzare il professionista qualora egli lo richieda.

Se fosse accolta una simile interpretazione, però, il consumatore sarebbe tenuto ad adempiere una serie di obbligazioni imposta dal professionista, senza che alla base vi sia una valida fonte di obbligazione e senza aver neppure avuto la possibilità di rifiutarsi di ricevere la fornitura.

La richiesta di pagamento a seguito di una fornitura non richiesta, inoltre, corrisponde a una violazione delle regole di condotta, quelle che mirano "a proteggere la libertà di scelta del contraente il quale deve poter tenere comportamenti e prendere decisioni di natura commerciale in maniera consapevole e incondizionata"<sup>83</sup>.

Una seconda interpretazione amplia il margine delle ipotesi da includere all'interno dell'espressione «*qualsiasi prestazione corrispettiva*», estendendo così l'esonero del consumatore anche alle obbligazioni diverse da quelle aventi a oggetto la restituzione della cosa consegnata o del servizio fornito.

Anche in tal caso, però, la soluzione prospettata è incompleta poiché solleva il consumatore solamente dall'adempimento di alcuni obblighi tralasciandone la gran parte.

Seguendo tale teoria inoltre, il consumatore sarebbe tenuto ad adempiere a un'obbligazione, dovendo subire nella maggior parte dei casi una perdita economica priva di giustificazione e fondata sulla discrezionalità del professionista.

Una terza soluzione, che invece riteniamo razionale e condivisibile, è quella che include nell'espressione in esame «*ogni prestazione che comporti un qualunque onere a carico del consumatore*<sup>84</sup>».

---

<sup>83</sup>Cfr. L. TAFARO, *op. cit.*, p. 626.

<sup>84</sup>Si vedano in tal senso le direttive 1997/7/CE e 2005/29/CE, tramite le quali il legislatore aveva disposto che l'esonero del consumatore riguardasse l'adempimento di qualsiasi «*obbligazione*

Pensiamo che il legislatore abbia voluto estendere l'esonero del consumatore anche all'ipotesi restitutoria.

Tale possibilità permette, inoltre, di esonerare il consumatore all'adempimento delle obbligazioni imposte dal professionista qualora il consumatore stesso non manifesti la propria volontà bensì agisca sui beni tramite comportamenti commissivi non partecipativi.

Nel caso in cui il consumatore utilizzi, alieni, getti, o distrugga i beni oggetto della fornitura, egli non dovrà corrispondere al professionista alcuna somma a titolo di risarcimento o di indennizzo.

L'espressione «*qualsiasi prestazione corrispettiva*» va intesa come riguardante anche le obbligazioni restitutorie e indennitarie da *indebiti solutio* e/o ingiustificato arricchimento rivendicate dal professionista<sup>85</sup>.

Il nostro ordinamento ravvisa l'ipotesi di ingiustificato arricchimento tutte le volte in cui una parte benefici di un giovamento, senza che alla base vi sia una ragione tale da motivare la perdita pecuniaria di una parte a vantaggio dell'altra.

L'articolo 2041 cod. civ. dispone che chi si arricchisce debba indennizzare la controparte della «*correlativa diminuzione patrimoniale*».

In caso di fornitura non richiesta, però, sebbene sia innegabile che il consumatore tragga benefici dal ricevimento della merce, è opportuno riflettere sulla sussistenza o meno di ingiustificato arricchimento da parte del consumatore, dal momento che egli non ha richiesto la prestazione bensì «è la prestazione a trovare il destinatario»<sup>86</sup>.

Riteniamo quindi che in ambito di forniture non richieste non sia possibile identificare l'ipotesi di ingiustificato arricchimento da parte del consumatore.

---

*astrattamente suscettibile di sorgere ex lege a suo carico per effetto immediato della ricezione della fornitura*». L'esonero del consumatore, inoltre, aveva ad oggetto i comportamenti eseguiti dal professionista nella fase successiva all'invio dei beni o all'attivazione del servizio, come nel caso delle «*obbligazioni restitutorie scaturenti ex lege dal pagamento dell'indebita e dall'ingiustificato arricchimento*».

<sup>85</sup>G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 268 ss.

<sup>86</sup>SARIA, *Rechtsfragen des neuen § 864, Abs. 2 ABGB*, in *Recht der Wirtschaft*, 1997, cit. p. 647 ss. Si veda in tal senso G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 11 il quale sottolinea come «l'esecuzione della prestazione avvenga su iniziativa unilaterale ed esclusiva del soggetto che ha consegnato il bene o fornito il servizio».

Anche in tema di obbligazioni restitutorie è necessario fare alcune precisazioni. La richiesta del professionista parte dal presupposto che, seppure il consumatore non abbia richiesto di ricevere la merce o i servizi della fornitura, egli ne abbia comunque tratto un vantaggio economico avendo la possibilità di sfruttarli. Qualora poi li abbia gettati o distrutti si suppone abbia arrecato un danno patrimoniale al professionista.

Sebbene tali considerazioni siano fondate, si ritiene che il legislatore abbia inteso far prevalere gli interessi della parte debole del contratto a discapito del professionista che abbia scelto discrezionalmente di inviare i beni o di attivare il servizi al consumatore.

Nel momento in cui la fornitura è eseguita, il professionista deve accettare le conseguenze derivanti da essa e in particolar modo gli eventuali danni patrimoniali causati dal consumatore.

Nella categoria delle prestazioni corrispettive per cui l'articolo 66-*quinquies* cod. cons. esonera il consumatore riteniamo rientrare anche l'indennizzo.

Quest'ultimo, seppur equivalga a una soluzione meno gravosa del risarcimento del danno, corrisponde a una diminuzione patrimoniale, vale a dire ad un onere ingiustamente attribuito al consumatore.

Seguendo la nostra soluzione ermeneutica, quindi, il consumatore è libero di decidere se e come utilizzare i beni o i servizi ricevuti o attivati senza esser gravato dall'obbligo di rispondere alla proposta contrattuale del professionista. Egli non dovrà nemmeno restituire, custodire oppure astenersi dall'utilizzarle i beni in attesa del ritiro o della disattivazione da parte del professionista<sup>87</sup>.

L'espressione «*qualsiasi prestazione corrispettiva*» ha poi generato diversi dubbi anche in relazione all'ambito di applicazione.

---

<sup>87</sup>Da diverso tempo la dottrina aveva accolto questa teoria affermando che “ogni soggetto è, in linea di principio, libero di restare inattivo e di non rispondere in alcun modo a una iniziativa altrui, spesso molesta. Se, quindi, un'impresa invia a un cliente un campione di merce, con la clausola che quest'ultima si deve intendere acquistata, qualora non sia restituita entro un certo termine, il cliente non ha alcun onere di risposta e il silenzio non porta alla conclusione del contratto”. Si veda L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA e F. BUSNELL, *Diritto Civile*, V. I, Torino, 1992, p. 586 ss.

Non è chiaro se l'esonero del consumatore dall'eseguire qualsiasi prestazione corrispettiva disposto dalla norma trovi applicazione solamente fin quando il consumatore stesso non abbia manifestato la propria volontà contrattuale, mantenendo il silenzio o agendo tramite contegni commissivi non partecipativi, oppure se vada inteso anche nel caso dell'accettazione dell'offerta contrattuale del professionista.

Riteniamo che sia valida solo la prima opzione.

Nel caso di perfezionamento contrattuale, infatti, il consumatore è tenuto a eseguire la prestazione (pagamento del prezzo) fintanto che il giudice chiamato a decidere non intervenga ad esempio annullando il contratto.

Se così non fosse la prima conseguenza sarebbe la conversione del contratto da oneroso a gratuito.

In tal caso l'atto dovrebbe essere ricondotto ad un contratto di donazione.

Solo apparentemente però, tale contratto corrisponderebbe a un atto di liberalità, vale a dire quello con cui una parte arricchisce l'altra senza esservi tenuta e senza che ciò determini l'adempimento di un'obbligazione.

In realtà, il contratto di fornitura non richiesta nasce come contratto a titolo oneroso dal quale il professionista intende trarre un beneficio economico.

Il fatto che il legislatore sanzioni il ricorso a tecniche aggressive da parte del professionista per indurre il consumatore a manifestare il proprio consenso, non è sufficiente a trasformare il contratto di fornitura non richiesta da titolo oneroso a gratuito.

Non solo mancherebbero i requisiti di forma imposti dal Codice civile ma anche manca l'elemento più importante: lo spirito di liberalità del professionista.

Attraverso un contratto di donazione, ad esempio, il donante sceglie di incrementare il patrimonio della controparte senza ricevere alcun corrispettivo.

In caso di fornitura non richiesta, viceversa, il professionista non detiene *l'animus donandi* e il mancato percepimento del prezzo corrisponde esclusivamente ad una scelta sanzionatoria del legislatore.

Passando ad esaminare, invece, il momento in cui il consumatore possa rivendicare l'esonero, appare ragionevole ritenere che questo sia applicabile

solamente fin quando il consumatore stesso non abbia manifestato, seppur in diversi modi, il proprio consenso.

La soluzione offerta da quanti ritengano che l'esonero in esame possa essere rivendicato dal consumatore anche a seguito della sua manifestazione di volontà genererebbe una conseguenza giuridica incompatibile con il nostro ordinamento in materia di contratti.

Tale teoria, infatti, arrecherebbe ai consumatori vantaggi sproporzionati e sanzionerebbe il professionista in misura eccessiva e ingiustificata<sup>88</sup>.

In assenza di manifestazione di volontà del consumatore invece, a seguito di una fornitura non richiesta, il professionista non potrà pretendere il risarcimento del danno né un indennizzo o la restituzione della fornitura.

Il consumatore, infatti, non manifesta in alcun modo la propria volontà contrattuale ma si limita ad agire sui beni nell'ambito della libertà riconosciuta a suo favore dal legislatore.

Per quanto riguarda in particolare la restituzione è opportuno fare alcune precisazioni.

Sebbene il legislatore esoneri il consumatore dall'eseguire ogni prestazione corrispettiva imposta dal professionista, è pacifico che il consumatore stesso sia libero di poter restituire i beni al fine di dimostrare il proprio dissenso onde impedire al professionista di vantare qualsiasi pretesa in un secondo momento.

La restituzione, però, deve necessariamente essere una libera scelta del consumatore. Se, contrariamente, corrispondesse da un dovere imposto dal professionista, il consumatore sarebbe esonerato dall'eseguirlo.

Per quanto concerne invece il pagamento del prezzo, inteso come corrispettivo dalla fornitura, questo, una volta effettuato, risulta idoneo a perfezionare il contratto a prescindere dalle circostanze in cui il consumatore lo abbia eseguito.

---

<sup>88</sup> Si veda in tal senso G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 365 il quale, nell'analizzare la soluzione in esame, ritiene che tale ipotesi arrechi al consumatore svantaggi sproporzionati "soprattutto se si tiene conto del fatto che essa dovrebbe prodursi sempre e comunque, in ogni caso di fornitura non richiesta, a prescindere quindi dalla circostanza che il comportamento del professionista che tale fornitura abbia eseguito si presi o meno ad essere qualificato -in considerazione delle concrete modalità attuative che l'hanno caratterizzato- come «pratica commerciale scorretta».

Tale aspetto è dunque indipendente dal fatto che il consumatore sia stato costretto dal professionista ad esempio a seguito di una coercizione psicologica.

Il versamento del corrispettivo, inoltre, corrisponde a un comportamento concludente<sup>89</sup> in quanto equivalente al caso in cui il consumatore esprima la propria volontà attraverso una dichiarazione.

Una volta perfezionato il contratto, invece, tra le parti si determina un rapporto bilaterale da cui derivano vantaggi e svantaggi per entrambi.

Fin quando il consumatore non abbia manifestato il suo consenso, tra le parti non sussiste alcun contratto tale da giustificare l'adempimento delle obbligazioni pretese dal professionista.

In conclusione, a seguito di una fornitura non richiesta il consumatore che riceva beni o servizi può di utilizzarli come crede senza dover alcuna spiegazione né pagamento al professionista<sup>90</sup>.

Riteniamo quindi che, seppur il professionista si rivolga al consumatore richiedendo l'adempimento di obbligazioni come quelle restitutorie, risarcitorie o di custodia, il destinatario della fornitura sia esonerato dall'adempiarle poiché all'espressione «*qualsiasi prestazione corrispettiva*» è opportuno applicare un'interpretazione estensiva.

---

<sup>89</sup>Per comportamento concludente si intende un comportamento per mezzo del quale la parte compie un atto implicante l'adesione alla proposta ricevuta. A seconda delle situazioni prospettate, la giurisprudenza reputa come comportamenti concludenti anche "l'imballaggio della merce secondo le indicazioni del compratore, l'approvvigionamento o l'avvio della produzione stessa, l'apertura di un credito documentario ottenuta dal compratore o la lavorazione, da parte di quest'ultimo, della merce ricevuta". Si veda sul tema F. AZZARRI, *Il silenzio come accettazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 624 ss.

<sup>90</sup>Si veda in tal senso G. DE CRISTOFARO, *op. cit.* p. 280 ss. Nell'approfondire il recepimento della direttive europee a livello nazionale, l'autore afferma che la posizione giuridica del consumatore che non dovesse accettare l'offerta validamente rivoltagli dal professionista non determinerebbe il sorgere di un obbligo in capo allo destinatario "per il fatto di aver ricevuto il bene o il servizio non richiesto, nonché per il fatto di averlo danneggiato o distrutto, consumato o alienato, utilizzato e abbandonato". Al professionista, inoltre, è negata "qualsivoglia pretesa creditoria, incluse le pretese restitutorie fondate sull'*indebiti solutio* e sull'ingiustificato arricchimento".

## 2.4. Il contratto stipulato a seguito di una fornitura non richiesta

Un contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.

Si ha una fornitura non richiesta quando un professionista invii merce o eroghi un servizio non preventivamente ordinato dal consumatore.

Per considerare perfezionato un contratto la cui proposta è insita nella fornitura non richiesta, è necessario che il professionista venga a conoscenza della manifestazione di volontà del destinatario della fornitura.

Nella maggior parte dei casi il consenso è espresso a seguito di pressioni e coercizioni da parte del professionista.

Egli, infatti, confidando nell'ingenuità o nell'ignoranza dei soggetti cui si rivolge allega subdolamente alla richiesta di pagamento dichiarazioni con cui afferma la sussistenza, a carico dei destinatari, di oneri di vario contenuto<sup>91</sup>. Tra essi menzioniamo la custodia, la conservazione e la restituzione della merce inviata.

Al mancato adempimento di tali impegni il professionista tenta di ricondurre “la stipulazione del contratto e la conseguente assunzione, da parte del destinatario, dell'obbligazione di versare il corrispettivo del bene o del servizio ricevuto”<sup>92</sup>.

Viste le forti pressioni esercitate dal professionista sulla volontà del consumatore, a quest'ultimo è riconosciuta la possibilità di rivolgersi a un giudice al fine di ottenere, qualora sussistano i presupposti, l'annullamento o la dichiarazione di nullità del contratto.

Va dunque detto che i casi in cui il contratto viene ad esistenza sono ridotti rispetto alle numerose forniture non richieste.

---

<sup>91</sup>M. P. PIGNALOSA, *op. cit.*, p. 242. Nel medesimo senso si veda F. AZZARRI, *L'attivazione di un servizio oneroso in seguito al mancato rifiuto del consumatore e la disciplina delle forniture non richieste*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 897. Sul tema di è pronunciata anche l'*Anitrust* che nel 2015, con il provvedimento n. 25330, (PS9579-Wind distribuzione con addebito automatico elenchi telefonici), ha stabilito che integra gli estremi di una pratica commerciale aggressiva, in particolar modo di una fornitura non richiesta ai sensi dell'articolo 26 lett. *f*), la condotta del professionista che invii ai clienti un sms con cui si informano i clienti dell'attivazione di un servizio e che indichi contestualmente il termine entro in quale, in caso di mancata negazione da parte del consumatore, il servizio si attiva addebitando al consumatore stesso i costi del servizio.

<sup>92</sup>G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 418.

Stante le tecniche aggressive attraverso cui il professionista induce il consumatore a concludere il contratto, riteniamo che lo schema contrattuale alla base della formazione dell'accordo tra le parti sia quello disciplinato dall'articolo 1326 cod. civ.

Quest'ultimo individua il momento perfezionativo del contratto in quello in cui «*chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra*»<sup>93</sup>.

Il nostro ordinamento riconosce alla parte che riceve la proposta contrattuale di accettarla attraverso un comportamento concludente, quale il pagamento del prezzo, oppure tramite una dichiarazione espressa sempre nel rispetto del principio della cognizione<sup>94</sup>.

A fronte di una fornitura non richiesta, infatti, non può parlarsi di contratto finché il consumatore non manifesti in modo inequivoco la propria volontà dichiarandola oppure provvedendo ad eseguire il pagamento del prezzo.

Per tale ragione, qualora l'incontro delle volontà non si realizzi, come nel caso di assenza di risposta del consumatore, il professionista non potrà pretendere la prestazione corrispettiva poiché in capo al consumatore non sussiste alcuna fonte di obbligazione<sup>95</sup>.

In caso di fornitura non richiesta la possibilità di interpretare l'assenza di risposta come sinonimo di accettazione non sussiste poiché, come già visto, l'assenza di risposta non rientra nei casi previsti dal legislatore tra quelli idonei ad assumere il valore di consenso.

---

<sup>93</sup>La proposta e l'accettazione costituiscono due tipologie differenti di dichiarazioni di volontà unilaterali ritenute di per sé idonee alla conclusione del contratto. Ciò risulta possibile qualora, al fine della stipulazione, siano necessarie solo le dichiarazioni in esame come nel caso descritto dall'art. 1376 cod. civ. ossia per i contratti consensuali. Viceversa, nell'ipotesi in cui si tratti di un contratto reale sarà necessaria anche la consegna del bene. La forma della dichiarazione può variare poiché potrebbe consistere in una dichiarazione espressa oppure in una dichiarazione tacita la quale è deducibile da una serie di comportamenti concludenti.

<sup>94</sup>Il principio della cognizione era precedentemente disciplinato dall'art. 36 del Codice del commercio il quale disponeva che il contratto si perfezionasse nel momento esatto in cui l'accettazione giungeva «*a notizia del proponente*».

<sup>95</sup>Si veda in tal senso anche l'art. 18, comma 1, CISG il quale, disponendo che «*Does not in itself amount to acceptance*», sottolinea come il silenzio e l'inerzia di per sé non equivalgano ad accettazione. Scegliendo di utilizzare l'espressione "di per sé", ossia "*itself*" è stato implicitamente affermato come il silenzio non di per sé bensì solamente se accompagnato da determinate circostanze possa assumere un valore negoziale.

Non potrà parlarsi di contratto neanche qualora il consumatore scelga di omettere ogni dichiarazione, optando così per il silenzio, o tutt'al più agisca sui beni forniti con comportamenti commissivi non partecipativi.

In tal caso si tratterebbe, infatti, di un contratto inesistente<sup>96</sup> a causa del mancato raggiungimento dell'accordo tra i due.

Il contratto di fornitura non richiesta non si conclude quindi a fronte del mero silenzio del consumatore, a differenza di quanto accade in altre circostanze descritte dal Codice civile.

Tuttavia già da tempo si era diffusa l'idea che, ai fini del perfezionamento del contratto di fornitura non richiesta, fosse possibile seguire procedimenti di formazione differenti da quello generale descritto dall'articolo 1326 cod. civ.<sup>97</sup>.

Come vedremo, questa soluzione non appare condivisibile poiché tutti i procedimenti di formazione alternativi all'articolo 1326 cod. cons. presentano una struttura semplificata fondata, ad esempio, sull'omissione di informazioni.

Tali omissioni risultano, invece, essenziali per una manifestazione di volontà consapevole da parte del consumatore.

L'articolo 1327 cod. civ. né è una dimostrazione.

Qui l'accettazione della proposta è sostituita da un'ipotesi di silenzio.

Esempio ne sia il caso della semplice esecuzione della prestazione richiesta a seguito della quale il contratto si ritiene perfezionato «*nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione*».

---

<sup>96</sup>Si veda F. GALGANO, *op. cit.*, cit. p. 328, il quale afferma come “una proposta di vendita non seguita da alcuna accettazione non è un contratto nullo per mancanza di accordo della parti: è semplicemente, un iniziativa di contratto assunta da un soggetto e non approda ad alcun risultato”. Cfr. Cass. 27 giugno 1985, n. 3854 in cui la Suprema Corte si era pronunciata sul tema definendo il contratto inesistente “qualora si abbia adesione della parti a due testi, costituenti proposta e accettazione, non collimanti tra loro perché non conducibili ad obiettiva unità di significato”. Nella stessa sentenza, inoltre, i giudici di legittimità hanno evidenziato come non sia possibile “applicabili le norme sull'errore, dovendosi invece affermare che il contratto non è venuto ad esistenza”.

<sup>97</sup>L'articolo 1326 cod. civ. rappresenta solamente uno dei modelli idonei a perfezionare il contratto. Si veda sul tema E. ROPPO, voce *Formazione del contratto*, in *Enc. giur. Treccani*, p. 1; F. REALMONTE, *Accordo delle parti e rapporti giuridici preparatori, responsabilità contrattuale*, in *Trattato di diritto privato*, V. XIII, Torino, 2000, p. 15 ss.

Per poter ricorrere all'articolo 1327 cod. civ. è però necessario che la prestazione sia motivata da particolari esigenze di speditezza, considerate prevalenti sull'interesse del proponente di conoscere la volontà altrui.

Tutto ciò non trova spazio in caso di fornitura non richiesta poiché il legislatore tutela in primo luogo l'interesse del consumatore.

Alla base della disciplina dell'articolo 1327 cod. civ. vi è un comportamento acquiescente del proponente che caratterizza la proposta contrattuale e che non sussiste, viceversa, nell'ipotesi disciplinata dall'articolo 66-*quinquies* cod. cons. Quest'ultimo tutela infatti tutti i soggetti destinatari di una fornitura non richiesta disponendo l'impossibilità di attribuire alla loro mancata risposta il valore di consenso.

Nell'ambito di prestazioni non richieste al comportamento del consumatore che non dichiara in alcun modo al professionista la propria volontà, scegliendo eventualmente di utilizzare i beni o semplicemente di riporli nella propria abitazione, non può essere attribuito il valore di accettazione tacita che viceversa l'articolo 1327 cod. civ. attribuisce alla prestazione eseguita «*senza una preventiva risposta*».

Anche l'articolo 1333 cod. civ., rubricato “Contratto con obbligazioni del solo proponente”, attribuisce al silenzio il valore di consenso negoziale, ritenendolo quindi idoneo a perfezionare il contratto<sup>98</sup>.

In detto articolo il contratto si conclude «*in mancanza di rifiuto del destinatario*».

Ai fini del perfezionamento del contratto sarebbe quindi sufficiente che l'oblato non rifiuti la proposta entro il termine previsto dalla natura degli affari o dagli usi e mantenga un contegno omissivo.

Ritentiamo che lo schema di formazione del contratto previsto dall'articolo 1333 cod. civ. corrisponda a un atto bilaterale<sup>99</sup>, ossia produca effetti sia favorevoli che

---

<sup>98</sup>*Forniture non richieste: valore negoziale del silenzio e procedimenti formativi del contratto. Cass. sez. II, 4 dicembre, 2007, n.25290, Commento di L. TAFARO, p. 620, in Notariato n. 6/2008. A seguito di una fornitura non richiesta il contratto non si conclude “nemmeno mediante lo schema formativo consistente nella proposta di contratto e nel suo mancato rifiuto ai sensi dall'art. 1333 cod. civ”. In tal senso, inoltre, l'autore evidenzia come “l'esercizio abusivo dell'autonomia negoziale da parte del contraente dotato di maggiore potere contrattuale costituisce un comportamento contrario alla buona fede”.*

sfavorevoli per entrambe le parti e necessari, di conseguenza, del consenso di ciascun contraente<sup>100</sup>.

Per tale ragione non è assolutamente applicabile alle forniture non richieste.

Nell'ipotesi descritta dall'articolo 1333 cod. civ., invece, si prevedono obbligazioni a carico del solo proponente e sarebbe sufficiente attribuire alla mancata dichiarazione della parte il valore di consenso.

Al destinatario è comunque riconosciuta la possibilità di rifiutare la proposta contrattuale entro un periodo di tempo che varia a seconda del caso di specie.

La mancata risposta del destinatario dell'offerta ipotizzata dall'articolo 1333 cod. civ. è valutata come una tacita manifestazione d'accettazione a fronte anche della consapevolezza insita in entrambe le parti.

La norma in esame corrisponderebbe a un negozio unilaterale<sup>101</sup> oppure a un contratto in senso proprio<sup>102</sup> come sostenuto dalla dottrina maggioritaria<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup>La dottrina maggioritaria ritiene che in tal caso “la bilateralità si risolva nella proposta contrattuale e nella mera astensione dal rifiuto della proposta”. Si veda in tal senso L. TAFARO, *op. cit.*, p. 623. Per uno studio approfondito sulla struttura del contratto con obbligazioni del solo proponente si veda E. DAMIANI, *Il contratto con prestazioni a carico del solo proponente*, Milano, 2000, p. 125 ss.

<sup>100</sup>In tal senso R. SACCO, *La conclusione dell'accordo*, in *Il contratto*, a cura di R. Sacco e G. De Nova, Milano, ed. 2016, V. I, p. 63 ss., il quale ribadisce come il consenso del consumatore sia necessario solo qualora dal contratto sorgano obbligazioni anche a suo carico.

<sup>101</sup>Tra i sostenitori della teoria in esame è necessario richiamare: R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, p. 243 ss., il quale affronta il medesimo tema anche in *Contratto e negozio a formazione unilaterale*, in *Studi in onore di P. Greco*, V. II, p. 951 ss.; V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, p. 274 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, p. 70; G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*; F. VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, V. I, Milano, 2004, p. 229 ss.

<sup>102</sup>Cfr. M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972, p. 395; G. B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Milano, 1995, p. 217 ss. Un'ulteriore soluzione interpretativa, seppure sostenuta da una dottrina minoritaria, considera la norma come una disposizione intermedia tra una promessa unilaterale ed un contratto. Essa deriverebbe da due dichiarazioni di volontà e si caratterizzerebbe per una «bilateralità affievolita». Cfr. F. REALMONTE, *Formazione del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente*, in *Tratt. dir. priv.* V. XIII, p. 117 ss.

<sup>103</sup>La prima teoria parte dal presupposto che l'articolo 1333 cod. civ., prevedendo obblighi per il solo proponente, corrisponda a un contratto caratterizzato da un'unica dichiarazione. Poiché il contratto si perfeziona anche qualora il destinatario non risponda alla proposta contrattuale con una dichiarazione, una volta che la proposta ha raggiunto il destinatario essa è idonea a perfezionare il contratto. In tal caso il rifiuto del destinatario è di tipo “eliminativo” poiché la situazione che si determina a seguito della proposta è già, di per sé, vincolante.

Se si adottasse tale schema di formazione per il contratto stipulato a seguito di una fornitura non richiesta, al silenzio sarebbe attribuito il valore di accettazione tacita e ciò sarebbe in contrasto con quanto stabilito dall'articolo 66-*quinquies* cod. cons., ultimo comma.

Esso, infatti, dispone che «*l'assenza di una risposta da parte del consumatore in seguito a tale fornitura non richiesta non costituisce consenso*».

La disciplina delle forniture non richieste esonera il consumatore dall' eseguire qualsiasi prestazione corrispettiva, non potendo essere ricondotta in alcun modo allo schema contrattuale descritto dell' articolo 1333 cod. civ.

Seguendo questa interpretazione, il consenso del destinatario sarebbe sottinteso al contegno omissivo e secondo alcuni autori l' articolo in esame avrebbe “semplificato la fattispecie contrattuale, eliminando il requisito del consenso dall' una o dell' altra parte”<sup>104</sup>.

Sebbene il legislatore nazionale abbia previsto ipotesi di semplificazione per lo schema di formazione del contratto, in caso di fornitura non richiesta questa soluzione trova un limite nella necessità di rispettare le sfere giuridiche e patrimoniali del consumatore<sup>105</sup>.

L' articolo in esame corrisponde quindi a una semplice tecnica alternativa a quella prevista dall' articolo 1326 cod. civ. e non trova applicazione nel caso di fornitura non richiesta.

---

La teoria del negozio unilaterale, invece, parte dal presupposto che il contratto sia caratterizzato dalla bilateralità e che il silenzio dell' oblatore non possa assumere alcun valore. Ai fini del perfezionamento del contratto rileva solamente la proposta contrattuale e, proprio per questo, tale teoria considera l' articolo 1333 cod. civ. un' ipotesi di negozio unilaterale “produttivo di effetti suscettibili di essere eliminati retroattivamente a mezzo del rifiuto del destinatario”. Si veda sul punto: V. LENOCI, *Il silenzio nella conclusione e nell' esecuzione del contratto*, in *La rilevanza del silenzio nel diritto*, 2008, supplemento a *Giur. mer.*, n.6. p. 17; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 185; C. M. BIANCA, *Diritto civile 3, Il contratto*, Milano, 2000, p. 260. Anche la giurisprudenza sembra ormai orientata nel senso di considerare l' articolo 1333 cod. civ. come un vero e proprio contratto, nonostante non manchino sentenze in senso contrario, Cfr. Cass. 4 settembre 2001, n. 11391.

<sup>104</sup>G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 188.

<sup>105</sup>Cfr. Cass. 2007, n. 25290 dove lo schema di formazione descritto dall' art. 1333 cod. civ. risulta inadeguato poiché nel caso di specie alla fornitura dei videogiochi segue la richiesta di pagamento del corrispettivo il quale corrisponde ad un onere; la richiesta di pagamento impedisce di far derivare esclusivamente vantaggi a favore del contraente impedendo l' applicazione dell' art. 1333 cod. civ. il quale prevede che le obbligazioni siano a carico del solo proponente.

Concludendo, né l'articolo 1326 cod. civ. né l'articolo 1333 cod. civ. possono in alcun modo essere considerati modelli di riferimento al fine di stipulare un contratto a seguito della fornitura non richiesta.

## 2.5 La tutela del consumatore

Il consumatore, che a seguito di una fornitura non richiesta, manifesti il proprio consenso a causa delle pressioni o delle coercizioni psicologiche del professionista, può ottenere diverse forme di tutela.

Stanti le tecniche aggressive esercitate dal professionista, il destinatario della fornitura si trova costretto in un contratto non voluto o che avrebbe voluto a condizioni diverse.

Le tutele disposte dal nostro ordinamento sono frutto della discrezionalità attribuita agli Stati membri dalla direttiva 2005/29/CE e sono differenti rispetto a quelli esperibili in altre realtà giuridiche europee<sup>106</sup>.

L'articolo 3, comma 2, della direttiva 2005/29/CE<sup>107</sup>, infatti, dispone che *«La presente direttiva non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto»*.

La scelta del legislatore comunitario di non disciplinare direttamente gli strumenti di tutela a favore del consumatore ha posto l'interprete davanti alla delicata questione di coordinare la violazione del divieto di eseguire le pratiche commerciali in esame con le soluzioni contrattuali.

Come si vedrà però, la possibilità di adire il giudice ordinario non è l'unica cui il consumatore può ricorrere.

Quest'ultimo ha, infatti, anche l'opzione di rivolgersi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (A.G.C.M.) al fine di ottenere un provvedimento

---

<sup>106</sup>A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, 2012, p. 33 ss; C. GRANELLI, *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori*, in *Obbl. e contr.*, 2007.

<sup>107</sup>Tale articolo è stato recepito dell'articolo 19, comma 2, lett. a) del Codice del consumo.

sanzionatorio per il professionista che abbia eseguito la pratica commerciale scorretta.

Ancora oggi, tuttavia, ci si interroga circa gli eventuali riflessi della pratica commerciale sleale sul contratto.

Parte della dottrina ha ipotizzato che la scorrettezza della pratica commerciale determini automaticamente un contratto nullo o annullabile.

A nostro avviso tale soluzione non è condivisibile e riteniamo, viceversa, che detti meccanismi normativi dispongano effetti giuridici differenti e autonomi<sup>108</sup>.

La scelta del legislatore di disporre un *doppio binario di tutela* è legata all'esigenza di negare ogni possibile influenza diretta della pratica commerciale scorretta sulla validità del contratto<sup>109</sup>.

A sostegno di tale teoria è possibile richiamare la figura del consumatore medio.

Tale parametro non è di per sé idoneo a determinare l'invalidità del singolo contratto, è quindi necessario che la violazione della libertà di scelta del consumatore sia valutata alla luce della singola vicenda contrattuale.

Il giudice dovrà valutare le diverse circostanze in cui si è stipulato il contratto proprio perché il consumatore considerato potrebbe essere maggiormente avveduto, o informato, rispetto alla figura del consumatore medio.

L'accertamento eseguito dall'A.G.C.M. semplifica l'onere probatorio del destinatario della fornitura al quale offre una presunzione a suo favore e non implica, di contro, alcuna scelta del giudice civile.

Ai fini di dimostrare l'esistenza del vizio che ha ingenerato il suo consenso, il consumatore può limitarsi ad allegare il provvedimento dell'Antitrust mentre

---

<sup>108</sup>Tra i sostenitori di tale teoria si veda C. CAMARDI, *op. cit.*, p. 357 ss., il quale evidenzia come il fatto che le pratiche commerciali scorrette siano vietate in quanto idonee a falsare il comportamento economico del consumatore "medio", "sembra introdurre già in linea di principio una chiara linea di demarcazione tra le due tutele- amministrativa e civile-, necessaria e sufficiente ad impedire quell'automatico travaso di presupposti e quella conseguente commistione di effetti che esporrebbe a rischio di snaturamento ciascuna di esse".

<sup>109</sup>Si veda in tal senso A. ZIMATORE, *op.cit.* p. 576, il quale, nell'analizzare "la distanza che separa la logica e la disciplina delle pratiche commerciali scorrette da quelle del Codice civile", ritiene che la prospettiva del Codice sia quella del contratto mentre quella del Codice del consumo sia "la prospettiva del mercato della tutela del consumatore e della salvaguardia della concorrenza".

l'onere di provare l'assenza dei requisiti tali da annullare il contratto spetta al professionista.

La Corte di Cassazione, nel 2009, ha attribuito al provvedimento dell'Autorità Garante il ruolo di *prova privilegiata* nel rispetto dei due differenti piani di tutela<sup>110</sup>, e nel tentativo di semplificare l'onere dalla prova al consumatore danneggiato<sup>111</sup>.

Come già detto, la violazione del divieto disposto dall'articolo 20 cod. cons. non è, di per sé, causa di invalidità del contratto e in tali situazioni è necessario che il giudice valuti le conseguenze che la pratica commerciale scorretta ha comportato.

In realtà, riteniamo che la questione, così posta, crei confusione tra i due distinti meccanismi i quali, invece, “comportano effetti giuridici diversi ed autonomi”<sup>112</sup>.

Le due opzioni sono distinte tra loro. Esse non confliggono bensì disciplinano effetti delle pratiche commerciali scorrette compatibili tra loro<sup>113</sup>.

Il contratto di fornitura non richiesta si caratterizza per due diversi elementi, vale a dire l'essere stipulato a seguito di una pratica commerciale scorretta ed essersi perfezionato a fronte di un vizio della volontà.

La volontà del consumatore, infatti, è viziata dai contegni, identificativi di pratiche commerciali scorrette, eseguiti dal professionista.

Seppure il giudice ordinario e l'AGCM presentino elementi interferenti tra loro, le due figure rimangono distinte e autonome.

---

<sup>110</sup>A tal riguardo, N. ZORZI GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contratti e imprese*, 2011, p. 199 secondo cui “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”.

<sup>111</sup>Cass. 13 febbraio 2009 n. 3640, dove viene per la prima volta attribuito il carattere di “prova privilegiata” al provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. La definizione della Corte di Cassazione del 2009 è in linea con un'ulteriore pronuncia della Corte avente ad oggetto il valore del provvedimento amministrativo *Antitrust* nei giudizi civili di risarcimento del danno derivanti da intese restrittive. Cfr. Cass. 2 febbraio 2007 n. 2305, in *Foro it.*, 2007, V. I, con commento di R. Pardolesi.

<sup>112</sup>A. ZIMATORE, *op. cit.*, p. 580.

<sup>113</sup>A. ZIMATORE, *op. loc. cit.*, il quale afferma che “era proprio questo che voleva il legislatore quando, nel Codice del consumo, stabiliva che la disciplina delle pratiche commerciali scorrette «non pregiudica» l'applicazione delle norme in materia di validità del contratto”.

La coincidenza tra le pratiche commerciali scorrette e i vizi del consenso, ad esempio in caso di violenza morale, non fa venire meno l'originaria distinzione tra i due statuti normativi.

L'annullabilità del contratto, invero, trova fondamento solo ed esclusivamente nel Codice civile.

È ancora ampiamente dibattuta la forma di tutela esperibile dal consumatore che abbia stipulato un contratto a seguito di una fornitura non richiesta.

Per tale ragione in dottrina sono state prospettate soluzioni ermeneutiche eterogenee tra loro.

Gli interpreti si sono interrogati circa la possibilità di tutelare il consumatore che stipuli un contratto in simili circostanze per mezzo della nullità di protezione<sup>114</sup>, oppure tramite l'annullabilità del contratto.

Alcuni esponenti del diritto perorano la nullità di protezione ritenendo invece non idonea la formula dell'annullamento del contratto.

La possibilità di considerare nullo il contratto stipulato a seguito di una pratica commerciale scorretta è stata sostenuta da due diverse varianti interpretative.

Una prima soluzione ricollega alla violazione del divieto di eseguire pratiche commerciali scorrette la sanzione della nullità virtuale.

Secondo tale teoria, il consumatore che stipuli un contratto a seguito, ad esempio, di una fornitura non richiesta può eccepire la nullità del medesimo rivendicando la violazione di una norma imperativa come disposto dall'articolo 20 cod. cons<sup>115</sup>.

Un intervento della Corte di Cassazione del 2007 ha posto fine a tale questione<sup>116</sup>.

La Suprema Corte ha ritenuto che, per invocare la nullità di protezione, la

---

<sup>114</sup>Si tratta di nullità di protezione proprio perché quest'ultima è la specie di sanzione prevista per le patologie che affettano il contratto del consumatore. Cfr. U. PERFETTI, *Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali*, in *I contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa, Milano, 2014, p. 274.

<sup>115</sup>In tal senso si veda A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, p. 171; A. COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, in AA. VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, p. 250 ss.

<sup>116</sup>A seguito del recepimento della direttiva 2005/29/CE, sulla questione relativa alla nullità di protezione si sono pronunciate le Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Cfr. Cass. civ. Sez. Un., 19 dicembre 2007, n.26724 e 26725, in *Contratti*, 2008, p. 221 ss., con nota di V. Sangiovanni, *La nuova disciplina dei contratti da investimento dopo l'attuazione della Mifid*. Nel caso in esame le

violazione delle norme imperative deve attenere necessariamente agli elementi “intrinseci della fattispecie negoziale”, ossia quelli che riguardano “la struttura o il contenuto del contratto”<sup>117</sup>.

I comportamenti delle parti nella fase delle trattative, oltre a quelli tenuti durante l’esecuzione del contratto<sup>118</sup>, sono considerati invece “estranei alla fattispecie negoziale” e per tale ragione non sufficienti al fine di ricorrere alla nullità di protezione<sup>119</sup>.

Qualora il professionista esegua una fornitura non richiesta, le sue condotte aggressive rappresenterebbero fatti estranei alla struttura del contratto e non sarebbero quindi tali da determinare l’invalidità dello stesso.

A seguito dell’intervento della Suprema Corte anche la dottrina ha respinto la tesi della nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, affermando come “in nessun caso la violazione del divieto penetra nel contenuto del contratto attraverso uno dei suoi elementi costitutivi”<sup>120</sup>.

---

Sez. Unite si pronunciarono sulla possibilità di affermare la nullità virtuale di un contratto di intermediazione finanziaria per violazione, da parte dell’intermediario, degli obblighi di comportamento imposti dall’articolo 21 T.U.F. La Suprema Corte, dopo aver riaffermato la distinzione tra le norme di comportamento e quelle di validità, ha ribadito il principio secondo il quale la nullità virtuale per contrarietà a norme imperative può intervenire solamente a seguito di violazioni degli elementi intrinseci del contratto, vale a dire attinenti “alla struttura e al contenuto” dello stesso. Per tale ragione qualora si verifichi una violazione delle regole di comportamento, ove non sia stabilito altrimenti dalla legge, la loro violazione genera esclusivamente una responsabilità dell’intermediario che non incide però sulla genesi del contratto. Si veda sul tema F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contratto e Impresa*, 2008, p. 9 ss; V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza «Rordorf»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, V. I, p. 432 ss., con nota di U. Salanitro.

<sup>117</sup>Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, in *Rep. Foro it.*, 2006, V. I, p. 1105, con nota di E. Scoditti. Nello stesso senso la Cass. 16 febbraio 2007, n. 3685, (nell’ordinanza di remissione alle S.U.), in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2007, V. I, p.999, con nota di N. Salanitro

<sup>118</sup>Si veda sul tema Cass. 16 febbraio 2007, n. 3683, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, V. I, p. 999, con nota di Salanitro. I giudici di legittimità hanno ribadito come “l’illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative” non determini “la nullità del contratto, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista anche con riferimento a tali ipotesi”. Si veda inoltre A. CATRICALÀ e M. P. PIGNALOSA, *op. cit.*, p. 73 ss.

<sup>119</sup>In tal senso A. FACHECHI, *op. cit.*, p. 38, il quale afferma sostiene che, perché il regolamento negoziale sia nullo, “la violazione della norma imperativa deve penetrare il contenuto, risolvendosi nella mancanza di uno dei requisiti strutturali necessari”.

<sup>120</sup>M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in AA. VV., *Le pratiche commerciali sleali*, E. Minervini e L. Rossi Carleo, cit. p. 237 ss.

In conseguenza di una pratica commerciale scorretta non può dunque parlarsi di nullità per violazione di norme imperative.

Il contratto potrebbe di contro essere dichiarato nullo per altre motivazioni come in caso di carenza dei requisiti strutturali, per illiceità della causa (articolo 1343 cod. civ.) oppure per impossibilità o per illiceità dell'oggetto (articolo 1346 cod. civ.).

A conferma di tale soluzione è possibile richiamare l'articolo 1418 cod. civ., secondo comma.

La nullità di protezione era stata sostenuta da una parte minoritaria della dottrina<sup>121</sup> che riteneva tale strumento idoneo a tutelare il consumatore dalla presunta irrazionalità del contratto concluso a seguito di una pratica commerciale scorretta.

Tale teoria si basava sul fatto che la pratica commerciale inducesse, o fosse idonea ad indurre, il consumatore ad “assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso”<sup>122</sup>.

Essa contemplava, in aggiunta, la nullità parziale del contratto.

Anche in questo caso tuttavia si possono riscontrare le obiezioni sopra citate.

Un contratto perfezionato in seguito ad una fornitura non richiesta è infatti gravoso per il consumatore e quindi la sola nullità parziale non risulta sufficiente per un'adeguata tutela del destinatario della fornitura.

Passando poi ad analizzare il tema dell'annullamento del contratto, una forma “meno distonica della realtà rispetto al rimedio della nullità (di protezione)”<sup>123</sup>, esso può avvenire per vizi del consenso e, in particolar modo, per la violenza (morale) esercitata dal professionista al fine di indurre il consumatore a manifestare il proprio consenso<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup>A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de geometriè*, in *Contratti*, 2006, V. II, p. 159 ss.

<sup>122</sup>A. GENTILI, *op. loc. cit.*

<sup>123</sup>M. R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e discipline generali dei contratti*, in AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008, cit. p. 263 ss.

<sup>124</sup>Sull'annullabilità del contratto stipulato a seguito di una pratica commerciale aggressiva si veda G. DALLE VEDOVE, *Le pratiche commerciali aggressive*, in AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008, p. 141 ss.

Tale vizio, insieme all'errore e al dolo, rientra tra quelli della volontà<sup>125</sup>.

La stretta connessione tra le pratiche commerciali aggressive e i vizi del consenso è avvalorata anche dalla nozione di pratica commerciale fornita dal legislatore. Quest'ultimo ha evidenziato come le tecniche utilizzate dal professionista siano tali da limitare considerevolmente la libertà di scelta del consumatore nonché da indurlo ad “assumere decisioni commerciali che altrimenti non avrebbe preso”,<sup>126</sup> come nel caso delle molestie, della coercizione o dell'indebito condizionamento<sup>127</sup>.

Le pratiche commerciali aggressive e la violenza morale solo apparentemente sembrano coincidere, essendo invece ben distinte.

Per parlare di violenza in senso civilistico, ossia come vizio della volontà, è necessario che il consenso sia stato estorto *con violenza* e che alla minaccia corrisponda *un male ingiusto o notevole*<sup>128</sup>.

La disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, viceversa, ritiene sufficiente che le molestie, le coercizioni e l'indebito condizionamento non abbiano estorto il consenso bensì: “limitato considerevolmente la libertà di scelta del consumatore medio» risultando idonee a «indurlo ad assumere una decisione che altrimenti non avrebbe preso”<sup>129</sup>.

---

<sup>125</sup>Nel caso in cui si trattasse di una pratica commerciale ingannevole il vizio del consenso del consumatore dipenderebbe non dalla violenza bensì dal dolo del professionista. Minoritaria, invece, è la posizione di chi ritiene possibile applicare il dolo ad entrambe le categorie di pratiche commerciali scorrette. Si veda sul tema V. DI CATALDO, *Conclusioni*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008, p. 340 ss.

<sup>126</sup>C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011, cit. p. 369.

<sup>127</sup>Si veda in tal senso, DI CATALDO, *op. cit.*, p. 333 ss., il quale sostiene essere di tutta evidenza il fatto che “di una sanzione di invalidità del contratto, (...) potrà parlarsi solo per le pratiche che hanno indotto il consumatore a decidere la conclusione del contratto e non quelle che hanno indotto il consumatore a prendere una decisione su un punto diverso”.

<sup>128</sup>Cfr. 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. 781.

<sup>129</sup>A. ZIMATORE, *op. cit.*, p. 582.

La pratica commerciale aggressiva di contro risulta più ampia ed è vietata a fronte di una *qualunque pressione* da parte del professionista, ivi comprese le molestie e l'indebito condizionamento<sup>130</sup>.

Si noterà quindi una maggiore rigidità del Codice civile, rispetto a quello del consumo, in materia di requisiti necessari per l'annullamento del contratto in caso di fornitura non richiesta<sup>131</sup>.

Ciò detto, riteniamo che ogni ipotesi di violenza morale disciplinata dagli articoli 1434 ss. cod. civ., corrisponda ad una pratica commerciale scorretta.

Viceversa non è possibile affermare il contrario poiché “vi sono azioni o omissioni ingannevoli e pratiche commerciali aggressive nelle quali non si ravvisano gli estremi prescritti dal Codice civile per l'annullamento del contratto”<sup>132</sup>.

Ne consegue che se si applicasse il Codice civile alle pratiche commerciali, aggressive o ingannevoli, la maggior parte di esse esulerebbe dalla fattispecie del dolo o della violenza e gli effetti della scorrettezza della pratica commerciale sul contratto sarebbero irrilevanti<sup>133</sup>.

Per poter dichiarare l'annullamento del contratto il giudice dovrà valutare il caso di specie.

---

<sup>130</sup>Le pratiche commerciali e i vizi del consenso presentano rilevanti differenze sia dal punto di vista oggettivo che da quello soggettivo. Si veda sul tema A. CATRICALÀ e M. P. PIGNALOSA, *op. cit.*, p. 75 ss. i quali descrivono il rapporto tra le due discipline attraverso la metafora di due cerchi concentrici per cui “ogni ipotesi di violenza morale o dolo sarebbe contenuta all'interno del più vasto cerchio delle pratiche commerciali scorrette, costituendo al contempo un vizio della volontà e una pratica commerciale scorretta” mentre non varrebbe la proposizione inversa. Le differenze dal punto di vista soggettivo, invece, rilevano poiché l'applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette è circoscritta al rapporto tra professionista e consumatore, o microimpresa mentre quella sui vizi del consenso prescinde dalle qualità soggettive dei contraenti.

<sup>131</sup>C. GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori*, p. 781 ss.; A. ZIMATORE, *op. loc. cit.*

<sup>132</sup>A. ZIMATORE, *op. loc. cit.*

<sup>133</sup>Si veda in tal senso A. ZIMATORE, *op. cit.*, p. 583, il quale evidenzia come “gli ambiti delle due discipline non risultino coincidenti, quantunque presentino veste e ricorrenti zone di interferenza”. L'autore inoltre afferma come “a seconda dei profili considerati, si inverte e non ve ne è una che sia continente rispetto all'altra”. Per l'eventuale soluzione da adottare qualora si prospettasse un conflitto potenziale tra i due statuti normativi si veda. A. GENTILI, *op. cit.*, p. 172, il quale ritiene che in simili circostanze debba applicarsi “quello più favorevole al consumatore”.

Il consumatore è tenuto a dimostrare “l’effettiva e non potenziale distorsione del suo consenso e della sua determinazione a un contratto che altrimenti non avrebbe concluso”<sup>134</sup>.

L’applicazione dell’annullamento è quella maggiormente condivisa poiché non vi è dubbio che i vizi della volontà compromettano il consenso del consumatore, permettendo così al professionista di ottenere un vantaggio economico.

Tuttavia è opportuno evidenziare come, nella maggior parte dei casi, le grandi società che eseguano forniture non richieste, per evitare di arrivare alla fase del contenzioso dinanzi al giudice, integrino il contratto in favore del consumatore qualora questi sia concorde.

Così facendo, il professionista modifica e/o rimuove le clausole vessatorie al fine di riequilibrare il rapporto tra le parti, evitando di subire le gravose conseguenze derivanti dall’annullamento del contratto.

I rimedi fin ora illustrati rappresentano gli strumenti maggiormente utilizzati nella prassi, tuttavia il consumatore può ottenere anche il risarcimento del danno<sup>135</sup>.

Questo è supportato dal considerando 9 della direttiva 2005/29/CE che stabilisce che essa «*non pregiudica i ricorsi individuali proposti da soggetti che siano stati lesi da una pratica commerciale scorretta*».

Il risarcimento del danno è contemplato anche nel Codice del consumo che ammette la possibilità di avvalersi di pretese risarcitorie, precontrattuali o extracontrattuali, sia singolarmente che attraverso l’azione di classe<sup>136</sup> (art. 140-*bis* cod. cons.).

Per ottenere il risarcimento del danno, il singolo consumatore può ricorrere all’articolo 2043 cod. civ. il quale sancisce che «*qualunque fatto doloso o colposo che cagioni ad altri un danno ingiusto obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*».

---

<sup>134</sup>C. CAMARDI, *op. cit.*, cit. p. 373.

<sup>135</sup>A. CATRICALÀ e M. P. PIGNALOSA, *op. cit.*, p. 76 ss.

<sup>136</sup>L’azione di classe, già azione collettiva risarcitoria, è stata introdotta nel nostro ordinamento giuridico in una prima versione con la l. 244 del 2007 e, successivamente, dalla l. 99 del 2009. Si veda il paragrafo 3.3

Tale responsabilità extracontrattuale ha ampliato la categoria delle lesioni risarcibili sul piano aquiliano a seconda del sentire sociale, prendendo in considerazione di volta in volta gli interessi meritevoli di tutela giuridica<sup>137</sup>.

Permettendo in tali circostanze al consumatore di agire *ex* articolo 2043 cod. civ. è stata inoltre superata la visione tradizionale che considerava tale articolo come una norma secondaria applicabile solamente in caso di violazione del diritto soggettivo<sup>138</sup>.

Ad oggi dunque, la lesione dell'interesse legittimo del consumatore di poter compiere scelte consapevoli e autonome corrisponde ad un danno ingiusto.

Una volta che l'*Antitrust* abbia accertato l'esistenza di una pratica commerciale scorretta risulterà per il consumatore più agevole l'onere probatorio, dovendo egli provare il solo nesso di causalità.

La dimostrazione dell'illecito risulta così semplificata poiché il dato oggettivo dell'ingiustizia e quello soggettivo della colpa saranno già stati individuati dall'Autorità Garante.

Per ingiustizia del danno si intende un fatto contrario ai concetti di buona fede, correttezza e lealtà (articolo 2 lett. *c*, *c bis* cod. cons.)

Per colpa, invece, si prevede l'elemento soggettivo che collega la scorrettezza della pratica alla diligenza professionale.

In realtà, "l'indagine che va dalla pratica commerciale scorretta al risarcimento del danno"<sup>139</sup> risulta anch'essa semplificata in relazione al nesso di causalità grazie all'intervento dell'Autorità Garante.

Come già detto, la pratica commerciale scorretta è tale qualora «*falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del destinatario*».

Per parlare di pratica commerciale scorretta è quindi necessario che essa, oltre ad essere contraria alla diligenza professionale, abbia influenzato in modo significativo le scelte economiche del consumatore.

---

<sup>137</sup>M. BIANCA, *Diritto civile 5 - Responsabilità*-, Milano, 2012, p. 584 ss.

<sup>138</sup>Tra gli esponenti della dottrina che limitavano il risarcimento del danno alla violazione del diritto soggettivo si veda C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e Resp.*, 2004, V.V, p. 469 ss.

<sup>139</sup>A. ZIMATORE, *op. cit.*, cit. p. 585.

L'accertamento dell'Autorità Garante agevola l'onere probatorio del consumatore proprio perché l'idoneità della condotta del professionista a influenzare le scelte del destinatario della fornitura è già insita nella qualificazione della pratica commerciale come scorretta<sup>140</sup>.

In simili circostanze perciò, il giudice dovrà valutare il pregiudizio subito dal consumatore a seguito della pratica commerciale scorretta.

Infine, è opportuno notare come il nostro legislatore abbia scelto di tutelare il consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta anche attraverso lo strumento risarcitorio *ex* articolo 1337 cod. civ.

In tal caso, a differenza di quanto disposto dall'articolo 2043 cod. civ., la pratica commerciale scorretta pregiudica la libertà di scelta del consumatore nella fase precontrattuale.

Nell'ipotesi di specie, il legislatore collega alla violazione dell'«*obbligo di buona fede*» il risarcimento del danno.

Secondo l'opinione ormai consolidata tale obbligo equivale a un dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, “che impone di mantenere un comportamento leale (specificantesi in obblighi di informazione e di avviso), volto alla salvaguardi dell'altrui utilità, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio”<sup>141</sup>.

In tale ipotesi il danno risarcibile consiste nel «*danno differenziale*», vale a dire ad un risarcimento del danno commisurato al «*minor vantaggio*» oppure al «*maggior aggravio economico*»<sup>142</sup>, «*prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede*»<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup>Si veda in tal senso M. NUZZO, *op. cit.*, p. 240.

<sup>141</sup>U. PERFETTI, *op. cit.*, cit. p. 286. In questi termini, Cass. 15 febbraio 2007, n. 3462, *CED Cassazione*, Rv. 598434.

<sup>142</sup>Cfr. Cass. sent. 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725.

<sup>143</sup>Si veda sul tema A. CATRICALÀ e M. P. PIGNALOSA, *op. cit.*, p. 77 ss. La Corte di Cassazione ha ribadito tale principio in diverse occasioni tra cui menzioniamo la Cass. Civ., Sez. Unite, n. 26725/2005 in *Resp. Civ. e Prev.* 2008, 3, p. 547 ss., con nota di F. Greco

## CAPITOLO III

### LA TUTELA DEL CONSUMATORE IN EUROPA: ORDINAMENTI GIUDICI A CONFRONTO

SOMMARIO: 3.1. La discrezionalità degli Stati membri e la tutela del consumatore. - 3.2. Gli strumenti di tutela offerti dal legislatore inglese. - 3.3. La “*class action*”: esperienze giuridiche a confronto.

#### 3.1. La discrezionalità degli Stati membri e la tutela del consumatore

Volendo porre l’attenzione sulle diverse forme di tutela previste dagli Stati membri a favore del consumatore vittima di una fornitura non richiesta, e più in generale di una pratica commerciale scorretta, si nota una forte eterogeneità tra gli strumenti a disposizione del consumatore stesso.

La scelta degli Stati membri di disporre forme di tutela differenti tra loro non deve stupire poiché è implicitamente riconosciuta dalla direttiva 2005/29/CE la quale permette di adottare ampi margini di discrezionalità<sup>144</sup> nella sua applicazione.

L’articolo 3, paragrafo 2, della direttiva, infatti, nel disciplinare l’ambito di applicazione prescrive che la direttiva stessa «*non pregiudica l’applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto*».

Così facendo, il legislatore comunitario non ha, in alcun modo, imposto a quelli nazionali di adottare specifiche forme di tutela per garantire l’efficacia e la validità del contratto<sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup>La discrezionalità in questione non è smentita neppure dai successivi interventi del legislatore comunitario come nel caso della direttiva 2011/83/UE sui diritti del consumatore, in particolar modo ai considerando 2 e 14. Si veda sul tema V. MAZZAMUTO e A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, *passim*, i quali, nell’analizzare la direttiva del 2011, ritengono che la discrezionalità in questione possa compromettere l’obiettivo di armonizzazione massima perseguito dalla direttiva stessa; F. PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 1160.

La prima questione di cui gli Stati membri si sono ampiamente occupati riguarda le possibili conseguenze di una pratica commerciale scorretta sulla validità del contratto.

L'elemento della discrezionalità emerge anche dal considerando 9 della direttiva in esame il quale, nel sancire che essa «*non pregiudica i ricorsi individuali proposti dai soggetti lesi da una pratica commerciale scorretta*», lascia liberi gli Stati membri di poter decidere se, ed eventualmente a quali condizioni, la violazione del divieto di eseguire una pratica commerciale scorretta sia tale da giustificare le pretese risarcitorie del consumatore<sup>146</sup>.

A causa della discrezionalità insita nel testo normativo, gli interpreti degli Stati membri hanno tentato di comprendere entro quali limiti il consumatore possa ritenere valido o meno il contratto, nonché di identificare i casi in cui possa richiedere il risarcimento per il danno subito.

Si comprende come la mancanza di termini precisi e inequivoci nella direttiva abbia suscitato numerosi problemi, applicativi e interpretativi, soprattutto in quei paesi che non si sono pronunciati circa gli strumenti di tutela del consumatore.

Alcuni ordinamenti, infatti, hanno mantenuto al riguardo un rigoroso silenzio; altri si sono limitati a riprodurre fedelmente la disposizione comunitaria; solo alcuni, infine, hanno enunciato esplicitamente le forme di tutela riservate al consumatore.

Tra i paesi che non si sono pronunciati circa la validità del contratto perfezionato a seguito di pratica commerciale scorretta citiamo la Spagna.

Nell'ordinamento spagnolo le pratiche commerciali scorrette sono regolate dalla *Ley 29/2009* del 30 dicembre sul regime di concorrenza sleale e sulla pubblicità<sup>147</sup> che nulla dispone a proposito della validità del contratto.

---

<sup>145</sup> Si veda sul tema G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/CE*, in AA.VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008, p. 20 ss., il quale esclude che il legislatore nazionale sia obbligato ad annullare o, nei casi più estremi, a qualificare automaticamente nullo il contratto stipulato a seguito di una pratica commerciale scorretta.

<sup>146</sup> Particolare attenzione al diritto al risarcimento del danno è stata prestata da numerosi Stati membri tra cui l'Italia e il Regno Unito.

<sup>147</sup> La *Ley 29/2009*, *por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y*, ha modificato il *Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Le citate disposizioni sulle pratiche commerciali scorrette integrano la già esistente legge sulla concorrenza sleale<sup>148</sup>.

La *Ley 29/2009*, infatti, annovera fra le azioni suscettibili di essere esercitate a fronte di un atto di concorrenza sleale le azioni di risarcimento dei danni cagionati dalla condotta sleale, come nel caso di pratica commerciale scorretta.

Secondo la *Ley 29/2009* la legittimazione a esperire l'azione di risarcimento spetta «a qualunque persona, fisica o giuridica, che partecipi al mercato, i cui interessi economici risultino direttamente pregiudicati dalla condotta sleale».

In base a quanto detto, quindi, anche il singolo consumatore potrà far valere le proprie pretese risarcitorie nei confronti del professionista che, con dolo o colpa, abbia messo in atto una pratica commerciale scorretta<sup>149</sup>.

Tuttavia seppure il risarcimento del danno non è contemplato esplicitamente esso è comunque desumibile dalle disposizioni contenute nella normativa generale sulla concorrenza sleale, la *Ley de defensa de la Competencia n.15 del 2007*.

Nella legislazione spagnola, inoltre, il diritto al risarcimento del danno del consumatore ha natura extracontrattuale.

L'accertamento dell'esistenza di pratiche commerciali scorrette è di competenza dell'apposita sede *Antitrust*.

Da ciò deriva che la pratica commerciale, per il solo fatto di essere stata giudicata sleale dall'Autorità competente, possa determinare l'insorgere della pretesa risarcitoria di natura extracontrattuale a favore del consumatore. In forza di ciò il destinatario della fornitura può richiedere il risarcimento del danno in sede di giudizio ordinario.

---

<sup>148</sup>Cfr. *Preámbulo II Ley 29/2009*: «La Directiva viene a regular una serie de conductas encuadrables dentro del marco de la competencia desleal, poniendo el énfasis en sus efectos in encuadrables dentro del marco de la competencia desleal, poniendo el énfasis en sus efectos indeseables frente a los consumidores. Esta ley nace con el propósito de que la legislación protectora de los consumidores se integre de manera coherente dentro de la regulación del mercado, constituida aquí por la Ley de Competencia Desleal, como forma de asegurar que aquella tutela sea la más efectiva y que la normativa del mercado no quede desintegrada».

<sup>149</sup>Anche la Danimarca e la Svezia hanno introdotto la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette modificando le leggi sulla concorrenza sleale esistenti nei rispettivi paesi (La *Marknadsforingslag* danese del 2005 e la *Marknadsforingslag* svedese del 2008).

Colui che abbia stipulato il contratto a seguito di una pratica commerciale scorretta avrà dunque solamente l'onere di dimostrare di aver subito il danno.

La soluzione adottata dal legislatore spagnolo in fase di recepimento circa la validità o meno del contratto non è però isolata, basti pensare al silenzio serbato dal legislatore greco.

In Grecia, la direttiva 2005/29/CE è stata recepita con la legge n. 3587 del 2007. Quest'ultima ha modificato e integrato la legge 2251/1994 sulla protezione dei consumatori senza, però, nulla disporre circa la validità del contratto stipulato a seguito di una pratica commerciale scorretta.

Tra i paesi che invece si sono limitati a riprodurre pedissequamente la norma comunitaria individuiamo, tra gli altri, l'Italia<sup>150</sup>, la Romania e l'Ungheria.

Come già illustrato, il silenzio serbato dal legislatore italiano ha suscitato non pochi dubbi interpretativi e applicativi. In particolare riguardo la nullità o l'annullamento del contratto perfezionato in seguito a pratica commerciale scorretta, quale ad esempio la *fornitura non richiesta*.

Tuttavia, la forma di tutela maggiormente applicabile è l'annullamento<sup>151</sup>.

Nonostante le scelte di alcuni legislatori nazionali corrispondano a quelle appena illustrate, molti altri hanno optato per una soluzione radicalmente opposta potenziando così gli strumenti di *private enforcement* a favore del consumatore.

A tal proposito si prendano in esame gli ordinamenti degli Stati che, in fase di recepimento della direttiva 2005/29/CE, hanno scelto di introdurre nei rispettivi ordinamenti norme sulla validità del contratto stipulato a seguito di pratiche commerciali scorrette, sull'eventuale risarcimento per il danno subito e/o sulla restituzione dei beni.

In Francia, ad esempio, il contratto stipulato a seguito di una pratica commerciale scorretta è automaticamente nullo purché la pratica sia aggressiva, come dispone l'articolo 121-15 del *Code de la consommation*<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup>Per l'ordinamento italiano si veda l'art. 19, comma 2, lett. a), del d.lgs. 146/2007.

<sup>151</sup>Si veda il paragrafo 2.5.

<sup>152</sup>Tale articolo dispone che: «*Lorsqu'une pratique commerciale agressive aboutit à la conclusion d'un contrat, celui-ci est nul et de nul effet*».

Il legislatore francese invece non ha disposto la nullità dei contratti stipulati a seguito di pratiche commerciali ingannevoli. In questi casi sono previste solo sanzioni inibitorie.

È comunque necessario evidenziare come parte della dottrina francese ritenga che la nullità possa estendersi a tutti i contratti stipulati a seguito di una pratica commerciale scorretta, dunque anche nel caso di pratica ingannevole<sup>153</sup>.

Notiamo pertanto la differenza applicata in fase di recepimento della direttiva 2005/29/CE tra il legislatore francese e quello italiano.

Nell'ordinamento francese la pratica commerciale scorretta, se ritenuta aggressiva dall'Autorità *Antitrust* competente, determina automaticamente la nullità del contratto.

In tal caso si tratta di effetti diretti poiché il mero accertamento da parte dall'Autorità competente è idoneo a determinare la nullità del contratto.

Nel nostro ordinamento, invece, il preventivo accertamento da parte dell'A.G.C.M. sulla scorrettezza della pratica commerciale eseguita, non produce effetti diretti sul contratto.

Come già visto, infatti, il provvedimento sanzionatorio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato corrisponde esclusivamente ad una “presunzione forte”<sup>154</sup>.

Questa facilita il consumatore che ricorrendo in giudizio potrà richiedere l'invalidità del contratto dando prova dei soli elementi dell'illecito civile, vale a dire l'ingiustizia del danno, la colpevolezza e il nesso eziologico tra la condotta e il danno.

Spostando ora l'attenzione sulla realtà giuridica belga, desta particolare interesse la singolare tutela disposta dal legislatore a favore del consumatore che sia parte di un contratto stipulato a seguito di una fornitura non richiesta.

---

<sup>153</sup>Si veda in tal senso G. RAYMOND, *Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n. 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*, in *Contrats, concurrence, consommation*, 2008, Etude n. 3.

<sup>154</sup>Si veda sul tema A. CATRICALÀ e M. P. PIGNALOSA, *op. cit.*, cit. p. 69 ss.

Nell'ordinamento belga la tutela del consumatore è disposta dalla *Loi relative aux pratiques du marché et a la protection du consommateur* del 6 aprile 2010<sup>155</sup>.

L'articolo 41<sup>156</sup> di tale legge esonera il consumatore che abbia ricevuto beni o servizi oggetto di un contratto stipulato a seguito di una pratica commerciale in ogni caso aggressiva, di cui all'articolo 94, numeri 1, 2 e 8, o ingannevole, di cui all'articolo 91, numeri 12, 16 e 17, dalla restituzione dei beni in questione.

Inoltre la soluzione accolta dalla legislazione belga permette al consumatore di ottenere il rimborso delle somme eventualmente versate al professionista entro un «*terme raisonnable*». Tale termine decorre dal momento in cui il consumatore «*è venuto a conoscenza o sarebbe potuto venire a conoscenza*» dell'illeceità della pratica.

Qualora invece il contratto sia stipulato a seguito di una delle previsioni normative aventi ad oggetto una pratica commerciale scorretta che non rientri tra quelle disciplinate dagli articoli 91 e 94, spetterà al giudice valutare il caso di specie ed eventualmente condannare il professionista a rimborsare al consumatore le somme versate.

In entrambi i casi però, il destinatario della fornitura è esonerato dal dover restituire la merce al professionista.

La particolarità della soluzione offerta dal legislatore belga ha come fine di dissuadere il professionista dall'esecuzione di questo tipo di pratiche.

---

<sup>155</sup>Tale legge ha sostituito la precedente Legge del 5 giugno 2007 la quale aveva a sua volta modificato la legge “*Sur Les Pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur del 1991*”. In seguito a tale intervento legislativo, le disposizioni in attuazione della direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette rivolte ai consumatori sono collocate nel Capitolo IV, sez. I, della legge 6 aprile 2010.

<sup>156</sup>L'articolo in esame dispone quanto segue: «*Lorsqu'un contrat avec un consommateur a été conclu à la suite d'une pratique commerciale déloyale visée à l'article 91, 12°, 16° et 17°, et à l'article 94, 1°, 2° et 8°, le consommateur peut, dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de son existence, exiger le remboursement des sommes payées, sans restitution du produit livré. Lorsqu'un contrat avec un consommateur a été conclu à la suite d'une pratique commerciale déloyale visée aux articles 84 à 86, 91, 1° à 11°, 13° à 15, 18° à 23°, et à l'article 94, 3° à 7°, le juge peut, sans préjudice des sanctions de droit commun, ordonner le remboursement au consommateur des sommes qu'il a payées, sans restitution par celui-ci du produit livré. En cas de fourniture non demandée au consommateur au sens de l'article 94, 6°, le consommateur est en tout cas dispensé du paiement du prix ou de toute autre contreprestation, l'absence de réponse ne valant pas consentement de celui-ci*».

Il contratto stipulato in simili circostanze si converte, di fatto, da contratto oneroso a gratuito.

Nel caso di contratto stipulato a seguito di pratica commerciale scorretta il professionista non otterrà dunque alcun guadagno né la restituzione dei beni.

Ponendo l'attenzione in particolare sulle forniture non richieste, il legislatore belga ha sancito, sempre all'articolo 41 della medesima legge, che il consumatore, ai sensi dell'articolo 94, comma 6, «è in ogni caso esonerato dal pagamento del prezzo e da ogni altra controprestazione»<sup>157</sup>.

Come disposto dal legislatore italiano, anche quello belga ha voluto evitare che il professionista attribuisse all'assenza di risposta del consumatore il valore di consenso, disponendo che «l'assenza di risposta non implica consenso».

Qualora fosse stipulato un contratto a seguito di una fornitura non richiesta quindi, il consumatore avrebbe diritto a ottenere il rimborso delle somme versate senza dover restituire la merce mentre, viceversa, se il consumatore non manifestasse la propria volontà, alla sua assenza di risposta non potrebbe essere attribuito il valore di consenso.

Un altro Stato membro che ha adottato strumenti di tutela a favore del consumatore è il Portogallo.

La tutela del consumatore che stipuli un contratto a seguito di una pratica commerciale scorretta è disposta del *decreto-Loi n. 57* del 26 marzo del 2008, in particolar modo dall'articolo 14<sup>158</sup>.

Tale articolo prevede che il consumatore abbia la possibilità di scegliere se richiedere l'annullamento del contratto al giudice ordinario, ai sensi dell'articolo

---

<sup>157</sup>L'articolo 94, nel descrivere le «*pratiques commerciales déloyales en toutes circonstances*», annovera diverse condotte tali da identificare una pratica commerciale aggressiva tra cui, al comma 6, quelle consistenti nell'esigere «*le paiement immédiat ou différé de produits fournis par l'entreprise sans que le consommateur les ait demandés, ou exiger leur renvoi ou leur conservation*».

<sup>158</sup>Tale articolo, rubricato «*Invalidez dos contratos*», dispone che «*Os contratos celebrados sob a influência de alguma prática comercial desleal são anuláveis a pedido do consumidor, nos termos do artigo 287 o do Código Civil. 2 — Em vez da anulação, pode o consumidor requerer a modificação do contrato segundo juízos de equidade. 3 — Se a invalidade afectar apenas uma ou mais cláusulas do contrato, pode o consumidor optar pela manutenção deste, reduzido ao seu conteúdo válido*».

287 del Codice civile portoghese o, in alternativa, la modifica del contenuto del contratto stesso.

L'utente che agisca in giudizio richiedendo l'annullamento del contratto dovrà dimostrare al giudice che la pratica commerciale ha indotto, o comunque influenzato, la sua decisione di concludere il contratto.

Se invece il consumatore scelga di richiedere la modifica del contratto, quest'ultima avviene secondo equità o, in alternativa, attraverso la mera eliminazione delle clausole il cui inserimento è stato influenzato dalla pratica commerciale scorretta.

Infine, per quanto concerne il risarcimento del danno, l'articolo 15 del *decreto-Loi n. 57* attribuisce al consumatore che stipuli un contratto in simili circostanze, a prescindere dall'aggressività o dall'ingannevolezza, il diritto di essere risarcito per i danni subiti.

Sebbene l'esperienza giuridica portoghese individui l'annullamento del contratto come possibile forma di tutela a favore del consumatore, tale soluzione risulta assai distante da quella contemplata nel nostro ordinamento.

In Italia, infatti, questa forma di invalidità è prevista per i contratti stipulati a seguito di pratiche commerciali che comportino un vizio della volontà, come l'errore, il dolo o la violenza.

In Portogallo, invece, l'annullamento deriva da una causa differente, ossia l'aver stipulato il contratto *sotto l'influenza di una pratica commerciale*<sup>159</sup>.

L'«influenza» esercitata dalla pratica commerciale scorretta non può essere identificata come uno dei vizi tradizionali del volere, previsti dal legislatore italiano.

A seguito di tale analisi comprendiamo quindi come la violazione del divieto di eseguire pratiche commerciali scorrette possa avere effetti diretti sulla validità del contratto solamente qualora il legislatore lo preveda espressamente.

---

<sup>159</sup>Si veda in tal senso G. DE CRISTOFARO, *Le conseguenze della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali del Paesi UE*, in *Rassegna di diritto civile*, n. 3, 2010, p. 880 ss.

### 3.2. La tutela del consumatore nel Regno Unito

L'ordinamento inglese, a differenza della maggior parte di quelli fin ora esaminati, si caratterizza per le numerose disposizioni concernenti la validità del contratto stipulato a seguito di pratica commerciale scorretta, quale la fornitura non richiesta.

Partendo dal dato normativo individueremo le forme di tutela e analizzeremo il sistema inglese in chiave comparata, cercando così di evidenziare le differenze, e le eventuali similitudini, con gli ordinamenti degli Stati membri.

Nell'ordinamento inglese la direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette è stata recepita attraverso lo *Statutory Instrument n. 127/2008*, "*The consumers Protection from Unfair Trading Regulation 2008*" dell' 26 maggio 2008, completato dalla *Guidance on the U.K., Regulations 2008*<sup>160</sup>.

Nel 2014 però, il quadro normativo inglese è stato modificato con l'introduzione delle *Consumer Protection (Amendment) Regulations 2014*, le quali hanno inserito all'interno dello *Statutory Instrument n. 1277/2008* la *New Part 4*, intitolata "*Consumers right to redress*".

Il sistema giuridico britannico, a differenza di quello adottato dalla gran parte degli Stati membri, tenta di arginare il diffondersi delle pratiche commerciali scorrette attraverso *misure preventive*.

Le misure preventive, in particolar modo sotto forma di linee guida, sono risultate molto valide.

Si tratta di documenti che, seppur non rientrino nel rango formale delle fonti normative, hanno il compito di chiarire l'oggetto dall'atto cui si riferiscono.

---

<sup>160</sup>Tale documento ha facilitato l'interpretazione e la conseguente applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette. La guida in esame, infatti, descrive l'ambito d'applicazione dello *Statutory Instrument n. 127/2008* illustrando come quest'ultimo si applichi solamente nel caso di pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori. Leggendo accuratamente il testo però, ci si rende conto di come lo *Statutory Instrument* si applichi anche qualora la pratica commerciale sia eseguita da un professionista nei confronti di un altro professionista e ciò derivino pregiudizi per uno o più consumatori. A tal proposito la *Guidance* del 2008 dispone che: "*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*".

Esse, inoltre, esplicano una serie di elementi tra cui le sanzioni in cui potrebbe incorrere colui che violi le disposizioni del documento in esame.

Il sistema di tutela preventiva è poi affiancato da quello delle sanzioni civili e penali.

Queste ultime sono molto efficaci poiché particolarmente gravose per il professionista e quindi realmente dissuasive.

La *Section 13* delle citate *Regulations*, ad esempio, prevede che il professionista che esegua una pratica commerciale scorretta in violazione del divieto sancito dal legislatore potrà essere condannato<sup>161</sup> non soltanto al pagamento delle sanzioni pecuniarie ma anche alla pena detentiva<sup>162</sup>.

Le sanzioni civili e penali sono disposte dal giudice ordinario su istanza di tre Autorità amministrative indipendenti, vale a dire *l'Office of Fair Trading*, *Department of Enterprise*, *the Trade and Investment in Northern Ireland* o le *Local Authorities Trading Services*.

Il sistema inglese presenta notevoli differenze con la maggior parte degli Stati membri e la scelta di affidare al giudice ordinario il compito di irrogare le sanzioni ne è un esempio.

Nell'ordinamento italiano, infatti, il professionista che violi il divieto di eseguire una pratica commerciale scorretta è sanzionato dall'Autorità amministrativa competente, l'A.G.C.M., e non dal giudice ordinario.

Come già detto, il piano di tutela dinnanzi al giudice e quello dinnanzi all'Autorità amministrativa competente sono differenti e autonomi.

---

<sup>161</sup>La violazione del divieto di eseguire pratiche commerciali scorrette è disposta dalla *Section 27B* dello *Statutory Instrument*. Tale norma dispone che «*In this Part "prohibited practice" means a commercial practice that—(a) is a misleading action under regulation 5, or (b) is aggressive under regulation 7. Regulations 5 and 7 apply for the purposes of this Part as if for the definition of "transactional decision" in regulation 2(1) there were substituted*». La *Section* in esame fornisce poi una definizione di "*Transactional decision*", vale dire di decisione di natura commerciale, descrivendola come «*any decision taken by a consumer to enter into a contract with a trader for the sale or supply of a product by the trader, or for the sale of goods to the trader, or to make a payment to a trader for the supply of a product*».

<sup>162</sup>La *Section 13*, rubricata "*Penalty for offences*", dispone che «*A person guilty of an offence under regulation 8, 9, 10, 11 or 12 shall be liable — (a) on summary conviction, to a fine not exceeding the statutory maximum; or (b) on conviction on indictment, to a fine or imprisonment for a term not exceeding two years or both*».

Il legislatore inglese, oltre a tutelare il consumatore disponendo misure preventive e inibitorie verso il professionista, riconosce ai consumatori vittime di una pratica commerciale scorretta, quale la fornitura non richiesta, la possibilità di ottenere il risarcimento del danno subito per mezzo dell'azione di classe<sup>163</sup>.

Per comprendere come il legislatore anglosassone abbia tutelato il consumatore è necessario richiamare la *Section 29* delle *Consumer Protection (Amendment) Regulation 2014*, intitolata "*Validity of Agreement*".

In tale norma si riscontra che la violazione del divieto di porre in essere «*unfair commercial practices*» non determina l'invalidità del contratto<sup>164</sup>.

Il legislatore inglese, a differenza di altri Stati membri tra cui l'Italia e la Spagna, si è pronunciato su tale aspetto nel tentativo di ridurre gli eventuali problemi applicativi e interpretativi che sarebbero andati a discapito del consumatore.

Il consumatore che stipuli un contratto a seguito di una fornitura non richiesta ha il diritto di recedere dal contratto nonché, in alternativa, di poter ottenere uno sconto sul prezzo dei beni.

Il recesso riconosciuto dal legislatore anglosassone corrisponde a una forma di recesso *ad nutum* che non comporta alcun onere né spese per il consumatore<sup>165</sup>.

Qualora quest'ultimo stipuli un contratto con il professionista a seguito di una pratica commerciale scorretta, egli potrà recedere dal rapporto contrattuale senza dover in alcun modo risarcire il professionista né tanto meno giustificare la propria scelta, purché il contratto stipulato tra le parti sia stato perfezionato a fronte di alcuni elementi.

Le prime condizioni necessarie affinché il consumatore possa recedere sono descritte dalla *Section 27A* delle citate *Regulations*.

Tale norma dispone che il consumatore possa recedere solamente:

---

<sup>163</sup>Per un'analisi approfondita sul tema si veda il paragrafo 3.3.

<sup>164</sup>Il divieto di eseguire pratiche commerciali scorrette è ribadito nella legislazione inglese dalla *Section 3* dello *Statutory Instrument 1277/2008*, rubricata "*Prohibition of unfair commercial practices*".

<sup>165</sup>Il recesso «*ad nutum*» corrisponde a una forma di recesso riconosciuta dal nostro ordinamento che permette alla parte titolare di tale diritto di recedere unilateralmente dal contratto, senza dover fornire alcuna spiegazione alla controparte.

a) nei “*business to consumer contracts*” che abbiano ad oggetto la vendita di beni o la fornitura di un servizio da parte del professionista; b) nei contratti “*consumer to business*” aventi a oggetto la vendita di beni da parte del consumatore al professionista; c) qualora il consumatore abbia pagato al professionista il corrispettivo della fornitura di un prodotto<sup>166</sup>.

Per recedere dal contratto tuttavia è necessario che sussista un’ulteriore condizione cioè che il professionista sia consapevole del fatto che il suo comportamento corrisponda ad una pratica commerciale vietata o tutt’al più che egli sia nelle condizioni di prevederlo.

L’elemento della consapevolezza del professionista appare alquanto singolare e non è considerato in altri ordinamenti tra cui quello italiano.

In Italia, infatti, l’esecuzione di una pratica commerciale scorretta è un atto illecito poiché compiuta in violazione di un divieto e in tal caso il professionista è sanzionato per il solo fatto di averla posta in essere.

Un’altra condizione che deve sussistere affinché il consumatore possa recedere dal contratto è la dimostrazione del fatto che la pratica commerciale eseguita dal professionista abbia fortemente influenzato la sua decisione di concludere il contratto<sup>167</sup>.

La figura del *consumatore medio*, utilizzata dal legislatore comunitario come parametro per valutare l’eventuale scorrettezza della pratica commerciale, risulta nel Regno Unito poco considerata poiché maggior rilevanza è riservata al singolo caso.

Il legislatore inglese in fase di recepimento ha attenuato gli effetti che l’accertamento della scorrettezza dalla pratica commerciale ha sul contratto,

---

<sup>166</sup>Seppure queste tre ipotesi comprendano una vasta gamma di contratti, il diritto di recesso resta escluso qualora il contratto abbia ad oggetto beni immobili o servizi finanziari. La norma, infatti, dispone che “*Paragraph (2)(b) does not apply if, under the contract, the trader supplies or agrees to supply a product to the consumer as well as paying or agreeing to pay the consumer*”.

<sup>167</sup>La *Section 27A*, paragrafo 6, descrive tale elemento con la locuzione «*significant factor*». L’aggettivo «*significant*» racchiude in sé tutti i contegni eseguiti dal professionista per realizzare la pratica commerciale scorretta. In assenza di tali comportamenti quindi, il consumatore non avrebbe perfezionato il contratto. A tale aggettivo va attribuito il significato di “elemento determinante”.

attribuendo al singolo interessato l'onere di dimostrare che i contegni eseguiti dal professionista siano stati decisivi per il perfezionamento del contratto.

Qualora sussistano tutte le condizioni elencate, il consumatore potrà recedere risultando libero dalle obbligazioni eventualmente assunte.

A fronte del recesso il consumatore non avrà alcun obbligo nei confronti del professionista il quale, viceversa, non solo dovrà restituire le eventuali somme ricevute ma anche provvedere anche a rimborsare le spese sostenute dal consumatore per recedere dal contratto<sup>168</sup>.

Il legislatore inglese, a differenza di quello italiano, offre come strumento di tutela del consumatore il recesso<sup>169</sup> e non l'annullamento.

Il diritto di recesso è riconosciuto alla parte debole dell'accordo solo qualora egli possa dimostrare che la pratica commerciale sia stata determinante nell'influenzare la sua decisione di perfezionare il contratto.

La scelta del legislatore britannico riduce quindi gli effetti diretti che l'accertamento della scorrettezza della pratica comporta sul contratto, a differenza di quanto accade nel già citato ordinamento francese.

Rispetto alle tipiche forme di invalidità, quali la nullità o l'annullamento, il recesso *ad nutum* è una forma di tutela indubbiamente meno gravosa per il consumatore.

Egli, infatti, non è costretto ad affrontare il giudizio civile né deve supportare gli ingenti costi che ne deriverebbero.

Inoltre, egli non deve dimostrare la sussistenza di particolari elementi sul piano probatorio, a differenza di quanto disposto per l'annullamento nell'ordinamento italiano.

Questa forma di tutela prescinde dalla dimostrazione in capo alla parte che recede del nesso di causalità tra la pratica commerciale scorretta e la volontà insita nel consumatore.

---

<sup>168</sup>La *Section 27F* dispone che, nei contratti “*business to consumer*”, il consumatore che receda abbia diritto a «*receive back the same amount of money as the consumer paid*».

<sup>169</sup>Cfr. *Sections 27E, 27F e 27G degli Statutory Instruments 2014 n. 870*.

Il secondo strumento di tutela riconosciuto al consumatore che stipuli un contratto a seguito di una pratica commerciale scorretta, quale la fornitura non richiesta, è la riduzione del prezzo dei beni ricevuti.

Tale opzione è alternativa al recesso e interviene solo a condizione che il consumatore abbia già eseguito il pagamento di una o più rate del prezzo finale oppure ove non sussistano più i presupposti per recedere dal contratto.

Quest'ultima ipotesi si determina, ad esempio, quando sia spirato il termine per recedere dal contratto disposto dalla già citata *Section 27E*<sup>170</sup>, oppure se la restituzione del bene fornito sia divenuta impossibile perché il bene sia stato alienato, sia perito o distrutto.

Il legislatore inglese ha prestato molta attenzione a disciplinare la riduzione del prezzo ed ha elencato ogni singola ipotesi disponendo, nella *Section 27I* delle *Consumer Protection (Amendment) Regulations 2014*, le rispettive percentuali di sconto.

Le riduzioni del prezzo variano, dal 25% al 100%<sup>171</sup>, a seconda della «*seriousness of the prohibited practice*», vale a dire della gravità della pratica commerciale eseguita dal professionista.

Il legislatore anglosassone, al punto 5 della *Section 27I*, ha inoltre stabilito che gli elementi da esaminare al fine di comprendere il livello di gravità di una pratica commerciale siano: *a)* il comportamento del professionista; *b)* l'impatto sul consumatore, da intendere come conseguenze subite da quest'ultimo; *c)* il lasso di tempo trascorso tra l'esecuzione della pratica commerciale scorretta e la richiesta di riduzione del prezzo.

La valutazione della gravità della condotta del professionista però non interviene qualora sussistano le condizioni descritte al punto 6 della medesima *Section*.

---

<sup>170</sup>Nei contratti “*business to consumer*” il termine per recedere è di 90 giorni della loro stipulazione. Circa i termini del recesso, l'articolo 27E dispone che “*In paragraph (1)(a) “the relevant period” means the period of 90 days beginning with the later of— (a)the day on which the consumer enters into the contract, and (b)the relevant day*”.

<sup>171</sup>Il punto 4 della *Section 27I* dispone che: «*Subject to paragraph (6), the relevant percentage is as follows—(a) if the prohibited practice is more than minor, it is 25%,(b) if the prohibited practice is significant, it is 50%,(c) if the prohibited practice is serious, it is 75%, and (d) if the prohibited practice is very serious, it is 100%*».

Tali condizioni sono tre e si determinano quando: a) l'importo da pagare stabilito dal contratto sia inferiore a £ 5.000; b) il prezzo di mercato del prodotto è inferiore a quello stabilito nel contratto; c) se non sia evidente la differenza tra il prezzo di mercato e quello stabilito nel contratto.

Qualora sussista uno dei requisiti menzionati, la valutazione della percentuale di riduzione del prezzo corrisponde alla differenza, calcolata in percentuale, che intercorre tra il prezzo di mercato e l'importo stabilito nel contratto.

In conclusione, a prescindere dal tipo di tutela alla quale ricorra il consumatore che stipuli un contratto a seguito di una pratica commerciale scorretta, egli ha in ogni caso il diritto di ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e non.

Nella *Section 27J* risulta che il consumatore possa rivendicare tale diritto non solo qualora abbia subito una perdita economica ma anche se sussistano determinate circostanze come l'aver subito «*alarm, distress or physical inconvenience or discomfort*», ossia qualsiasi tipo di disagio fisico e non.

Il diritto al risarcimento del danno non può però essere esercitato qualora il professionista dimostri in primo luogo che la pratica commerciale sia stata eseguita a fronte di un errore, oppure sulla base di informazioni fornite da un soggetto differente dal professionista stesso, o ancora, che l'esecuzione sia dipesa da fattori incidentali indipendenti dal controllo del professionista.

Per evitare di risarcire il danno al consumatore, il professionista deve inoltre dimostrare di aver preso tutte le precauzioni necessarie e di aver esercitato la dovuta diligenza per evitare il verificarsi della pratica commerciale scorretta<sup>172</sup>.

A differenza di quanto avviene nel nostro ordinamento, per il legislatore anglosassone la pratica commerciale scorretta dà sempre luogo al risarcimento del danno, fatta salva la prova contraria da parte del professionista.

---

<sup>172</sup>La *Section 27J*, al punto 5, dispone che «*A consumer does not have the right to damages if the trader proves that: a) the occurrence of the prohibited practice in question was due to (i) a mistake; (ii) reliance on information supplied to the trader by another person; (iii) the act or default of a person other than the trader; (iv) an accident; (v) another cause beyond the trader's control, and b) the trader took all responsible precaution and exercised all due diligence to avoid the occurrence of prohibited practice*».

A seguito di una pratica commerciale scorretta si determina quindi una sorta di presunzione circa la sussistenza del nesso di causalità tra il danno provocato dal professionista e l'azione da esso compiuta.

Tale nesso potrà essere smentito solamente dalla sussistenza di uno degli elementi dalla già citata *Section 27J*.

### **3.3. La “class action”: esperienze giuridiche a confronto**

Esaminati gli strumenti di tutela offerti dai legislatori nazionali ai consumatori che stipulino un contratto a seguito di una fornitura non richiesta, è ora opportuno soffermare l'attenzione su un'ulteriore forma di tutela riconosciuta al consumatore: «*class action*».

L'azione di classe è lo strumento giuridico che riconosce a più consumatori, danneggiati dalla medesima condotta illecita del professionista, la possibilità di essere tutelati gestendo collettivamente gli interessi individuali e di ottenere, oltre a eventuali restituzioni, il risarcimento per il danno subito<sup>173</sup>.

Tutti i consumatori vittime del medesimo fatto illecito possono riunire le singole azioni legali in un'unica causa collettiva.

Tra i benefici riservati ai ricorrenti troviamo la garanzia della certezza del diritto oltre che quella dell'efficacia e dell'equità del risultato.

I partecipanti alla *class action*, inoltre, possono contare su di un numero maggiore di casi e di mezzi di prova per dimostrare l'illiceità del fatto.

Prendendo parte all'azione di classe tutti gli individui, vittime dello stesso fatto illecito, potranno sostenere con minor impegno i costi del giudizio poiché suddivisi tra tutti i partecipanti.

---

<sup>173</sup>G. ALPA, *L'art. 140 bis del Codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 379 ss.; A. BRIGUGLIO, *L'azione collettiva risarcitoria (art. 140-bis. Codice del consumo)*, Torino, 2008, *passim.*; F. DE STEFANO, *L'azione di classe*, in *Giur. merito*, 2010, p. 1149 ss.; P. SCHLESINGER, *La nuova “azione di classe”*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 547 ss.

L'azione di classe è dunque uno strumento dissuasivo per il professionista poiché permette l'accesso alla giustizia anche ai consumatori che intendano ottenere un risarcimento del danno a fronte del compimento di un abuso non eccessivamente grave in termini economici.

Prima dell'introduzione di tale strumento, infatti, la maggior parte dei consumatori desisteva dall'intraprendere azioni legali qualora il danno subito non fosse particolarmente ingente proprio per evitare di sostenere costi del giudizio superiori al danno stesso.

L'azione collettiva, inoltre, garantisce l'uniformità del diritto per tutti i partecipanti alla classe.

Essa, comunque, riduce ma non esclude le possibilità di ottenere sentenze contrastanti tra loro poiché ogni consumatore resta libero di partecipare o meno alla classe qualora lo ritenga conveniente.

Nell'analizzare la *class action* esamineremo brevemente le sue origini onde poi elencare le diverse procedure necessarie a porla in essere.

Cercheremo infine di individuare le ragioni per cui tale istituto abbia avuto larga applicazione nelle realtà di *Common Law* e non in altre.

I modelli di *class action* che prenderemo in esame sono quello inglese e quello italiano, entrambi ispirati dal modello statunitense ma differenti sia da quest'ultimo che tra loro.

L'azione di classe come strumento di tutela dei consumatori si diffuse negli Stati Uniti nei primi del '900, con specifica applicazione del settore del lavoro.

In quel periodo, infatti, si diffuse la tendenza dei lavoratori ad abbandonare l'approccio alla tutela individuale in favore di quella collettiva<sup>174</sup>.

Il sistema di *class action*<sup>175</sup> americano permette oggi, a più soggetti accumulati dalla medesima questione di fatto o di diritto, di promuovere un'azione civile per

---

<sup>174</sup>Negli Stati Uniti, oltre al modello federale, esistono numerose tipologie di azione di classe che sono disciplinate dai singoli stati. Il sistema normativo di riferimento è contenuto all'interno della "*Federal Rule of Civil Procedure 23*", nota anche come "*Rule 23*".

<sup>175</sup>La prima definizione di «*class action*» data dal sistema statunitense era contenuta nell'*Equity Rule 48*. Tale norma prevedeva che qualora una lite coinvolgesse un ampio numero di soggetti si sarebbe potuto procedere anche in assenza di alcuno di essi, sulla base del principio di rappresentatività. Il giudicato non era però vincolante per gli assenti. Nel 1912 l'*Equity Rule 38*

conto proprio e nello stesso tempo in rappresentanza di tutti i consumatori danneggiati dalla stessa condotta del professionista.

Il sistema di azione collettiva statunitense è caratterizzato da un alto livello di tecnicismo essendo composto di cinque differenti fasi<sup>176</sup>.

Esso, inoltre, è disciplinato non solo a livello federale<sup>177</sup> ma anche statale e ciò ha determinato l'adozione di discipline differenti nei diversi Stati.

Il modello americano si basa sul meccanismo dell'*opt-out*, vale a dire dell'automatica confluenza di tutte le pretese individuali nell'azione di classe<sup>178</sup>.

Esso inoltre prevede a monte la «*Certification*»<sup>179</sup>, la certificazione, che attribuisce a un singolo componente della classe, di regola sostenuto finanziariamente da associazioni di categoria e da un gruppo di avvocati, di adire individualmente il Tribunale chiedendo di essere riconosciuto quale idoneo rappresentante portavoce.

---

sostituì la precedente *Rule 48*. Quest'ultima permise alla *class action* di produrre effetti, non più solamente per quanti avessero partecipato bensì anche nei confronti degli assenti. La *Federal equity Rule 38* del 1912 individuava poi i requisiti necessari per promuovere la *class action*: a) l'impossibilità di far partecipare al processo tutti i membri della classe; b) l'adeguata rappresentanza della classe da parte dei soggetti partecipanti al giudizio; c) la presenza di una questione, di fatto o di diritto, comune a tutti i membri della classe.

<sup>176</sup>L'azione di classe statunitense consta di cinque fasi che, seppur sinteticamente, possono essere descritte come segue: a) *Jurisdiction*, vale a dire la fase in cui si individua il giudice competente; b) *Precertification*, fase in cui si individuano gli elementi necessari ad ottenere la «*certification*» e si nominano il «*named representative*» e il «*counsel*»; c) *Certification and Notice*, fase durante la quale la Corte informa tutti i partecipanti all'azione dell'inizio dell'azione collettiva; d) *Discovery*, fase nella quale le parti assumono le prove che poi produrranno durante il dibattimento; e) *Trial and Judgement*, fase finale durante la quale si procede a nominare la giuria, ammettere le prove, discutere la causa e infine a pronunciare la sentenza. Si veda sul punto l'articolo 23 delle *Rules of Civil Procedure*.

<sup>177</sup>La disciplina federale della *class action* americana è disposta dalla *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, norma adottata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel 1938.

<sup>178</sup>Si veda sul tema C. PUNZI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Padova, 2011, p. 665, il quale evidenzia come gli Stati Uniti d'America abbiano abbandonato il sistema di *opt-in* nel 1996, in occasione della modifica della *Rule 23*.

<sup>179</sup>Il rilascio della «*certification*» da parte del singolo presuppone, ad opera del giudice, un'accurata valutazione della sue capacità di rappresentanza della classe, oltre che un'adeguata valutazione delle sue capacità economiche necessarie per sostenere i costi del processo. Dopo aver ottenuto la «*certification*», i partecipanti alla classe non potranno attivare un giudizio individuale avente ad oggetto il medesimo credito rivendicato attraverso la *class action*.

Il modello americano rappresenta quello di riferimento ma le due tipologie di *class action* che esamineremo, quella inglese e quella italiana, presentano numerose differenze strutturali con il modello originario.

Passando all'analisi del modello inglese, vedremo come nel Regno Unito l'azione di classe abbia avuto largo utilizzo.

In detto ordinamento, contrariamente a quello statunitense, i consumatori danneggiati dalla condotta del professionista intraprendono azioni individuali che potranno essere riunite tra loro, determinando così l'azione di tutela collettiva, solamente se aventi lo stesso oggetto e rivolte allo stesso soggetto.

In tal modo si assicura omogeneità tra le decisioni dei giudici e si rende meno oneroso il giudizio per i consumatori.

Nel Regno Unito, come negli U.S.A e a differenza di quanto disposto dal legislatore italiano, vige il sistema dell'*opt-out* con la conseguenza che tutti coloro che siano stati danneggiati dalla medesima condotta del professionista diventano titolari di diritti omogenei e possono partecipare all'azione collettiva entrando automaticamente a far parte della classe.

La disciplina inglese sulla tutela collettiva è regolata dai *Group litigation orders (GLOs)*, in particolare dalle *Rules* dal 19.10 al 19.15 che furono aggiunte alle *Civil Procedure Rules* nel maggio del 2000<sup>180</sup>.

La decisione di riunire diverse cause individuali in un unico giudizio può essere presa dalle parti oppure dal giudice *ex officio*, anche se le azioni proposte dai consumatori siano state presentate dinanzi a Corti diverse.

Il requisito fondamentale per promuovere la tutela collettiva è la presenza di un numero sufficiente di soggetti istanti accumulati dalle medesime questioni di fatto o di diritto tali da essere risolte in un unico giudizio.

Qualora sussistano i presupposti il giudice, per mezzo del *group litigation order*, fornisce le indicazioni per la formazione del registro per l'iscrizione all'azione collettiva e individua le questioni comuni che formeranno oggetto della pronuncia.

---

<sup>180</sup>Le *Civil Procedure Rules* corrispondono alle regole di procedura utilizzate dalle Corti inglesi nelle cause civili. Le *CPRs* sono state redatte con lo scopo di migliorare l'accesso alla giustizia e per rendere i procedimenti più economici, rapidi e soprattutto comprensibili a tutti coloro che non siano giuristi.

Al giudice che emette l'*order*, inoltre, spetta il compito di individuare la *managment Court*, vale a dire la corte competente a giudicare il caso in esame.

La *managment Court* deve nominare il giudice che avrà il compito di gestire e regolamentare la fase preliminare, oltre che quella istruttoria, e l'eventuale inserimento di nuovi casi nel gruppo.

Il giudice competente provvede poi a nominare un avvocato definito «*leader*» che avrà il compito di coordinare le difese di tutti i partecipanti, di gestire il registro dei ricorrenti e di risolvere gli eventuali problemi procedurali<sup>181</sup>.

Identificata la Corte, il giudice condurrà la causa nel rispetto delle numerose regole disposte dai *GLOs* al fine di identificare l'ammontare della somma che il professionista che abbia compiuto l'illecito dovrà risarcire ai consumatori lesi.

Tuttavia, è da sottolineare che nell'ordinamento in esame vige il principio della soccombenza cosa che comporta evidenti rischi per gli individui che abbiano preso parte all'azione collettiva<sup>182</sup>.

Nel caso in cui il giudice non accolga la richiesta di risarcimento dei consumatori vittime di un'eventuale pratica commerciale scorretta, essi saranno quindi tenuti al pagamento delle ingenti spese processuali.

Ulteriori rischi per il consumatore derivano dal fatto che gli studi legali *leader* che si occupano delle azioni collettive, seppur si facciano carico sin dall'inizio dei costi dell'azione legale, potrebbero imporre al consumatore, in caso di successo, il pagamento di cospicue somme di denaro che potrebbero superare il risarcimento ottenuto.

Il principio della soccombenza proprio dell'ordinamento anglosassone dunque, risultando particolarmente gravoso per il consumatore, circoscrive di fatto il numero delle azioni dei consumatori danneggiati.

Tutto ciò non accade nel sistema giudiziario statunitense ove il compenso dello studio legale è calcolato in rapporto al risarcimento del danno.

---

<sup>181</sup>La Corte competente, in alternativa all'avvocato *leader*, può nominare un *trustee* con il compito di evitare il verificarsi di abusi o conflitti di interessi tra i difensori.

<sup>182</sup>I consumatori che abbiano preso parte all'azione collettiva possono essere affiancati anche dal *Legal Air Board*, un organo statale istituito nel 1995 con l'obiettivo di fornire assistenza e consulenza legale in materia civile.

Tuttavia, nonostante gli inevitabili rischi derivanti dalla partecipazione alla tutela collettiva, l'azione di classe inglese così strutturata ha avuto largo impiego.

Questa forma di tutela ha permesso a numerosi consumatori danneggiati dagli effetti di una pratica commerciale scorretta di ottenere un'adeguata forma di tutela beneficiando di numerosi vantaggi tra cui quello di non dover sopportare individualmente i costi processuali.

Passando ora a esaminare il modello italiano, notiamo come questo, seppur fortemente ispirato al modello americano, presenti notevoli differenze strutturali.

Nel nostro sistema giuridico *l'azione di classe* è disciplinata dall'articolo 140-*bis* cod. cons., inserito a seguito di un lungo e travagliato *iter* legislativo<sup>183</sup>.

L'azione di classe tutela i diritti individuali omogenei<sup>184</sup> e gli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti<sup>185</sup>.

Nella formulazione precedente, la normativa faceva riferimento a «*diritti individuali identici*» creando notevoli difficoltà applicative<sup>186</sup>.

---

<sup>183</sup>L'art. 140-*bis* cod. cons. è stato introdotto nell'ordinamento italiano mediante la legge finanziaria 2008 (l. 24 dicembre 2007, n. 244). Nell'originaria formulazione erano notevoli le questioni e i problemi che sollevava l'azione. I numerosi problemi insiti nell'originaria formulazione dell'articolo posticiparono la sua entrata in vigore al 1 gennaio del 2010. Parte della dottrina ritenne che l'articolo fosse frutto di «scelte emotive» e non di «scelte tecniche e sistematiche». Si veda sul punto E. MINERVINI, *Commento all'art. 140-bis cod. cons.*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di F. Minervini e L. R. Carleo, cit. p. 583.

<sup>184</sup>Si veda sul tema G. BRUZZONE, *Il ruolo dell'azione di classe nel sistema: alcune riflessioni*, Courmayeur, 2010, in occasione del XXV Convegno di studio A. Beria di Argentinie sui problemi attuali di diritto e procedura civile del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale.

<sup>185</sup>Gli interessi collettivi erano già stati menzionati nella versione del 2007 ma con un'accezione completamente differente. Nella versione originaria, infatti, l'azione collettiva risarcitoria era promossa da un ente esponenziale a tutela di un diritto sopraindividuale con l'intento di ottenere una pronuncia che accertasse la lesione degli interessi di una categoria determinata di individui. La liquidazione delle somme dovute ai singoli consumatori o utenti, invece, era rimessa alla fase successiva. Nella versione del 2009 viceversa, lo sdoppiamento delle fasi non è stato riproposto. Ad oggi, la sentenza che accoglie l'azione di classe non si limita ad accertare la sussistenza delle condizioni per l'accertamento della domanda bensì ha anche un contenuto di condanna. L'interesse collettivo dunque, «dovrebbe giustificare l'accertamento giudiziale degli elementi costitutivi della responsabilità, la cui trattazione comune risulterebbe conforme alle esigenze della classe, rispetto ai quali nascono i singoli diritti al risarcimento del danno». A. CATRICALÀ e M. P. PIGNALOSA, *op. cit.*, cit. p. 282.

<sup>186</sup>Con il decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, recante «*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e le competitività*», convertito con la legge 24 marzo 2012, n. 27, il testo dell'articolo 140-*bis* cod. cons. è stato modificato nella parte del testo che originariamente identificava «l'individuazione dell'ambito della tutela attuabile attraverso l'azione di classe». L'intento del legislatore era quello di renderla maggiormente efficace come emerge dall'articolo 6

In ragione di questa modifica, possiamo oggi affermare che oggetto dell'azione di classe sono i diritti al risarcimento del danno o alle restituzioni, “non necessariamente uguali, ma per i quali vi sia identità di *causa petendi*, ovvero derivino da uno stesso fatto illecito imputabile al medesimo autore”<sup>187</sup>.

Il modello di tutela collettiva disposta dal legislatore italiano presenta elementi in comune con il sistema americano tra cui quello relativo all'iniziativa la quale spetta rispettivamente alle parti o alle associazioni dei consumatori e non d'ufficio dal giudice.

L'obiettivo principale che i consumatori intendono perseguire partecipando all'azione di classe è quello di ottenere l'accertamento della responsabilità del professionista e la conseguente condanna di quest'ultimo al risarcimento del danno.

Prendendo parte all'azione di classe, infatti, i consumatori ottengono pronunce a carattere inibitorio oppure di condanna al risarcimento dei danni subiti<sup>188</sup>.

Lo strumento dell'azione di classe può essere utilizzato, in Italia, limitatamente a quattro ambiti: in relazione ai diritti contrattuali, alla responsabilità del produttore, alle pratiche commerciali scorrette ed infine ai comportamenti anticoncorrenziali.

Anche in questo si riscontra una differenza con il sistema americano in cui l'azione di classe non è limitata alla materia consumeristica bensì è utilizzata per la più generale tutela dei diritti del cittadino<sup>189</sup>.

La legittimazione ad agire spetta alle associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'elenco disposto dall'articolo 137 cod. cons.<sup>190</sup>, oltre che a ciascun componente della classe<sup>191</sup>.

---

della Relazione illustrativa del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, rubricata «*Norme per rendere efficace l'azione di classe*». Si veda sul tema A. CATRICALÀ e M. P. PIGNALOSA, *op. cit.*, p. 276.

<sup>187</sup>A. CATRICALÀ e M. P. PIGNALOSA, *op. cit.*, cit. p. 281.

<sup>188</sup>Per tale profilo l'azione di classe risarcitoria si differenzia da quella promossa nei confronti delle pubbliche amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici introdotta dal d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198 la quale mira a «*ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione del servizio*».

<sup>189</sup>Nell'ordinamento inglese la tutela collettiva è stata utilizzata soprattutto in materia di responsabilità del produttore, d'inquinamento ambientale e di responsabilità degli intermediari finanziari.

<sup>190</sup>L'articolo 137 cod. cons., rubricato “Elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti

I consumatori o gli utenti che successivamente alla promozione dell'azione collettiva vogliano avvalersene, possono prendere parte all'azione «senza il ministero del difensore, anche tramite posta elettronica certificata e fax»<sup>192</sup>.

La partecipazione all'azione di classe comporta la rinuncia a ogni azione restitutoria individuale che si fondi sul medesimo titolo, come disposto dal comma 15 dell'articolo 140-*bis* cod. cons.<sup>193</sup>.

La domanda di partecipazione alla *class action* si propone con atto di citazione notificato anche all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale adito<sup>194</sup>, «il quale può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità»<sup>195</sup>.

L'azione di classe italiana, a differenza di quella americana, consta di sole due fasi.

---

rappresentative a livello nazionale”, subordina l’iscrizione delle associazioni alla presenza di una serie di requisiti tra cui *a)* l’essere iscritte all’elenco da almeno tre anni, con atto pubblico o con scrittura privata autenticata; *b)* avere uno statuto che sancisca un ordinamento interno a base democratica e che preveda lo scopo esclusivo di tutela dei consumatori e degli utenti senza fine di lucro; *c)* possedere un elenco di iscritti aggiornato annualmente; *d)* avere un numero di iscritti non inferiore allo 0,5 per mille della popolazione nazionale; *e)* essere presenti in almeno cinque regioni o province autonome. Per poter essere inserite nell’elenco in esame inoltre, le associazioni devono elaborare un bilancio annuale e svolgere attività continuativa.

<sup>191</sup>La prima formulazione dell’art. 140-*bis*, invece, disponeva la titolarità dell’azione spettasse in via diretta dalle associazioni rappresentative a livello nazionale inserite nell’elenco presso il Ministero delle Attività Produttive (art. 137 cod. cons.), nonché ad associazioni e comitati adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere.

<sup>192</sup>Come disposto dal comma 3 dell’articolo 140-*bis* cod. cons., l’atto di adesione contiene l’elezione di domicilio, l’indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria ed è documentato in cancelleria anche tramite l’attore, nel termine indicato dal comma 9 lett. *b)*. Tale termine è perentorio e non può superare i centoventi giorni dalla scadenza di quello per l’esecuzione della pubblicità, entro il quale gli atti di esecuzione sono depositati in cancelleria.

<sup>193</sup>Tale comma dispone che «*Le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito. Gli stessi diritti sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo*».

<sup>194</sup>L’articolo 140-*bis* cod. cons., comma 4, dispone che la domanda è proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l’impresa, «*ma per la Valle d’Aosta è competente il tribunale di Torino, per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia è competente il tribunale di Venezia, per le Marche, l’Umbria, l’Abruzzo e il Molise è competente il tribunale di Roma e per la Basilicata e la Calabria è competente il tribunale di Napoli. Il tribunale tratta in composizione collegiale*».

<sup>195</sup>Articolo 140-*bis* cod. cons., comma 5.

La prima equivale a un controllo di ammissibilità dell'azione da parte del Tribunale il quale verifica, stando ai parametri descritti dal comma 6 dell'articolo 140-*bis*, anche l'adeguata idoneità del rappresentate della classe<sup>196</sup>.

La seconda fase consiste nello svolgimento del giudizio vero e proprio.

All'esito della prima udienza, il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda ma può sospendere il giudizio quando «*sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'Autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo*»<sup>197</sup>.

Qualora un diverso gruppo di consumatori ritenga di essere stato lesa dalla pratica commerciale eseguita dal professionista non potrà promuovere un'ulteriore azione di classe ma sarà tenuto necessariamente a partecipare a quella già esistente<sup>198</sup>.

È fatta salva comunque l'azione individuale di consumatori lesi che non abbiano preso parte all'azione collettiva.

Con l'ordinanza che ammette l'azione, il tribunale determina altresì il ricorso alla procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, «*l'equa, efficace e sollecita gestione del processo*»<sup>199</sup>.

Qualora il giudice del tribunale competente, invece, ammetta l'azione, egli fisserà anche i termini e le modalità per pubblicizzare l'azione di classe<sup>200</sup>, permettendo così ai soggetti lesi di parteciparvi<sup>201</sup>.

---

<sup>196</sup>Il comma 6 dell'articolo 140-*bis* dispone che «*la domanda è dichiarata inammissibile*» (...) «*quando il proponente non è in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe*».

<sup>197</sup>Articolo 140-*bis* cod.cons., comma 6.

<sup>198</sup>Le azioni promosse entro il termine dettato dalla lettera *b*) del citato comma 9 sono riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale. In caso contrario «*il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione della causa davanti al primo giudice*».

<sup>199</sup>Si veda sul tema C. PUNZI, *op. cit.*, cit. p. 675, il quale ritiene che tali locuzioni siano inutili e generiche dal momento che qualunque giudice che sia chiamato a dover risolvere una controversia avente ad oggetto diritti soggettivi deve assicurare, nel rispetto del contraddittorio, l'«*efficace e sollecita gestione del processo*».

<sup>200</sup>L'esecuzione della pubblicità è una condizione di procedibilità della domanda e con la stessa ordinanza il giudice «*definisce i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione*». Articolo 140-*bis* cod. cons., comma 9, lett. *a*).

Alla scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice, ai sensi del già citato comma 9, non saranno più proponibili azioni di classe che abbiano a oggetti i medesimi fatti e siano rivolte verso il medesimo professionista.

Il giudice competente pronuncia la sentenza di condanna<sup>202</sup> con cui liquida le somme definitive che il professionista deve ai consumatori vittime di una pratica commerciale scorretta che abbiano aderito all'azione<sup>203</sup>.

Il tribunale, in alternativa, può stabilire il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione delle somme con cui risarcire i consumatori<sup>204</sup>.

Quest'ultima ipotesi risulta più complessa e presuppone che il giudice assegni alle parti un termine, non superiore a novanta giorni, per raggiungere un accordo sulla liquidazione del danno<sup>205</sup>.

Qualora le parti non raggiungano un accordo, il giudice su istanza di uno o più consumatori danneggiati oppure del professionista, determina il *quantum* e liquida le somme dovute ai singoli aderenti.

La sentenza che definisce il giudizio fa stato non solo nei confronti dei promotori dell'azione di classe ma anche di tutti gli aderenti.

---

<sup>201</sup>La domanda, viceversa, è dichiarata inammissibile quando: a) è manifestamente infondata; b) sussiste un conflitto di interessi; c) il giudice non ravvisa l'identità dei diritti individuali tutelabili; d) il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe.

<sup>202</sup>La sentenza di condanna diviene esecutiva decorsi centottanta giorni dalla pubblicazione. Il comma 12 dell'articolo 140-bis cod. cons. a tal proposito dispone che «i pagamenti delle somme dovute effettuati durante tale periodo sono esenti da ogni diritto e incremento, anche per gli accessori di leggi maturati dopo la pubblicazione della sentenza».

<sup>203</sup>Le somme che il professionista deve liquidare al consumatore possono essere calcolate sulla base dell'articolo 1226 cod. civ., rubricato "Valutazione equitativa del danno", qualora il danno non possa essere «provato nel suo preciso ammontare».

<sup>204</sup>In tal caso si tratta di una sentenza generica mentre, viceversa, nell'ipotesi precedente si tratta di una sentenza specifica. Per un'analisi approfondita sul tema dei criteri in base ai quali liquidare le somme da corrispondere ai singoli aderenti si veda: L. D'ACUNTO, *L'azione di classe dell'art. 140 bis, cod. cons.*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 1105 ss; F. BENATTI, *Il danno nell'azione di classe*, in *Danno e resp.*, 2011, p. 15; F. BARRA CARACCILO, *L'azione collettiva. La fase conciliativa. Qualificazione e quantificazione del danno*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 1046.

<sup>205</sup>P. BIVATI, *Le prospettive dell'azione collettiva risarcitoria nel diritto dell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 1373 ss.; A. BRIGUGLIO, *L'azione collettiva risarcitoria (art. 140-bis Codice del consumo)*, Torino, 2008, *passim*; A. GIUSSANI, *L'azione collettiva risarcitoria nell'articolo 140-bis cod. cons.*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1229 ss.

L'azione di classe italiana, inoltre, si basa su un sistema di *opt-in* il quale differisce da quello di *opt-out* adottato da numerosi Stati membri<sup>206</sup>, tra cui il Regno Unito.

La differenza fondamentale tra il sistema di *opt-in* e quello di *opt-out* consiste nel fatto che nel primo coloro che vogliono partecipare alla tutela collettiva devono attivarsi per prenderne parte.

Nel sistema di *opt-out* viceversa, il singolo consumatore che non voglia essere coinvolto deve manifestare la propria volontà in tal senso.

La scelta del legislatore italiano di introdurre il sistema di *opt-in* non è andata esente da critiche<sup>207</sup>.

Alcuni autori, infatti, hanno sottolineato come per gli importi esigui, i soggetti danneggiati potrebbero non essere incentivati ad aderire all'azione di classe.

Per tale ragione riteniamo che sarebbe preferibile introdurre anche nel nostro ordinamento il sistema di *opt-out*.

In Italia la tutela collettiva è stata introdotta molti anni dopo rispetto ad altri ordinamenti e seppur tale strumento sia messo a disposizione dei consumatori lesi da una pratica commerciale scorretta è raramente utilizzata<sup>208</sup>.

Il modello dell'azione di classe italiano è stato inoltre fortemente criticato<sup>209</sup> a causa dell'elevato tecnicismo che caratterizza il meccanismo di adesione, oltre che

---

<sup>206</sup>In Norvegia, ad esempio, la regola generale prevede l'adozione del sistema di *opt-in* ma il giudice competente ha il potere di disporre il passaggio al sistema di *opt-out* qualora le questioni oggetto della tutela collettiva abbiano ad oggetto questioni tanto esigue da non essere verosimilmente fatte valere in via autonoma dai singoli individui danneggiati. Anche in Danimarca vige una regola simile dal momento che, seppur la regola generale disponga l'adozione del sistema di *opt-in*, le azioni collettive risarcitorie promosse da un'Autorità pubblica se basate su di un importo minimo saranno caratterizzate dal sistema di *opt-out*.

<sup>207</sup>Si veda S. RUPERTO, *op. cit.*, p. 511, il quale manifesta numerose perplessità sull'efficacia del sistema di *opt-in*.

<sup>208</sup>Nell'ordinamento italiano la prima «azione di classe» è stata presentata solamente nel 2010 dal Codacons. Il 1 gennaio 2010. L'azione in esame aveva ad oggetto la richiesta di risarcimento del danno da parte dei consumatori danneggiati dai *crack* finanziari di alcune società tra cui la Parmalat e Cirio. Si veda sul tema R. RORDORF, *Scandali finanziari e regole di mercato (appunti a margine dei casi Cirio e Parmalat)*, in *Questione giustizia*, 2004, p. 567; S. CHIARUTTINI, *Parmalat, un caso di trasferimento di rischio industriale e di credito sui risparmiatori: cause e rimedi*, in *Anal. giur. econ.*, 2010, p. 367; F. R. FANTETTI, *Tutela del risparmiatore e class action. Il caso Cirio*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 408.

per le gravose conseguenze in cui incorre il consumatore che non ottenga il risarcimento del danno richiesto.

Le ragioni che giustificano lo scarso ricorso alle azioni di classe possono essere ravvisate, ad esempio, nella previsione secondo la quale chi promuove l'azione di classe sia condannato al pagamento delle spese legali e al risarcimento dei danni per lite temeraria qualora la domanda sia dichiarata inammissibile<sup>210</sup>.

Con l'ordinanza che pronuncia sull'inammissibilità, infatti, il giudice condanna la parte soccombente al pagamento delle spese processuali, ai sensi dell'articolo 96 c.p.c., nonché a rendere nota la decisione, indicando la forma di pubblicità più opportuna<sup>211</sup>.

Inoltre, poiché una volta scaduti i termini i consumatori non potranno più aderire alla *class action* e non essendo possibile formare una seconda azione di classe contro il medesimo professionista per lo stesso illecito, ai consumatori danneggiati in data posteriore alla scadenza non rimarrebbe che l'azione individuale.

Ciò determina con evidenza un vantaggio per il professionista poiché solo una minima percentuale di utenti in genere decide di farsi carico degli oneri e delle difficoltà derivanti da un'azione legale.

Tutto ciò soprattutto qualora il danno subito sia di esigua entità.

A differenza di quanto avviene nel sistema statunitense, infatti, i costi del processo sono sopportati sin da subito direttamente dai consumatori e non dai relativi avvocati.

---

<sup>209</sup> Si veda in tal senso G. ALPA, "Un mostro giuridico" da riscrivere integralmente, in [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), 17 novembre 2007, il quale, tra le diverse critiche all'istituto in esame, evidenzia come con il termine "*class action*" ci si riferisca indifferentemente sia all'azione di classe italiana che a quella americana. Egli, però, ha cura di precisare come tale scelta sia frutto di una semplice assonanza e che i due istituti presentino caratteristiche ben diverse. L'utilizzo di tale espressione in entrambi gli ordinamenti si riduce quindi ad una mera convenzione linguistica.

<sup>210</sup> Tra gli esponenti della dottrina che criticano lo strumento dell'azione di classe, in particolare modo nella versione del 2009, si veda S. RUPERTO, *L'azione collettiva risarcitoria in Italia: osservazioni*, in *Giust. civ.*, 2008, V. XI, p. 501.

<sup>211</sup> Tale ordinanza è reclamabile davanti alla Corte d'Appello nel termine perentorio di 30 giorni dalla sua comunicazione o notificazione, se anteriore. Il reclamo non sospende il procedimento.

Anche l'elevato tecnicismo che caratterizza il sistema della *class action* italiano non ha permesso a quest'ultimo di svilupparsi come negli ordinamenti di *Common Law*.

Proprio per far fronte a tali problematiche, pende davanti al Senato una proposta di legge (DDL S. 1950) che inserisce la disciplina dell'azione di classe all'interno del Codice di procedura civile generalizzando la portata dello strumento e consentendo l'adesione alla classe anche nella fase successiva alla sentenza<sup>212</sup>.

---

<sup>212</sup>Si veda sul tema F. SANTANGELI, *Le lacune della nuova azione di classe e i problemi di coordinamento con gli altri strumenti di tutela collettiva*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), il quale sostiene che "Appartiene all'interprete, allora, il compito di segnalare con decisione la lacuna normativa, affinché il legislatore, con la medesima rapidità rispetto a quella che ha visto la modifica - in meno di un anno - della precedente versione dell'istituto, voglia in tempi ragionevoli tornare ad integrare il nuovo strumento processuale. La norma, infatti, necessita di ulteriori elementi positivi per non lasciare nell'assoluta incertezza l'attività esegetica".

## CAPITOLO IV

### L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO E I CASI PIÙ RILEVANTI DAL 2010 AD OGGI

SOMMARIO: 4.1. L'intervento dell'Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato in seguito ad una pratica commerciale scorretta. - 4.2. La struttura del procedimento amministrativo e i provvedimenti sanzionatori. - 4.3. Il riparto di competenza tra l'A.G.C.M. e l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (A.G.Com.). - 4.4. Analisi dei dati nel settore delle telecomunicazioni e dell'energia elettrica (dal 2010 ad oggi).

#### **4.1. L'intervento dell'Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato in seguito ad una pratica commerciale scorretta**

Dopo aver esaminato le forme di tutela di *private enforcement* a disposizione del consumatore che stipuli un contratto a seguito di una fornitura non richiesta, riteniamo opportuno soffermare l'attenzione su un'ulteriore forma di tutela riconosciuta dal legislatore italiano vale a dire quella amministrativa.

Nel nostro ordinamento tale compito è stato attribuito all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Autorità istituita con la legge del 10 ottobre 1990, n. 287, recante "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato", in continuità con i principi dettati dalla disciplina comunitaria.

In confronto a quanto accaduto in altri Stati, notiamo come l'introduzione della normativa concorrenziale in Italia sia avvenuta con notevole ritardo.

Negli USA, ad esempio, lo *Sherman Act*, prima e fondamentale legge *Antitrust* americana, risale al 1890 mentre in Francia<sup>213</sup> e in Gran Bretagna<sup>214</sup> le prime discipline regolamentari sono riscontrabili rispettivamente nel 1945 e nel 1948.

---

<sup>213</sup>Cfr. *Ordinance* 45-1483 del 1945.

<sup>214</sup>*Monopolies and Restrictive Trade Practices Act* (1948).

Le ragioni di tale ritardo sono attribuibili a diversi fattori istituzionali, politici e culturali i quali hanno per lungo tempo favorito l'iniziativa economica individuale e la concorrenza a discapito della regolamentazione del Mercato.

Tali fattori resero ulteriormente necessario l'intervento del legislatore che nel 1990 istituì un organo *ad hoc*.

L'Autorità Garante ricopre un ruolo di fondamentale importanza nel nostro ordinamento e per tale ragione il legislatore le ha riconosciuto la possibilità di operare «*in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione*»<sup>215</sup>.

L'AGCM si contraddistingue per l'imparzialità<sup>216</sup> applicata nei singoli procedimenti.

Questa, ad esempio, è garantita dalle modalità di nomina dei membri, soggetti di notoria indipendenza e dotati di un alto livello di professionalità i quali sono nominati di comune accordo dal Presidente della Camera dei deputati e da quello del Senato<sup>217</sup>.

Per quanto concerne invece le competenze, l'Autorità ha il compito di: *a)* identificare e sanzionare gli abusi di posizione dominante; *b)* identificare e sanzionare le intese e/o cartelli che possano risultare lesivi o restrittivi per la concorrenza<sup>218</sup>; *c)* controllare le operazioni di concentrazione (fusione o *take-over*) che superino un certo valore<sup>219</sup>; *d)* tutelare il consumatore in materia di

---

<sup>215</sup>Cfr. articolo 10, comma 2, l. 287/1990.

<sup>216</sup>La direttiva 2005/29/CE, all'articolo 11, dispone che gli Stati membri assicurino l'esistenza di «*mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali al fine di garantire la presente direttiva nell'interesse dei consumatori*». L'Autorità, inoltre, è dotata del potere di far cessare o vietare le pratiche commerciali scorrette e di poter agire con provvedimenti d'urgenza motivati.

<sup>217</sup>Attualmente l'Autorità è composta da tre membri di cui uno è il Presidente. Originariamente i membri erano cinque ma alla fine del 2011 sono stati ridotti a tre come disposto dall'articolo 23, comma 1, lettera *d)*, del decreto legge 6 dicembre 2011 convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214. L'incarico del Presidente e dei componenti dell'Autorità dura 7 anni e non è rinnovabile. Per quanto riguarda il Segretario Generale, invece, egli ha il compito di sovrintendere al funzionamento degli uffici ed è il responsabile della struttura. Il segretario, inoltre, è nominato dal Ministro dello sviluppo economico su proposta del Presidente dell'Autorità.

<sup>218</sup>Tra i numerosi compiti attribuiti all'Autorità individuiamo quello di garantire la concorrenza e di verificare le eventuali infrazioni ai divieti disposti dagli articoli 2, 3, 81 e 82 del Trattato CE, recepiti poi dagli articoli 12 e 15 della legge 287/1990.

<sup>219</sup>Articolo 6, legge n. 287/90.

pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie e pubblicità ingannevole e) valutare e sanzionare i casi di conflitto d'interesse tra i componenti del Governo.

L'*Antitrust* regola principalmente la concorrenza tra le imprese e al fine di perseguire tale obiettivo ha assunto nel nostro ordinamento un ruolo sempre più attivo.

Tuttavia, sebbene l'AGCM sia stata istituita nel 1990, ai consumatori vittime di una pratica commerciale scorretta è stata riconosciuta la possibilità di essere tutelati in via amministrativa solamente a partire dal 2005, grazie alla direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra professionisti e consumatori nel mercato interno<sup>220</sup>.

Ad oggi infatti, l'AGCM può esplicare le proprie funzioni non più solamente nell'ambito della concorrenza tra imprese come in passato<sup>221</sup> bensì anche in materia di tutela dei consumatori vittime di una pratica commerciale scorretta.

L'articolo 11 della direttiva, imponendo agli Stati membri di assicurare l'esistenza di «*mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali*» nell'interesse dei consumatori, riconosce «*alle persone o alle organizzazioni che secondo la legislazione nazionale*» abbiano «*un legittimo interesse*» la possibilità di contrastare le pratiche commerciali sleali.

Tali soggetti possono dunque promuovere un'azione giudiziaria contro le pratiche commerciali sleali e/o «*sottoporre tali pratiche commerciali al giudizio di*

---

<sup>220</sup>A differenza di quanto accaduto nell'ordinamento italiano, in quello statunitense è possibile notare come la *Federal Trade Commission* (FTC), istituita nel 1914, sia stata dotata a partire dal 1938, di una competenza trasversale in materia di tutela dei consumatori. Gran parte della dottrina americana, infatti, ha evidenziato come un'Autorità dotata di una duplice competenza, vale a dire la materia Antitrust e il diritto della competenza, abbia la possibilità di valutare i singoli casi concreti in una prospettiva più ampia. Cfr. N. W. AVERITT e R. H. LANDE, *Using the "consumer choice" approach to antitrust law*, in *Antitrust Law Journal*, 74/2007, p. 175 ss; Si veda sul tema L. LORENZONI, *Il riparto di competenze tra Autorità Indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. italiana di Antitrust*, 1/2015, p. 95.

<sup>221</sup>Per un esame approfondito sul ruolo e sulle competenze dell'Autorità si veda M. CLARICH, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come Autorità Pubblica indipendente*, in AA. VV., *Studi celebrativi del ventennale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, p. 239 ss.

*un'Autorità amministrativa competente a giudicare in merito ai ricorsi oppure a promuovere un'adeguata azione giudiziaria»<sup>222</sup>.*

L'intervento del legislatore comunitario ha precisato genericamente che l'Autorità competente debba essere dotata del potere di far cessare o vietare le pratiche commerciali scorrette e di agire con provvedimenti di urgenza necessariamente motivati. In fase di recepimento, invece, l'articolo 27 del Codice del consumo<sup>223</sup> (Titolo III) disciplina dettagliatamente le singole competenze attribuite all'AGCM.

Il legislatore italiano, per mezzo del citato articolo, ha identificato l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come competente in materia di pratiche commerciali scorrette, ridefinendo e ampliando le competenze originariamente a essa attribuite.

Il Titolo III del Codice del consumo in vigore prima della direttiva 2005/29/CE e dei relativi decreti di recepimento, infatti, accoglieva esclusivamente le norme sulla pubblicità ingannevole e comparativa posta in essere dal professionista.

Le originarie disposizioni avevano quindi ad oggetto esclusivamente i messaggi pubblicitari “diffusi nell'esercizio di un'attività imprenditoriale allo scopo di promuovere uno scambio o un servizio”<sup>224</sup>.

I decreti attraverso i quali la direttiva è stata recepita però, vale a dire i d.lgs. del 2 agosto 2007, n. 145 e n. 146, disciplinano in modo differente le ipotesi in cui la pubblicità ingannevole o comparativa sia rivolta al professionista o al consumatore, attribuendo a seconda dei casi compiti differenti all'AGCM.

Il citato Titolo III - Pratiche commerciali scorrette, pubblicità e altre comunicazioni commerciali - è stato introdotto con il d.lgs. 146/2007 e dunque tutela esclusivamente il consumatore.

Il quadro normativo pertanto appare profondamente modificato rispetto al passato.

---

<sup>222</sup>Art. 11, comma 1, direttiva 2005/29/CE.

<sup>223</sup>Tale articolo è stato introdotto dall'articolo 1, comma 1, del d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146.

<sup>224</sup>A. CATRICALÀ e A. LALLI, *op. cit.*, cit. p. 36.

Il consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta, quale la fornitura non richiesta, ha oggi la possibilità di rivolgersi all'AGCM che interviene erogando sanzioni amministrative verso il professionista.

L'intervento dell'Autorità Garante, però, non esclude la competenza dei giudici ordinari per quanto concerne la tutela civilistica dei consumatori danneggiati<sup>225</sup>.

Il consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta può dunque essere tutelato sia dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato<sup>226</sup> (A.G.C.M.) che dal giudice ordinario.

In materia di concorrenza, inoltre, la ripartizione delle competenze sopra citata è stata deliberata dall'AGCM in data 15 novembre 2007<sup>227</sup>.

Il provvedimento in esame stabilisce quanto già illustrato dall'articolo 26 del Codice del consumo vale a dire il *sistema binario* (giudice ordinario e/o AGCM) caratterizzante le pratiche commerciali scorrette nel nostro ordinamento.

La scelta di affidare all'Autorità il compito di intervenire anche a tutela dei consumatori che siano vittime di una pratica commerciale scorretta non deve sorprendere.

Tali pratiche commerciali producono, infatti, effetti non limitatamente al rapporto tra il consumatore e il professionista bensì nel Mercato in generale<sup>228</sup>.

Le pratiche commerciali scorrette rappresentano “un'insidia per il mercato”<sup>229</sup>. Esse di fatto riguardano ogni settore economico dal momento che

---

<sup>225</sup>Si veda sul tema, A. CATRICALÀ e A. LALLI, *op. cit.*, p. 37, i quali evidenziano come per i consumatori sia “disegnato un quadro integralmente nuovo di tutele che si estende a una serie ampia di comportamenti pregiudizievoli, tra i quali potranno ben rientrare anche le comunicazioni pubblicitarie ingannevoli, qualora attengano a beni e servizi a essi destinati”.

<sup>226</sup>Si noti come l'Autorità sia stata introdotta nel nostro ordinamento con grande ritardo rispetto alle numerose esperienze giuridiche europee. La legge *Antitrust* canadese, ad esempio, risale al 1889. In Gran Bretagna, invece, seppure la competenza in materia di concorrenza sia suddivisa tra due organismi, l'*Office of Fair Trading* e la *Competition Commission*, il primo venne introdotto nel 1973 con il *Fair Competition Act* del 1973.

<sup>227</sup>Cfr. Provvedimento n. 17589 del 15 novembre 2007, “Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette”. Per un'analisi approfondita sul tema si veda A. F. GAGLIARDI, *Pratiche commerciali scorrette*, Torino, 2009, p. 33 ss.

<sup>228</sup>In tal senso si veda Cass. 4 febbraio 2005, n. 2207 la quale ha stabilito che «la legge *Antitrust* non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere».

“compromettono in radice l’ideale di trasparenza e competizione e concepito dall’ordinamento”<sup>230</sup>, come rilevato dalla dottrina.

La tutela amministrativa, inoltre, diversamente da quella garantita dal giudice in sede civile, sanzionando il professionista per aver eseguito una pratica commerciale scorretta, dispiega i suoi effetti a favore dell’intera categoria dei consumatori e non soltanto verso quelli direttamente danneggiati dal contratto stipulato in seguito a una fornitura non richiesta.

I provvedimenti dall’Autorità Garante, tuttavia, non modificano né estinguono gli effetti del contratto stipulato a seguito di una pratica commerciale scorretta bensì sanzionano il professionista al fine di evitare che la pratica commerciale sia nuovamente posta in essere a danno dei consumatori.

Tale soluzione, inoltre, riflette l’approccio adottato della Comunità europea, la quale considera la normativa *Antitrust* “non solo uno strumento di disciplina dei rapporti tra imprese ma una regola fondamentale delle relazioni economiche”<sup>231</sup>.

Spetta invece al giudice ordinario, qualora adito, intervenire sugli effetti del contratto stipulato a seguito di una pratica commerciale scorretta.

La normativa relativa alle pratiche commerciali scorrette, dunque, si applica esclusivamente a fronte di un rapporto tra imprese e consumatori.

La disciplina in materia di pubblicità ingannevole e comparativa (d.lgs. 145/2007), viceversa, si applica nel caso in cui una comunicazione commerciale sia diretta a un professionista vale a dire riguardi beni o servizi utilizzati nell’esercizio della propria attività professionale.

Allo stato attuale ci troviamo dunque dinanzi a due *corpora* normativi differenti i cui ambiti d’applicazione sono delineati in base ai soggetti tutelati e pertanto richiedono interventi differenti, seppure dalla medesima Autorità.

Notiamo quindi come il ruolo dell’Autorità non sia più limitato esclusivamente all’ambito della concorrenza, rimanendo tuttavia valido il compito di garantire un

---

<sup>229</sup>A. ZIMATORE, *op. cit.*, cit. p. 588.

<sup>230</sup>A. ZIMATORE, *op. loc. cit.*

<sup>231</sup>A. CATRICALÀ e A. LALLI, *op. cit.*, cit. p. 133; G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Bari, 2006, *passim*.

supporto tecnico alle regolazione dei mercati e di promuovere il confronto competitivo tra le imprese<sup>232</sup>.

Il ruolo dell'*Antitrust*, dunque, è sempre più diretto alla tutela dei consumatori considerata “una missione di importanza pari rispetto alla tutela della concorrenza e che anzi contribuisce a orientare finalisticamente”<sup>233</sup>.

In conclusione i consumatori che stipulino un contratto a seguito di una fornitura non richiesta, o più in generale di una pratica commerciale scorretta, hanno la possibilità di essere tutelati attraverso due differenti meccanismi.

Quello garantito dal giudice il quale si pronuncia circa la validità del contratto e attraverso il quale il consumatore può eventualmente ottenere un risarcimento per il danno subito e quello garantito dall'*Antitrust* che accerta la scorrettezza della pratica commerciale, irrogando in tal caso sanzioni pecuniarie e non solo<sup>234</sup>.

---

<sup>232</sup>In materia di concorrenza, l'intervento dell'Autorità è richiesto in particolar modo nel settore dei carburanti, delle compagnie assicurative e in quello bancario. Si vedano in tal senso: Provvedimento AS502 del 25 febbraio 2009, in *Bollettino* n. 8/2009; Provvedimento C12079 del 7 febbraio 2017, in *Bollettino* n. 7/2017.

<sup>233</sup>A. CATRICALÀ e A. LALLI, *op. cit.*, cit. p. 9.

<sup>234</sup>A tal proposito occorre evidenziare come il Trib. Roma, 30 aprile, 2008, in *Foro it.*, 2008, n.9, p. 2679 ss., abbia affermato come «*nell'ambito di un'azione inibitoria collettiva dell'adozione di pratiche commerciali scorrette e di clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, il giudice, al fine di eliminare o correggere gli effetti delle violazioni accertate, può imporre, in sede cautelare, l'eliminazione delle conseguenze negative determinate della condotta del professionista, attraverso restituzioni di somme, indebitamente percepite, in favore dei singoli consumatori*». Si veda sul punto M. BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Milano, 2016, p. 231 ss.

## 4.2. La struttura del procedimento amministrativo e i provvedimenti sanzionatori

La violazione del divieto di eseguire pratiche commerciali scorrette posto a carico del professionista dall'articolo 20 cod. cons. comporta numerose conseguenze per il professionista stesso.

Come già ribadito<sup>235</sup>, qualora la violazione del divieto assuma una dimensione collettiva tale da ledere gli interessi economici di una pluralità di soggetti, oltre ai singoli, possono intervenire le associazioni dei consumatori, per mezzo dell'azione di classe,<sup>236</sup> nei confronti del professionista al fine di ottenere “la pronuncia del provvedimento che inibisca al convenuto la continuazione della pratica”<sup>237</sup>.

I consumatori vittime di pratica commerciale scorretta possono, dunque, essere tutelati in diversi modi.

Singolarmente possono rivolgersi al giudice ordinario e/o all'AGCM mentre, tramite azione di classe, possono adire unicamente il giudice ordinario.

Quest'ultimo può intervenire sugli effetti del contratto mentre l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato può “impartire ordini inibitori, adottare misure ripristinatorie (volte ad eliminare gli effetti prodotti dalla pratica utilizzata dal professionista) e infine irrogare sanzioni amministrative pecuniarie”<sup>238</sup>.

Ponendo ora l'attenzione sul procedimento amministrativo, definito dalla dottrina come “speciale”<sup>239</sup>, svolto dall'Autorità al fine di accertare la violazione o meno del divieto di eseguire pratiche commerciali scorrette, osserviamo come la disciplina si avvicini molto a quella dei procedimenti in materia di pubblicità

---

<sup>235</sup>Si veda sul tema il paragrafo 3.4.

<sup>236</sup>Per poter essere legittimate ad agire è necessario che le associazioni dei consumatori dispongano dei requisiti individuati dall'articolo 137 d.lgs. 206/2005.

<sup>237</sup>G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e responsabilità d'impresa*, in *La responsabilità d'impresa*, a cura di G. Alpa e G. Conte, Milano, 2015, cit. p. 295.

<sup>238</sup>G. DE CRISTOFARO, *op. loc. cit.*

<sup>239</sup>Si veda sul tema S. BASTIANON, *La tutela del consumatore alla luce delle nuove norme legislative e regolamentari in materia di pratiche commerciali sleali*, in *Resp. Civ. prev.* 2008, p. 1460 ss.

ingannevole e comparativa illecita introdotta dall'articolo 8 del d.lgs. n. 145 del 2007<sup>240</sup>.

Nel determinare l'ambito di applicazione della disciplina in esame, l'articolo 27 cod. cons., in continuità con la direttiva 2005/29/CE<sup>241</sup>, dispone che i soggetti e le organizzazioni che abbiano un legittimo interesse a contrastare una pratica commerciale scorretta possano sottoporre al giudizio dell'Autorità amministrativa competente la valutazione di una pratica commerciale ritenuta apparentemente sleale.

Tra i soggetti legittimati ad agire presso l'AGCM, l'articolo 27 cod. cons. individua sia i consumatori che i soggetti concorrenti vale a dire i *competitors* "leali" del professionista che abbia eventualmente eseguito la pratica commerciale scorretta.

L'istanza dei soggetti menzionati dunque, non è condizione necessaria per adire l'Autorità<sup>242</sup>.

Tuttavia, qualora il professionista esegua una fornitura non richiesta, o più in generale una pratica commerciale scorretta, l'Autorità può comunque intervenire d'ufficio<sup>243</sup>.

---

<sup>240</sup>Si veda sul tema, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 305 ss.

<sup>241</sup>L'articolo 11 della direttiva 2005/29/CE, rubricato "Applicazione", dispone che «*Gli Stati membri assicurano che esistano mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali al fine di garantire l'osservanza delle disposizioni della presente direttiva nell'interesse dei consumatori. Tali mezzi includono disposizioni giuridiche ai sensi delle quali le persone o le organizzazioni che secondo la legislazione nazionale hanno un legittimo interesse a contrastare le pratiche commerciali sleali, inclusi i concorrenti, possono: a) promuovere un'azione giudiziaria contro tali pratiche commerciali sleali, e/o b) sottoporre tali pratiche commerciali sleali al giudizio di un'Autorità amministrativa competente a giudicare in merito ai ricorsi oppure a promuovere un'adeguata azione giudiziaria. Spetta a ciascuno Stato membro decidere a quali di questi mezzi si debba ricorrere e se sia opportuno che l'organo giurisdizionale o amministrativo possa esigere che si ricorra in via preliminare ad altri mezzi previsti per risolvere le controversie, compresi quelli di cui all'articolo 10. Il ricorso a tali mezzi è indipendente dal fatto che i consumatori interessati si trovino nel territorio dello Stato membro in cui è stabilito il professionista o in un altro Stato membro (...)*».

<sup>242</sup>Cfr. Articolo 27, comma 2, d.lgs. 206/2005; Articolo 6, *Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie*, delibera dell'8 agosto 2012 (e successive modificazioni).

<sup>243</sup>Il potere conferito all'Autorità di agire anche *ex officio* è una novità introdotta con la direttiva comunitaria 2005/29/CE. Si veda sul tema L. LORENZONI, *op. cit.*, p. 92, il quale evidenzia come l'AGCM abbia accolto tale disposizione affermando che "in tal modo è stata posta in grado di operare con maggiore sistematicità e coerenza con l'interesse pubblico al corretto funzionamento

La segnalazione rivolta all'AGCM deve in ogni caso avvalersi di un contenuto minimo costituito da: *a)* individuazione del richiedente; *b)* individuazione della pratica commerciale di cui si chiede il controllo; *c)* identificazione del professionista che l'ha posta in essere; *d)* identificazione di ogni elemento utile alla valutazione da parte dell'Autorità.

Pervenuta la segnalazione e avviato il procedimento da parte dell'AGCM, analogamente a quanto accade nel caso delle intese e degli abusi restrittivi della concorrenza regolati dalla l. 287/90, il procedimento consta di tre fasi: pre-istruttoria, istruttoria e decisoria.

Nella fase pre-istruttoria, l'Autorità valuta la documentazione prodotta e qualora risultasse insufficiente, al richiedente è data facoltà d'integrazione.

Al termine di questa fase valutativa, l'Autorità può archiviare la richiesta qualora non sussistano i presupposti<sup>244</sup> per ulteriori approfondimenti oppure avviare un'istruttoria<sup>245</sup>.

Per quanto concerne la fase istruttoria l'Autorità, con proprio regolamento, «*disciplina la procedura istruttoria in modo da garantire il contraddittorio, la piena cognizione degli atti e la verbalizzazione*»<sup>246</sup>.

Riteniamo opportuno evidenziare come l'Autorità sia investita di ampie competenze.

Tra queste ravvisiamo la possibilità di avvalersi dei poteri investigativi ed esecutivi disciplinati del Regolamento CE n. 2006/2004 del 27 ottobre 2004, concernente la cooperazione tra le Autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa sui consumatori. Inoltre essa può richiedere informazioni in

---

del mercato, avendo la possibilità di evitare eventuali alterazioni del gioco concorrenziale che sarebbero potute derivare da richieste di intervento mirate solo ad alcuni degli operatori che pongono in essere pratiche scorrette».

<sup>244</sup>Si veda sul tema E. GALGLIARDI, *Pratiche commerciali scorrette*, Torino, 2010, p. 33 ss.

<sup>245</sup>In ogni caso, l'Autorità «*comunica l'apertura dell'istruttoria al professionista e, se il committente non è conosciuto, può richiedere al proprietario del mezzo che ha diffuso la pratica commerciale ogni informazione idonea ad identificarlo. L'Autorità può altresì, richiedere a imprese, enti o persone che ne siano in possesso le informazioni e i documenti rilevanti al fine dell'accertamento dell'infrazione*». Cfr. articolo 27, comma 3, cod. cons.

<sup>246</sup>Articolo 27, comma 11, d.lgs. 206/2005.

merito alla pratica commerciale in esame a qualsiasi ente, impresa o persona che ne sia in possesso.

All’Autorità è altresì riconosciuta la possibilità di disporre ispezioni, ai sensi dell’articolo 14, comma 2, della l. 287/90, al fine di controllare la documentazione del professionista e acquisirne copia.

L’avvio dell’istruttoria, infine, è contestuale alla comunicazione effettuata nei confronti del professionista e dei soggetti interessati che abbiano proposto l’intervento.

A seguito della comunicazione di avvio del procedimento, al professionista è riconosciuta, prima ancora di giungere alla fase istruttoria, la possibilità di presentare degli *impegni*<sup>247</sup> qualora non sussistano casi di «*manifesta scorrettezza e gravità*»<sup>248</sup>.

L’Autorità può ottenere dal professionista che abbia eseguito una pratica commerciale scorretta “l’assunzione dell’impegno a porre fine all’infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità”<sup>249</sup>.

Qualora gli impegni risultino idonei, l’Autorità può stabilirli come obbligatori per il professionista e in alcuni casi renderli pubblici e conoscibili a tutti i soggetti interessati<sup>250</sup>.

---

<sup>247</sup>L’articolo 14-ter della l. 287/90 ha introdotto uno strumento già noto alla prassi della Commissione europea. A livello europeo, infatti, l’articolo 9 del Regolamento 1/2003 stabilisce che «*qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un’infrazione e le imprese interessate propongano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, la Commissione può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese. La decisione può essere adottata per un periodo di tempo determinato e giunge alla conclusione che l’intervento della Commissione non è più giustificato*». Tale procedura a livello europeo prende il nome di “*commitment procedure*». Sul tema degli impegni si veda: C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012, cit. p. 134, il quale afferma che gli impegni “si possano ben inquadrare in una dimensione che tecnicamente si potrebbe definire di *trattative*”; G. DE LUCIA e V. MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa a tutela della concorrenza e dei consumatori*, Milano, 2011, p. 537 ss.

<sup>248</sup>Sul tema della *manifesta scorrettezza e gravità* della pratica commerciale scorretta si veda Cons. Stato, Sez. VI, 27 luglio 2010, n. 4905, riguardante il caso “Fastweb Apparati in casa d’utente”

<sup>249</sup>G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, cit. p. 298.

<sup>250</sup>Per un’analisi completa sul tema degli impegni si veda E. MINERVINI, *Le decisioni con impegni in materia di pratiche commerciali scorrette*, in AA. VV., *20 anni di Antitrust*, p. 1240 ss.

In caso di mancato adempimento degli impegni assunti l'Autorità può imporre al professionista responsabile una sanzione amministrativa pecuniaria il cui ammontare può andare da 10.000 a 5.000.000 di euro<sup>251</sup>.

Attraverso gli impegni, dunque, l'Autorità può chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione riducendo così i tempi e imponendo al professionista di cessare l'esecuzione di condotte pregiudizievoli per i consumatori.

Seppure gli intenti proposti dal professionista all'Autorità appaiano inizialmente validi, la chiusura anticipata dell'istruttoria non impedisce la riapertura *ex officio* del procedimento qualora: *a)* muti la situazione di fatto riguardo uno o più elementi su cui si fonda la decisione; *b)* emerga che l'accettazione degli impegni presi si fonda su informazioni incomplete, inesatte e/o fuorvianti; *c)* il professionista non dia correttamente o integralmente attuazione agli impegni presi<sup>252</sup>.

Viceversa, qualora gli intenti del professionista non risultino adeguati, l'Autorità avvia la fase istruttoria la quale può prevedere richieste di informazioni, audizioni, ispezioni o anche perizie tecniche di diverso tipo.

L'atto con il quale l'AGCM comunica al professionista l'avvio del procedimento a suo carico contiene alcune informazioni fondamentali per i soggetti interessati tra cui: *a)* l'oggetto del procedimento e il termine per la conclusione; *b)* le indicazioni circa il termine per presentare eventuali memorie scritte o documenti al fine di agevolare il contraddittorio; *c)* l'identità della persona responsabile del procedimento; *d)* la richiesta di informazioni.

---

<sup>251</sup>Sul tema delle sanzioni si veda G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, cit. p. 298, il quale su tale specifica sanzione amministrativa pecuniaria osserva come “nell'introdurre tale disposizione, il legislatore si è palesemente ispirato all'articolo 14-*ter* della l. 10 ottobre 1990, n. 287, articolo introdotto dal d.l. 223 del 4 luglio 2006, convertito, con modifiche, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, che reca la disciplina della procedura c.d. impegni, peraltro già utilizzata nella prassi dall'Autorità nell'ambito dei procedimenti instaurati per l'accertamento di infrazioni agli artt. 2 e 3 della l. 10 ottobre 1990, n. 287 nonché agli artt. 101 e 102 TFUE (*ex. art. 81 e 83 Tr. CE*)”.

<sup>252</sup>Cfr. articolo 14-*bis*, l. 287/90; *Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie*, delibera dell'8 agosto 2012 (e successive modificazioni). Si veda sul tema E. BERTANI, *op. cit.*, p. 257 ss.

Per quanto riguarda la richiesta di informazioni riteniamo necessario precisare come, qualora esse non risultino veritiere, l'Autorità possa applicare una sanzione amministrativa da 4.000,00 euro a 40.000,000 euro.

In casi di particolare urgenza invece, l'Autorità potrà decidere, con decreto motivato, di sospendere provvisoriamente la pratica commerciale scorretta.

In caso di inottemperanza, l'AGCM può irrogare al professionista sanzioni pecuniarie da 2.000,00 a 20.000,000 euro<sup>253</sup>.

A fronte di un'eventuale reiterata inottemperanza, l'*Antitrust* può disporre la sospensione dell'attività d'impresa «*per un periodo non superiore a trenta giorni*»<sup>254</sup>.

Dopo aver raccolto le prove necessarie, l'Autorità emette una comunicazione di chiusura di fine istruttoria, a seguito della quale è concesso al professionista un termine, non inferiore a dieci giorni, per il deposito delle memorie conclusionali.

Sulla disciplina degli impegni riteniamo opportuno fare alcune precisazioni.

La scelta di introdurre lo strumento in esame desta alcune perplessità in quanto, attraverso tali propositi il professionista che esegua una pratica commerciale scorretta, quale la fornitura non richiesta, può evitare l'accertamento dell'infrazione e la conseguente sanzione amministrativa.

Ciò potrebbe indurre i professionisti a violare ripetutamente il divieto di eseguire pratiche commerciali scorrette disposto dall'articolo 20, comma 1, cod. cons. “senza il timore di incorrere nelle sanzioni contemplate dal comma 9 dell'articolo 27 cod. cons.”<sup>255</sup>.

Nella fase istruttoria vige il principio dell'inversione dell'onere della prova secondo il quale dovrà essere il professionista a dimostrare, per mezzo di

---

<sup>253</sup>Si veda a titolo d'esempio il Provvedimento A357C del 27 settembre 2009, in *Bollettino* n. 39 del 2009. Per quanto riguarda il pagamento delle sanzioni amministrative pecuniarie, il pagamento deve essere effettuato entro trenta giorni dalla notifica del provvedimento dell'Autorità.

<sup>254</sup>Articolo 27, comma 12, d.lgs. 206/2005.

<sup>255</sup>G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, cit. p. 299 il quale, nell'analizzare la disciplina degli impegni, osserva come tale strumento non permetta all'Autorità di “veder accertata la natura scorretta di una pratica commerciale da un provvedimento dell'Autorità che potrebbe poi essere utilizzato dai consumatori nel contesto di giudizi risarcitori «individuali» o «di classe» instaurati davanti all'Autorità giudiziaria ordinaria”.

allegazioni fattuali, che egli non avrebbe potuto *«ragionevolmente prevedere l'impatto della pratica commerciale sui consumatori ai senso dell'articolo 20, comma 3»*<sup>256</sup>.

Non è dunque il consumatore a dover valutare i fatti costitutivi.

Infine, valutate le memorie conclusionali, si apre la fase decisoria la quale deve concludersi, salvo particolari esigenze<sup>257</sup>, entro termini prestabiliti, vale a dire centottanta giorni decorrenti dalla data di protocollo del procedimento di avvio oppure duecentodieci giorni qualora sia necessario chiedere il parere di un'Autorità indipendente quale quella per le garanzie nelle Comunicazioni (AGCom)<sup>258</sup>.

L'intervento dell'AGCom è dunque richiesto, ad esempio, qualora la pratica commerciale sia stata o debba essere *«diffusa attraverso la stampa periodica o quotidiana ovvero per via radiofonica o televisiva o di altro mezzo di telecomunicazione»*.

Al termine della fase decisoria, l'*Antitrust* adotta un provvedimento motivato che potrà essere di due differenti tipologie.

Nel caso in cui si accerti che la pratica commerciale non è classificabile come "scorretta" il professionista non è sottoposto ad alcuna condanna.

Viceversa, qualora la pratica commerciale si configuri come scorretta, l'Autorità potrà intervenire emettendo provvedimenti di carattere pecuniario e/o inibitorio, vietando la continuazione della pratica qualora essa sia già stata diffusa<sup>259</sup>.

---

<sup>256</sup> Articolo 27, comma 5, d.lgs. 206/2005.

<sup>257</sup> I termini possono essere prorogati, ad esempio, qualora siano disposte perizie o altre prove particolari richieste del professionista.

<sup>258</sup> I termini possono essere sospesi in due ipotesi particolari: a) qualora è richiesto il parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. In tal caso la sospensione perdura fino all'emissione del parere o fino alla scadenza del termine previsto per emetterlo (trenta giorni); b) qualora l'Autorità sospenda il giudizio a causa della pendenza di un procedimento di autodisciplina.

<sup>259</sup> Il nostro legislatore ha disciplinato, all'articolo 27, comma 8, d.lgs. 206/2005, anche l'ipotesi in cui la pratica non sia stata ancora diffusa disponendo quanto segue: *«L'Autorità, se ritiene la pratica commerciale scorretta, vieta la diffusione, qualora non ancora portata a conoscenza del pubblico (...)»*.

È opportuno evidenziare come il provvedimento inibitorio rivolto al professionista prescindendo dalla sua intenzionalità o dalla sua negligenza.

Il rimedio inibitorio, infatti, potrà essere esperito indipendentemente dalla prova del danno concretamente subito dal consumatore e/o dalla prova della colpa del professionista.

L'AGCM, inoltre, può imporre al professionista una sanzione dall'importo minimo di 5.000,00 fino a 5.000.000 euro<sup>260</sup>, tenuto conto della gravità e della durata della violazione<sup>261</sup>.

Per quanto concerne le citate sanzioni riteniamo necessario fare alcune precisazioni.

L'importo massimo previsto dal legislatore, benché somma di per sé elevata, non risulta adeguatamente dissuasiva per le grandi società che eseguano forniture non richieste o, più in generale, pratiche commerciali scorrette.

Le società *leader* nel settore delle comunicazioni o dell'energia elettrica, ad esempio, traggono dall'esecuzione della pratica commerciale guadagni nettamente più elevati rispetto al valore della sanzione pecuniaria.

Riteniamo, infatti, che una delle ragioni per cui le pratiche commerciali scorrette siano ancora largamente eseguite vada ravvisata nel poco incisivo aspetto sanzionatorio.

In altre realtà giuridiche, tra cui quella inglese, a seguito di una simile condotta il professionista può essere punito, nei casi più gravi, con la pena detentiva.

In questi sistemi le sanzioni nelle quali incorrono i professionisti che violino il divieto di eseguire una pratica commerciale scorretta risultano efficaci.

Per tale ragione auspichiamo un cambiamento nel sistema del calcolo della sanzione a carico del professionista nell'ordinamento italiano.

---

<sup>260</sup>La sanzione massima di 5.000.000 euro ha sostituito quella precedente pari a 500.000.000 euro, per mezzo dell'articolo 1, comma 6, lettera *b*), del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21.

<sup>261</sup>Si noti come la sanzione irrogata al professionista che esegue una pratica commerciale scorretta sia ampiamente superiore a quella irrogata al professionista in materia di pubblicità ingannevole o comparativa illecita avente ad oggetti beni o servizi offerti a professionisti (500.000 euro) e di quella irrogata in caso di inottemperanza del professionista ai provvedimenti d'urgenza o a quelli inibitori o di rimozione degli effetti (150.000 euro).

Una possibile soluzione potrebbe individuarsi nell'adeguamento della sanzione amministrativa pecuniaria al fatturato della società che esegua una pratica commerciale scorretta.

L'*Antitrust*, infine, oltre a poter condannare il professionista al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, può disporre la pubblicazione del provvedimento o di una comunicazione rettificativa a spese e a cura del professionista.

In tal modo l'Autorità tenta di impedire che le pratiche commerciali scorrette continuino a diffondersi.

In tal senso si è pronunciato nel 2009 il TAR del Lazio, rilevando come i poteri sanzionatori dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato non colpiscano solamente il professionista che agisca in violazione delle norme bensì abbiano la funzione di «*ingenerare una indiretta coercizione psicologica nei confronti degli altri soggetti*»<sup>262</sup>.

Infine, al termine del procedimento, la decisione dell'Autorità è pubblicata sul Bollettino settimanale, documento attraverso cui l'Autorità Garante rende pubbliche le proprie decisioni e reperibile sul sito *internet* ufficiale dell'AGCM.

Il professionista sottoposto a sanzione amministrativa ha comunque la possibilità di impugnare il provvedimento dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale (Tar)<sup>263</sup>.

Detto tribunale ha, dunque, il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

---

<sup>262</sup>TAR Lazio, sent. n. 13749 del 29 dicembre 2009 il quale ha evidenziato come le sanzioni dell'AGCM «(...) *Non tendano soltanto a colpire il soggetto che abbia commesso un'infrazione, quanto e soprattutto ad ingenerare una indiretta coazione psicologica nei confronti degli altri soggetti, al fine di determinare una contropinta all'eventuale spinta all'infrazione: risultando, per l'effetto, riconoscibile nella sanzione stessa un carattere non già meramente afflittivo, ma anche educativo, risolvendosi essa in una giusta e commisurata reazione rispetto all'infrazione commessa*». Tale concetto è stato ribadito dal TAR Lazio anche nella sent. 7493 del 3 settembre 2012; sent. 7495 del 3 settembre 2012.

<sup>263</sup>Si veda in tal senso l'articolo 27, comma 14, del d.lgs. 206/2005, il quale dispone che «*Ove la pratica commerciale sia stata assentita con un provvedimento amministrativo, preordinato anche alla verifica del carattere non scorretto della stessa, la tutela dei soggetti e delle organizzazioni che vi abbiano interesse, è esperibile in via giurisdizionale con ricorso al giudice amministrativo avverso il predetto provvedimento*».

### 4.3. Il riparto di competenza tra A.G.C.M. e l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (A.G.Com.)

Dopo aver analizzato il ruolo e le funzioni principali dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, intendiamo analizzare il riparto di competenza tra tale Autorità e quella per le Garanzie nelle Comunicazioni qualora la violazione del divieto di eseguire una pratica commerciale scorretta necessiti dell’intervento di entrambe.

L’intervento dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni è richiesto qualora una pratica commerciale scorretta sia tale da ledere la corretta competizione degli operatori sul mercato oppure da compromettere la tutela delle libertà fondamentali degli utenti nel settore delle dell’editoria, dei mezzi di comunicazione di massa e delle posta<sup>264</sup>.

La convivenza tra Autorità indipendenti “trasversali”, vale a dire dotate di competenze non limitate a singoli settori del mercato “in quanto istituite a tutela di specifici interessi pubblici di portata generale”<sup>265</sup> e Autorità di settore quale l’AGCom, ossia “Autorità preposte in via esclusiva ad uno specifico settore economico”<sup>266</sup>, ha da sempre determinato forti interferenze tra le rispettive attribuzioni.

La questione relativa alla collaborazione tra le due Autorità appare alquanto controversa e su di essa si sono nel tempo pronunciati la dottrina, la giurisprudenza e le singole Autorità.

---

<sup>264</sup>L’AGCom è stata istituita con la l. 5 agosto 1981, n. 416 “*Disciplina delle imprese editrici e provvidenze per l’editoria*”. Tale legge ha dunque istituito una nuova figura nel contesto delle Autorità indipendenti. Il Garante dell’AGCom è nominato d’intesa dai Presidenti della camera e del Senato tra i magistrati appartenenti alle giurisdizioni di grado più elevato e dura in carica cinque anni. L’AGCom riferisce al Parlamento semestralmente. L’Autorità svolge una funzione attiva di controllo nel mercato delle telecomunicazioni nel rispetto del principio generale dell’art. 21 della Costituzione. L’AGCom assicura che «*tutti godano del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione*» e che «*la stampa non venga ad essere soggetta ad autorizzazioni o censura*».

<sup>265</sup>M. S. BONOMI, *Tutela del consumatore, pratiche commerciali scorrette e riparto di competenze tra Autorità indipendenti*, in *Giornale di Dir. Amm.*, 6/2016, cit. p. 795.

<sup>266</sup>M. S. BONOMI, *op. loc. cit.*

Per quanto concerne la dottrina, numerosi autori, partendo dal dato letterale, hanno fornito valide interpretazioni della norma. La giurisprudenza è intervenuta in materia ad esempio tramite il Consiglio di Stato<sup>267</sup>.

Sul tema si è pronunciato anche il legislatore comunitario nel 2005 con la direttiva 2005/29/CE. A livello comunitario è stata ribadita la complementarità tra la disciplina generale (AGCM) e quella di settore attribuita all'AGCom qualora la pratica commerciale scorretta sia diffusa, ad esempio, attraverso mezzi di telecomunicazione<sup>268</sup>.

Infine le singole Autorità hanno emesso alcuni protocolli d'intesa.

Le prime questioni interpretative sulla ripartizione della competenza tra AGCM e AGCom furono sollevate dalla dottrina a causa della discordante interpretazione dell'articolo 19, comma 3, cod. cons.

Tale articolo stabilisce che, in caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano *aspetti specifici* delle pratiche commerciali scorrette *prevalgano* sulle disposizioni dettate in materia del Titolo III del Codice del consumo.

L'interpretazione originariamente attribuita a tale disposizione è stata di tipo letterale e comportava che, al verificarsi di una pratica commerciale scorretta diffusa ad esempio attraverso la stampa periodica o quotidiana ovvero per via radiofonica, fossero legittimate a intervenire sia l'AGCM che l'AGCom.

In tal modo, però, si sarebbe potuto verificare un duplice rischio.

In primo luogo si sarebbe determinata una duplicazione delle iniziative istruttorie dal quale sarebbe dipeso un inutile spreco di risorse.

---

<sup>267</sup>La stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato era già intervenuta nel 2012 con le sentenze 11, 12, 13, 14, 15, 16 dell'11 maggio 2012, esplicitando il rapporto esistente nel nostro ordinamento giuridico tra la normativa generale in materia di tutela del consumatore, prevista dal d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, agli artt. 18 ss., e le specifiche normative di settore.

<sup>268</sup>L'intervento del legislatore comunitario, e i relativi decreti di recepimento (d.lgs. 145 e 146 del 2007) non hanno però chiarito se, ed eventualmente in quale misura, la predetta competenza si estendesse anche ai mercati regolati.

In secondo luogo, le imprese avrebbero rischiato di essere assoggettate, per la medesima pratica commerciale scorretta, a due procedimenti differenti dai quali sarebbero potute scaturire decisioni contrastanti o, nei casi più estremi, concordanti nell'irrogare una (doppia) sanzione<sup>269</sup>.

Un simile scenario del resto, non sarebbe stato conforme agli intendimenti della disciplina comunitaria sulle pratiche commerciali scorrette, la quale mira a «soddisfare il requisito della certezza del diritto»<sup>270</sup>

Tale eventualità, oltre a pregiudicare eccessivamente il professionista, andrebbe a discapito del principio costituzionale di buon andamento e dell'univocità degli indirizzi normativi rivolti al Mercato come ribadito più volte dal Consiglio di Stato<sup>271</sup>.

Una prima soluzione ai dubbi scaturiti dall'originaria interpretazione dell'articolo 19 cod. cons. è stata offerta dal legislatore in occasione del recepimento della direttiva 83/2011/UE con il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 il quale ha inserito nel Codice del consumo l'articolo 27.

Tale articolo, al comma 1-*bis*, attribuisce all'AGCM la competenza a intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrino una pratica commerciale scorretta «*anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3*».

La norma, inoltre, in conformità con quella vigente, attribuisce «*in via esclusiva*» all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato la competenza a intervenire dopo aver acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente.

---

<sup>269</sup>Si veda in tal senso R. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità)*, in *Foro it.*, p. 1102 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Oltre il consumatore al tempo della crisi*, in *Le obbligazioni e il contratto al tempo della crisi economica*, a cura di G. Grisi, Napoli, 2014, p. 255 ss.

<sup>270</sup>Considerando 5, dir. 2005/29/CE.

<sup>271</sup>Cons. Stato, Ad. Plen., 11 maggio 2012, n. 12 il quale ha evidenziato come la questione fosse «*indubbiamente di principio poiché, come risulta evidente dall'intensa dialettica processuale, entrambe le autorità ritengono di avere competenza nella materia ed operano in concreto in tal senso; e ciò non può non sollevare il problema della coerenza di un sistema del genere con il principio di buon andamento dell'articolo 97 della Costituzione, atteso che i procedimenti in questione sono estremamente onerosi sia per l'amministrazione che per i privati*».

A tal proposito l'articolo 27, comma 6, cod. cons. individua un criterio generale di ripartizione preventiva della competenza prevedendo che qualora la pratica commerciale sia stata o debba essere «*diffusa attraverso la stampa periodica o quotidiana ovvero per via radiofonica o televisiva o altro mezzo di telecomunicazione, l'Autorità, prima di provvedere*» richieda «*il parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*».

Viceversa, nel caso in cui la condotta del professionista non integri gli estremi di una pratica commerciale scorretta, la norma afferma che la competenza spetti alle singole Autorità indipendenti.

Nel medesimo comma, inoltre, il legislatore attribuisce alle singole Autorità la possibilità di «*disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze*».

Per meglio comprendere in cosa consista il parere richiesto all'AGCom qualora la pratica commerciale scorretta coinvolga il settore delle comunicazioni, riteniamo opportuno richiamare a titolo esemplificativo il Provvedimento AGCM, 3 marzo 2015, n. 255330.

Il caso in esame ha ad oggetto la condotta di un professionista, Wind Telecomunicazioni S.p.A., il quale ha eseguito per lungo tempo una pratica commerciale scorretta riconducibile all'articolo 26, lett. *f*), cod. cons. vale a dire una fornitura non richiesta.

La pratica commerciale in esame concerneva l'attivazione unilaterale nei confronti dei clienti di telefonia mobile di un servizio oneroso, denominato «*Service Card*», il quale si attivava automaticamente sulla linea del cliente qualora egli non avesse manifestato la propria volontà di non concludere un contratto rispondendo all' SMS con cui il professionista informava della futura attivazione.

A seguito del procedimento l'AGCM ha classificato la condotta del professionista, consistente nell'attivare unilateralmente un servizio oneroso a carico del consumatore imponendo a quest'ultimo di eseguire un comportamento attivo (l'invio dell'apposito SMS di disdetta nei termini di decadenza) come una pratica commerciale scorretta.

Il comportamento del professionista è, infatti, stato ritenuto contrario alla diligenza professionale e idoneo, quindi, a indurre il consumatore ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Dal momento che la pratica commerciale aggressiva in esame è stata diffusa attraverso mezzi di telecomunicazione, l'AGCM ha tempestivamente provveduto ad acquisire il parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ai sensi del già citato articolo 27, comma 1-*bis*, cod. cons.

Con un apposito parere, infatti, l'AGCom ha ritenuto che la condotta in esame fosse riconducibile alla previsione di cui all'articolo 70 CEE e al disposto degli articoli 3, comma 3, 4 comma 2 e 5 comma 4 della delibera n. 179/03/CSP<sup>272</sup> dell'AGCom confermando la pratica commerciale come lesiva degli interessi dei consumatori.

Nonostante il tentativo del legislatore di disciplinare il riparto delle competenze tra l'AGCM e le altre Autorità indipendenti, esse hanno fatto spesso ricorso allo strumento dei protocolli d'intesa.

Dal più recente protocollo d'intesa tra AGCM e AGCom, risalente al 13 gennaio 2017, il quale integra e sostituisce quello precedente del 22 maggio 2013, emerge come esse abbiano disciplinato gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione.

Nel quadro delle rispettive competenze a tutela dei consumatori esse hanno concordato alcuni aspetti riguardanti in particolar modo i pareri resi dall'AGCom e il rapporto di complementarità tra il Codice del consumo e la normativa settoriale delle comunicazioni elettroniche<sup>273</sup>.

---

<sup>272</sup>Gli articoli 3, 4 e 5 della citata delibera dispongono rispettivamente circa: a) Principi fondamentali; b) Informazione degli utenti; c) Offerta dei servizi.

<sup>273</sup>Si veda in tal senso L. LORENZONI, *op. cit.*, p. 83, il quale evidenzia come “*As a consequence, a recent reform in Italian law conferred the Antitrust Authority an exclusive competence to combat unfair commercial practices also in regulated sectors, after having consulted the sector-specific regulator, apart when the breach of sector-specific regulation does not result in an unfair commercial practice. After the adoption of this provision, the Italian administrative judge finally interpreted the law on unfair commercial practice consistently with the European directive*”.

Nel rispetto dei principi di autonomia e indipendenza, infatti, il protocollo regola la collaborazione tra le due Autorità in materia di tutela del consumatore al fine di garantire un più efficace esercizio dei poteri.

Con tale documento le due Autorità tentano di raggiungere gli obiettivi preposti attraverso: *a)* lo scambio reciproco di dati, documenti e informazioni sui provvedimenti avviati da ciascuna Autorità; *b)* il coordinamento degli interventi istituzionali, anche in fase pre-istruttoria, sui settori di comune interesse; *c)* la costituzione di un gruppo di lavoro permanente sull'attuazione per promuovere il confronto su tematiche di comune interesse in materia di tutela dei consumatori.

L'AGCM e l'AGCom si sono avvalse di protocolli d'intesa anche dopo l'entrata in vigore dell'articolo 27 cod. cons. al fine di regolare i loro rapporti, sottolineando così la lacunosità e l'insufficienza della norma dinanzi all'attività di cooperazione.

A tal proposito, però, sottolineiamo come il rapporto tra le due Autorità in esame fosse comunque particolarmente difficile da coordinare fin dall'origine visti i diversi interesse da esse perseguiti.

Da un lato ravvisiamo infatti l'interesse dall'AGCM volto a tutelare il consumatore “in via diretta o attraverso la concorrenza”<sup>274</sup> e dall'altro quello dell'AGCom il quale, oltre a coincidere con la tutela del consumatore, si confronta con “gli interessi riconducibili alla sicurezza delle reti, alla neutralità tecnologica e alla tutela dell'innovazione”<sup>275</sup>.

Circa i diversi interessi reputiamo utile evidenziare come parte della dottrina si sia pronunciata sul tema individuando nella citata diversità un elemento a conforto dell'autonomia e della complementarietà tra le due discipline.

---

<sup>274</sup>F. AZZARRI, *L'attivazione di un servizio oneroso in seguito al mancato rifiuto del consumatore e la disciplina delle forniture non richieste*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, cit. p. 898.

<sup>275</sup>F. AZZARRI, *op. loc. cit.* Sul tema si veda anche V. MINERVINI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato quale Autorità di tutela del consumatore*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, p. 1161 ss.

I sostenitori di tale teoria hanno posto come ragione giustificativa del loro pensiero il fatto che “le sfere di competenza delle diverse Autorità” non si tocchino “e tanto meno si sovrappongano”<sup>276</sup>.

Sebbene tale soluzione possa all'apparenza risultare persuasiva, riteniamo che tale ricostruzione non tenga realmente conto del dato fattuale.

Nella maggior parte dei casi, infatti, la medesima condotta posta in essere dagli operatori di comunicazioni elettroniche “è stata valutata da ciascuna Autorità, con esiti opposti: condanna e sanzioni da parte dell'AGCM, valutazione di non rilevanza da parte di AGCom”.

La teoria della “complementarietà” basata sulla diversità degli interessi non risulta dunque una soluzione valida per regolare il rapporto tra le due istituzioni.

Ritenere che gli interessi dell'AGCM e dell'AGCom siano differenti, infatti, non evita il rischio di violare il principio del *ne bis in idem* come rilevato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel 2012 nella redazione di cinque sentenze relative ai rapporti tra AGCM e Autorità indipendenti<sup>277</sup>.

Dall'articolo 27 cod. cons. e dai protocolli d'intesa in vigore dunque, emerge come la competenza dell'AGCM abbia un carattere “generale e tendenzialmente esclusivo”<sup>278</sup>.

Anche nel caso in cui la pratica commerciale coinvolga uno o più settori di competenza di un'Autorità indipendente quale l'AGCom, la legge prevede una forma di cooperazione tra Autorità mantenendo ferma la competenza principale in capo all'AGCM.

In simili ipotesi, dunque, il ruolo delle Autorità si riduce a consultivo mentre la decisione di adottare provvedimenti inibitori e sanzionatori resta di competenza dell'AGCM.

Infine, crediamo opportuno evidenziare come il Consiglio di Stato sia stato richiamato più volte a pronunciarsi circa le competenze dell'AGCM e

---

<sup>276</sup>L. TORCHIA, *Una questione di competenza: la tutela del consumatore fra disciplina generale e disciplina di settore*, in *Giornale di Dir. Amm.*, 10/2012, cit. p. 953.

<sup>277</sup>Consiglio di Stato, Ad. Plenaria, 11 maggio 2012, sentenze dal n. 11 al 16. Per un'analisi approfondita sul tema si veda L. TORCHIA, *op. cit.*, p. 955 ss.

<sup>278</sup>A. ZIMATORE, *op. loc. cit.*

dell'AGCom in materia di tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni elettroniche, a fronte di pratiche commerciali ritenute sleali, anche dopo il citato intervento del 2008.

A titolo esemplificativo, infatti, è possibile richiamare le sentenze del 9 febbraio 2016, n. 3 e n. 4 emanate anch'esse in Adunanza Plenaria dal Consiglio di Stato. Le sentenze in esame furono emanate a seguito della sanzione comminata dall'*Antitrust* a due tra le maggiori compagnie telefoniche italiane, Vodafone Omnitel NV e Wind Telecomunicazioni S.p.A, per aver posto in essere pratiche commerciali aggressive vietate ai sensi degli articoli 24, 25 e 26, comma 1, lett. f) d. lgs. 2005, n. 206<sup>279</sup>.

Anche in tali occasioni il Consiglio di Stato ha, di fatto, ribadito l'indubbia competenza dell'AGCM e dover giudicare la scorrettezza o meno di una pratica commerciale e ad emanare le necessarie sanzioni a tutela del consumatore.

Infine, vogliamo evidenziare come tale approccio fosse stato confermato anche dal Tar Lazio già nel 2008 con la sentenza 8 maggio 2014, n. 4801<sup>280</sup>.

Attraverso la citata sentenza, i giudici del Tar hanno stabilito come la disciplina Antitrust e quella di regolazione settoriale non si configurino in termine di esclusione bensì di complementarietà.

---

<sup>279</sup>Per un'analisi approfondita sul tema si veda M. S. BONOMI, *op. cit.*, p. 793 ss.

<sup>280</sup>Nella sentenza in esame i giudici del Tar Lazio si sono pronunciati circa il riparto di competenze tra AGCM e AGCom definendo le rispettive competenze come «*distinte e parallele*». I giudici, inoltre, hanno evidenziato come «*le imprese operanti nel settore della radiodiffusione e dell'editoria sono soggette alla disciplina generale a tutela della concorrenza contenuta nella legge n.287 del 1990, e la previsione di un parere obbligatorio (ma non vincolante) dell'AGCOM sui provvedimenti predisposti dall'AGCM riguardanti operatori del settore delle comunicazioni, rende evidente che la competenza in materia di tutela della concorrenza spetta sempre all'AGCM, anche quando le relative iniziative interessino il settore delle comunicazioni (Cons. St., Ad. Plen., 11 maggio 2012, n. 11)*»

#### **4.4. Analisi dei dati nel settore delle telecomunicazioni e dell'energia elettrica (dal 2010 ad oggi)**

La maggior parte dei professionisti che viola il divieto di eseguire pratiche commerciali scorrette, disposto dall'articolo 20 cod. cons., esercita la propria attività principalmente nel settore delle telecomunicazioni o dell'energia elettrica. Riteniamo che ciò sia dovuto al fatto che sia le telecomunicazioni che questi due ambiti coinvolgono il maggior numero di utenti.

Le due citate macro aree, infatti, inglobano quasi l'intera categoria dei consumatori.

Sono certamente in minoranza coloro che non siano parte di un contratto con un operatore telefonico o con una società fornitrice di energia elettrica.

Per tale ragione, qualora una pratica commerciale sia eseguita negli ambiti citati permetterà al professionista di trarre, seppure in modo non lecito, un profitto sicuramente maggiore di quello che avrebbe potuto ottenere operando in contesti differenti.

Il forte coinvolgimento della classe dei consumatori ha dunque stimolato, seppure in modo non corretto, l'intervento da parte dei professionisti.

Per comprendere alcune tra le diverse pratiche commerciali eseguite dai professionisti nel campo dell'energia elettrica e delle telecomunicazioni, esamineremo alcuni tra i casi più rilevanti degli ultimi anni.

La nostra attenzione sarà dedicata alle pratiche commerciali aggressive, in particolar modo alle forniture non richieste, verificatesi a discapito del consumatore.

Entrando nello specifico, una delle pratiche commerciali scorrette maggiormente rilevanti ha coinvolto alcune tra le società *leader* nel settore delle comunicazioni a seguito della fornitura non richiesta di servizi c.d. *premium*.

A titolo esemplificativo richiamiamo il PS9464 - VODFONE SERVIZI PREMIUM, sul quale si è pronunciata l'AGCM il 13 gennaio 2015 con il Provvedimento 25262.

Il caso in esame può essere riassunto come segue.

A partire dal 2014 sono giunte all'AGCM numerose denunce da parte di consumatori i quali lamentavano l'addebito sul proprio credito telefonico, o sulla propria carta di credito, del costo di alcuni servizi senza avere però preventivamente manifestato la propria volontà e senza avere dunque stipulato alcun tipo di contratto con il fornitore del servizio.

A seguito di tale segnalazioni, l'AGCM ha provveduto a verificare la fondatezza delle denunce aprendo un procedimento.

I denunciati lamentavano il periodico prelievo di una somma di denaro dal credito telefonico da parte dell'operatore senza però che alcuno dei consumatori coinvolti avesse comunicato al gestore del servizio a pagamento, *Content Service Provider* (CSP), il proprio numero telefonico né i propri dati identificativi.

I servizi a sovrapprezzo, o *premium*, non sono di per sé vietati dal nostro legislatore nella misura in cui il cliente manifesti, dopo aver ricevuto informazioni chiare e dettagliate sul servizio stesso, la propria volontà di stipulare il contratto. Tuttavia solo ed esclusivamente dopo aver ricevuto il consenso del cliente l'operatore telefonico potrà cederne i dati al fornitore del servizio a pagamento<sup>281</sup>.

---

<sup>281</sup>Si veda sul punto il PS9464 - VODAFONE SERVIZI PREMIUM, Provvedimento n. 25262, in *Bollettino* 1/2015, attraverso il quale l'AGCM ha dettagliatamente ricostruito la procedura alla quale avrebbero dovuto attenersi gli operatori telefonici per attivare correttamente i servizi *premium*. L'AGCM ha rilevato come «Non appena un cliente Vodafone (che stia navigando su rete Vodafone) atterra - dopo aver cliccato su banner, links, pop up, o in altro modo - su una delle pagine web del CSP previamente concordate con Vodafone (cd. "landing page"), il sistema di enrichment, riconoscendo l'URL della landing page, entra in funzione. Viene così innescato un meccanismo in forza del quale il CSP riceve da Vodafone il tag identificativo del cliente, e richiede alla stessa Vodafone - a seguito del click di attivazione del servizio da parte dell'utente - di eseguire la consegna del servizio all'utente e il correlato addebito. Di tale consegna e addebito Vodafone si occupa direttamente, previa effettuazione di alcuni controlli. Il sistema così complessivamente strutturato trova applicazione, pur con qualche differenza tecnica, sia per i servizi forniti con nuova tecnologia in silos verticale, sia per quelli a vecchia tecnologia attivati in navigazione mobile. E così, nel caso di silos verticale, in cui l'operatore telefonico è sempre titolare di un contratto diretto con il CSP, quest'ultimo soggetto, come già chiarito, fornisce indicazione a Vodafone in ordine a quali siano le URL delle pagine web destinate all'attivazione del servizio (i.e., le "landing page"). Non appena un utente Vodafone (che stia navigando su rete Vodafone) atterra su una delle predette pagine web del CSP, il sistema di enrichment, riconoscendo l'URL della pagina web stessa, entra in funzione. A quel punto, la URL del sito viene "arricchita" (fenomeno di "enrichment", appunto) con un tag che, in via criptata, consente di identificare il singolo cliente (sistema di cd. "header enrichment"). Il CSP, attraverso un sistema di decrittazione del tag, è così in grado di identificare il cliente stesso, al quale può erogare il servizio - servizio che Vodafone cura di consegnare - con corrispondente addebito sul credito o conto telefonico, anch'esso curato da Vodafone».

Nel caso in esame però, l'elemento che permette di identificare la condotta descritta come pratica commerciale scorretta è, in primo luogo, la mancata informazione da parte del professionista circa l'automatica cessione dei dati ad un gestore di servizio a pagamento.

In secondo luogo, l'operatore telefonico non aveva provveduto ad informare adeguatamente il cliente circa l'oggetto del contratto e la possibilità di bloccare i servizi, per mezzo dell'attivazione del "blocco selettivo".

La ragione di tale addebito era esclusivamente ascrivibile alla condotta dell'operatore telefonico Vodafone il quale trasferiva automaticamente ai CSP i numeri dei propri clienti senza che essi ne fossero a conoscenza.

Di conseguenza i CSP addebitavano agli utenti il costo del servizio per mezzo di un meccanismo fortemente pregiudizievole per il consumatore.

Il procedimento dell'AGCM ha dunque avuto principalmente ad oggetto le condotte del professionista consistenti nel: *a)* non aver fornito al consumatore adeguate delucidazioni e/o diffuso informazioni non rispondenti al vero circa l'oggetto del contratto di telefonia mobile<sup>282</sup>; *b)* aver implementato un sistema automatico di trasferimento del numero di telefono dell'utente al *Content Service Provider* (CSP) il quale editava i contenuti digitali a pagamento, con successivo automatico addebito del servizio sul credito telefonico del consumatore senza che questi si fosse mai reso consapevolmente riconoscibile al CSP<sup>283</sup>.

Inoltre, il servizio si attivava a seguito del mero *click* del consumatore sul tasto *play* che compariva al centro della schermata che si apriva automaticamente durante la navigazione, o più semplicemente, sull'apposito tasto per chiudere la pagina pubblicitaria.

Il professionista, dunque, attribuiva illecitamente l'addebito del costo del servizio ad una scelta consapevole e volontaria del consumatore.

---

<sup>282</sup>Nel caso in esame ci si riferisce in particolar modo all'abilitazione dell'utente alla ricezione dei servizi a pagamento (c.d. servizi *premium*), alle caratteristiche essenziali, modalità di fornitura e di pagamento dei suddetti servizi, e all'esistenza e alle modalità di attivazione del c.d. "blocco selettivo".

<sup>283</sup>Si veda PS9464 - VODAFONE SERVIZI PREMIUM, Provvedimento n. 25262, in *Bollettino* 1/2015.

Se così fosse stato però, sarebbe stata necessaria da parte del CSP la richiesta dei dati identificativi e di pagamento del cliente.

Nel caso in esame invece, i dati dei clienti erano stati preventivamente ceduti dalla compagnia telefonica ai fornitori dei servizi a pagamento.

Quest'ultimi, poi, promuovevano sul *web* i propri servizi per mezzo di pagine *internet*, all'interno delle quali qualunque *click* avrebbe determinato l'attivazione del servizio oneroso.

A propria difesa l'operatore telefonico Vodafone rivendicava il fatto che l'attivazione del servizio fosse stata espressamente richiesta dal consumatore a seguito del "*click*" sul pulsante di attivazione presente nella *landing page*.

In relazione a tale meccanismo però, è evidentemente doveroso fare alcune osservazioni.

È necessario interrogarsi circa la possibilità o meno di poter realmente individuare l'elemento della volontarietà, oltre a quello della consapevolezza, nella mera azione di sfiorare lo schermo di un dispositivo.

Appare evidente che un semplice *click*, o sfioramento di un punto dello schermo di un dispositivo *digital touch*, non possa equivalere alla volontaria manifestazione del consenso da parte del consumatore<sup>284</sup>.

Un ulteriore aspetto degno di nota è quello relativo al tipo di contratto stipulato, seppur inconsapevolmente, tra il professionista e il consumatore.

L'attivazione dei servizi a sovrapprezzo mediante la predetta *landing page* rientra nell'ambito dei contratti a distanza.

La condotta del professionista risulta ulteriormente lesiva dei diritti del consumatore in quanto, come disposto dal d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, tutte le informazioni relative al contratto devono essere fornite dal professionista «*prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza*» ai sensi dell'articolo 49, lett. b), c), g) e h) cod. cons.».

Le risultanze istruttorie hanno dimostrato che la *landing page* diffusa dall'operatore telefonico omettesse le prescritte informazioni concernenti

---

<sup>284</sup>Il sistema del *click* è stato utilizzato anche da altre compagnie telefoniche tra cui Telecom Italia S.p.A. Cfr. PS9466 - TIM SERVIZI PREMIUM Provvedimento n. 25264, in *Bollettino* 1/2015.

l'identità e l'indirizzo del professionista, oltre che la natura onerosa e le modalità di pagamento del servizio<sup>285</sup>.

La condotta finora descritta non rappresenta un caso isolato nel panorama delle telecomunicazioni.

Medesima condotta è stata tenuta da altre compagnie telefoniche *leader* nel settore: Telecom Italia S.p.A., Wind Telecomunicazioni S.p.A. e H3G S.p.A.<sup>286</sup>

Anche in tali casi l'AGCM si è pronunciata sul meccanismo del "click" introducendo apposite misure tecniche a tutela del consumatore come ad esempio il *doppio click*.

Si tratta di due click (separati tra loro da una serie di esplicite informative) che permettono all'utente di confermare la propria volontà dopo aver preso visione delle clausole.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha ritenuto che la manifestazione di volontà del consumatore possa essere ravvisata solamente a partire dal secondo *click* al quale è stata dunque attribuita la funzione di "click to accept"<sup>287</sup>.

L'accettazione può avvenire solo dopo che l'utente sia stato informato sulle modalità di conclusione del contratto e relativi costi del servizio.

È evidente dunque che la condotta del professionista abbia sfruttato alcuni elementi della tecnologia che possono risultare favorevoli o sfavorevoli a chiunque ne faccia uso a seconda delle situazioni.

È vero che la moderna tecnologia accorcia i tempi di conclusione del contratto ma altresì può generare situazioni facilmente pregiudizievoli per il consumatore.

---

<sup>285</sup>Simile condotta è stata eseguita da Telecom Italia S.p.A e Acotel S.p.A. Si veda PS9466 - TIM SERVIZI PREMIUM Provvedimento n. 25264, in *Bollettino* 1/2015.

<sup>286</sup>PS9465 - WIND SERVIZI PREMIUM, Provvedimento n. 25263 e PS9467 - H3G SERVIZI PREMIUM, Provvedimento n. 25265, in *Bollettino* 1/2015.

<sup>287</sup>Si veda IP235- TIM SERVIZI PREMIUM- Provvedimento n. 25666, in *Bollettino* 37/2015 in cui l'Autorità rileva un'iniziale inottemperanza da parte dell'operatore telefonico della delibera del 13 gennaio 2015, n. 25264. Nel provvedimento l'Autorità afferma che, sebbene l'operatore abbia ottemperato integrando le informative circa l'adozione del meccanismo *I-frame*, «Telecom non ha implementato le misure idonee a prevenire la fornitura non richiesta di servizi premium derivante da attivazioni materialmente involontarie».

All'esito del procedimento l'AGCM, dopo aver richiesto il parere dell'AGCom, ha stabilito che le condotte del professionista corrispondevano alla violazione degli articoli 20, 21, 22, 24, 25, oltre che degli articoli 26, lett. *f*) e 66-*quinquies*, del Codice del consumo.

Tali condotte del professionista, dunque, sono ascrivibili alla categoria delle pratiche commerciali scorrette.

In tal caso è indiscussa la contrarietà alla diligenza professionale da parte di Vodafone.

Non si riscontra, infatti, il normale grado di competenza e attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti, anche stanti i principi generali di correttezza e buona fede.

Inoltre, la condotta della compagnia telefonica si risolve in una pratica commerciale scorretta classificabile non soltanto come ingannevole ma anche come aggressiva.

Da una parte, infatti, il professionista ha omesso di informare i consumatori in merito al reale oggetto del contratto (omissione ingannevole).

Dall'altra, l'operatore telefonico provvedeva ad addebitare ai consumatori il costo di un servizio senza che questo fosse preceduto da una richiesta volontaria e consapevole del consumatore .

Esigere il pagamento, immediato o differito, di un servizio che il professionista ha fornito ma che il consumatore non ha richiesto, rientra tra le ipotesi di fornitura non richiesta vale a dire della pratica commerciale aggressiva vietata dall'articolo 26, lett. *f*) cod. cons.

La circostanza per cui l'autore dei contenuti erogati all'utente sia un soggetto terzo (il CSP) non giustifica la compagnia telefonica: *«atteso che l'attività di fornitura (non richiesta) è resa possibile in primo luogo da Vodafone, sfruttando - anche a fronte della natura del servizio e della condotta - la posizione di supremazia vantata nei confronti dell'utente»*<sup>288</sup>.

---

<sup>288</sup>Cfr. PS9464 - VODAFONE SERVIZI PREMIUM, Provvedimento n. 25262, in *Bollettino* 1/2015

Di conseguenza, sia nel caso che vede coinvolta Vodafone, sia in quelli che riguardano gli altri tre *leader* nel settore (Wind, Telecom e H3G) l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si è pronunciata sanzionando i professionisti con l’imposizione del pagamento di una somma pari a 1.750.000 di euro per Telecom e H3G<sup>289</sup> e a 800.000 euro ciascuno per Wind e Vodafone, per aver adottato pratiche commerciali scorrette nell’ambito della commercializzazione dei servizi *premium* utilizzati via *internet* da terminale mobile.

Un ulteriore esempio di pratica commerciale scorretta che ha richiesto l’intervento dell’AGCM è quello riguardante la fornitura non richiesta di prodotti pregiati da parte di Telecom Italia S.p.A<sup>290</sup>.

Tali società in sede di stipulazione del contratto telefonico o dell’attivazione di opzioni telefoniche aggiuntive al piano tariffario, forniva ai propri clienti apparecchiature non richieste, diffondendo informazioni non veritiere in merito alla gratuità degli stessi.

Alla fornitura del dispositivo, infatti, faceva seguito la richiesta di pagamento del prodotto stesso.

Sebbene questo venisse fornito apparentemente in comodato d’uso, gli utenti ricevevano in bolletta l’addebito rateizzato dell’apparecchio “Aladino *Cordless*” o di altri beni pregiati quali computer, videotelefonii o *notebook*<sup>291</sup>.

La fornitura non richiesta veniva eseguita attraverso due differenti modalità: quella “*stand alone*”, ossia a prescindere dalla contestuale attivazioni di un piano tariffario, o quella “*bundle*”, vale a dire unitamente all’attivazione di uno o più servizi.

---

<sup>289</sup>Nei confronti di H3G, in ragione dei rilevanti effetti delle condotte attuate, è stata disposta anche la pubblicazione di un estratto del provvedimento.

<sup>290</sup>PS4058 TELECOM-FORNITURA NON RICHIESTA PRODOTTI PREGIATI, Provvedimento n. 22451, in *Bollettino* 21/2011.

<sup>291</sup>In alcuni casi la condotta del professionista è stata aggravata dall’aver sollecitato i consumatori a al pagamento delle rate del bene fornito prospettando la possibilità di adire le vie legali per ottenere il soddisfacimento del credito, seppure il bene non fosse stato richiesto dal consumatore.

La pratica commerciali in esame veniva posta in essere direttamente attraverso la rete Telecom, la quale comprende il *teleselling* e la vendita fuori dai locali commerciali, oppure dai *dealer* vale a dire i *partner* commerciali esterni<sup>292</sup>.

A prescindere dalle modalità attraverso le quali la pratica commerciale fosse eseguita, la condotta del professionista prevedeva l'addebito in bolletta del costo di un prodotto mai richiesto e fornito a seguito di una commercializzazione non corretta.

I diversi accertamenti ispettivi e l'accurata fase istruttoria, hanno permesso all'AGCM di inquadrare la condotta di Telecom Italia S.p.A. nella categoria delle pratiche commerciali scorrette in quanto eseguita in violazione degli articoli 20, comma 2, 24, 25 e 26 lett. *f*) del Codice del consumo.

Anche il tal caso si tratta dunque di una pratica commerciale scorretta, contraria alla diligenza professionale e idonea ad incidere sulle scelte economiche del consumatore.

Detta pratica è stata eseguita in violazione delle norme relative alle pratiche commerciali aggressive oltre che di quelle ingannevoli, vista la mancata trasparenza nel fornire le informazioni contrattuali al consumatore e la richiesta di pagamento per la fornitura, di fatto non richiesta, vietata dall'articolo 26 lett. *f*) cod. cons.

L'accertata ingannevolezza circa la gratuità dell'offerta e la conseguente richiesta di pagamento dell'apparecchio hanno dunque portato l'AGCM, previo parere all'AGCom<sup>293</sup>, a condannare la società al pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria di 400.000 euro.

---

<sup>292</sup>Sebbene la società abbia vantato in questa seconda ipotesi la propria estraneità, l'AGCM ha rilevato come il professionista non abbia adottato adeguati sistemi di controllo nella fase di commercializzazione, stanti gli elevati reclami (superiori ai 15.000) dal novembre 2008 al dicembre 2009.

<sup>293</sup>Nel parere richiesto all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, cod. cons., la suddetta Autorità ha ritenuto che la pratica commerciale in esame risultasse scorretta ai sensi degli articoli 20, 21, 22 e 23, lett. *v*), cod. cons. Nel parere l'Autorità ha affermato che il professionista non aveva «fornito un'idonea informazione preventiva al consumatore in considerazione delle peculiari modalità di conclusione a distanza dei contratti, in ordine alla fornitura di prodotti non richiesti». Cfr. PS4058 TELECOM- FORNITURA NON RICHIESTA PRODOTTI PREGIATI, Provvedimento n. 22451, in *Bollettino* 21/2011.

Spostando ora l'attenzione sulle pratiche commerciali scorrette eseguite da professionisti nel settore dell'energia elettrica menzioniamo quelle verificatesi tra il 2014 e il 2016 che hanno visto coinvolte alcune tra le società *leader* del settore quali: ENEL Energia, ENI, ACEA Energia e Green Network.

Riteniamo opportuno esaminare il provvedimento dell'Antitrust avente ad oggetto la condotta eseguita dalla società fornitrice di energia elettrica GREEN NETWORK LUCE & GAS S.r.l. nel 2015<sup>294</sup>.

La condotta contestata al professionista consiste nell'aver fornito ai consumatori energia elettrica e/o gas naturale, a titolo oneroso, in assenza di una corrispondente manifestazione di volontà o sottoscrizione da parte dei clienti.

Dalle segnalazioni dei clienti e dai relativi accertamenti dell'AGCM, infatti, è risultato che la società avrebbe proceduto all'attivazione di forniture sul mercato libero dell'energia elettrica, del gas naturale e, in alcuni casi, di entrambe (*dual fuel*), senza che tra le parti sussistesse qualsivoglia sottoscrizione e/o manifestazione di volontà.

In alcuni casi invece, la società forniva ai clienti energia elettrica in virtù di firme asseritamente false e contestate da parte dei consumatori.

In altri casi invece, i consumatori hanno lamentato di aver appreso dell'avvenuta disdetta del precedente contratto e dell'attivazione della nuova fornitura solo a mezzo di una lettera di conferma di sottoscrizione da parte di Green Network.

La lettera conteneva gli estremi della presunta fornitura (data di sottoscrizione del contratto e codice identificativo) nonché le modalità di contratto del nuovo fornitore.

La condotta del professionista si è concretizzata anche nell'aver fornito ai consumatori informazioni errate o addirittura nell'aver omesso di renderle.

Diversi utenti, infatti, hanno riferito all'AGCM di aver aderito ad offerte contrattuali in modo non pienamente consapevole oppure a fronte di informazioni ingannevoli.

---

<sup>294</sup>PS9834, GREEN NETWORK - ATTIVAZIONI NON RICHIESTE, Provvedimento n. 25708, in *Bollettino* 44/2015.

I soggetti incaricati, agenti/procacciatori in nome e per conto di Green Network, tramite vendite a distanza, visite a domicilio o contratti telefonici, «non avrebbero informato in modo chiaro e comprensibile i consumatori, prima che gli stessi si vincolassero contrattualmente, circa l'identità del professionista, lo scopo della visita o della telefonata, le caratteristiche e il prezzo dell'offerta, il momento di conclusione del contratto, nonché relativamente ad altri diritti riconosciuti dalla legge, con particolare riferimento alla modalità di conclusione del contratto e alla possibilità di esercitare il diritto di recesso»<sup>295</sup>.

Da questa ricostruzione emerge dunque come il professionista non abbia garantito i diritti riconosciuti al consumatore.

Le procedure poste in essere da Green Network come affermato dall'AGCM, non hanno garantito: *a)* il rispetto degli obblighi informativi precontrattuali, tra i quali l'identità del professionista, le caratteristiche e il prezzo dell'offerta, la possibilità di esercitare il diritto di recesso, nonché l'invio del modulo per l'esercizio di tale diritto, prima della nascita del vincolo contrattuale; *b)* una chiara informativa in merito alla forma da adottare per lo scambio delle volontà contrattuali e delle relative conferme<sup>296</sup>; *c)* l'individuazione del *dies a quo* della decorrenza del termine di legge di 14 giorni per l'esercizio del diritto di ripensamento.

Dopo aver esaminato accuratamente la condotta del professionista e aver richiesto il parere dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (AEEGSI), l'*Antitrust*, tenuto conto della gravità e della durata delle condotte prescritte, ha condannato Green Network alla sanzione amministrativa pecuniaria di duecentoquaranta mila euro con divieto di continuazione e di ulteriore diffusione.

Questa, infatti, è stata ritenuta scorretta poiché eseguita in violazione degli articoli 20, comma 2, 24, 25 lettera d) e 26, lettera f), del Codice del consumo.

---

<sup>295</sup>PS9834, GREEN NETWORK - ATTIVAZIONI NON RICHIESTE, Provvedimento n. 25708, in *Bollettino* 44/2015

<sup>296</sup>A tal proposito rileviamo come la Green Network abbia ritenuto il consumatore vincolato sulla base del mero "vocal order" in assenza dell'espressa conferma (scritta o su supporto durevole) del cliente. Il professionista, inoltre, non ha neppure provveduto a mettere a disposizione di tutti i consumatori il supporto durevole qualora la telefonata contenente le suddette conferme fosse stata registrata.

Il nostro legislatore, infatti, vieta la fornitura di beni o servizi non preventivamente richiesti dal consumatore qualora ad essa consegua la richiesta di pagamento, immediato o differito, la custodia o la restituzione.

L'addebito in bolletta e la mancata manifestazione di volontà del consumatore permettono di ravvisare anche in tal caso gli estremi della fornitura non richiesta.

Visto l'elevato numero degli utenti coinvolti, quella appena descritta rappresenta una delle pratiche commerciali scorrette più gravose degli ultimi tempi.

Tuttavia, anche nei casi di compagnie quali ACEA Energia, Beetwin, ENEL Energia e Hera Comm, le pratiche eseguite dalle società hanno principalmente avuto ad oggetto: *a)* la conclusione di contratti di fornitura in assenza del consenso del consumatore; *b)* la conclusione di contratti di fornitura in assenza di un'adeguata conoscenza e informazione circa l'identità dell'operatore, la natura e lo scopo del contratto, le caratteristiche e le condizioni contrattuali dell'offerta (obblighi di informazione), così da limitare notevolmente la loro capacità di intraprendere una decisione consapevole in merito all'offerta<sup>297</sup>; *c)* il mancato rispetto delle procedure contrattuali di vendita furi dai locali commerciali o a distanza introdotti dalla *Consumer Right Directive* (recepita dal d.lgs. 21/2014)

In conclusione, sebbene i professionisti già prima di eseguire la pratica commerciale scorretta siano consci che saranno sanzionati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, essi le porranno comunque al fine di ottenere i forti guadagni che ne trarranno.

Anche nel caso in cui il professionista sia sanzionato per aver eseguito una pratica commerciale scorretta ritenuta particolarmente grave dal legislatore, egli sarà condannato al pagamento della sanzione massima equivalente a 5.000.000 di euro<sup>298</sup>.

---

<sup>297</sup>Si veda sul tema M. P. PIGNALOSA, *op. cit.*, p. 90 ss., secondo cui «giova ribadire che gli obblighi di informazione, i vincoli di trasparenza, il diritto di ricevere chiarimenti adeguati e la repressione contro le pratiche commerciali scorrette, costituiscono *forme di protezione* che il legislatore ha progressivamente sperimentato nell'intento di offrire una tutela c.d. *preventiva* al consumatore per la formazione di un consenso consapevole».

<sup>298</sup>L'articolo 27, comma 9, cod. cons., dispone che «con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 euro a 5.000.000 euro tenuto conto della gravità e della durata della

Seppure la sanzione apparentemente sia piuttosto elevata, il suo valore spesso è nettamente inferiore ai guadagni tratti dal professionista a discapito dei consumatori.

Infine dunque, riteniamo che una delle modalità per poter realmente far fronte a tale problematica sia quella di modificare gli importi massimi delle sanzioni e di renderle proporzionali al fatturato dei singoli professionisti che abbiano violato il divieto disposto dall'articolo 20 cod. cons.

Il limite massimo di 5.000.000 euro previsto per la sanzione amministrativa pecuniaria risulta insufficiente a dissuadere i professionisti dall'eseguire pratiche commerciali scorrette.

---

*violazione. Nel caso di pratiche commerciali scorrette ai sensi dell'articolo 21, commi 3 e 4, la sanzione non può essere inferiore a 50.000 euro».*

## CONCLUSIONE

Lo studio delle direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE ha evidenziato come esse, seppure redatte rispettivamente con l'intento di uniformare la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e sulla tutela del consumatore, non abbiano di fatto raggiunto il risultato sperato.

L'ambiguità dei termini utilizzati e l'ampio margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati membri circa i mezzi da adottare per contrastare le pratiche commerciali scorrette, infatti, non hanno permesso di raggiungere il massimo livello di armonizzazione tra gli ordinamenti.

Ponendo l'attenzione sul sistema giuridico italiano, si è ritenuto opportuno esaminare i due decreti legislativi attraverso cui la direttiva è stata recepita, il d.lgs. 145/2007 e il d.lgs. 146/2007.

Dall'analisi di questi ultimi si evince come la disciplina sulle forniture non richieste, e in generale sulle pratiche commerciali scorrette, risulti anch'essa di ambigua comprensione e applicazione.

Appare chiaro come le disposizioni comunitarie siano state inserite nell'ordinamento italiano in forza di una trasposizione eccessivamente letterale e di come le norme non siano state contestualizzate nella realtà nazionale.

Tutto ciò è riscontrabile anche nell'articolo 66-*quinquies* del d.lgs. 206/2005.

Si ritiene, infatti, di non poter attribuire all'espressione «*assenza di una risposta*», contenuta nel secondo comma dell'articolo 66-*quinquies*, l'esclusivo significato di silenzio inteso come inattività o inazione.

Nel caso in cui il professionista invii al consumatore un bene non richiesto è da intendere che la mancata risposta del destinatario della fornitura si verifichi non soltanto nel caso in cui egli decida di riporre il bene nella sua abitazione senza manifestare in alcun modo la volontà di concludere il contratto insito nella fornitura non richiesta.

Si tratta di assenza di risposta, dunque, anche qualora il consumatore scelga di utilizzare, gettare, distruggere o alienarle il bene ricevuto.

In simili circostanze, seppure il destinatario della fornitura agisca direttamente sul bene, il contegno eseguito non coinvolge la sfera giuridica del professionista e per tale ragione si ritiene non corrispondere a una manifestazione di volontà.

Fin quando il consumatore non manifesti la propria volontà di accettare la proposta contrattuale si ritiene non concluso il contratto tra le parti.

Il consumatore non è tenuto a dover restituire o a conservare con diligenza il bene ricevuto né tanto meno a doverne pagare il prezzo corrispondente.

Esigere il pagamento immediato o differito, la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha arbitrariamente corrisponde ad una fornitura non richiesta, come disposto dall'articolo 26 lett. f) cod. cons., e in quanto tale vietata dal nostro ordinamento giuridico.

L'esonero da «*qualsiasi prestazione corrispettiva*» disposto dall'articolo 66-*quinquies* cod. cons. si ritiene sottenda la libertà del consumatore di poter agire sul bene senza essere tenuto a risarcire il professionista per l'eventuale danno economico subito dalla perdita del bene.

La sanzione a carico del professionista e il vantaggio attribuito al consumatore dal legislatore nazionale possono apparire fortemente gravose ma le soluzioni descritte appaiono come le uniche atte a limitare il diffondersi delle pratiche commerciali scorrette.

Benché il consumatore sia esonerato dall'eseguire i contegni sopra descritti, si ritiene tuttavia concluso il contratto tra le parti qualora egli paghi il prezzo della fornitura.

In ambito di una fornitura non richiesta però, il pagamento del prezzo è effettuato dal consumatore a seguito delle coercizioni psicologiche, delle minacce o delle false informazioni, elementi questi che permettono di classificare tale pratica commerciale tra quelle aggressive.

Gli elementi che inducono il consumatore a manifestare la propria volontà permettono poi allo stesso di essere tutelato dinanzi al giudice il quale potrà annullare o dichiarare nullo il contratto, oltre che disporre un eventuale risarcimento a favore del consumatore danneggiato.

Anche in tal caso emerge però la lacunosità della disciplina in vigore in quanto alcun articolo, né del Codice del consumo né di quello civile, si pronuncia espressamente sul tema.

Inoltre, dall'analisi comparatistica sulla disciplina delle forniture non richieste tra l'ordinamento italiano e quello di altri Stati quali il Portogallo, la Spagna o il Regno Unito, si evince come gli Stati in esame abbiano recepito la direttiva comunitaria in maniera differente ed abbiano previsto strumenti di tutela dissimili. Oltre alla tutela civilistica, la quale produce effetti limitatamente al rapporto contrattuale, il consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta può rivolgersi all'Autorità amministrativa competente, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (A.G.C.M.), che, attraverso un provvedimento *ad hoc*, sanziona il professionista che abbia violato il divieto disposto dall'articolo 20 cod. cons.

Al provvedimento dall'*Antitrust*, comprensivo dal parere dell'Autorità indipendente competente a seconda delle modalità attraverso cui di pratica commerciale è diffusa, segue una sanzione pecuniaria il cui importo massimo è di 5.000.000 di euro.

Dall'analisi dei dati nel settore dell'energia elettrica e della telefonia è emerso come tale importo non sia sufficientemente gravoso per il professionista e quindi inadeguato a scoraggiare la diffusione delle pratiche commerciali scorrette.

La sanzione stabilita, infatti, non risulta proporzionata rispetto al guadagno che le grandi società traggono da simili operazioni commerciali a danno dei consumatori.

Per concludere, in ambito di forniture non richieste nel nostro ordinamento tale pratica risulta ampiamente diffusa. Le disposizioni a riguardo appaiono ancora non del tutto chiare e di conseguenza il consumatore può essere vittima di simili pratiche.

D'altro canto, alla luce di detta normativa, il professionista non risulta sufficientemente scoraggiato ad agire in tal senso.

Per dette ragioni si auspica un miglioramento delle norme giuridiche tale da dissuadere i professionisti dall'eseguire simili pratiche commerciali.

## BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007.

AA.VV., *Il diritto dei consumi: realtà e prospettive*, a cura di G. Cavazzoni, Napoli, 2008.

ADDIS F., *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999.

ALPA G., "I principi fondamentali" e l'armonizzazione del diritto contrattuale europeo, in *Contr. e Impr.*, 2013.

ALPA G., *I diritti dei consumatori e il "Codice del consumo" nell'esperienza italiana*, in *Contr. impr.*, 2006.

ALPA G., *I diritti dei consumatori*, Torino, 2009.

ALPA G., *L'art. 140 bis del Codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010.

ALPA G., *Manuale di diritto privato*, Padova, 2011.

ALPA G., *Pratiche commerciali scorrette e responsabilità d'impresa*, in *La responsabilità d'impresa*, a cura di G. Alpa e G. Conte, Milano, 2015.

AVERITT N. W. e LANDE R. H., *Using the "consumer choice" approach to antitrust law*, in *Antitrust Law Journal*, 74/2007.

AZZARRI F., *Il silenzio come accettazione*, in *Nuova Giur. Civ. comm.*, 2015.

AZZARRI F., *L'attivazione di un servizio oneroso in seguito al mancato rifiuto del consumatore e la disciplina delle forniture non richieste*, in *Nuova Giur. Civ. comm.*, 2015.

BARGELLI E., *L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: La nozione di «pratica commerciale»*, in *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007.

BARGELLI E., *La nuova disciplina delle pratiche commerciali: ambito di applicazione*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007.

- BARRA CARACCILO F., *L'azione collettiva. La fase conciliativa. Qualificazione e quantificazione del danno*, in *Contr. e impr.*, 2008.
- BARTOLOMUCCI P., *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al Codice del consumo*, in *Rass. dir. civ.*, 2008.
- BATTELLI E., *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e "nuovi" diritti*, in *Europa e dir. priv.*, 2014.
- BATTELLI E., *La tutela collettiva contro le pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007.
- BATTELLI E., *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in *Contr.*, 2007.
- BELVEDERE A., *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977.
- BENATTI F., *Il danno nell'azione di classe*, in *Danno e resp.*, 2011.
- BENEDETTI G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969.
- BENEDETTI G., *Dichiarazione e funzione partecipativa*, Milano, 1970.
- BETTI E., *Teoria del negozio giuridico*, in *Trattato dir. civ.*, Torino, 1960.
- BIANCA C. M., *Il contratto*, in *Diritto civile III*, Milano, 2000.
- BRAVO F., *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE*, Milano, 2014.
- BRIGUGLIO A., *L'azione collettiva risarcitoria (art. 140-bis. Codice del consumo)*, Torino, 2008.
- CASTRONOVO C., *Patologie contrattuali, invalidità e risarcimento*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Plaia e A. Bellavista, Milano, 2011.
- CARUSO M. A., *Pratiche commerciali aggressive*, Milano, 2010.
- CASSANO G. e DI GIANDOMEMICO M. E., *Il diritto dei consumatori: profili applicativi e strategie processuali*, Padova, 2010.
- CATRICALÀ A. e PIGNALOSA M. P., *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013.

CHIARUTTINI S., *Parmalat, un caso di trasferimento di rischio industriale e di credito sui risparmiatori: cause e rimedi*, in *Anal. giur. econ.*, 2010.

D'ACUNTO L., *L'azione di classe dell'art. 140 bis, cod. cons.*, in *Contr. e impr.*, 2011.

D'AMICO G., *La riforma del codice del consumo: commentario al d.lgs n. 21/2014*, Padova, 2015.

D'AMICO G., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996.

DE CRISTOFARO G., «*Forniture non richieste*» e formazione dell'accordo contrattuale nel diritto privato europeo, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010.

DE CRISTOFARO G., *Commento all'art. 66-quinquies (Fornitura non richiesta)*, in *La riforma del codice del consumo*, a cura di G. D'Amico, Padova, 2015.

DE CRISTOFARO G., *L'attuazione della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano: profili generali*, in *Pratiche commerciali scorrette e Codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008.

DE CRISTOFARO G., *La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2009.

DE CRISTOFARO G., *Le forniture non richieste*, in *Pratiche commerciali scorrette e Codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008.

DE CRISTOFARO G., *Le prestazioni non richieste nelle esperienze giuridiche europee: fra contratto, illecito e indebito solutio*, Milano, 2004.

DE CRISTOFARO G., *Pratiche commerciali scorrette e responsabilità d'impresa*, in *Responsabilità d'impresa*, a cura di G. Alpa e G. Conte, Milano, 2015.

DE CRISTOFARO G., *Violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette e diritto privato*, in *Riv. bancaria*, 2011.

DE MARZO G., *I contratti a distanza*, Milano, 1999.

DE POLI M., «*Politica del diritto e drafting nell'attuazione delle direttive comunitarie in materia di consumatore*», in *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Padova, 2005.

DE STEFANO F., *L'azione di classe*, in *Giur. merito*, 2010.

DEGNI F., *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Studi sul diritto delle obbligazioni*, Roma, 1926.

DI CATALDO V. e MELI V., *Concorrenza e mercato*, in *Impresa e mercato: studi dedicati a Mario Libertini*, Milano, 2015.

DI DONNA L., *Obblighi informativi precontrattuali*, in *Temi di Diritto Privato a cura di G. Alpa*, Milano, 2008.

DI NELLA L., *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contr. e impr. Europa*, 2007.

DIENER M. C., *Il contratto in generale*, Milano, 2015.

FACHECHI A., *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, 2012.

FANTETTI F. R., *Tutela del risparmiatore e class action. Il caso Cirio*, in *Resp. civ.*, 2008.

FATTORI P., *Il sindacato giurisdizionale in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. bancaria*, 2012.

FERRERO E., *Dichiarazione espressa, dichiarazione tacita e autonomia privata*, Torino, 1974.

FERRI G. B., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1995.

GABBA C. F., *Nuove questioni di diritto civile*, Torino, 1905.

GABRIELLI E., *I contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti*, a cura di P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2005.

GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 1988.

GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, Milano, 2010.

GAMBINO M. e NAVA G., *I nuovi diritti dei consumatori: commentario al d.lgs. n. 21/2014*, Torino, 2014.

GENTILI A., *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contr.*, 2006.

GIUGGIOLI P. F., *Il contratto del consumatore*, Torino, 2012.

GRANELLI C., *“Le pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l’attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007.

GRANELLI C., “Diritti dei consumatori” e tutele nella recente novella del Codice del consumo, in *I Contr.*, 2015.

GRANELLI C., *Il codice del consumo a cinque anni dall’entrata in vigore*, in *Obbl. contr.*, 2010.

LIPARI N., *L’attività e il contratto*, Padova, 2003.

LORENZONI L., *Il riparto di competenze tra Autorità Indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. italiana di Antitrust*, 2015.

MACIOCE F., *L’obbligazione e il contratto*, Torino, 2007.

MAGGIOLO M., *Il contratto predisposto*, Padova, 1996.

MARCHETTI A., *Il silenzio del contratto: gli implied terms nel diritto inglese*, Torino, 2013.

MASSA F., *Pratiche commerciali scorrette* (Voce), in *Enc. Giur.*, Roma, 2007.

MAUGERI M. R., *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008.

MAUGERI M. R., *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008.

MAUGERI M. R., *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008.

MAZZAMUTO S., *La nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, in *Europa dir. priv.*, 2011.

MAZZASETTE F., *Il codice del consumo tra diritto interno ed europeo*, Roma, 2012.

MEO G., *Antitrust e autorità di settore. Evoluzioni in tema di riparto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Impr. e Mercato*, Milano, 2015.

MINERVINI E. e ROSSI CARLEO L., *Le modifiche al codice del consumo*, Torino, 2009.

MINERVINI E. e ROSSI CARLEO L., *Le pratiche commerciali sleali*, Milano 2007.  
MINERVINI E., *Del contratto del consumatore in generale*, Torino, 2014.

NUZZO M., *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in *Pratiche commerciali sleali*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007.

PERFETTI U., *Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali*, in *Contratto del consumatore*, a cura di G. Alpa, Milano, 2014.

PIGNALOSA M. P., *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, 2016.

PIRAINO F., *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010.

PIRAINO F., *La prassi contra legem e la conclusione del contratto: le «prestazioni non richieste»*, in *Europa e diritto privato*, 2016.

PONCIBÒ C., *Il consumatore medio*, in *Contr. impr. Europa*, 2007.

RAVAZZONI A., *La formazione del contratto*, Milano, 1966.

RAYMOND G., *Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n. 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*, in *Contrats, concurrence, consommation*, 2008, Etude n. 3.

REALMONTE F., *Formazione del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente*, in *Tratt. dir. priv.*, Torino, 2011.

RIVA I., *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2011.

ROLLI R., *Antiche e nuove questioni sul silenzio come tacita manifestazione di volontà*, in *Contr. e Impr.*, 2000.

ROSSI CARLEO L., *La libertà di scelta del consumatore finale di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, in *Il Contratto del consumatore*, a cura di G. Alpa, Milano, 2014.

RUPERTO S., *L'azione collettiva risarcitoria in Italia: osservazioni*, in *Giust. civ.*, 2008.

SACCO R. e DE NOVA G., *Il contratto*, Torino, 1993.

SACCO R., *Consenso, silenzio e dichiarazione tacita*, in *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2004.

SACCO R., *La conclusione dell'accordo*, in *Trattato di dir. priv.*, Torino, 2002.

SACCOMANNI A., *La definizione di pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori*, in *Il Contratto del consumatore*, a cura di G. Alpa, Milano, 2014.

SARIA, *Rechtsfragen des neuen § 864, Abs. 2 ABGB*, in *Recht der Wirtschaft*, 1997.

SCHLESINGER P., *La nuova "azione di classe"*, in *Corr. giur.*, 2011.

SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Roma, 1970.

SEGNI M., *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972.

SMITS M., *Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights*, in *European Review of Private Law*, 2010.

TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1991.

TORINO R., *I contratti dei consumatori nella prospettiva europea*, in *Il Contratto del consumatore*, a cura di G. Alpa, Milano, 2014.

TORINO R., *Lezioni di diritto europeo dei consumatori*, Torino, 2010.

VENOSTA F., *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, Milano, 2004.

VENTURELLI A., *Mero invio di merce non ordinata*, in *Obbl. e Contr.*, 2009.

VETTORI G., *Contratto e rimedi*, Padova, 2008.

ZENO ZENCOVICH V., *Il diritto europeo dei contratti*, in *Giur. it.*, 1993.

ZIMATORE A., *Osservazioni sistematiche sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Milano, 2011.

ZORZI GALGANO N., *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Padova, 2012.

ZORZI GALGANO N., *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contr. impr.*, 2011.