



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Metodologia della Scienza Giuridica

Strategie di Neuromarketing: la responsabilità del consumatore

RELATORE

Chiar.mo Prof
Antonio Punzi

CANDIDATO

Matteo Bucciarelli
Matr. 135643

CORRELATRICE

Chiar.ma Dott.ssa
Alessia Farano

Anno Accademico 2020/2021

Alla famiglia e agli amici, fondamentali in ogni passaggio

“La concorrenza non è la lotta di tutti contro tutti. È un processo di identificazione dei più «sociali», dei più capaci di soddisfare gli interessi reciproci. Nei mercati di concorrenza non si prende qualcosa senza dare qualcos'altro in cambio”

Friedrich August von Hayek

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
CAPITOLO I: TUTELA DEL CONSUMATORE.....	6
1. Origini della disciplina.....	6
2. Pratiche commerciali scorrette.....	8
2.1. Pratiche commerciali ingannevoli	11
2.2. Pratiche commerciali aggressive	14
3. Consumatore medio	19
3.1. Membro medio di un gruppo di consumatori	20
4. Diligenza professionale.....	22
5. Analisi del comportamento economico.....	24
CAPITOLO II: IL NEUROMARKETING.....	26
1. Natura.....	26
2. Funzione.....	28
3. Percezione di un prodotto	30
3.1. Ambush marketing.....	31
3.2. Un caso giuridico, tra consumatore e concorrenza sleale.....	33
4. Assunzione di una decisione economica per effetto del neuromarketing.....	35
5. Casi concreti.....	40
6. Neuromarketing nell'ambito giuridico.....	41
CAPITOLO III: ONERI DEL CONSUMATORE	46
1. Diligenza del Consumatore.....	46
2. Comportamento ragionevolmente attento e avveduto	50
2.1. Corte di Giustizia Europea, Sez. IV, sentenza n.614/17 del 2/05/19.....	54
3. Consumatore Medio e Diritto alla salute	55
4. Consumatore ragionevole	57
4.1. Servizi di Energia Elettrica e Consapevolezza del Consumatore.....	60
5. Codice del Consumo e Limiti al Danno da Risarcimento.....	61
5.1. Cassazione civile, sez. II, Sentenza 20/01/2020 n° 1082	62
CAPITOLO IV: OBBLIGHI PUBBLICITARI.....	64
1. Indicazione dei prodotti	64
1.1. L'origine dei prodotti. Il caso LIDL	66
2. Modalità di indicazione.....	68

2.1. WhatsApp – Trasferimento dati a Facebook	72
3. Chiarezza delle indicazioni	74
4. Tecniche di violazione di tali obblighi attraverso il neuromarketing	79
CAPITOLO V: SQUILIBRIO TRA CONSUMATORE E PROFESSIONISTA.....	82
1. Onere della prova sulla veridicità della pubblicità.....	82
2. Conoscenze del consumatore medio	85
3. Ampiezza dei mezzi pubblicitari.....	91
4. Accelerazione delle scoperte sul neuromarketing.....	95
5. Nozione di Consumer Empowerment	97
CONCLUSIONI.....	101
BIBLIOGRAFIA.....	104
SITOGRAFIA	109

INTRODUZIONE

L'elaborato mira ad analizzare il rapporto tra la ricerca sulle neuroscienze e la sua applicazione al marketing, così da valutare entro quale limite sia possibile influire sul processo decisionale del consumatore.

In particolare nei seguenti capitoli saranno evidenziate le opportunità offerte dal neuromarketing alle imprese sulla base della ricerca moderna. Saranno comparati gli odierni strumenti disponibili con le emergenti esigenze di tutela del consumatore. La protezione è comprensiva non solo del supporto prestato dalla disciplina consumeristica, ma anche di una responsabilizzazione del consumatore stesso, chiamato a sfruttare le conoscenze da lui acquisibili per ponderare le scelte d'acquisto.

L'interrogativo che il giurista è tenuto a porsi concerne i limiti entro cui le strategie di neuromarketing sono in grado di influire sulle scelte individuali e le forme di contrasto utilizzabili sulla scorta del diritto positivo, allo scopo di assicurare l'effettività della tutela del diritto del consumatore ad essere informato adeguatamente ed a maturare un processo volitivo libero e consapevole.

Elemento basilare delle moderne società di mercato è l'incessante esercizio di pratiche commerciali, in primis la pubblicità, dirette ad intercettare i bisogni individuali, a sollecitarli e indirizzarli. Tale assunto costituisce il presupposto della disciplina dettata a tutela del consumatore. Il buon funzionamento del mercato postula che tutte le parti contrattuali siano messe in condizione di valutare i propri interessi e agire di conseguenza. Le asimmetrie informative costituiscono un fattore destabilizzante, pertanto il ruolo del legislatore è quello di intervenire per dettare una disciplina di protezione da eventuali abusi del professionista, nel rispetto dell'esigenza di salvaguardare il contrapposto diritto alla efficace promozione dei prodotti commerciali.

Il compromesso tra le rispettive esigenze delle parti dev'essere armonizzato con la capacità di orientare le preferenze dell'individuo con il ricorso a strumenti anche insidiosi. Tra questi si annoverano i mezzi di penetrazione nell'inconscio di ciascuno, che consentono di individuare gli interessi del consumatore a quel livello. Tale sistema consente al professionista di acquisire, e sfruttare, rilevanti conoscenze sul destinatario della pratica commerciale, provocando così un sensibile squilibrio informativo tra le parti.

Il I capitolo intende analizzare l'attuale disciplina sulla tutela del consumatore. La comprensione dei mezzi legislativi, anche sotto un'ottica giurisprudenziale, volti a proteggere il soggetto cosiddetto "debole", costituisce presupposto fondamentale per una qualunque esposizione relativa ai rischi del neuromarketing.

Alla base della comprensione di un istituto vi è la conoscenza delle sue origini, cosicché andranno anzitutto esposte le fonti della disciplina consumeristica odierna nonché la sua evoluzione nel tempo. Verrà quindi illustrato il ruolo, tra gli altri, del Trattato di Roma del 1957, degli interventi della Comunità Economica Europea, dell'Atto Unico Europeo del 1986 e del Trattato di Amsterdam del 1997.

Il capitolo si incentrerà sulle cause di illiceità di una pratica commerciale, distinguendo in particolare tra le fattispecie di ingannevolezza e aggressività. Sarà inoltre affermato il ruolo centrale della legislazione comunitaria. All'uopo l'analisi sarà comprensiva del dato legislativo, dei contributi resi dalle Autorità amministrative e dalla giurisprudenza.

L'analisi seguirà considerando diversi aspetti della disciplina, orientati a valutare quando il professionista può dirsi diligente e a chi si rivolge il divieto delle pratiche commerciali scorrette. In particolare si darà specifico spazio alla nozione di consumatore medio. Affinché si possa comprendere appieno l'efficacia del neuromarketing, infatti, urge individuare il destinatario delle pratiche commerciali volte a sfruttare l'inconscio del destinatario. La disamina sarà condotta anche alla luce dei principi stabiliti dalla Corte di Giustizia, con individuazione degli elementi da considerare, quali i fattori culturali, per individuare il consumatore medio.

Va poi evidenziato che non basta considerare un generico consumatore tipo, ma occorre anche individuare il modello da assumere a riferimento medio all'interno di un gruppo di consumatori. Anche su tale specifica materia si è pronunciata la Corte di Giustizia, affermando l'esigenza di adattare la nozione allo specifico contesto in cui la pratica commerciale è avvenuta. Verrà altresì esaminato l'ambito assicurativo, certamente contraddistinto dalla spiccata difficoltà del consumatore medio di comprendere le informazioni rese dal professionista, con il richiamo agli interventi dell'AGCM a protezione del consumatore.

Al contempo, verranno trattate le circostanze idonee a falsare il comportamento economico. Sarà quindi definita la decisione economica alla stregua dell'art. 18 del Codice del Consumo e verranno esposti gli elementi che consentono di affermare quando la decisione risulti essere stata falsata in modo "*sensibile*" e "*rilevante*".

Il **II capitolo** proseguirà illustrando i meccanismi e le funzioni del neuromarketing. Questo verrà dunque definito nel suo oggetto e ne verranno illustrati gli elementi che lo contraddistinguono dalle altre strategie di marketing. Già oggi ingenti investimenti sono concentrati sulla comprensione delle attività cerebrali degli individui e verranno richiamate le specializzazioni di due società, la BrightHouse e la Sales Brain, che rendono precipue consulenze sul neuromarketing.

Ne sarà evidenziato lo scopo sia attraverso l'esposizione dei mezzi utilizzati per osservare la mente dei consumatori, sia con il commento di un caso specifico, lo studio Pepsi-Cola. In tal modo si evidenzierà che le reazioni cerebrali alla presentazione di un brand sono in grado di spiegare i comportamenti individuali. Sarà altresì esposta una serie di studi accomunati dalla creazione di aspettative nei partecipanti tali da indirizzarne le preferenze.

Particolare rilievo verrà dato al ruolo del brand, capace di determinare le preferenze individuali in virtù delle immagini, esperienze, ricordi ed ogni altro dato emotivo associato allo stesso. Il tema è stato affrontato da appositi studi. Questi sono peraltro recenti solo sotto il profilo neurologico. Si intende citare uno studio del 1964 in cui già si era dimostrata l'alta incisività del brand in riferimento a varie tipologie di birre. I partecipanti non erano stati in grado di rilevare le differenze tra birre prodotte da soggetti diversi. Ciò nonostante, avevano mantenuto intatta la propria preferenza per il tipo birra che erano abituati bere.

Questa circostanza veniva spiegata proprio in virtù dell'attaccamento al brand. Senza una osservazione neurologica, però, questa intuizione non forniva particolari strumenti per comprendere quali aspetti specifici determinassero in un individuo il legame ad una tipologia di prodotti in virtù del suo immaginario collettivo.

Si può quindi affermare che il neuromarketing fornisce strumenti per comprendere non solo cosa piace ai consumatori, ma anche perché. Le preferenze dei consumatori possono infatti essere spiegate osservando l'attivazione delle loro aree cerebrali. Sulla base di tali attivazioni, poi, è possibile influenzare le preferenze stesse.

Parallelamente all'esposizione delle opportunità offerte dal neuromarketing, si provvederà a considerare la posizione del consumatore ed in particolare verranno analizzate tecniche di marketing già effettuate dalle imprese, quali l'ambush marketing, che mirano ad aumentare l'efficacia di un brand con mezzi illeciti. In tal modo, partendo dall'assunto che il neuromarketing si manifesta come controverso in virtù dei potenziali abusi delle imprese, sarà possibile desumere la tutela oggi applicabile in favore dei consumatori e della libera concorrenza.

Si aggiungerà una trattazione dell'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria, così da allargare il campo della tutela del consumatore contro tecniche volte a sfruttare in modo indebito l'emotività di un individuo. Sarà inoltre evidenziata la differenza tra i codici etici già esistenti, concernenti le modalità di ricerca, e l'eventuale intervento normativo avente oggetto lo sfruttamento dei dati acquisiti attraverso il neuromarketing.

Giungendo al **III capitolo**, verrà illustrata la condotta che il consumatore medio dovrebbe tenere affinché possa essere valutato alla stregua di un consumatore ragionevole. Particolare attenzione verrà dedicata al comportamento diligente del contraente debole, tracciando gli standard cui deve farsi riferimento per l'individuazione di una condotta ragionevolmente attenta e avveduta. L'aspetto fondamentale su cui concentrarsi sarà la valutazione del caso concreto in cui la pratica si è svolta.

Verrà a tal fine richiamato l'orientamento della giurisprudenza, analizzando in primis una sentenza della Corte di Giustizia che ha delineato la figura di un consumatore europeo, a cui la disciplina comunitaria è diretta. La Corte si è pronunciata altresì sulla necessità di stabilire se nel caso concreto il consumatore medio, ragionevolmente attento e avveduto, possa effettivamente essere tratto in errore dalla pratica commerciale.

Verranno successivamente analizzati taluni settori di mercato, a titolo esemplificativo, in cui le figure del consumatore medio e del professionista vengono sottoposte ad un notevole adattamento, anche avuto riguardo alla vulnerabilità del destinatario della pratica commerciale. L'esposizione sarà altresì rivolta all'ambito sanitario, la cui rilevanza è stata accentuata dalla nota pandemia. Questa rende più che mai necessario riporre l'attenzione sulle pratiche di coloro che intendono far leva sull'emotività generale, causata dalle preoccupazioni correlate ai rischi di contagio.

Risulta necessario, infine, riservare specifica trattazione ad una delle massime forme di tutela del consumatore, ossia il risarcimento del danno. In ciò rileva il rapporto tra l'onere del consumatore medio d'informarsi e la responsabilità del professionista di fornire al potenziale cliente tutte le conoscenze necessarie per assumere una scelta ponderata. L'ampliarsi delle asimmetrie informative, soprattutto in taluni settori di mercato come quello energetico, rende difficoltosa l'acquisizione di adeguate conoscenze da parte del consumatore. La Suprema Corte è intervenuta in materia, per sancire un'ampia tutela in difesa del consumatore.

Il **IV capitolo** si focalizzerà sugli obblighi informativi nella materia concernente la pubblicità. Non è sufficiente fornire adeguate informazioni al consumatore, ma è oltremodo necessario che lo stesso possa recepirle attraverso una piena comprensione. In mancanza, lo stesso risulterebbe falsamente informato. Assumere una scelta ponderata richiede la capacità di valutare gli oneri e i vantaggi di un'operazione commerciale. La decisione è guidata dalle informazioni ricevute, che devono essere effettivamente recepite affinché un soggetto possa essere considerato consapevole della sua scelta economica. Ne consegue che urge trattare non solo delle indicazioni che la pubblicità è tenuta a fornire, ma anche della relativa chiarezza e dei modi con cui le stesse debbono essere esposte.

Poiché, come detto sopra, il mercato si fonda in buon parte sulla promozione dei prodotti in commercio, è necessario conoscere il consumatore. Uno strumento efficace, in merito, è certamente rappresentato dai dati personali, informazioni sugli individui che circolano in rete e che le imprese utilizzano sfruttando appositi database, così da poter adattare le pubblicità agli interessi del pubblico.

Attività di questo tipo sono consentite, ma entro certi limiti. L'utente ha diritto ad essere informato della trattazione dei dati personali e, al riguardo, massima importanza è rivestita dal Regolamento generale sulla protezione dei dati personali (GDPR) n. 2016/679. Il tema della tutela dei dati personali tornerà più volte nel corso dell'opera; nel medesimo capitolo si analizzerà un provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) concernente la condivisione illecita di dati personali degli utenti. Lo stesso va senz'altro inquadrato all'interno della disciplina sulle pratiche commerciali di cui al Codice del Consumo.

La dissertazione sul neuromarketing sarà estesa alle possibili forme di deviazione delle conoscenze scientifiche nel settore in esame, in spregio agli obblighi pubblicitari. Si richiamerà la tesi del neurologo portoghese Antonio Damasio, il quale ha sostenuto che il contributo delle emozioni al processo decisionale non sia necessariamente parte di una manipolazione. Le scelte individuali si reggono spontaneamente sulle emozioni, le quali contribuiscono ad assumere una scelta conforme ai nostri interessi.

Una concreta applicazione di strategie di marketing, idonee a falsare il comportamento economico intervenendo sull'inconscio, può essere ravvisata in un messaggio promozionale occulto inserito in una trasmissione televisiva. In merito si è espressa l'AGCM. Il consumatore ha infatti diritto di sapere di essere destinatario di una pubblicità.

Il V capitolo, infine, vedrà tracciare un parallelismo tra la disciplina consumeristica con altri ambiti dell'ordinamento. La tutela del consumatore trova attuazione mediante il ricorso al parametro delle conoscenze del consumatore medio. Queste non vanno considerate su base statistica, come si afferma in giurisprudenza, pertanto risulta necessario comprendere come adattare gli obblighi informativi esigibili alla luce delle mutate forme di esercizio delle operazioni commerciali. Si vedrà che, soprattutto in ambito finanziario, l'investitore deve ricevere un'ampia rete di mezzi per essere posto in condizione di valutare la convenienza dell'investimento.

A tal fine sono attribuite funzioni specifiche ad organi di controllo, come la Consob e la Banca d'Italia, preordinati a vigilare sul rispetto degli obblighi informativi da parte degli emittenti e degli intermediari finanziari. Si riscontra, come verrà illustrato, un intero complesso informativo che coinvolge molteplici soggetti, con lo scopo primario di fornire all'investitore tutti gli strumenti per ponderare la propria scelta in ordine all'operazione economica. Si evidenzierà che le informazioni vengono presentate avendo a mente la molteplicità di tipologie di investitori, cosicché le stesse vanno rese in forme diverse, da adattare al destinatario ed al suo livello presumibile di conoscenze.

Si intende poi commentare la vastità di mezzi pubblicitari oggi disponibili in virtù delle connessioni digitali che segnano la nostra epoca. L'attenzione sarà focalizzata sul machine learning, ossia un sistema volto ad analizzare ampie masse di dati prodotti online. Tale strumento risulta di enorme utilità per chi voglia non solo comprendere, ma addirittura prevedere il comportamento dei consumatori. Al riguardo il GDPR è deputato a tutelare il diritto dell'utente al trattamento consapevole e consenziente dei dati personali, soprattutto rispetto all'attività di profilazione.

In conclusione, l'elaborato si propone di prospettare come il consumatore possa oggi attivarsi al fine di acquisire potere nei confronti del professionista. Non è ammissibile che la tutela passi solo per via

legislativa. Una società caratterizzata da un costante flusso informativo, soprattutto grazie ad Internet, permette agli individui di rafforzare il proprio bagaglio culturale e quindi di ridurre le asimmetrie informative. Una responsabilizzazione del consumatore passa anche attraverso la nozione di Consumer Empowerment, che verrà appunto presentata all'ultimo capitolo.

CAPITOLO I: TUTELA DEL CONSUMATORE

1. ORIGINI DELLA DISCIPLINA

L'art.1 del Codice del Consumo, entrato in vigore con il d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206, enuncia la tutela del consumatore in conformità alla Costituzione e alla legislazione comunitaria. Viene espressamente richiamato l'art.153 del Trattato di Amsterdam del 1997, sostitutivo dell'art. 129 del Trattato di Maastricht, che ha assunto un ruolo fondamentale nella legislazione comunitaria a tutela del consumatore. Il primo comma sancisce l'impegno della Comunità Europea a *"promuovere gli interessi dei consumatori e ad assicurare un livello elevato di protezione"*¹, ovvero all'adozione delle misure dirette a proteggere i consumatori. Tale compito, a differenza del passato, non è dunque più rimesso alla discrezionalità dei singoli Stati membri, ma viene elevato a rango comunitario.

La norma, al secondo comma, aggiunge: *"nella definizione e nell'attuazione delle altre politiche o attività comunitarie sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori"*. In tal modo la tutela del consumatore viene fatta assurgere a funzione primaria e di guida per l'intera politica comunitaria.

Sarebbe, tuttavia, erroneo identificare l'origine della disciplina a tutela del consumatore con l'introduzione dell'art.153. Essa invero risale al Trattato di Roma del 1957, istitutivo del mercato comune², ed era correlata alla normativa concernente la libera circolazione delle merci, la protezione dei produttori e consumatori agricoli, l'applicazione di prezzi ragionevoli, la repressione della disparità di trattamento tra i consumatori della Comunità.

Successivamente con la risoluzione della CEE del 1975 è stato sancito l'impegno degli Stati membri all'adozione delle misure volte a realizzare una serie di obiettivi a tutela del consumatore, fra cui spiccano *"l'efficace protezione contro i rischi che possono nuocere agli interessi economici dei consumatori"* (lett. a) e *"l'informazione e l'educazione del consumatore"* (lett. d).

Nel 1986 l'articolo 100A del Trattato, ad opera dell'Atto Unico Europeo, ha introdotto il riconoscimento formale della figura del consumatore: si proclama che la Commissione, nell'elaborazione delle proposte in materia di tutela dei consumatori, deve ispirarsi ad un *"livello di protezione elevato"*.

Esito finale di tale processo pluridecennale di sviluppo della disciplina consumeristica è stato l'attribuzione di soggettività giuridica al consumatore stesso (Titolo 11[^] del Trattato di Maastricht).

È doveroso rimarcare il contributo determinante alla piena efficacia della disciplina comunitaria apportato dalla giurisprudenza, che ha maturato un orientamento consolidato nel senso di riconoscere il valore vincolante della normativa europea su quella nazionale (anche) nella materia de qua³.

¹ Art. 153, comma 1, Tr. 2/10/97

² *"Il diritto dei consumatori"*, di G. Cassano, M. G. Di Giandomenico, in *"Il diritto applicato, I grandi temi"*, a cura di G. Cassano, CEDAM, 2010

³ Corte Cost., 8 giugno 1984 n. 170; Corte Giust. Com Eu., 12 luglio 1979, n.153/78

Analogamente, da tempo, il Consiglio di Stato ha riconosciuto l'immediata applicabilità della direttiva sufficientemente dettagliata nell'ambito dello Stato membro, privo di discrezionalità nella scelta delle forme e dei mezzi di attuazione⁴. Pertanto la posizione soggettiva di un consumatore è meritevole di protezione diretta e concreta per effetto della stessa direttiva europea.

Lo sviluppo della disciplina consumeristica ha trovato un ulteriore incremento nella direttiva 2020/1828/UE dettata in riferimento alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e all'abrogazione della direttiva 2009/22/CE. Essa acclara che *“La globalizzazione e la digitalizzazione hanno accresciuto il rischio che un ampio numero di consumatori sia danneggiato dalla stessa pratica illecita. Le violazioni del diritto dell'Unione possono arrecare pregiudizio ai consumatori. L'assenza di mezzi efficaci per ottenere la cessazione delle pratiche illecite e il risarcimento delle perdite subite dai consumatori ostacola la fiducia di questi ultimi nel mercato interno”* (considerando n. 1). Viene quindi consacrata l'ineluttabilità di un adeguamento delle misure di protezione del consumatore al mercato più vasto, inesorabilmente avviato verso la generalizzata digitalizzazione, con specifico riguardo ai settori di protezione dei dati personali, servizi finanziari, viaggi e turismo, energia e telecomunicazioni.

In tale processo evolutivo s'inserisce altresì la Risoluzione del Parlamento Europeo del 25 novembre 2020⁵, dedicata alla ricerca di un mercato sostenibile per imprese e consumatori, approvata sulla scorta delle risultanze di uno studio comportamentale pubblicato nel 2018 dalla Commissione Europea. Nella Risoluzione è sancito l'obiettivo di *“sostenere le imprese e i consumatori a promuovere modelli di produzione e di consumo sostenibili”* (art. 6): a tal fine si proclama la necessità di rimuovere le asimmetrie informative e di rendere comunicazioni univoche, essenziali, complete e attendibili in ordine ai tratti tipici dei prodotti, alla loro efficienza, durevolezza e riparabilità⁶.

Lo studio, richiamato nella premessa della citata Risoluzione, ha accertato che i consumatori sono generalmente privi di adeguate informazioni in ordine a caratteristiche, pur essenziali, dei prodotti. L'analisi ha consentito di verificare che la circolazione di informazioni coerenti con le peculiarità tecniche dei beni si rivela determinante nel senso di orientare le decisioni di acquisto verso prodotti più resistenti nel tempo e suscettibili di riparazione. Interessante si è rivelata anche l'indagine concernente l'interesse verso mercati non ancora sufficientemente sviluppati che presuppongono l'utilizzabilità condivisa ovvero alternata dei beni di consumo (ad esempio leasing, noleggio, condivisione di servizi, prodotti di seconda mano)⁷.

Si avverte, anche in vista della programmazione del futuro “Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza”, una nuova tendenza diretta a far confluire gli interessi del consumatore e del professionista verso un obiettivo convergente ai fini dell'attuazione delle misure necessarie alla transizione ecologica. In tale fase si è inserita la proposta, proveniente da un'associazione a tutela dei consumatori, di modulare i prossimi interventi legislativi in sinergia fra operatori e fruitori del mercato a salvaguardia di una *“mobilità sostenibile a tre dimensioni, ambientale, sociale ed economica”*⁸.

⁴ Cons. St., Sez. V, 6 aprile 1991, n. 452, in Foro amm., 1991, 1076

⁵ Risoluzione UE 25/11/2020, in tema *“Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori”*

⁶ *“Behavioural Study on Consumers' Engagement in the Circular Economy”*, European Commission, 10/2018

⁷ *“Behavioural Study on Consumers' Engagement in the Circular Economy”*, pag. 10

⁸ Proposta MOTUS-E per PNRR 2021 – La grande occasione per la mobilità a zero emissioni

2. PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

Il fulcro della tutela del consumatore è rappresentato dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette fra le imprese e i consumatori (artt. 18 ss., Titolo III, Parte seconda del Codice del Consumo). La tutela del consumatore non è limitata alla comunicazione pubblicitaria, ma si estende alle pratiche commerciali poste in essere dal professionista nella fase precontrattuale, contrattuale e post-contrattuale. La normativa si incentra principalmente sulla fase precontrattuale al precipuo scopo di consentire al consumatore l'adozione di una scelta decisionale il più possibile consapevole, senza interferenze riconducibili agli effetti di pratiche commerciali scorrette. La normativa consumeristica, pur conferendo una notevole importanza alla tutela del consumatore, ha cercato di bilanciarne l'interesse con quello del buon funzionamento del mercato interno, che esige di non limitare, oltre il necessario, l'intraprendenza imprenditoriale con un irrazionale eccesso di oneri e divieti a carico del professionista. Il Consiglio di Stato ha inquadrato le pratiche commerciali scorrette in *“un genus unitario di illecito, i cui elementi costitutivi sono definiti dall'art.20, comma 2”*⁹.

Esse si distinguono in due sottotipi, ossia le pratiche ingannevoli e quelle aggressive.

Ai sensi dell'art.18, lett. d), le pratiche commerciali sono *“qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale”* tra il consumatore ed il professionista. La pratica commerciale si sostanzia nella *“promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori”*, pertanto la pubblicizzazione o la commercializzazione del prodotto ne rappresentano solo alcune delle possibili articolazioni.

L'art. 19, comma 1, precisa l'ambito di applicazione della disciplina, circoscritta alle *“pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto, nonché alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese”*. Queste ultime si identificano con i soggetti che svolgono attività economica e presentano i requisiti occupazionali e di bilancio di cui all'art.18, lett. d-bis).

Dopo aver sancito il divieto delle pratiche commerciali scorrette (comma 1), l'art.20 del Codice al comma 2 ne definisce l'ambito di applicazione: *“Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori”*.

Assumono portata rilevante, ai fini dell'ingannevolezza di una pratica, anzitutto gli obblighi informativi. L'art. 2, comma 2, del Codice sancisce il diritto fondamentale del consumatore *“ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità”*, nonché *“alla correttezza, trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali”* (lett. c) ed e)), allo scopo di *“assicurare la consapevolezza del consumatore”*. Ne consegue che, come sottolineato in giurisprudenza, le informazioni sul prodotto devono essere corrette e trasparenti sin dal primo contatto con il consumatore¹⁰. Dunque non sono corrette le pratiche le cui informazioni vengono esplicitate in momenti successivi alla

⁹ Cons. St., sez. VI, 14 aprile 2020 n. 2414

¹⁰ Ex multis, TAR Lazio, Roma, I, 18 gennaio 2011, n. 449; 3 dicembre 2010, n. 35333

pubblicizzazione (ad esempio al momento dell'acquisto). La completezza e la veridicità del messaggio promozionale devono essere valutate sin dalla fase della comunicazione commerciale, in disparte le ulteriori specifiche rese disponibili ex post, a effetto promozionale già avvenuto¹¹.

Gli elementi rilevanti ai fini del giudizio di scorrettezza sono molteplici. Vengono in considerazione la diligenza professionale, il comportamento economico ed il consumatore medio. Si aggiunge, inoltre, la necessità di distinguere tra pratiche ingannevoli ed aggressive, in virtù del comma 4, come meglio si vedrà nei paragrafi 2.1 e 2.2.

La pratica commerciale scorretta è anzitutto quella contraria alla diligenza professionale. La norma, naturalmente, indica un parametro di valutazione generale e astratto (“*condotta contraria alla diligenza professionale*”): l’interpretazione dei singoli casi dovrà essere compiuta in concreto avuto riguardo a molteplici fattori, ivi inclusa l’esigenza di protezione del mercato unico, quale strumento di garanzia di una salutare concorrenza basata sull’incontro equilibrato tra domanda ed offerta.

Il giudizio sulla pratica commerciale postula altresì la valutazione del contraente che si relaziona con il professionista nel rapporto di consumo avendo, come termine di comparazione, il comportamento mediamente riconducibile al consumatore medio, come illustrato in prosieguo, nel Cap.3. Le pratiche commerciali devono inoltre essere rispondenti al dovere di diligenza professionale, nell’intento del legislatore di bilanciare i diritti e gli obblighi di ciascuna parte contrattuale¹². Nella consapevolezza che le asimmetrie informative espongono alla debolezza contrattuale, la normativa garantisce che il consumatore sia posto nella condizione di accedere a informazioni adeguate, in funzione del diritto ad effettuare una scelta ponderata.

Il tema dell’asimmetria informativa è stato oggetto di interesse degli studiosi: “*l’informazione ormai dilaga ed è un bene grazie all’Europa, perché essa è il vero principio assiale del nuovo ordine sociale. L’informazione precede e previene il contratto, è presente nella fase propriamente precontrattuale, accompagna la formazione stessa del contratto e penetra nel suo contenuto, figura anche dopo la conclusione e non risparmia neppure la fase propriamente esecutiva. Le regole che ne dettano la disciplina sotto forma sia di obblighi sia di necessario contenuto prescrittivo dell’atto sono nel diritto europeo dei contratti regole cogenti, a carattere imperativo ed è bene che restino tali*”¹³.

È fisiologico, nel corso dei tradizionali percorsi della negoziazione, il possesso di un patrimonio conoscitivo sugli aspetti contrattuali diversamente distribuito fra i contraenti. In disparte la ricorrenza delle cause patologiche di invalidità del contratto, regolamentate dal codice civile, di norma l’uso dell’ordinaria diligenza, della correttezza e buona fede consentono a ciascuna parte di acquisire gli aspetti conoscitivi utili per la propria determinazione ai fini della conclusione all’affare. Tuttavia il quadro muta radicalmente nei casi in cui la materia contrattuale richieda la conoscenza di aspetti tecnici riservati agli addetti ai lavori, ben difficilmente acquisibili con l’uso delle ordinarie accortezze.

Tanto accade, ad esempio, in materia tecnologica: è notoria la diffusa obsolescenza dei prodotti di consumo, talvolta pianificata in epoca antecedente alla presentazione del prodotto. Anche la

¹¹ TAR Lazio, I, 4 febbraio 2013, n. 1177

¹² “*Le pratiche commerciali sleali e le riserve di fiducia delle imprese: aspetti positivi e questioni irrisolte*”, di M. Addis, 2007, pag. 57 ss, CEDAM, 2007

¹³ “*Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*”, di V. Scalisi, in “*Rivista di diritto civile*”, 2007

giurisprudenza è intervenuta nella materia de qua. Recentemente la Corte Suprema, adita nel corso di un contenzioso tra una banca e alcuni suoi clienti che contestavano la validità di talune operazioni concernenti l'acquisto di obbligazioni di una società poi dichiarata fallita (Parmalat), ha richiamato l'obbligo informativo gravante sull'intermediario ai fini del bilanciamento dell'asimmetria contrattuale¹⁴. Secondo la S.C. *“dalla funzione sistematica assegnata all'obbligo informativo gravante sull'intermediario, preordinato al riequilibrio dell'asimmetria del patrimonio conoscitivo-informativo delle parti in favore dell'investitore, al fine di consentirgli una scelta realmente consapevole, scaturisce una presunzione legale di sussistenza del nesso causale fra inadempimento informativo e pregiudizio pur suscettibile di prova contraria da parte dell'intermediario; tale prova, tuttavia, non può consistere nella dimostrazione di una generica propensione al rischio dell'investitore, desunta anche da scelte intrinsecamente rischiose pregresse, perché anche l'investitore speculativamente orientato e disponibile ad assumersi rischi deve poter valutare la sua scelta speculativa e rischiosa nell'ambito di tutte le opzioni dello stesso genere offerte dal mercato, alla luce dei fattori di rischio che gli sono stati segnalati”*.

In ordine all'onere della prova, inoltre, la Suprema Corte ha puntualizzato che *“in caso di inadempimento degli obblighi informativi da parte dell'intermediario, deve desumersi – sino a prova contraria – che il rischio sottaciuto non sarebbe stato corso dal cliente se debitamente avvisato”*. Il rigetto della domanda risarcitoria avanzata dagli investitori era stato deciso dalla Corte d'Appello nel convincimento della carenza del nesso causale fra danni e inadempimento all'obbligo informativo, sul rilievo che i clienti avevano già effettuato in passato operazioni finanziarie di rischio analogo.

Con la richiamata pronuncia gli Ermellini hanno cassato la sentenza della Corte d'Appello, richiamando la consolidata giurisprudenza secondo la quale l'investitore che lamenti la violazione degli obblighi informativi posti a carico dell'intermediario, ha l'onere di allegare in modo specifico l'inadempimento di quest'ultimo, indicare le informazioni che sarebbero state omesse, fornire la prova del danno e del nesso di causalità tra inadempimento e danno. Di contro incombe sull'intermediario l'onere di provare che le presunte informazioni mancanti erano state fornite, ovvero che le stesse esulavano da quelle dovute¹⁵. Dunque le pregresse scelte di investimento non sono rilevanti ai fini dell'assolvimento dell'onere informativo gravante sulla banca; tantomeno l'intermediario può utilmente invocare in proprio favore le pregresse scelte, seppur rischiose, del cliente perché *“anche l'investitore speculativamente orientato e disponibile ad assumersi rischi deve poter valutare la sua scelta speculativa e rischiosa nell'ambito di tutte le opzioni dello stesso genere offerte dal mercato, alla luce dei fattori di rischio che gli sono stati segnalati”*.

Secondo la Suprema Corte era stata sminuita, dal giudice di secondo grado, la funzione dell'obbligo a carico dell'intermediario, sancito allo scopo di ridurre lo squilibrio informativo nelle conoscenze delle parti e consentire, pertanto, all'investitore di effettuare una scelta consapevole e razionale. Lo squilibrio informativo è tanto più accentuato laddove, come nel caso di specie, il prodotto o il servizio da acquistare presuppongono un elevato grado di competenza tecnica: gli obblighi informativi assolvono pertanto alla funzione di riequilibrare il rapporto contrattuale.

È stato rimarcato l'obbligo dell'intermediario di fornire indicazioni idonee a descrivere la natura, la quantità e la qualità di prodotti finanziari ed a rappresentarne lo specifico coefficiente di rischio, con

¹⁴ Cass. Civ., sez. I, 17 aprile 2020 n. 7905

¹⁵ Ex plurimis, Cass. n. 10111/2018; Cass. n. 4727/2018; Cass. n. 12544/2017; Cass. n. 22147/2010

il relativo onere probatorio¹⁶. La prova del nesso causale, dunque, non è eliminata dal mero rilievo di elementi generici, come il profilo speculativo o l'elevata propensione al rischio dell'investitore, dovendosi escludere che quest'ultimo possa accettare anche i profili di rischio del prodotto finanziario a lui ignoti ed invece conosciuti o conoscibili da parte dell'intermediario¹⁷.

La propensione di un investitore agli investimenti rischiosi non pregiudica il suo diritto a scegliere, tra i titoli rischiosi, quelli dotati - a suo giudizio - di maggior probabilità di successo, sulla scorta delle informazioni che l'intermediario è tenuto a fornirgli.

È evidente, dunque, che nella tutela del consumatore assume un ruolo centrale l'informazione, a cui è assegnata la funzione di riequilibrare le posizioni contrattuali, prevenire conflitti e contenziosi tra utente privato e professionista, con rigorosi obblighi a carico di quest'ultimo.

Poc'anzi è stato fatto richiamo alla diligenza professionale come fattore di valutazione delle pratiche commerciali: essa è definita come *“il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista”* (art.18 c.d.c.).

In ordine alla figura di “consumatore medio”, che sarà trattata nel paragrafo 3 del presente capitolo, si anticipa che detta figura assume notevole rilevanza anche in relazione alla pratica commerciale, ove si accerti che questa abbia come destinatari i consumatori considerati nella loro generalità ovvero un gruppo selezionato in base a particolari caratteristiche, come precisato nell'art. 20 comma 2.

2.1. PRATICHE COMMERCIALI INGANNEVOLI

Una pratica commerciale può risultare illecita per effetto della sua ingannevolezza o del suo carattere aggressivo¹⁸. In particolare è da considerare ingannevole ove siano state adottate azioni e/o omissioni tali da indurre il consumatore in errore. Queste differenti forme di ingannevolezza sono separatamente disciplinate dal Codice del Consumo, agli articoli 21 e 22, a cui si aggiunge una “lista nera” di pratiche considerate sempre ingannevoli.

L'art. 21, incentrato sulle azioni ingannevoli, distingue varie modalità con cui il promotore di un prodotto può indurre in errore il consumatore. In generale, la norma vieta condotte di tipo *“attivo”*¹⁹, che contengano informazioni non rispondenti al vero o che siano presentate in modo tale da indurre in errore il consumatore medio. Da un lato vengono focalizzate le informazioni rese durante la commercializzazione, dall'altro si individua ai commi 3-bis e 4-bis del predetto art. 21 dettagliati comportamenti vietati.

Con riferimento alle azioni ingannevoli, l'art. 21, comma 1, del Codice individua una serie di informazioni su cui la pratica commerciale può incidere a danno del consumatore stesso: “è

¹⁶ Cass. sez. I, 17 aprile 2020, n. 7905/20

¹⁷ *“Obblighi informativi dell'intermediario: la propensione al rischio del cliente è irrilevante”*, di G. Satta, in *“Diritto e Giustizia”*, 20/03/2020

¹⁸ Art.20, comma 4, Cod. cons.

¹⁹ G. Cassano, citato.

considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”.

La pratica risulta illecita dunque se l’informazione, falsa o comunque ambigua, incide su aspetti concernenti l’esistenza, la natura, le caratteristiche principali o il prezzo del prodotto che possano falsare il comportamento economico del consumatore medio, come verrà meglio precisato nel quinto paragrafo.

Altri elementi sintomatici della ingannevolezza della pratica attengono al comportamento del professionista (come *“la portata degli impegni presi”*), ovvero a caratteristiche del bene relative alla necessità di manutenzione, nonché ai diritti dei consumatori. Il secondo comma disciplina le modalità di commercializzazione e i codici di condotta. Il promotore della pratica non può infatti creare *“confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione e altri segni distintivi di un concorrente”*.

Una considerazione speciale è riservata all’ipotesi in cui il professionista si sia impegnato a rispettare un codice di condotta: in tal caso lo stesso ne sarà vincolato sotto pena di illiceità della pratica commerciale difforme. In tale ambito, l’art.18 c.d.c. definisce un codice come *“un accordo o una normativa che non è imposta dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro e che definisce il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tale codice in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici”*. Il legislatore riconosce dunque il valore vincolante delle regole che, seppur non obbligatorie ex lege, lo diventano per effetto della scelta del professionista di volerle spontaneamente adottare a tutela del consumatore.

Un obbligo informativo peculiare è riservato alla promozione dei prodotti che, per la loro natura o per le loro caratteristiche, sono idonei a produrre danni alla salute e alla sicurezza dei consumatori: è sancito l’obbligo di comunicarne i pericoli con forme idonee a consentire ai consumatori di attenersi alle *“normali regole di prudenza e vigilanza”* (art.21, co. 3).

In ogni caso, il giudizio sulla liceità o meno di una pratica commerciale dev’essere parametrato alla condizione del consumatore medio o del membro medio di un gruppo specifico di consumatori.

Una tutela privilegiata è rivolta ai soggetti più deboli, in particolare ai bambini e adolescenti. Al comma 4, difatti, viene espressamente vietata ogni pratica che *“in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, può, anche indirettamente, minacciare la loro sicurezza”*.

È peculiare anche la tutela dei consumatori avverso pratiche scorrette di istituti finanziari o di credito, ovvero contro pratiche di sovrapprezzo per il completamento di una transazione economica.

Oltre alle azioni, inevitabilmente il Codice colpisce le omissioni ingannevoli (art. 22). L’ingannevolezza dev’essere interpretata in senso più ampio della semplice non veridicità: come affermato in dottrina, *“anche un messaggio che non contenga informazioni false potrebbe essere*

*incompleto (cd. omissione ingannevole), non chiaro, oscuro (quando l'informazione c'è, ma con accorgimenti utili a celarla) o ambiguo e, dunque, ingannevole*²⁰.

L'AGCM ha precisato che la norma vieta l'omissione sia nel caso in cui l'informazione risulta carente, sia quando è occultata o presentata in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo²¹. Sarà sempre necessario valutare *“la fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato”*.

Al pari dei comportamenti attivi, affinché l'omissione sia qualificabile come ingannevole è altresì necessario che il consumatore medio venga persuaso o possa essere indotto ad assumere una decisione che non avrebbe altrimenti preso. Non assume dunque rilievo una qualunque omissione, ma solo quella concernente informazioni che risultino concretamente rilevanti affinché il consumatore possa assumere *“una decisione consapevole”*.

L'art. 22, co. 4 del Codice enuncia la serie di informazioni considerate rilevanti nel caso di un invito all'acquisto. Queste coinvolgono essenzialmente le caratteristiche principali del prodotto, l'identità del professionista, il diritto di recesso nonché il prezzo e le modalità di pagamento.

Funge da norma di chiusura l'art. 23, Cod. Cons., che delinea una “lista nera” di pratiche commerciali considerate sempre ingannevoli e dunque illecite. Esse non sono affatto tassative, potendo altre pratiche analoghe risultare comunque scorrette.

Si nota poi che le condotte del professionista indicate dalla norma in commento e che possono rendere una pratica commerciale censurabile sono sia attive che omissive. In particolare la stessa contempla prevalentemente informazioni rilevanti ai fini di una decisione consapevole, taciute al consumatore, ovvero informazioni false, tali dunque da indurlo in errore.

Vengono in rilievo i comportamenti idonei a ingenerare nel consumatore una fiducia infondata sulla qualità del prodotto, come la falsa asserzione del professionista di aver aderito a un codice di condotta ovvero che esso sia stato approvato da un organismo pubblico. La medesima ratio è sottesa al divieto di esibire un marchio di fiducia, un marchio equivalente o un marchio di qualità senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione.

Sempre a scopo esemplificativo, non è ovviamente ammessa la pubblicizzazione di un prodotto ad un determinato prezzo per poi rifiutarsi di mostrarlo ai consumatori, né tantomeno la sua promozione attraverso la dimostrazione dell'articolo con un campione difettoso, con l'intenzione di promuovere un bene diverso (art. 23 n. 3). La finalità è quella di prevenire una condotta diretta a celare le intrinseche caratteristiche del bene affinché il consumatore non possa rendersi conto di eventuali difetti.

In definitiva, può affermarsi che gli artt. 21 e 22 individuano i criteri generali cui far riferimento per stabilire l'ingannevolezza di una pratica commerciale, mentre l'art. 23 elenca i comportamenti che integrano certamente la fattispecie di pratica ingannevole. Tali condotte possono spaziare da

²⁰ Rass. dir. farmaceutico 2020, 1, 36, di C. Poncibò

²¹ AGCM, PI6580, Vodafone/892000, Provvedimento n. 19775, in Boll. 31/2008

informazioni false ad omissioni rilevanti e comprendono specifici comportamenti disonesti che possano comunque ingannare il consumatore.

In materia di pratiche commerciali ingannevoli, di recente l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha sanzionato le pratiche commerciali volte a introdurre in stampanti inkjet e laser, commercializzate ad ignari consumatori, importanti limitazioni nell'utilizzo di cartucce di inchiostro/toner non originali. L'Autorità ha accertato che sulle confezioni delle stampanti non erano evidenziate adeguatamente le limitazioni all'utilizzo di cartucce non originali e che veniva artatamente inserito un sistema, denominato DS -Dynamic Security, in base al quale la stampante riconosce le cartucce originali HP e le accetta. Al contrario, respinge la richiesta di stampa in presenza di cartucce non originali o prodotte prima di una certa data²².

Le pratiche commerciali sono state reputate scorrette poiché, secondo l'Autorità intervenuta, al momento dell'acquisto, era stata omessa l'adeguata informazione ai consumatori, *“inducendoli a ritenere di dover sostituire le cartucce di inchiostro/toner non originali per carenze o difetti di queste ultime e dunque ad utilizzare soltanto le cartucce originali HP”*.

I professionisti sanzionati avevano reiterato il loro comportamento scorretto: attraverso successivi aggiornamenti delle stampanti, avevano rinnovato le limitazioni all'utilizzo di cartucce non originali pur senza mai informare i consumatori, né sul proprio sito internet, né al momento della richiesta di informazioni ai centri di assistenza.

Ma v'è di più. Nel corso del procedimento l'Autorità ha accertato che attraverso le applicazioni presenti su molte stampanti HP, i professionisti registravano i dati di consumo correlati alle cartucce utilizzate, originali o non, sempre all'insaputa del consumatore. Questi dati venivano poi utilizzati dall'azienda sia per dar vita a strategie commerciali, sia per negare l'assistenza sulle stampanti utilizzate con cartucce non originali.

Con il provvedimento citato, l'Autorità ha diffidato i professionisti a modificare, entro 120 giorni dal provvedimento stesso, le confezioni di vendita delle stampanti in modo da indicare con evidenza le limitazioni all'uso di cartucce di inchiostro/toner non originali e a dare tutte le informazioni concernenti le applicazioni installate.

2.2. PRATICHE COMMERCIALI AGGRESSIVE

In aggiunta a quelle ingannevoli, sono scorrette anche le pratiche commerciali aggressive, in relazione alle quali viene ripetuta la distinzione tra la proclamazione di una regola generale e l'indicazione di una “lista nera” di pratiche la cui illiceità è stabilita ex ante dal legislatore. L'art. 24 del Codice in commento sanziona le pratiche che limitano o risultano idonee a limitare la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto, così da indurlo a una scelta commerciale che non avrebbe altrimenti preso. A connotare l'aggressività della pratica è l'impiego di *“molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento”*. Il legislatore comunitario definisce l'indebito condizionamento come *“lo sfruttamento di una posizione*

²² AGCM, *“Sanzioni per 10 mln a HP per pratiche ingannevoli e aggressive”*, caso Hp Inc, HP Italy S.r.l. Provvedimento del 17 novembre 2020

di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o alla minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole”²³.

La genericità dell’indebito condizionamento impone che la valutazione delle pratiche commerciali debba essere correlata ad ogni specifico caso, al fine di verificare se sia stata illecitamente influenzata la scelta del consumatore.

Secondo la giurisprudenza *“il legislatore ha attribuito, così, all’Autorità di settore il compito di esercitare un potere di regolazione consistente nell’integrazione del parametro legale mediante la definizione di ulteriori regole di condotta o la specificazione di quelle previste. Si tratta di un potere ampio, espressione di discrezionalità tecnica, che conferma la non autosufficienza della regola imperativa di matrice legislativa”²⁴.*

La pratica commerciale è stata qualificata come aggressiva, ai sensi degli artt. 24, 25 e 26, lett. f), Codice del Consumo, in quanto *“idonea a determinare un indebito condizionamento tale da limitare considerevolmente, e in alcuni casi addirittura escludere, la libertà di scelta degli utenti in ordine all’utilizzo e al pagamento dei servizi preimpostati, quali la segreteria telefonica e la navigazione internet, determinando, inoltre, una possibile decurtazione automatica derivante dalla fruizione di servizi onerosi che il consumatore non ha richiesto in maniera consapevole e di cui non ha avuto la possibilità di scegliere consapevolmente, anche con riferimento al profilo tariffario più aderente alle proprie esigenze”* ed in quanto *“non conforme al grado di ordinaria diligenza ragionevolmente esigibile da operatori attivi nel settore della telefonia in considerazione delle significative asimmetrie che caratterizzano il rapporto tra professionisti e consumatori e che impongono ai primi, nel definire le modalità di esercizio della propria attività commerciale, una declinazione particolarmente stringente dei generali obblighi di buona fede e correttezza”²⁵.*

Nel provvedimento dell’Autorità viene rimarcata la ratio della norma, a tutela del consumatore, a cui è strumentale il rispetto della diligenza professionale per un equo contemperamento della asimmetria informativa tra l’imprenditore ed il consumatore, oggetto di trattazione nel paragrafo 2 del presente capitolo. Lo scopo è evidentemente quello di evitare che il professionista abusi della propria posizione di forza a danno del consumatore.

Nella citata pronuncia viene richiamata una elencazione esemplificativa delle pratiche commerciali aggressive. *“Si fa riferimento, in particolare, tra l’altro, alle pratiche che: creano l’impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto; comportano ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza; esigono il pagamento immediato o*

²³ Art. 2, lett. J, Dir. 2005/29/CE

²⁴ Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza dell’11 novembre 2019, n. 7699. Il caso riguardava una Società di telefonia mobile che aveva commercializzato SIM sulle quali erano stati preimpostati servizi di navigazione internet e di segreteria telefonica, i cui costi venivano addebitati all’utente, salvo disattivazione su espressa richiesta dell’interessato, che però ne era ignaro

²⁵ AGCM, Provvedimento del 6 marzo 2012 n. 23357

differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto”.

Tra le pratiche aggressive rientra anche la modalità della vendita “porta a porta”, in uso soprattutto alle case editrici quando si avvalevano principalmente del detto metodo di vendita per commercializzare opere di pregio o le enciclopedie. La vendita porta a porta, seppur astrattamente lecita, spesso è stata caratterizzata da pratiche commerciali ingannevoli ovvero aggressive, in danno dei consumatori anziani che *“possono essere vulnerabili all’esercizio di indebite pressioni”*.

L’Autorità Garante, a seguito di molteplici segnalazioni provenienti dai consumatori e a conclusione delle indagini svolte, ha accertato che la promozione dei prodotti da parte dei venditori molto spesso era insistente e configurava addirittura una *“forzatura psicologica”* dei consumatori, i quali si sentivano costretti a firmare il contratto di acquisto a seguito dell’induzione perpetrata con il ricorso, da parte dei venditori, ad argomenti connessi ad esperienze dolorose dei clienti (indebito condizionamento). Di notevole rilevanza è il principio richiamato dall’Autorità, secondo cui la presentazione a domicilio di opere a pagamento si concretizza in *“affermazioni e comportamenti di un soggetto (il venditore) in posizione di forza rispetto al consumatore che, anche per effetto dell’impatto emozionale connaturato a tale modalità di vendita particolarmente invasiva, si trova in posizione di debolezza. Ciò da un lato conduce a valutare con particolare rigore le condotte dei venditori nei confronti dei soggetti rientranti nelle categorie “vulnerabili”, dall’altro impongono ai professionisti un accentuato onere di diligenza consistente in una maggiore cautela nell’utilizzo di espressioni e strumenti volti a reclamizzare un prodotto ed a indurne l’acquisto”*²⁶.

Tra i provvedimenti dell’Autorità, relativi alla vendita “porta a porta”, si richiama quello promosso nei confronti dell’UTET, a seguito della segnalazione di una consumatrice la quale lamentava che due agenti UTET, in occasione di una visita a domicilio per la consegna del richiesto volume “Musica e Amore”, l’avevano indotta ad acquistare un’ulteriore opera. La vicenda era stata corredata da contestuale contratto di un finanziamento di credito al consumo con l’intermediario finanziario Santander Consumer Finance Media S.r.l., di cui la consumatrice si sarebbe avveduta solo dopo il ricevimento della scheda informativa inviata da UTET e Santander Consumer Finance, che aveva continuato a inoltrare le richieste di adempimento pur dopo il diritto di recesso esercitato dalla consumatrice, in età avanzata e con problemi di vista, che mai nulla aveva ricevuto.

Le suddette pratiche consistevano *“nel fornire informazioni non veritiere sul valore dell’opera editoriale pubblicizzata; nella promessa di ricevere in regalo delle pubblicazioni che in realtà erano subordinati ad una visita a domicilio e alla sottoscrizione di un contratto di acquisto delle opere editoriali; nel fornire informazioni false sulla natura solo culturale, ma in realtà commerciale, di un’iniziativa formativa destinata a famiglie con figli che frequentano scuole dell’obbligo; nell’indebito condizionamento dei consumatori, in particolari di soggetti vulnerabili per la loro età o le loro condizioni di salute, con lunghe visite a domicilio non preannunciate, utilizzo di espressioni volte a spingere ad assumere una decisione di acquisto immediata, mancato rilascio di copia del contratto sottoscritto, invio di solleciti di pagamento per ordini non consapevolmente sottoscritti; negli ostacoli all’esercizio del diritto di recesso, omettendo di informare i consumatori della sua*

²⁶ Senato della Repubblica - 196 - Camera dei deputati XVII Legislatura - Disegni Di Legge E Relazioni - Documenti

esistenza e delle modalità per esercitarlo, nonché ignorando le richieste di recesso dei consumatori”²⁷.

L’Autorità ha giudicato la pratica commerciale in esame scorretta dal momento che *“il messaggio pubblicitario contestato si concretizzava nell’offerta ai consumatori di prodotti editoriali senza fornire adeguata evidenza delle effettive caratteristiche e condizioni economiche della reale offerta del professionista; in particolare, l’impostazione del messaggio sia nella forma scritta che nella forma orale veicola al consumatore medio un’informazione non trasparente, né tanto meno circostanziata rispetto alla procedura da seguire per ottenere i prodotti promossi; infatti, tale messaggio faceva sorgere nel consumatore medio l’erronea convinzione che compilando il form presente sui siti web, ovvero accettando la proposta dei promoter maturava il semplice diritto a ricevere un omaggio, quando in realtà da tali azioni discende l’obbligazione ad assistere ad una presentazione relativa all’acquisto di un altro prodotto; tale condotta risulta essere altamente lesiva degli interessi del potenziale cliente in quanto, attraverso modalità ingannevoli, lo induce, sulla base di una promessa non trasparente, ovvero di un’offerta squisitamente gratuita, ad essere destinatario di una proposta commerciale onerosa, in tal modo generando un’indebita alterazione della loro capacità di scelta; appare evidente, altresì, la mancata adozione, da parte del professionista, di accorgimenti grafici o avvertimenti di natura orale idonei a rendere i soggetti particolarmente vulnerabili alle pratiche commerciali come quella in contestazione, in ragione della loro età e in precarie condizioni di salute, immediatamente consapevoli sulle modalità di ricevimento e/o di acquisto dei prodotti pubblicizzati, nonché sull’esercizio dei propri diritti contrattuali; la pratica commerciale si presenta come aggressiva in quanto risulta tale da limitare considerevolmente, se non ad escludere, la libertà di scelta dei consumatori”*.

L’Autorità ha rilevato che, nella maggior parte delle campagne pubblicitarie online e sulla stampa quotidiana e periodica, i messaggi pubblicitari non consentivano al consumatore medio di comprendere immediatamente che la fornitura dei propri dati personali sarebbe stata utilizzata dal professionista per richiedere un appuntamento finalizzato non tanto alla consegna dell’omaggio, quanto invece alla presentazione di un’altra opera a pagamento. La pratica commerciale aggressiva era stata desunta dal rilievo che l’eventuale richiesta del consumatore di ricevere per posta l’omaggio promesso o di non gradire presentazioni a domicilio, era scoraggiata dall’avvertenza che *“nel rispondere negativamente, allegando motivazioni sull’impossibilità di garantire il buon esito della spedizione, in quanto, la tiratura limitata delle opere non consentirebbe alla società di rispedirle in caso di smarrimento/danneggiamento di quelle già inviate”*. Le argomentazioni suggerite dal professionista per convincere il cliente della necessità della visita a domicilio erano, peraltro, volte unicamente a indurre il consumatore ad assentire le visite in casa propria, ove si procedeva a una lunga e pressante offerta commerciale.

L’Autorità ha evidenziato la contrarietà del comportamento riconducibile ad UTET con la normativa cogente e con i principi elaborati dal consolidato orientamento giurisprudenziale, fra cui spiccano il dovere del professionista di esporre con chiarezza e completezza le informazioni pubblicitarie fin dal primo contatto con il cliente. In particolare, *“i messaggi diffusi su internet e a mezzo stampa non chiariscono la reale modalità di vendita adottata dal professionista, in quanto non informano chiaramente il consumatore che le ulteriori informazioni di cui necessita per una scelta consapevole, se acquistare o meno un volume di ammontare elevato, verranno fornite solo attraverso una*

²⁷ AGCM, Provvedimento n. 23551, Adunanza del 27 aprile 2012

presentazione orale al domicilio del cliente stesso, che normalmente risulta assai lunga e in alcuni casi percepita come vero e proprio “assedio””.

Con specifico riguardo alla categoria di consumatore a cui era rivolta la vendita delle opere letterarie, nel provvedimento *“si osserva, infine, che gli elementi emersi dai reclami in atti consentono di concludere che ognuna delle condotte contestate sono state poste in essere anche nei confronti di clienti anziani o in precarie condizioni di salute...occorre considerare la specifica modalità di vendita adottata dal professionista nel caso di specie, ovvero l’idoneità della vendita a domicilio a condizionare la volontà del membro medio di un gruppo di possibili destinatari della pratica stessa, ovvero di persone anziane o con problemi di salute” ed “anche nell’applicazione del Codice del Consumo, si tendono a valutare con particolare attenzione le tecniche di vendita basate sul c.d. “effetto sorpresa”, in quanto esse pongono il consumatore in una posizione di disagio che possono non consentirgli di prendere una decisione consapevole e ponderata”.*

Dall’analisi svolta dall’Autorità si evince, dunque, che il professionista, adottando un metodo di vendita teso a creare una forte pressione psicologica sui clienti, non solo limitava notevolmente la libertà di scelta o di comportamento dei consumatori in relazione ai prodotti offerti, inducendoli ad assumere una decisione non consapevole, ma perpetrava altresì una pratica contraria alla diligenza professionale normalmente attesa dai consumatori nel settore considerato, che include anzitutto la preventiva e scrupolosa verifica della qualità e completezza della comunicazione.

Tra gli elementi di convincimento dell’aggressività della pratica commerciale sono stati anche richiamati gli ostacoli frapposti all’esercizio del diritto di recesso e l’invio di solleciti di pagamento anche in caso di contestazione del cliente, simultaneamente diretti ad esercitare un indebito condizionamento sulla libertà di scelta del consumatore.

Anche nelle pratiche commerciali aggressive, poi, è fondamentale l’esame della fattispecie concreta al fine di valutare la condotta del professionista.

Inoltre l’art. 25 indica gli elementi da considerare per stabilire se la pratica sia stata svolta in modo aggressivo. È fatto riferimento innanzitutto a *“i tempi, il luogo la natura o la persistenza”*. Il legislatore intende altresì sanzionare *“il ricorso alla minaccia fisica o verbale”*, nonché *“lo sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto”*. Infine la norma vieta gli ostacoli non contrattuali imposti dal professionista al fine di impedire al consumatore di esercitare diritti contrattuali, nonché le minacce di *“promuovere un’azione legale ove tale azione sia manifestamente temeraria o infondata”*.

Deve essere richiamata, poi, la disciplina concernente la “lista nera” di cui all’art. 26, che enuncia una serie di comportamenti del professionista certamente illegittimi. Le pratiche censurate dalla norma incidono sulla sfera psicologica del consumatore medio: esse sono contraddistinte da condotte reputate inaccettabili perché frutto di pressioni esercitate dal professionista al fine di persuadere il consumatore all’adozione di una decisione di natura commerciale che lo stesso *“non avrebbe altrimenti preso”*.

Tale ratio si rinviene, ad esempio, nel divieto di effettuare costanti sollecitazioni commerciali attraverso mezzi di comunicazione quali il telefono o la posta elettronica. È altresì illecito esortare i

bambini a convincere i genitori ad acquistare il prodotto pubblicizzato; la norma stigmatizza inoltre la particolare aggressività riconducibile alla pratica di recarsi nell'abitazione del consumatore nonostante la sua esplicita contrarietà.

3. CONSUMATORE MEDIO

La Corte di Giustizia ha più volte espresso una definizione del consumatore come persona fisica che agisce per il soddisfacimento di esigenze di natura personale e familiare²⁸. Pertanto, la giurisprudenza individua il consumatore nella *“persona fisica che, anche se svolge attività professionale o imprenditoriale, conclude un qualche contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di tale attività”*²⁹. Tali principi sono confluiti nel Codice del Consumo (art.3, comma 1, lett. a), che definisce il consumatore come *“la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”*. Queste ultime attività connotano, al contrario, la figura del professionista.

La normativa richiama sovente la figura del consumatore medio (artt. 20 e ss.), i cui iniziali riferimenti espliciti sono comparsi nelle decisioni concernenti la confusione tra i marchi e le denominazioni dei prodotti.

Nella decisione Gut Springenheide la controversia verteva sulla compatibilità con il diritto comunitario di una indicazione apposta sugli imballaggi delle uova commercializzate da Gut Springenheide e di un foglietto informativo inserito negli stessi imballaggi³⁰. Il giudice comunitario è stato chiamato a stabilire se tale indicazione era ingannevole con riferimento alle disposizioni del Trattato CE e del diritto derivato. La Corte di Giustizia ha esaminato la (presunta) aspettativa di un consumatore medio, che si assume essere normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto. Per i giudici comunitari il consumatore di riferimento è il consumatore medio che è *“ragionevolmente ben informato, attento e cauto”*.

La nozione di consumatore medio elaborata dalla giurisprudenza risulta centrale nel sistema previsto dalla Dir. 2005/29/CE in ordine alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno. La direttiva si applica alle pratiche commerciali sleali che hanno lo scopo di influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori in relazione ad un certo prodotto.

La stessa ha introdotto la nozione di consumatore medio *“che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici e, soprattutto, dell'esistenza di gruppi di consumatori particolarmente vulnerabili per età, malattia o istruzione”* (considerando 18). Il considerando 18 chiarisce, inoltre, che: *“la nozione di consumatore medio non è statistica. Gli organi giurisdizionali e le autorità nazionali dovranno esercitare la loro*

²⁸ Corte Giust. Com. eu., 3 luglio 1997, C269/95, in Giust. Civ., 1998, I, 11

²⁹ Cass. Civ., 25 luglio 2001 n. 20127, in Giust. Civ., 2002, I, 685

³⁰ Corte Giust. Com. EU, 16/07/1998, proc. C-210/96

*facoltà di giudizio tenendo conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia per determinare la reazione tipica del consumatore medio nella fattispecie*³¹.

Di particolare rilievo è la figura del consumatore medio nell'ambito della proprietà intellettuale. Copiosi interventi giurisprudenziali si sono susseguiti nei contenziosi aventi ad oggetto il marchio, utilizzato dall'imprenditore per identificare i propri prodotti o servizi e differenziarli da quelli dei concorrenti. La capacità distintiva del marchio è un elemento fondamentale in quanto permette al consumatore di identificare in modo immediato l'impresa che offre quel determinato prodotto e/o le specifiche caratteristiche. Il marchio, pertanto, è in grado di ingenerare nel consumatore una legittima aspettativa riguardante le su indicate peculiarità.

La giurisprudenza, anche con riferimento alla tutela del marchio utilizzato dal professionista, ha analizzato la figura del consumatore medio ed ha rimarcato che il parametro della sua attenzione è quello della normale diligenza ed avvedutezza del pubblico dei consumatori di un determinato genere di prodotti, basata sull'impressione riconducibile alla visione dell'insieme e sul mero ricordo mnemonico del marchio già noto³². Anche la Corte di Giustizia ha riconosciuto che il consumatore medio, considerato dalla normativa applicabile in materia di marchi, non è dotato di alcuna conoscenza specifica e in generale non effettua un confronto diretto tra i marchi in conflitto³³.

3.1. MEMBRO MEDIO DI UN GRUPPO DI CONSUMATORI

L'art.20 definisce le pratiche commerciali scorrette in relazione al comportamento economico del consumatore medio. Al comma 3 si precisa la rilevanza delle pratiche commerciali che, seppur dirette alla generalità dei consumatori, possono falsare il comportamento economico degli appartenenti ad un gruppo specifico in ragione della loro peculiare vulnerabilità correlata, ad esempio, all'età ovvero ad altre condizioni di fragilità. In tal caso ai fini della valutazione della pratica commerciale come illecita dovrà essere considerato il membro medio del gruppo, da individuare non facendo la media tra tutti i gradi di conoscenza ed avvedutezza effettivamente riscontrabili in esso, bensì alla stregua di un profilo-tipo di consumatore.

Tale distinzione è contemplata anche nella direttiva comunitaria 2005/29/CE: nella relazione illustrativa della proposta di direttiva si precisa che, ove la commercializzazione sia diretta ad un determinato gruppo, il criterio del consumatore medio deve subire un adattamento³⁴. Inoltre, in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia³⁵, il considerando n.18 della Direttiva individua il consumatore medio nel soggetto "*normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto*". Lo scopo perseguito non è apprestare tutela a prescindere dalla condotta assunta dal consumatore. Al

³¹ "*La nozione di Consumatore medio*", di C. Poncibò, 23/02/2008

³² Ex plurimis, Cass. Sez. I, 28 febbraio 2006 n. 4405 con richiami a Cass. 21086/ 2005; 19436/2005; 3984/ 2004; conf. Cass. 4405/06; 21086/05; 19436/05; 3984/04; 1473/95; 3894/04; 13592/95

³³ Corte Giust. Com. EU, 20 ottobre 2011, C-281/10, PepsiCo c. Gruppo Promer Mon Graphic

³⁴ "*Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE*", di A. Saccombani, in "*Le pratiche commerciali sleali, direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*", a cura di E. Minervini, L. R. Carleo, Giuffrè Editore, 2007

³⁵ CGE, 16/07/98.

contrario, quest'ultimo è onerato di comportarsi in modo tale da evitare di essere tratto in inganno, non potendo invocare in proprio favore, ad esempio, l'imprudenza o un atteggiamento distratto.

Il contesto nel quale si inserisce la pratica commerciale risulta fondamentale al fine di definire la capacità di valutazione dei consumatori. Inoltre la funzione preventiva delle disposizioni sulle pratiche commerciali scorrette esime dall'indagine concernente la condizione soggettiva media di intelligenza al fine di individuare il consumatore medio e punire la condotta ingannevole o aggressiva³⁶. Le informazioni oggettivamente parziali ed omissive sono illecite e le eventuali abilità tecniche del consumatore a preservarlo dall'effetto ingannevole della pratica commerciale non scriminano il professionista.

La figura del "consumatore medio", assunta quale parametro di riferimento del consumatore, dev'essere valutata in relazione al caso specifico, come meglio illustrato nel capitolo 3 del presente elaborato. Tra le innumerevoli pronunce intervenute sulla individuazione del consumatore medio, di notevole rilievo è la sentenza con la quale è stato respinto il ricorso di BNL S.p.a. contro il provvedimento sanzionatorio con cui l'AGCM aveva censurato due pratiche commerciali scorrette relative a polizze assicurative³⁷.

Con la prima sanzione era stata censurata la pratica di BNL per "*aver subordinato di fatto la concessione di finanziamenti alla sottoscrizione da parte dei consumatori di polizze assicurative ... pur rappresentando nei relativi materiali pubblicitari e documentazione pre-contrattuale e contrattuale il carattere facoltativo di tali coperture*". La seconda pratica, invece, era stata dichiarata illecita perché viziata da informazioni poco chiare e non intelligibili in ordine ai rimborsi dovuti ai clienti³⁸.

In ordine alla prima pratica il TAR ha rilevato che, contrariamente a quanto sostenuto dal professionista, l'assenza di un effettivo danno cagionato ai consumatori risulta irrilevante ai fini dell'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette. Difatti l'illecito, essendo di pericolo, ricorre se la pratica adottata dalla società risulti anche solo potenzialmente idonea a falsare il comportamento economico del consumatore medio. In particolare, le modalità con cui veniva proposto il finanziamento risultavano idonee a provocare un'induzione psicologica nel consumatore tale da fargli temere di non poterlo ottenere in assenza di sottoscrizione della polizza, sebbene facoltativa.

Nel secondo caso è stato dichiarato l'illecito poiché, dato il contesto economico in cui il consumatore "ragionevolmente attento ed avveduto" si trovava ad agire, egli non veniva reso pienamente edotto delle condizioni contrattuali relative al rimborso. Il TAR, correttamente, ha rilevato che devono essere considerati, ai fini della individuazione del livello di conoscenza del consumatore medio, i fattori di ordine sociale, culturale ed economico, ivi compreso il contesto economico e di mercato nell'ambito del quale il consumatore si trova ad agire. Al contempo i giudici hanno rimarcato che la tutela apprestata dal Codice del Consumo "*non si commisura alla posizione degli acquirenti dotati di*

³⁶ Foro amministrativo (II), 07/08/19, 1329

³⁷ TAR Lazio, 9 dicembre 2019 n.14067

³⁸ AGCM, delibera n. 23764, 25/07/12, proc. PS/4755

specifica competenza, avvedutezza e particolari cognizioni merceologiche, ma a quella degli acquirenti di media accortezza o alla generalità dei consumatori”³⁹.

4. DILIGENZA PROFESSIONALE

La diligenza professionale è oggetto della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, pienamente autonoma rispetto a quella civilistica di diligenza e di colpa. Il richiamo operato dall’art. 20 alla diligenza professionale è un rinvio a regole oggettive di condotta, corrispondenti a uno standard di obblighi di cura e attenzione per gli interessi dei consumatori, fra cui primeggia quello di consentire l’assunzione di decisioni a natura commerciale consapevoli e informate.

Un elevato livello di diligenza è infatti la naturale conseguenza delle asimmetrie informative tra imprese e consumatori. Tale regola è costantemente ripetuta nel corso dell’attività di repressione delle pratiche scorrette, soprattutto nel settore del credito e in quello delle comunicazioni elettroniche⁴⁰.

Lo standard di diligenza dovrà essere definito di volta in volta, in relazione al caso concreto ed allo specifico settore di attività del professionista, sulla base delle ragionevoli aspettative dei consumatori. E la ragionevole aspettativa dei consumatori si concretizza alla luce dei parametri individuati nel menzionato art. 18, consistenti nei principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista⁴¹.

*In molti casi, comunque, “il giudizio di contrarietà alla diligenza professionale non si presenta complesso, costituendo un passaggio quasi routinario. Ciò accade in quelle ipotesi nelle quali il comportamento del professionista, già per le sue caratteristiche obiettive, appare strutturalmente diretto a pregiudicare la libertà di scelta o di autodeterminazione del consumatore. Si tratta per lo più, di ipotesi di pratiche ingannevoli, nelle quali la falsità delle affermazioni o la vera e propria omissione di informazioni rilevanti è talmente evidente da non porre l’esigenza di complesse dimostrazioni”*⁴².

L’AGCM, intervenendo sul punto, ha affermato che la diligenza viene meno in difetto del “normale grado di competenza ed attenzione che ragionevolmente ci si può attendere” dal professionista⁴³. Peraltro un rafforzamento del grado di tutela del consumatore può ravvisarsi nell’essenzione del

³⁹ TAR Lazio, Roma, sez. I, 27/03/19, n. 4062

⁴⁰ ““Diligenza professionale”, “consumatore medio” e regola di “de minimis” nella prassi dell’AGCM e nella giurisprudenza amministrativa” di V. Meli, in “La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati di credito e delle assicurazioni”, Giappichelli, 2011

⁴¹In tal senso “Il contratto di diritto europeo” di S. Mazzamuto, Torino 2012; “Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato” di F. Piraino, in “Europa Dritto Privato”, 2010; “Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici” di E. Labella, in “Contratto e Impresa”, 2010

⁴² V. Meli, citato

⁴³ AGCM, Provv. 20090, Boll. 28/2009.

consumatore dall'onere di provare la contrarietà della pratica alla diligenza professionale, come chiarito in giurisprudenza⁴⁴.

In aggiunta la pratica commerciale, per essere qualificata come scorretta, deve presentarsi come *“falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto”* del consumatore. Non viene però sovvertito l'onere probatorio a carico di quest'ultimo in relazione al danno patito, come chiarito dalle Sezioni Unite Civili nel 2009⁴⁵. Difatti, secondo il principio generale, la mera illiceità della pratica commerciale non può essere considerata di per sé prova di aver cagionato un danno.

Il requisito della diligenza professionale è fondamentale per assicurare un buon funzionamento del mercato, ed è noto che esso si fonda sulla fiducia che i consumatori ripongono sul professionista. L'affidamento accordato dal consumatore presume che il professionista mantenga dei comportamenti diligenti non solo nella fase precedente all'acquisto o al momento dell'acquisto stesso, ma anche nei momenti successivi.

Nell'ambito dei procedimenti avviati dall'Autorità Garante in tema di pratiche commerciali scorrette, in riferimento al requisito della diligenza professionale, uno dei più importanti è quello introdotto nel settembre 2020 su istanza di Altroconsumo e Udicon nei confronti della Vueling Airlines S.A., che tanto clamore ha suscitato in conseguenza del comportamento della predetta società nell'esercizio dei servizi aerei di linea su rotte nazionali ed internazionali. Nel caso di specie, il consumatore ha scelto di acquistare i voli aerei dalla detta compagnia fidandosi della sua professionalità⁴⁶.

La predetta compagnia aerea, dopo l'entrata in vigore del D.L. del 16 maggio 2020, n. 33 che consentiva la ripresa degli spostamenti delle persone all'interno del territorio nazionale ed extranazionale, acquisiva dai consumatori le prenotazioni e il relativo corrispettivo per voli che avrebbero dovuto essere eseguiti a decorrere dal 3 giugno 2020. Successivamente, però, la Vueling cancellava unilateralmente alcuni voli programmati, onerando i consumatori di attivarsi per ottenere un ristoro. Di fatto, però, la società ostacolava i consumatori nell'esercizio del diritto al rimborso. E, in luogo della ripetizione del dovuto, emetteva un voucher, richiamandosi alla disciplina emergenziale.

La compagnia aerea, costituitasi, si opponeva alla pronuncia di un provvedimento cautelare e si difendeva affermando che aveva reso in ogni caso disponibile per i clienti il rimborso in denaro; Aggiungeva che le pesanti ripercussioni della crisi sanitaria sull'organizzazione aziendale avevano minato anche la capacità di rispondere tempestivamente alle richieste della clientela.

La società, al fine di evitare di subire un'azione cautelare, si impegnava ad attuare una serie di azioni per eliminare le pratiche commerciali scorrette e consentire al consumatore di esercitare i propri diritti. Tra le varie misure proposte, rilevano ai fini di questo lavoro di ricerca quelle consistenti nel *“rendere gratuita la linea telefonica messa a disposizione dei passeggeri interessati dalle cancellazioni e apportare migliorie al servizio”*; *“aggiungere informazioni in merito all'attivazione della nuova linea telefonica sul sito web del professionista”*; *“incrementare l'efficienza del servizio*

⁴⁴ Cons. St., 6 aprile 1991, n. 452, in Foro amm., 1991, 1076

⁴⁵ Cass. Sez. Un., 5 maggio 2009, n. 10274, in Mass. Foro It., 2009, 585

⁴⁶ AGCM, PS 1182, Adunanza 20/08/2020

clienti per i passeggeri italiani, aumentando il numero di addetti del call centre”; “rendere disponibile una procedura automatizzata per la gestione delle prenotazioni relative a voli cancellati e delle richieste di rimborsi in danaro, rendendo disponibile un apposito link cliccabile direttamente dall’email con la quale il passeggero viene informato della cancellazione del volo”; “includere nelle email di cancellazione i link alle opzioni disponibili al fine di rendere più agevole la scelta per il consumatore in caso di cancellazione del volo e, nelle more dell’attivazione della procedura automatizzata di cui sopra, indirizzare tramite il link ad una pagina web contenente i numeri telefonici che il consumatore può contattare”; l’impegno a far recapitare al consumatore “una email di riceuta della sua richiesta, nella quale, a regime, sarà possibile scegliere tra il rimborso in contanti e quello erogato tramite un Credito di volo”.

La Vueling, nella propria memoria illustrativa, allegava le schermate delle pagine accessibili attraverso i link ipertestuali ivi contenuti e della schermata di una pagina informativa del proprio sito internet aziendale, al fine di mostrare la chiarezza delle informazioni che avrebbe fornito ai consumatori.

L’Autorità, in seguito alle misure presentate dalla compagnia aerea, ha ritenuto che le stesse potessero garantire una comunicazione di cancellazione del volo chiara e trasparente, *“fornendo informazioni idonee e complete circa la possibilità di ottenere un rimborso pecuniario entro i termini previsti dal Regolamento 261/2004, consistenti in 7 giorni. Inoltre, le modalità per la richiesta del rimborso prevedono la possibilità di utilizzare una linea telefonica dedicata e gratuita per la quale è stato previsto, altresì, un incremento degli addetti e, in tempi prestabiliti, anche la possibilità per il consumatore di avviare una procedura automatica”*. Pertanto, l’Autorità, concludeva il procedimento escludendo l’adozione della misura cautelare, ritenute esaustive le proposte offerte dalla compagnia aerea.

Ebbene, il comportamento posto in essere dalla Vueling successivamente alla conclusione del contratto e contrario alla diligenza professionale, rientra nell’ampia gamma delle pratiche commerciali scorrette, atteso che, appuntato anche in giurisprudenza, *“nella nozione di pratiche commerciali scorrette vanno inclusi i comportamenti con i quali il professionista incide sulle scelte del consumatore in tutte le fasi del rapporto di consumo e, quindi, anche quelli posti in essere successivamente alla stipula del contratto”*⁴⁷.

Risulta ancora una volta corroborato che anche i comportamenti successivi alla conclusione del contratto, contrari alla diligenza professionale, possono costituire una pratica commerciale scorretta.

5. ANALISI DEL COMPORTAMENTO ECONOMICO

Come già osservato, una pratica commerciale è da considerarsi scorretta se risulta falsa ovvero idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore secondo il disposto dell’art. 20, comma 1 c.d.c. La condotta del consumatore viene valutata sotto molteplici profili: l’art. 18 definisce la decisione di natura commerciale come quella *“presa da un consumatore relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o*

⁴⁷ TAR Roma, (Lazio) sez. I, 11 settembre 2018, n. 9269

parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto; tale decisione può portare il consumatore a compiere un'azione o all'astenersi dal compierla".

Vengono dunque in rilievo non solo la scelta concernente la determinazione all'acquisto di un prodotto, ma anche ogni altro aspetto incidente sulle modalità e condizioni dell'acquisto, le forme di pagamento, la possibilità di recesso e l'esercizio di facoltà e diritti correlati alla posizione del contraente. La volontà del consumatore si forma all'esito di un processo esteso su ogni dettaglio relativo alla selezione degli elementi essenziali ed accessori del negozio giuridico concluso. Come verrà illustrato nel corso del secondo capitolo, l'aspetto saliente della progressione decisionale del consumatore fino all'assunzione della determinazione a contrarre è rappresentato dallo stimolo emotivo di cui lo stesso è destinatario. Tale impulso è condizionato da due componenti: le informazioni e le emozioni.

Il legislatore individua, come già esposto al paragrafo 2.1, le informazioni false ovvero omesse che giuridicamente inficiano la formazione della volontà. Dunque non tutte le inesattezze viciano il negozio giuridico: ciò vale solo per quelle che falsano in misura "*rilevante*" l'orientamento economico del consumatore, con l'impiego di pratiche commerciali capaci di manipolarne "*sensibilmente*" la capacità fino a ridurne in modo apprezzabile il potere di assumere una scelta consapevole.

Scopo del presente studio è approfondire il ruolo delle emozioni sulla determinazione all'acquisto, in funzione della disciplina sancita a tutela della corretta formazione della volontà del consumatore. Vengono dunque in rilievo le conoscenze acquisite dalle moderne neuroscienze, applicate al marketing, al fine di approfondire il potere di incidenza delle tecniche di sollecito delle emozioni sul procedimento di formazione della volontà ed esplorarne la coerenza o meno con i limiti stabiliti dal legislatore.

La maggior parte delle scelte individuali trova la genesi a livello inconscio, come sarà più diffusamente trattato nel secondo capitolo (paragrafo 1). Acclarata la piena idoneità delle tecniche di neuromarketing ad analizzare e orientare i processi volitivi, ai fini della corretta applicazione del riferito quadro normativo assume valore decisivo delineare i limiti consentiti all'attività di persuasione attraverso la promozione. Attività, questa, chiamata ad arrestarsi sul punto oltre il quale la mistificazione diviene rilevante, e perciò stesso illecita, e l'alterazione della volontà del consumatore diviene sensibile, dunque risulta violata. La formazione della volontà risulta falsata e meritevole di tutela ove sia stata determinata da significativi processi ingannevoli o aggressivi. Le tecniche idonee ad intervenire sul processo decisionale dell'individuo sono consentite nella misura in cui rispettano la consapevolezza necessaria a preservarne l'autonomia di giudizio. Superato tale perimetro, risulta viziata la formazione della volontà e trovano applicazione gli strumenti di protezione delineati dalla normativa vigente in favore del consumatore.

CAPITOLO II: IL NEUROMARKETING

1. NATURA

Nel campo del marketing, a partire dai primi anni del 2000 la ricerca è stata ampiamente concentrata sulle neuroscienze. L'attenzione è stata focalizzata soprattutto su un settore specifico, denominato "neuromarketing", come si evince dalla notevole produzione di studi in materia⁴⁸.

Con il termine neuromarketing si indica comunemente "*il campo di studi finalizzato all'applicazione di strumenti neuro-scientifici nell'analisi e comprensione del comportamento umano in relazione al mercato ed allo sviluppo del marketing*"⁴⁹. I primi studi in questo campo sono riconducibili a Gerald Zaltman, il quale se ne occupò a partire dagli anni 90', e ad Ale Smidts, che nell'anno 2002 ha descritto l'adozione di tecniche neuro-scientifiche nell'ambito del marketing.

L'importanza di questi studi si è immediatamente palesata: subito dopo la loro diffusione, due società americane, la BrightHouse e la Sales Brain, hanno cominciato a offrire servizi di consulenza alle imprese, incentrati esattamente sul neuromarketing. La BrightHouse assunse l'iniziativa di dedicare un intero dipartimento alla ricerca sul neuromarketing attraverso il functional Magnetic Resonance Imaging (fMRI), ossia risonanza magnetica funzionale, una tecnica utile per osservare le strutture più piccole e profonde del cervello. Pertanto la tutela dei consumatori non può tralasciare la valutazione delle ricerche e conoscenze acquisite nel campo delle neuroscienze. È infatti evidente, come si vedrà nei paragrafi successivi, che il loro utilizzo apre spazio a nuove modalità di marketing, a cui il consumatore medio non è abituato.

Al fine di approfondire l'ambito della libertà di scelta del consumatore⁵⁰, è stata condotta una ricerca diretta ad analizzare gli effetti che l'applicazione delle neuroscienze al marketing può produrre sull'acquirente, anche attraverso lo strumento del branding, ossia una tecnica utilizzata per fornire al consumatore l'immagine di un prodotto o di un'azienda (ad esempio attraverso l'utilizzo dei segni distintivi). Ne è stata tratta la conclusione che l'inconscio è responsabile di circa il 70% delle scelte dei consumatori i quali, nella maggior parte dei casi, non sono in grado di spiegare le ragioni delle decisioni assunte. Di conseguenza, attraverso l'acquisizione di informazioni relative agli individui, il neuromarketing sarebbe in grado di cogliere ed influenzare le preferenze dei consumatori.

Come anticipato, le scelte effettuate dagli individui dipendono solo in parte da una loro piena ed effettiva consapevolezza, mentre l'inconscio concorre a determinarne le preferenze. In particolare, risultano fondamentali le reazioni del nostro cervello agli stimoli. Un ruolo fondamentale viene

⁴⁸ "Neuromarketing: a historical review; in *Neuroscience Research*, October", di C. B. Iloka, 2020

⁴⁹ "What is neuromarketing? A discussion and agenda for future research" di N. Lee, A. J. Broderick, L. Chamberlain, 2007

⁵⁰ "Neuromarketing and customers' free will", di A. Krajnovic, D. Sirik, D. Jasic, 2012, in "Neuromarketing: a historical review", di B. C. Iloka e K. J. Onyke, 2020

giocato dalle emozioni: posto che talune informazioni vengono recepite inconsciamente, ad esse si attribuisce un “*significato ed un valore emotivo*”⁵¹. Tanto già procura una preferenza.

Essa non corrisponde però in modo automatico alla decisione che verrà assunta. Una serie di elementi, che valutiamo invece consciamente, concorre nell’analisi dell’informazione, tra cui i nostri ricordi e le aspettative che siamo in grado di formulare.

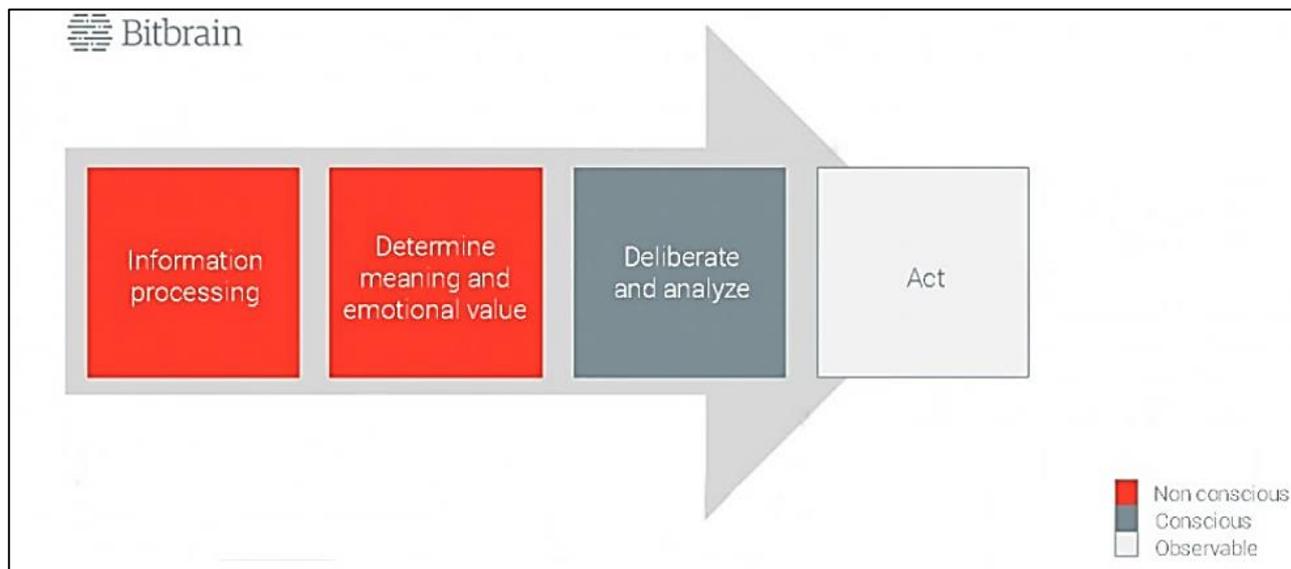


Figura 1: All you need to know about neuromarketing, di Bitbrain, 09.01.2019. Source: <https://www.bitbrain.com/blog/what-is-neuromarketing>

Ciò è stato confermato da diversi esperimenti realizzati dal Max Planck Institute, i quali hanno accertato la prevedibilità, attraverso uno scanner cerebrale con 7 secondi di anticipo, della scelta che verrà compiuta da un individuo⁵². In particolare è stato indicato ad alcuni soggetti di azionare un pulsante, dando la facoltà di utilizzare la mano destra o quella sinistra. Non si poteva escludere che i partecipanti cambiassero la scelta nei 7 secondi rimanenti, ma l’esperimento è comunque indicativo del fatto che una scelta individuale possa essere considerata solo parzialmente “libera”. Se infatti la decisione viene preparata inconsapevolmente prima del pensiero, ciò, pur non escludendo l’esistenza di una libertà di scelta, quanto meno ridimensiona il controllo che abbiamo sulla nostra mente.

Sotto un profilo più tecnico, sono diverse le aree del cervello la cui attivazione è indicativa di uno stimolo positivo ovvero, ai fini del marketing, di una preferenza del consumatore. Le tecniche in uso nel neuromarketing vengono utilizzate appunto per individuare tali centri di azione. A fini esemplificativi, l’attivazione di talune aree, denominate “centri del piacere”, segnala che il consumatore sta provando una sensazione positiva. Vi è di più: ai fini di una decisione concorre la corteccia somatosensoriale, che si aziona qualora la persona sia “coinvolta” mentalmente in un’esperienza attraverso l’immaginazione. Infine vi è la corteccia prefrontale mediale che è il centro

⁵¹ “*Neuromarketing for a better understanding of consumer needs and emotions*”, in “*Independent journal of management and production*”, di E. Gurgu, I.-A. Gurgu, R. B. M. Tonis, 02/2020

⁵² “*Manuale di neuroscienze forensi*”, di A. Bianchi, G. Gulotta, G. Sartori, pagg. 6 ss., in “*Collana di psicologia giuridica e criminale*”, a cura di G. Gulotta, Giuffrè, 2009

associato all'identità personale. Per quel che qui interessa, l'attivazione di quest'area rivela che il consumatore desidera un determinato prodotto⁵³.

Si può a questo punto osservare che il formarsi della conoscenza non dipende dalla semplice assimilazione d'informazioni, ma che *“sin dal suo primo presentarsi lo stimolo sensoriale è [...] assimilato dal cervello, cioè reso compatibile con le esigenze dell'organismo cosciente”*⁵⁴. Le dinamiche cerebrali concernenti aspetti quali la sensazione, la percezione e la valutazione sono determinanti sulle decisioni degli individui. Ci si chiede a questo punto quanto sia rilevante il contributo delle emozioni sul processo decisionale. Se gli stimoli emotivi influenzano le scelte personali, si potrebbe dedurre che questi possono escludere o comunque limitare notevolmente la nostra capacità di giudizio. Secondo il neurologo portoghese Damasio, le emozioni sono parte integrante del processo decisionale, in quanto elemento fondamentale delle nostre preferenze⁵⁵. Cosicché, lungi dal limitare la libertà di scelta dell'individuo, queste contribuiscono a consentirgli di adottare una scelta conforme al suo interesse. Nell'ambito consumeristico si può ad esempio rilevare come le emozioni, che un determinato prodotto provoca in un consumatore, sono senz'altro utili al fine di effettuare una scelta ponderata. Peraltro anche le semplici aspettative che il soggetto ricollega al possesso di un bene, e a cui viene associato uno stimolo emotivo, rappresenteranno, almeno in parte, un fattore di base della sua scelta in ordine alla conclusione dell'acquisto.

2. FUNZIONE

Le imprese non sono ovviamente indifferenti agli studi sulle metodologie di stimolo emotivo nel consumatore. Si può facilmente riscontrare un comportamento differente nel soggetto destinatario di una pubblicità a seconda di come il prodotto viene presentato. Come illustrato fino ad ora, infatti, è senz'altro possibile adoperare strumenti di varia natura incentrati sugli studi cerebrali, per cogliere gli interessi di un consumatore e, conseguentemente, indirizzarlo verso una determinata scelta.

Il neuromarketing si incentra proprio sulla comprensione degli stimoli emotivi che possono essere trasmessi a un individuo a partire da un prodotto. A tal fine si impegna essenzialmente l'emozione, l'attenzione e la memoria. Si cerca dapprima di catturare l'attenzione del consumatore sulla pubblicità, per poi trasmettergli uno stimolo positivo. L'obiettivo fondamentale è quello di garantire che il brand rimanga impresso nei ricordi del soggetto.

Al fine di comprendere gli interessi del consumatore, si lavora quindi sulle connessioni tra gli stimoli indotti dalla pubblicità, le aree cerebrali coinvolte e le conseguenze fisiologiche provocate sul sistema nervoso. In questo modo tali aree possono essere associate ai processi cognitivi, fisiologici ed emotivi che si sono venuti a sviluppare⁵⁶.

⁵³ *“Neuromarketing for a better understanding of consumer needs and emotions”*, di E. Gurgu, I.-A. Gurgu, R. B. M. Tonis, 2014

⁵⁴ *“Il diritto nelle neuroscienze, non “siamo” i nostri cervelli”*, a cura di L. Palazzani ed R. Zanotti, Giappichelli, 2013

⁵⁵ *“Il diritto nelle neuroscienze, non “siamo” i nostri cervelli”*, citato

⁵⁶ *“Neuroethics of neuromarketing. Journal of Consumer Behaviour”*, di E.R. Murphy, J. Illes, & P. B. Reiner, 2008,7(4-5), 293-302. <http://dx.doi.org/10.1002/cb.252>; *“Editorial: A manifesto for neuromarketing science. Journal of Consumer Behaviour”*, di C. Senior, & N. Lee, 2008, 7(4-5), 263-271; *“A Review of Studies on*

Tra i principali strumenti adottati nel neuromarketing si possono citare l'fMRI, cui già si è accennato nel paragrafo 1, l'elettroencefalogramma (EEG), utile soprattutto per le pubblicità televisive, ed infine l'eye tracking. Al di là degli aspetti tecnici, va evidenziata in particolare l'importanza di quest'ultimo strumento, con il quale è possibile misurare l'attenzione del consumatore attraverso l'osservazione del dilatamento delle pupille. Come intuibile da quanto detto sopra, tali tecniche sono accomunate dalla identificazione delle aree cerebrali attivate durante uno stimolo derivante da una pubblicità, così da comprendere i processi cognitivi coinvolti in quelle aree.

È stato ad esempio osservato che dalla mancata attivazione di aree cerebrali, si può arguire una totale inefficacia dello stimolo emotivo⁵⁷. Si aggiunge che la ricerca sugli elementi che rendono inefficace un messaggio pubblicitario, viene sfruttata dalle imprese per modulare i propri annunci in modo che il prodotto venga ricordato dal consumatore.

Un esempio di spicco, in tal senso, è rappresentato dallo sfruttamento di brand particolarmente noti. È stata dimostrata l'ampia incisività dei bias dei consumatori nelle preferenze espresse verso i prodotti circolanti sul mercato⁵⁸. Uno studio in particolare ha analizzato un confronto tra due bevande conosciute dalla generalità dei consumatori: Coca-Cola e Pepsi. La scelta di tali prodotti si è basata non solo sulla loro familiarità ai partecipanti all'esperimento, ma anche sulla analogia della loro composizione chimica. Inoltre lo studio è stato condotto nella consapevolezza che i consumatori tendono a presentare una netta preferenza per l'uno o per l'altro prodotto in conseguenza delle pregresse attività di diffusione dei relativi brand, che hanno provocato un impatto culturale difficilmente riscontrabile in altri beni.

L'esperimento è stato realizzato suddividendo i partecipanti (in totale 67) in quattro gruppi con il compito di testare le due bibite. I primi due hanno provato le bevande senza essere a conoscenza del relativo brand, cosicché non sapevano se si trattasse di Coca-Cola o Pepsi. Gli altri due invece erano soggetti ad un esperimento in forma "mista": ad essi infatti venivano presentate le stesse due bevande, alcune però con l'indicazione del relativo brand ed altre senza.

Si è così notato che quando i partecipanti non erano a conoscenza del brand, ne risultava una preferenza equamente distribuita tra i due prodotti. Negli altri casi, invece, in cui veniva annunciato il prodotto, si attestava una drastica preferenza per la Coca-Cola a danno della Pepsi. Si è così potuto riscontrare che il condizionamento culturale provocato dalla prima sugli individui presenta un'efficacia ampiamente superiore alla seconda.

Tale conclusione non è stata raggiunta semplicemente sulla base delle valutazioni espresse dai soggetti coinvolti nello studio. Attraverso la tecnica dell'fMRI, che prevede l'utilizzo di uno scanner, è stato infatti possibile individuare l'attivazione di aree cerebrali quali l'ippocampo, un'area "*implicata nelle attitudini comportamentali basate su emozioni ed affettività*". Come intuibile, la maggior intensità nelle attivazioni delle aree cerebrali interessate si è riscontrata quando ai partecipanti veniva offerta la Coca-Cola, mentre quando le bevande venivano presentate in forma "anonima" o con l'indicazione della Pepsi tali aree risultavano meno intense.

Neuromarketing: Practical Results, Techniques, Contributions and Limitations", di Janaina M. E. Giraldi, Jorge Henrique Caldeira Oliveira, 2014

⁵⁷ Janaina M. E. Giraldi, Jorge Henrique Caldeira Oliveira, citato; "*Neuromarketing: A layman's look at neuroscience and its potential application to marketing practice.*", di D. L. Fugate, in "*Journal of Consumer Marketing*", 2007, 24(7), 385-394. <http://dx.doi.org/10.1108/07363760710834807>

⁵⁸ "*Neural Correlates of Behavioral Preference for Culturally Familiar Drinks*", di P. R. Montague, S. M. McClure, J. Li, D. Tomlin, K. S. Cypert, L. M. Montague, in "*Neuron*", Vol. 44, pagg. 379-387, 2004

Lo studio ha verificato che le influenze culturali mostrano un forte ascendente sulle preferenze soggettive. Ciò è evidente nel caso di prodotti quali la Coca-Cola e la Pepsi, caratterizzati da brand la cui particolare notorietà è fattore notevolmente condizionante delle propensioni espresse dai consumatori.

Dunque il neuromarketing permette di stabilire con un alto tasso di affidabilità non solo quali beni siano preferiti dai consumatori, ma anche cosa ne determini le predilezioni. L'analisi delle attività del cervello consente di conoscere le reazioni cerebrali alla consumazione di un bene. Inoltre, apprese le specifiche funzioni delle aree coinvolte, si può agevolmente desumere cosa provoca la loro attivazione. Nel caso precedentemente esposto, ad esempio, il legame emotivo dei consumatori rispetto al prodotto della Coca-Cola è stato riscontrato osservando l'attività dell'ippocampo. Si è verificato che l'attività di marketing diretta a radicare l'immagine e il ricordo del prodotto in questione nella mente dei consumatori ha provocato negli stessi un bias capace di indirizzarne significativamente le preferenze.

3. PERCEZIONE DI UN PRODOTTO

Come visto finora, le neuroscienze permettono di affiancare al marketing "tradizionale", incentrato sull'analisi dei comportamenti individuali, le conoscenze utili a comprendere le emozioni e l'inconscio del consumatore. La tesi è stata confermata da uno studio condotto in Germania, che ha analizzato come la diversa presentazione di un prodotto viene percepita dai consumatori⁵⁹. In particolare, l'analisi è stata incentrata sul ruolo giocato dall'indicazione di un brand all'interno di una pubblicità. I ricercatori sostengono che l'influenza del brand deriva dall'integrazione delle emozioni e dei ricordi associati all'immagine ed alla reputazione dello stesso.

Nello svolgimento dello studio è stato fatto uso della risonanza magnetica funzionale, o fMRI, che permette di visualizzare le variazioni di ossigeno correlate all'attività neuronale del cervello o del midollo spinale.

L'esperimento ha coinvolto 51 soggetti scelti casualmente, di cui 23 donne e 28 uomini. Il loro compito era quello di esprimere un giudizio su alcuni prodotti imballati assegnando il voto compreso in una scala da 1 (sgradevole) e 10 (molto attraente). Durante l'osservazione veniva utilizzato un macchinario per l'fMRI per rilevare a livello celebrale l'effetto prodotto da ciascun imballaggio sul partecipante. La peculiarità dello studio in questione è che in un primo momento i prodotti imballati venivano presentati senza l'indicazione del relativo brand, mentre nella seconda parte dell'esperimento veniva indicato il brand di famosi supermercati tedeschi. In questo modo si è dunque inteso osservare quanto l'utilizzo di un brand, potenzialmente in una vera pubblicità, influenzi le preferenze dei consumatori. Posto che i soggetti coinvolti nell'esperimento hanno mostrato una tendenziale preferenza per i prodotti associati al relativo brand, tale fenomeno si può spiegare in virtù dell'attivazione di alcune aree cerebrali. In particolare, quelle su cui si sono osservati maggiori stimoli sono state la corteccia frontale inferiore destra e la corteccia prefrontale mediale. La prima è associata ai ricordi istantanei, dunque relativi a specifici episodi. I ricercatori che hanno condotto l'indagine hanno desunto che i ricordi associati ad una specifica informazione (in questo caso l'indicazione di

⁵⁹ "Consumer neuroscience - the effect of retail brands on the perception of product packaging", di M. Hubert, P. H. Kenning, in "Marketing Review St Gallen", 2011

un brand) possono influenzare la preferenza e, di conseguenza, la scelta di un consumatore. I ricordi in questione sarebbero strutturati attraverso le esperienze e le emozioni di un individuo.

Nella corteccia prefrontale mediale, inoltre, le attivazioni più rilevanti sono state individuate più precisamente nella regione ventromediale. Questa gioca un ruolo fondamentale nel processo decisionale dell'individuo, in virtù della connessione con aree associate alle emozioni (come l'amigdala), ai ricordi (ad esempio l'ippocampo) e alle informazioni sensoriali (è il caso delle cortecce associative)⁶⁰.

Dunque lo studio ha comparato le preferenze individuali espresse nei confronti dei prodotti associati al relativo brand e di quelli presentati in incognito, svelando che i giudizi soggettivi sono fondati su bias che, quand'anche differenti in ciascuna persona, sono tutti rilevabili attraverso attivazioni di diverse aree cerebrali. Queste saranno più o meno intense a seconda della suscettibilità di un soggetto rispetto al prodotto che gli viene presentato, con e senza il relativo brand.

Può essere interessante ricordare uno studio risalente al 1964, rivolto alla comprensione della effettiva capacità dei consumatori di riconoscere il brand della birra che bevevano abitualmente⁶¹. In particolare, vennero scelti 326 soggetti, casualmente, a cui erano state date 6 birre diverse appartenenti a famosi brand, che però non venivano svelati nel corso dell'esperimento. Ciò che lo studio mirava a scoprire era se i consumatori fossero concretamente capaci di riscontrare differenze tra i vari brand in questione. Ebbene, si osservò come la maggior parte di loro non fosse in grado di analizzarne le rispettive peculiarità. Anzi, persino le loro preferenze si discostavano da quella che affermavano essere la loro birra preferita. Ciò fu evidenziato in uno step successivo dell'esperimento in cui i brand relativi alle diverse birre vennero mostrati ai partecipanti. In questo caso, infatti, la gran parte di loro esprimeva giudizi ampiamente favorevoli verso la loro birra di riferimento. Ne è stata tratta la conclusione che le preferenze dei consumatori sono dipendenti più dalla loro familiarità con i brand delle birre coinvolte nell'esperimento, che dagli effettivi gusti personali.

Agevole è la constatazione dell'importanza dell'attività di marketing, sempre ampiamente svolta e oggi suscettibile di essere gestita con il ricorso ad ulteriori strumenti, quelli delle neuroscienze, idonei ad incrementarne l'efficacia.

3.1. AMBUSH MARKETING

Si può a questo punto affermare che l'incisività di un brand dipende solo parzialmente dall'effettiva qualità del prodotto, mentre un ruolo fondamentale è svolto dal significato emotivo che il consumatore vi associa. Questo dipende da molteplici fattori, che vanno dalle esperienze soggettive al contesto in cui viene presentato il prodotto. Nei casi sopra esposti due elementi, rispettivamente l'importanza riconosciuta dai partecipanti ai brand dei supermercati coinvolti nell'esperimento e il ricordo positivo di determinate tipologie di birra, li inducevano inconsciamente ad esprimere una preferenza per i prodotti considerati familiari.

Il principio di riconoscibilità del brand viene applicato frequentemente dalle imprese al fine di incrementare le vendite tra i clienti. Si è prima citato il contesto in cui un prodotto viene pubblicizzato

⁶⁰ "The somatic marker hypothesis: a neural theory of economic decision making", di A. Bechara, A. R. Damasio, in "Games and Economic Behavior", 2005, 25, pp. 336-372; M. Hubert, P. H. Kenning, citato

⁶¹ "Influence of Beer Brand Identification on Taste Perception", di R. I. Allison, K. P. Uhl, Vol. 1, pp. 36-39, in "Journal of Marketing" Research, 08/1964

e rispetto a tale ambito viene in rilievo il cosiddetto “ambush marketing”, ossia una tecnica di marketing piuttosto controversa, basata sull’associazione di un prodotto ad un determinato evento.

Assume rilievo in merito uno studio risalente al 2014 che ha dimostrato l’elevata l’efficacia di questo metodo in relazione alle pubblicizzazioni effettuate dalle diverse società ponendo in correlazione i propri prodotti con alcuni eventi calcistici⁶². L’ambush marketing viene definito in tale studio come il “*metodo adottato dalle imprese prive di diritti pubblicitari rispetto a un determinato evento al fine svolgere attività di marketing che vi siano comunque collegate*”. Lo scopo è, evidentemente, quello di intercettare l’interesse del consumatore senza però sopportare i costi relativi all’attività di sponsorizzazione. In tal modo viene raggiunto il risultato tipico di un’attività di marketing, ma con oneri minimi. Tale attività risulta ampiamente contestata, come verrà mostrato nel paragrafo successivo. Si può sin d’ora rilevare, tuttavia, che un’attività di marketing basata sull’associazione di un prodotto a un dato evento senza le necessarie autorizzazioni pone problematiche di tipo giuridico sotto due profili. In primis, coloro che operano sul mercato e che dispongono effettivamente dei necessari diritti di pubblicizzazione possono risulterne danneggiati, dato che il loro potenziale vantaggio - basato sul rapporto contrattuale con gli organizzatori dell’evento - rischia di essere vanificato dalle attività di marketing svolte dai concorrenti.

Al riguardo anche in giurisprudenza è stato rilevato: “*È evidente che se vi sono imprese che riescono con un’azione di “ambush marketing” ad ottenere gli stessi risultati in termini di immagine, sfruttando indebitamente tali marchi e sottraendosi al pagamento dei c.d. diritti olimpici, i licenziatari e gli sponsor sono indotti a ritenere il loro investimento non più economicamente conveniente, facendo venire meno, o comunque ridimensionando notevolmente, le loro offerte*”⁶³.

Al contempo, anche i consumatori vengono tratti in inganno in merito alla sussistenza di un rapporto, ad es. di sponsorizzazione con il dato evento, ma in realtà inesistente. Pertanto la pratica commerciale è da ritenersi ingannevole, ex art. 21 c.d.c., lett. c), come illustrato nel successivo paragrafo.

Tornando ora allo studio su menzionato, lo scopo perseguito era valutare quanto fossero effettivamente efficaci le campagne di marketing legate a tre eventi sportivi di particolare notorietà: la “Coppa del Mondo Fifa 2006”, quella del 2010 ed infine il “Campionato Europeo di Calcio 2012”. La scelta è stata orientata da due ragioni. Da un lato, l’enorme quantità di accordi di sponsorizzazione vigenti tra gli organizzatori di tali eventi e le grandi società. Dall’altro, la possibilità di sfruttare agevolmente il criterio scelto per valutare l’efficacia delle campagne di marketing, ossia i dati relativi alle ricerche effettuate su Google tra il 2004 ed il 2012. Si è così inteso considerare l’intera attività di ricerca online, non solo durante lo svolgimento dei suddetti eventi, ma anche in prossimità degli stessi, data la presenza di attività di pubblicizzazione in vari periodi. Cosicché, all’aumentare delle ricerche svolte dagli utenti su un determinato prodotto, si ricollegava una maggiore efficacia delle attività di marketing connesse agli eventi calcistici.

Si è detto che lo studio ha inteso misurare la concreta utilità non tanto delle attività di marketing in genere, ma di quelle riconducibili all’ambush marketing. Le società su cui si è concentrato l’esperimento, infatti, comprendevano 14 compagnie prive di diritti pubblicitari rispetto ai tornei sopra menzionati e 26 compagnie vincolate, regolarmente, da contratti di sponsorizzazione.

⁶² “*Analyzing the Effectiveness of Ambush Marketing With Google Search Data*”, di B. Herzog, 2014

⁶³ Trib. Venezia Sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 16 dicembre 2005

Si è così osservato che il numero di ricerche online sui vari brand coinvolti nello studio e che svolgevano attività di marketing per così dire “abusivo”, non solo aumentava drasticamente grazie a tale metodo, ma era addirittura approssimabile a quello concernente gli sponsor ufficiali.

Un caso di particolare rilevanza ha riguardato la società italiana Ferrero S.p.a., la quale ha praticato periodicamente in Germania, in concomitanza con gli eventi sportivi prima elencati, operazioni di commercializzazione del marchio di biscotti “Hanuta”, a cui sono state associate le immagini di giocatori particolarmente famosi. Ciò avveniva con palesi riferimenti ai tornei di calcio mondiali ed europei, ma senza accordi di sponsorship con i relativi organizzatori. Ebbene, si registravano generalmente attività di ricerca sul motore di ricerca Google che tendevano a raddoppiare parallelamente a tali operazioni di marketing.

Va a questo punto precisato che l’ambush marketing non è necessariamente volto a simulare un rapporto di sponsorizzazione o altri collegamenti con un determinato evento. Si distingue al riguardo, anche nella ricerca appena esposta, tra ambush marketing “diretto” ed “indiretto”, laddove il primo mira esattamente a realizzare una campagna pubblicitaria che richiederebbe un’esplicita autorizzazione, mentre il secondo sfrutta la presenza dell’evento come semplice pretesto per adeguare le proprie attività di promozione.

Sotto il profilo della tutela dei consumatori, a parere di chi scrive, la prima ma non anche la seconda pratica, risulta ingannevole e quindi scorretta. Partendo infatti dall’assunto che una pratica commerciale risulta incompatibile con la disciplina consumeristica ove il comportamento economico del consumatore medio possa esserne anche potenzialmente falsato, ne discende che ai fini della scorrettezza della pratica devono sussistere elementi tali da determinarne l’induzione in errore. Se il consumatore è portato a ritenere, ragionevolmente ancorché erroneamente, che un determinato brand sia contrattualmente collegato ad un evento, si potrà certamente ravvisare un’indebita influenza sulla sua decisione economica.

In sostanza, anche “*la falsa presentazione di un prodotto come sponsorizzato può tradursi in inganno per il consumatore*”⁶⁴. In mancanza di infedele ostentazione, come nel caso dell’ambush marketing “indiretto”, non emergono ragioni indicative di un raggirio sugli elementi fondamentali del rapporto di commercializzazione, a danno del consumatore “*ragionevolmente attento ed avveduto*”⁶⁵.

Pertanto i meri riferimenti a un evento di pubblica notorietà all’interno di una pratica commerciale non costituiscono di per sé un illecito; come si vedrà al paragrafo successivo, a conclusioni diverse si perviene ove gli stessi siano tali da produrre un danno ingiusto ai concorrenti o risultino idonei a confondere il consumatore medio in merito a talune circostanze, con l’effetto di persuaderlo (anche solo potenzialmente) “*ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso*”, ex artt. 20 ss. c.d.c.

3.2. UN CASO GIURIDICO, TRA CONSUMATORE E CONCORRENZA SLEALE

A questo punto è opportuno trattare l’orientamento espresso in materia di ambush marketing dalla giurisprudenza italiana, che ne ha rilevato la illiceità e l’effetto pregiudizievole nei confronti dei consumatori, oltre che dei concorrenti.

⁶⁴ Giurì Codice di Autodisciplina pubblicitaria, 08.07.2014 n. 52

⁶⁵ Considerando n. 18, Direttiva 2005/29/CE

L'ambush marketing è stato infatti definito come la pratica sleale con cui un professionista *“associa abusivamente l'immagine ed il marchio di un'impresa ad un evento di particolare risonanza mediatica, senza essere legato da rapporti di sponsorizzazione, licenza o simili con l'organizzazione della manifestazione”*⁶⁶. L'autore di tale condotta, dunque, evita di sopportare gli oneri relativi a tale evento, ma ne trae comunque beneficio inducendo i consumatori a ritenerne una connessione con il proprio prodotto.

Il Tribunale di Milano si è recentemente espresso in merito a pratiche di tal genere e ne ha ravvisato il carattere ingannevole nei confronti del consumatore medio, tanto da configurare la concorrenza sleale. La controversia riguardava Armosia Italia S.r.l. (d'ora in poi, Armosia), Disney Italia e Wind S.p.a. (d'ora in poi, Wind) ed era scaturita dalle accuse rivolte da Armosia e TIM nei confronti di Wind, destinataria di un provvedimento inibitorio rispetto alla prosecuzione di condotte concorrenziali contrarie alla correttezza professionale, *“consistenti nell'impiegare in campagne pubblicitarie e/o promozionali di propri prodotti e/o servizi i personaggi della Saga di “STAR WARS” [...] con modalità tali da manifestare al pubblico un rapporto di sponsorizzazione o di legame diretto con Disney”*⁶⁷.

A sostegno della pretesa avanzata nei confronti di Wind, era stato dedotto che questa avesse associato indebitamente il proprio brand a quello di “STAR WARS” in occasione dell'uscita nelle sale cinematografiche - nel Dicembre 2017 - di un film della nota saga Disney. Vigeva infatti un rapporto contrattuale tra Armosia e TIM, essendo la prima una società di promozione che prestava servizi di comunicazione per conto della seconda, in forza del quale era stata svolta una campagna promozionale di TIM attraverso l'utilizzo di personaggi della saga di “STAR WARS”, previo accordo commerciale con Disney Italia.

Contestualmente, Wind aveva lanciato un'offerta commerciale che prevedeva la cessione a prezzo scontato del giocattolo BB-8, raffigurante un personaggio appartenente proprio alla saga di “STAR WARS”. Ciò avveniva senza l'autorizzazione di Disney e l'operazione commerciale dava ampio spazio al giocattolo BB-8, con la conseguenza, rimarcata nella sentenza del Tribunale di Milano, di creare una *“sovrapposizione con la campagna organizzata da Armosia per TIM”*.

Sebbene la controversia fosse incentrata sui rapporti tra imprese, tuttavia le considerazioni del Tribunale appaiono rilevanti anche ai fini della configurabilità di una pratica commerciale scorretta ai sensi dell'art. 21, c.d.c. avuto riguardo alla percezione del consumatore, come meglio illustrato al termine del presente paragrafo.

Con la pronuncia in commento è stata dichiarata la concorrenza sleale ex art. 2598 cc. comma 1, sul rilievo che il robot associato all'offerta commerciale faceva univoco riferimento a *“marchi e segni dell'evento in associazione indiretta con il proprio marchio, anche senza richiamare espressamente la manifestazione”*. Nel caso di specie Wind aveva sfruttato un simbolo tipico della saga di “STAR WARS”, pur senza citarla esplicitamente. Infatti, seppur mancava nelle immagini promozionali il marchio “Disney”, era comunque evidente *“la sollecitazione nella memoria del pubblico di un chiaro collegamento tra l'operatore telefonico e il noto personaggio di Star Wars, con modalità che travalicano quelle strettamente necessarie per identificare il prodotto”*. La decisione è coerente con la costante giurisprudenza che ravvisa la illiceità della condotta nelle comunicazioni che contengono

⁶⁶ Trib. Milano sez. XIV, 23 aprile 2020 n. 2547

⁶⁷ Provv. caut., Trib. Milano, 15 dicembre 2017, nel proc. caut. R.G. 57720/2017

un riferimento a prodotti altrui, e sono altresì idonee ad influenzare sensibilmente, in senso erroneo, i consumatori.

Il Tribunale ha puntualizzato che una modalità tipica per realizzare tale condotta può essere una promozione o un'operazione a premio legata all'evento. Tanto è avvenuto nel caso in esame, avendo Wind sollecitato i consumatori a prestare adesione alle proprie offerte con l'invito all'acquisto del giocattolo BB-8, sotto forma di operazione a premio, ad un prezzo inferiore a quello ordinario. A sostegno della decisione in commento è stato altresì puntualizzato l'avvio "*a sorpresa di iniziative di marketing durante la manifestazione (o in prossimità della stessa)*": infatti l'iniziativa di Wind è stata contestuale alla proiezione del film nelle sale cinematografiche. Elementi, questi, che integrano appieno la fattispecie di "ambush marketing" nonché di pratica commerciale ingannevole, "*inducendo in errore il consumatore medio sull'esistenza di rapporti di sponsorizzazione ovvero di affiliazione o comunque di collegamenti con i titolari di diritti di proprietà intellettuale, invece insussistenti*". L'art. 21 c.d.c. primo comma, lett.c), puntualizza l'ipotesi di scorrettezza della pratica commerciale idonea a indurre in errore il consumatore medio in merito a "*qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto*".

Da una lettura congiunta degli studi esposti nel paragrafo che precede, concernenti l'efficacia del brand sui consumatori, e della controversia appena richiamata relativa alle condotte di "ambush marketing", pare evidente la potenziale incisività, e illiceità, di una forma di commercializzazione basata sulla falsata percezione di un brand da parte del pubblico.

4. ASSUNZIONE DI UNA DECISIONE ECONOMICA PER EFFETTO DEL NEUROMARKETING

È noto che i meccanismi neuronali contribuiscono all'assunzione di una decisione attraverso vari elementi che non riguardano solo le caratteristiche proprie di un prodotto, ma l'intero contesto in cui si inserisce la scelta del consumatore. In particolare, viene in rilievo il concetto di "experienced pleasantness" (EP), ossia il senso di piacere che un individuo ricollega a una data esperienza. Ogni volta che si consuma un prodotto gradevole, si prova un senso di soddisfazione che la mente recepisce e che inciderà evidentemente sulle decisioni future. È stato dimostrato che l'EP può essere influenzato manipolando le aspettative sulla qualità di un prodotto da parte del consumatore⁶⁸. Partendo da questo presupposto, le aziende svolgono campagne di marketing volte a indirizzare l'EP, trattandosi di un segnale utilizzato dal cervello per stabilire le prossime decisioni.

La rivista statunitense PNAS ha pubblicato uno studio volto a dimostrare come il marketing possa, attraverso strumenti quali la variazione del prezzo dei beni, manipolare non solo la percezione di un prodotto, ma addirittura il giudizio dei consumatori. Ciò avviene attraverso le risposte neuronali alla consumazione di un bene. Mentre lo studio in precedenza esposto si limitava a indirizzare la preferenza di un consumatore in base alla presentazione di un brand, qui si giunge ad affermare che

⁶⁸ "*Marketing actions can modulate neural representations of experienced pleasantness*", di H. Plassmann, J. O'Doherty, B. Shiv, A. Rangel, in "*Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*", 22/01/08

si possa alterare persino l'autonomia di giudizio di un individuo nel valutare la qualità di un prodotto dopo averlo testato.

In particolare, lo studio aveva ad oggetto un esperimento nel corso del quale i partecipanti dovevano testare tre vini diversi. L'esperimento è stato realizzato utilizzando l'fMRI, così da individuare le attivazioni delle aree cerebrali. L'indagine è caratterizzata dal fatto che la somministrazione di due vini veniva ripetuta due volte, all'insaputa dei partecipanti. Nel secondo caso, però, il prezzo veniva abbassato. I partecipanti dovevano esprimere una valutazione sui due assaggi. Posto che le aspettative correlate al vino con il prezzo più alto erano maggiori, si è potuto osservare che ad esso era anche connessa una maggiore intensità nell'attivazione della corteccia orbitofrontale. Si tratta di un'area del cervello coinvolta nell'elaborazione cognitiva del processo decisionale, in quanto correlata al suddetto EP. Difatti si ritiene comunemente che tale area rappresenti il senso di piacere che un individuo ricollega a una data esperienza⁶⁹.

Se ne desume che l'experienced pleasantness viene formato a livello cerebrale attraverso un processo complesso che integra, da un lato, le proprietà specifiche del bene e, dall'altro, l'aspettativa che riponiamo sulla sua qualità. Quest'attività nasce dall'esigenza del cervello di esprimere giudizi verso le esperienze passate al fine di compiere le scelte future. Evidentemente i soggetti coinvolti nell'esperimento illustrato tendevano ad associare a beni più costosi una qualità più elevata. Di talché, quando provavano un vino presentato come più oneroso, vi collegavano aspettative tali da ritenere che la sua qualità fosse più pregiata, persino dopo averlo testato.

Naturale conclusione è che la qualità attribuita a un determinato prodotto, sulla base della sua esperienza, rappresenta un'informazione rilevante per le future scelte di consumo. Essendo l'opzione influenzata da vari fattori, di cui alcuni (come il prezzo) prescindono dal prodotto stesso, si impone un'ulteriore riflessione concernente la variabilità della scelta compiuta in funzione del benessere soggettivo. In ambito consumeristico questo va inteso come il grado di soddisfazione che un prodotto assicura. Avendo compreso che il marketing può manipolare il grado di benessere, inducendo un soggetto ad apprezzare un prodotto in virtù delle aspettative che vi ricollega e non solo delle sue caratteristiche intrinseche, si desume che il consumatore non è pienamente autonomo nel giudicare un prodotto.

Nell'esempio del vino, se il tasso di soddisfazione dipendesse interamente dalla capacità individuale di valutarne i vari aspetti, dal profumo al retrogusto, il consumatore potrebbe considerarsi indipendente nella valutazione. Diversamente, invece, il suo giudizio dipende almeno in parte dalle strategie di marketing adottate e dalla loro efficacia. Ebbene, non si può certo pensare che strategie fondate sul prezzo, sulla presentazione della bottiglia di vino o su altri aspetti capaci di influenzare le aspettative del consumatore siano aprioristicamente ingannevoli o aggressive e quindi illecite. Un intervento legislativo diretto a vietare qualunque tecnica di marketing sarebbe insensato oltre che inutile.

Anzitutto, è naturale che in un contesto di mercato le aziende concorrano tra di loro per attirare i consumatori. Ciò avviene attraverso il convincimento ad acquistare il loro prodotto e proprio in ciò

⁶⁹ *"The human orbitofrontal cortex: Linking reward to hedonic experience"*, di M. L. Kringelbach, in *"Nature"*, 2005; *"Brain responses to success and failure: direct recordings from human cerebral cortex"*, di J. Jung, pag. 13, in *"A prefrontal – temporal network underlying state changes between Stimulus-Driven and Stimulus-Independent Cognition"*, di A. Lutz, O. Bertrand, R. Gervais, 2010; *"Oxytocin increases the pleasantness of affective touch and orbitofrontal cortex activity independent of valence"*, di B. Becker, H. Cui, S. Yao, Y. Chen, in *"European Neuropsychopharmacology"*, 2020

consiste il marketing. Al contempo, non è comunque possibile eliminare qualunque tecnica attrattiva dei consumatori, data l'enorme varietà di elementi in grado d'influenzarne le preferenze e dunque le decisioni economiche.

L'attenzione del consumatore deve quindi essere incentrata, da un lato, sulla conoscenza delle strategie di marketing adottate dalle imprese e, dall'altro, sullo specifico prodotto oggetto di commercializzazione. Con l'aumento delle conoscenze da parte del consumatore, si riduce inevitabilmente la capacità di manipolarne le preferenze e, come già detto, le decisioni.

Il possesso da parte del professionista di informazioni aggiuntive rispetto al consumatore ne determina infatti un vantaggio rilevante che giustifica la disciplina prevista dal Codice del Consumo. I mezzi di cui le imprese possono oggi disporre per acquisire informazioni rilevanti in merito ai consumatori, d'altro canto, vanno costantemente ad ampliarsi e ci si interroga in merito alla disponibilità di sufficienti mezzi di tutela in mano ai secondi.

Un esempio, in tale contesto, può essere rappresentato dalla profilazione dei dati personali, ossia, come recita l'art. 4 del GDPR, *“qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica”*⁷⁰.

Si tratta di una pratica adoperata online al fine di raggruppare gli utenti attraverso caratteristiche tali da creare dei gruppi omogenei. L'utilità di tale operazione risulta palese per gli operatori economici, i quali dispongono in tal modo di strumenti che consentono di personalizzare le pubblicità e intercettare agevolmente gli interessi dei consumatori. Il suddetto regolamento sulla tutela dei dati personali sancisce una disciplina volta a realizzare le basi affinché un soggetto possa essere consapevole, da un lato, del trattamento dei dati in questione e, dall'altro lato, del relativo scopo (come appunto può essere la profilazione)⁷¹.

Va però osservato che il GDPR tutela i soggetti *“interessati”* (ossia coinvolti nel trattamento dei dati), mentre la disciplina nel suo complesso non è diretta specificatamente ai consumatori. Ciò nonostante, è chiaramente nel loro interesse che le imprese evitino gli abusi nei processi automatizzati di acquisizione dei dati personali. Tanto risulta palese, ad esempio, nell'ambito dei prezzi personalizzati.

In particolare, *“si dice personalizzato il prezzo che uguaglia la massima cifra che un possibile acquirente di un determinato bene — acquirente che, come è noto, il paradigma neoclassico pensa quale agente razionale ed informato — è disposto a, ed è capace di, pagare per ottenerlo”*⁷². Si tratta dunque di modulare i prezzi al fine di bilanciare le preferenze dei consumatori e le loro capacità di spesa.

Atteso che scopo del marketing è *“individuare e soddisfare i bisogni umani e sociali”*⁷³, vi rientrano tutte le attività volte a conoscere le forme di persuasione di un consumatore ad acquistare un prodotto.

⁷⁰ Art. 4, reg. n. 2016/679

⁷¹ *“I cookies di profilazione e la protezione dei dati personali degli utenti”*, di N. Monte, in *“Diritto e Giustizia”*, 3/08/19

⁷² *“Big data e prezzi personalizzati”*, di M. Maggiolino, in *“Concorrenza e mercato”*, fasc. 1, 1/01/2016, pagg. 95 ss., 2016

⁷³ *“Philip Kloter, My Adventures in Marketing”*, di Philip Kloter, Idea Bite Press, 2017

Se ne deduce che sono ricomprese anche le attività che indirizzano un messaggio pubblicitario a un individuo sulla base non solo dei suoi gusti, ma anche delle sue disponibilità economiche. Tecniche di questo tipo, a dire il vero, sono sempre esistite. Si parla in proposito di “group pricing” per intendere l’attività di quelle imprese che, sulla base di criteri quali l’occupazione o l’età dell’acquirente, tentano di desumerne le condizioni economiche⁷⁴.

Oggi più che mai le imprese possono riuscire in tale scopo, come visto sopra, attraverso l’utilizzo dei Big Data, ossia i dati informativi raccolti per vie telematiche e concernenti grandi masse di utenza. L’acquisizione di dati personali consente dunque di personalizzare i prezzi rispetto a specifiche categorie di consumatori. Si è già osservato nello studio esposto all’inizio del presente paragrafo l’impatto che la percezione di un prezzo può avere sui consumatori. Posto che manca oggi un divieto di personalizzazione dei prezzi, è lecito chiedersi quanto tale metodo influenzi il comportamento economico soggettivo.

Si ricorda al riguardo che una pratica commerciale risulta scorretta ove la stessa falsi o sia idonea a falsare *“in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio”*. È questo il caso della presentazione di prezzi fraudolenti, come rimarcato dal Tribunale di Milano⁷⁵, che ha dichiarato l’illiceità di una *“Campagna promozionale consistente nell’apposizione, da parte del produttore, sulle confezioni dei prodotti di un bollino indicante un prezzo di vendita scontato”*. In tal modo dunque il produttore tentava di indurre in errore i consumatori falsando la percezione che avevano del prezzo reale. Infatti ne veniva presentato uno diverso da quello che sarebbe stato offerto dai rivenditori. Si tratta di una condotta idonea a ingannare il consumatore medio in merito al prezzo del prodotto, ovvero di pratica esplicitamente vietata dall’art. 21, lett.d) c.d.c.

Va poi osservato che il comma appena citato fa riferimento non solo al prezzo, ma anche al *“modo in cui questo è stato calcolato”*. Tale formulazione induce a chiedersi se la personalizzazione del prezzo realizzata attraverso l’acquisizione ed il trattamento di Big Data vada ricollegata a tale fattispecie, siccome realizzata attraverso strumenti volti all’adeguamento del prezzo dei prodotti in relazione alle condizioni specifiche dei potenziali clienti.

Una tale conclusione va però esclusa poiché, seppure le attività di profilazione siano, almeno potenzialmente, idonee ad alterare i prezzi, l’alterazione non avviene con l’induzione in errore del consumatore. Invero il trattamento dei dati personali presume un’autorizzazione da parte dell’interessato⁷⁶: *“Il consenso dovrebbe essere espresso mediante un atto positivo inequivocabile con il quale l’interessato manifesta l’intenzione libera, specifica, informata e inequivocabile di accettare il trattamento dei dati personali che lo riguardano”*.

Ai fini della profilazione è anche determinante il diritto dell’interessato ad essere informato, ove siano effettivamente utilizzati processi automatizzati di trattamento dei dati personali di cui all’art. 4 precedentemente citato⁷⁷. Ne consegue che l’interessato, se inteso come potenziale consumatore, non è sprovvisto di libero arbitrio in relazione a tali operazioni - comunque distinte dalla figura di operazione economica - e che quindi non si possa parlare di mancata consapevolezza da parte del destinatario dell’attività di profilazione.

⁷⁴ *“Big data e prezzi personalizzati”*, citato

⁷⁵ Trib. Milano sez. XIV, 12 settembre 2019

⁷⁶ Tra gli altri, considerando n. 32, 42 GDPR

⁷⁷ Art. 15, comma 1, lett. h), GDPR

L'analisi svolta finora porta inevitabilmente ad una riflessione in merito a quali siano gli strumenti di cui dispone il consumatore per effettuare una scelta consapevole. Anzitutto possiamo escludere che il marketing, condotto con metodi neurologici, faccia venir meno un'autonomia di giudizio nell'individuo. È infatti sì vero che gli studi sin qui illustrati hanno come elemento comune le emozioni umane, su cui intervengono per guidare una scelta. D'altro canto, però, va ricordata l'opinione del neurologo portoghese Antonio Damasio, già riferita, secondo il quale le emozioni sono parte integrante del processo decisionale. Queste, si può aggiungere, piuttosto che manipolare la scelta individuale, si limitano a concorrere con altri elementi nel formare una preferenza.

Al riguardo, come già illustrato nel paragrafo che precede, il giurista è chiamato a valutare non semplicemente l'aspetto emotivo, sul quale le pubblicità hanno sempre inciso, quanto la consapevolezza da parte del consumatore degli strumenti adottati da chi commercializza un prodotto. Com'è noto, il modello della concorrenza perfetta si basa sull'assunto secondo cui tutte le parti del mercato dispongono di strumenti idonei a tenere comportamenti pienamente consapevoli, data anche l'assenza di asimmetria informativa⁷⁸. In presenza di una completa conoscenza dei prezzi, dei prodotti sul mercato e del proprio budget, il consumatore sarebbe perfettamente in grado di assumere una decisione coerente con il proprio interesse senza alcun tipo di manipolazione da parte di chi fa impresa.

A ciò si aggiunge, sempre come parte integrante di un mercato concorrenziale perfetto, un'ampia presenza di domanda e offerta, oltre che la vendita di beni privi di differenze significative, nonché l'incapacità di una qualunque impresa sufficientemente grande di generare controlli monopolistici. Un tale sistema concorrenziale, però, non è evidentemente realizzabile per molteplici ragioni.

Nella presente analisi risulta particolarmente interessante trattare la asimmetria informativa, presente in ogni sistema di mercato e che va generalmente ad ampliarsi con l'aumento della complessità del prodotto oggetto di commercializzazione. Il legislatore ne è consapevole e fornisce consequenziali strumenti, come la disciplina sulla tutela del consumatore nonché numerose discipline dirette ad evitare comportamenti anticoncorrenziali, dalle intese restrittive della concorrenza alle normative antimonopolistiche.

Per tornare al quesito iniziale del paragrafo 4, i fattori che determinano la scelta di un consumatore sono diversi. Si ritiene che essi vadano dalla capacità del consumatore di personalizzare un prodotto a quella di adattare il prezzo al suo budget⁷⁹; passando per la tipologia di comunicazione utile affinché effettui l'acquisto nonché la fiducia che egli ripone nel mercato. Infine, altro ruolo fondamentale è giocato dal grado di regolamentazione del mercato stesso. A titolo esemplificativo, risulta evidente l'importanza di quali mezzi pubblicitari siano consentiti e quali informazioni vadano rese al consumatore, come peraltro già evidenziato nel primo capitolo.

Riponendo l'attenzione sul profilo comunicativo, può osservarsi che un'adeguata informazione permette di riscontrare quelli che sono i propri interessi, così da creare gruppi omogenei di consumatori. Diversi autori parlano al riguardo del concetto di "consumer empowerment", definito come *"l'esigenza di aiutare i consumatori a scegliere ciò che desiderano, quando lo desiderano e*

⁷⁸ "Analisi microeconomica e scelte pubbliche", pagg. 19 ss., di N. Boccella, C. Imbriani, P. Morone, "Manuali di Scienze Sociali", a cura di N. Boccella, 2014

⁷⁹ "A characterisation of consumer empowerment drawn from three views of power", di H. Al Shibly, J. Aisbett, G. Pires, University of Newcastle, Australia, 2015

alle loro condizioni”⁸⁰. Gli strumenti adottabili affinché possa realizzarsi tale obiettivo verranno più approfonditamente analizzati nel quinto capitolo.

5. CASI CONCRETI

Conformemente a quanto evidenziato finora, le imprese hanno dimostrato un crescente interesse per le ricerche sul neuromarketing riscontrando effetti positivi sulle vendite. È il caso della rivista scientifica *New Scientist*, la quale nel 2010 ha scelto la sua copertina sulla base dei test realizzati da alcuni consulenti esperti di neuromarketing⁸¹. Si trattava di specialisti di una società statunitense, la *NeuroFocus*, i quali hanno mostrato tre copertine della rivista a soggetti collegati a dispositivi EEG. In tal modo l’elettroencefalogramma misurava le loro onde cerebrali e i dati così acquisiti - incentrati prevalentemente sull’attivazione delle aree connesse alla memoria e alle emozioni - hanno consentito di constatare che la copertina più apprezzata era quella in cui il nome della rivista veniva presentato a lettere rosse. Il colore produceva infatti un coinvolgimento emotivo nei lettori che li induceva ad esprimere un particolare grado di interesse. Da notare inoltre che l’EEG è stato in grado di rilevare pure l’immagine dello spazio cosmico - presente in tutte le copertine - preferita dai partecipanti all’esperimento. In particolare, la preferenza si attestava su un’immagine le cui caratteristiche apparentemente riducevano i fattori di distrazione. In conclusione, la copertina venne pubblicata nell’agosto dello stesso anno ed in quello stesso periodo le vendite della rivista aumentarono del 12% rispetto allo stesso mese dell’anno precedente.

Un’altra interessante ricerca, sempre realizzata da uno studio statunitense, ha registrato l’importanza della presentazione delle bottiglie di vino nella vendita⁸². In particolare, l’obiettivo dell’esperimento era quello di comprendere quali fattori risultassero decisivi per la scelta di un prodotto. Inaspettatamente, ciò che influenzava maggiormente i partecipanti non era l’azienda vinicola né tantomeno l’etichettatura, ma l’aspetto della bottiglia.

Ai consumatori veniva assegnato il compito di testare il prodotto di 5 bottiglie di vino e, attraverso appositi strumenti, si riscontravano attivazioni cerebrali più intense quando ai partecipanti veniva offerto del vino presentato all’interno di bottiglie dall’aspetto elegante. Ciò indipendentemente dalla effettiva qualità del prodotto.

Evidentemente si tendeva ad associare un valore maggiore a quei vini la cui bottiglia risultava essere più raffinata, con la conseguenza che i partecipanti erano spinti ad apprezzarli maggiormente sul presupposto che dovessero necessariamente essere di miglior qualità. Ciò ricorda l’esperimento illustrato al paragrafo 4, con la differenza che questa volta l’elemento caratterizzante è rappresentato dalla presentazione della bottiglia invece che dal prezzo. Ciò nonostante, si può osservare che i due casi sono accomunati dalle aspettative risposte dal consumatore sul prodotto. All’aumentare delle stesse, aumenta anche il grado di apprezzamento.

⁸⁰ “*Consumer Control and Empowerment: A Primer. Marketing Letters*”, di L. Wathieu & L. Brenner & Z. Carmon & A. Chattopadhyay & K. Wertenbroch & A. Drolet & J. Gourville & A. Muthukrishnan & N. Novemsky & R. Ratner & G. Wu., 2002. 13. 297-305. 10.1023/A:1020311914022; H. Al Shibly, J. Aisbett, G. Pires, citato

⁸¹ “*Neuromarketing for a better understanding of consumer needs and emotions*”, citato

⁸² “*College Branding: The Tipping Point*”, di R. Dooley, in “*Neuromarketing for a better understanding of consumer needs and emotions*”, 2019

Anche in Italia è possibile individuare casi di pubblicità con lo scopo di influenzare il comportamento dei consumatori attraverso tecniche di persuasione a livello inconscio. Al riguardo può essere citato il caso della società Poltronesofà S.p.A., la quale è stata segnalata all'AGCM da parte dell'associazione Altroconsumo, in quanto poneva in essere pratiche pubblicitarie potenzialmente ingannevoli. La società impiegava tecniche di commercializzazione con cui i consumatori erano portati a ritenere che determinate offerte sarebbero durate pochi giorni; al contrario, esse erano costanti, al pari delle relative pubblicizzazioni. È da evidenziare che non veniva esplicitamente affermata l'interruzione delle promozioni di lì a breve, ma si induceva i consumatori a presumerlo attraverso le concrete modalità di comunicazione adottate.

L'autorità ha riscontrato, infatti, che tali comportamenti venivano reiterati nel tempo ed erano volti a convincere il pubblico dell'imminenza del ritorno ai prezzi pieni, sebbene quella fosse la strategia commerciale basata sull'indicazione di sconti, che in realtà sono frutto di modifiche al costo di listino. L'obiettivo della società era quello di influenzare la mente del consumatore al fine di convincerlo della convenienza delle proprie offerte, in un momento in cui vi era molta attenzione al risparmio. L'Autorità ha provveduto, pertanto, ad irrogare una sanzione di € 500.000,00⁸³.

Alla luce di quanto sopra, si può affermare che l'effettività della tutela del consumatore richiede l'estensione della valutazione all'analisi dei comportamenti dei professionisti, al fine di individuarne il concreto disvalore e la capacità di inficiare i processi decisionali degli individui.

6. NEUROMARKETING NELL'AMBITO GIURIDICO

L'ordinamento giuridico italiano non è estraneo alle neuroscienze, già ampiamente dibattute da anni sotto il profilo civilistico⁸⁴. È doveroso tuttavia stabilire i margini di ammissibilità dell'applicazione delle neuroscienze al marketing. Si esclude che l'utilizzo di tecniche di neuromarketing renda una pubblicità automaticamente subliminale. Ciò che lega neuromarketing e pubblicità subliminale, infatti, è solo il coinvolgimento in entrambi i casi dell'inconscio. In sintesi, *“il messaggio subliminale tenta di alterare l'inconscio al fine d'indurre un consumatore ad acquistare un prodotto, mentre il neuromarketing mira a comprendere il funzionamento delle aree cerebrali coinvolte nel processo d'acquisto”*⁸⁵.

La disciplina consumeristica vieta esplicitamente all'art. 5, comma 3, *“ogni forma di pubblicità subliminale”*⁸⁶. Viene così definita dall'AGCM *“una tipologia pubblicitaria rivolta a creare nel consumatore suggestioni a livello di inconscio”*⁸⁷. Il carattere subliminale deriva dalla tecnica utilizzata per la realizzazione del messaggio, tale per cui l'immagine pubblicitaria risulta oggettivamente irricognoscibile. Si tratta quindi di uno strumento di commercializzazione incompatibile con l'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 145/07 secondo il quale la pubblicità dev'essere *“palese, veritiera e corretta”*. Le pratiche commerciali idonee a compromettere il libero

⁸³ PS9489, Provvedimento n. 25166, Bollettino 44/2014

⁸⁴ *“Manuale di neuroscienze forensi”*, citato

⁸⁵ *“Neuromarketing and subliminal perception phenomenon: a conceptual study”*, di P. Bacaksiz, in *“Social Sciences Studies”*, 01/2017

⁸⁶ Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 145

⁸⁷ AGCM, Provvedimenti nn. 1874-1875/1994

arbitrio del cliente, a tal punto da impedirgli di adottare una decisione consapevole, vengono dunque già sanzionate dalla disciplina vigente.

Al contempo si evidenzia che nel considerando n. 6 il legislatore comunitario ha fatto salva la possibilità di adottare *“le pratiche pubblicitarie e di marketing generalmente ammesse, [...] in grado di incidere legittimamente sulla percezione dei prodotti da parte dei consumatori e di influenzare il comportamento senza però limitarne la capacità di prendere una decisione consapevole”*.

La pubblicità subliminale si fonda sulla percezione di uno stimolo dall'esterno attraverso modalità tali da impedire al consumatore di rendersi conto della ricezione di un'informazione. Il messaggio viene così acquisito a livello inconscio e memorizzato dal soggetto che ne è destinatario. Il neuromarketing non è di per sé destinato a realizzare un tale effetto ma ha il solo scopo di comprendere quali stimoli determinano un consumatore all'acquisto. Ciò che merita attenzione, dunque, non è tanto la ricerca sul neuromarketing, quanto l'utilizzo che le aziende possono fare delle informazioni acquisite attraverso tali studi.

È già stata esposta all'inizio del presente capitolo l'idoneità del neuromarketing ad influenzare il processo decisionale dell'individuo, in virtù del fatto che l'inconscio è responsabile di larga parte delle scelte individuali. Anche da ciò nasce l'esigenza di adeguare gli interventi normativi ai più avanzati strumenti di marketing. Ciò vale soprattutto al fine di tutelare i soggetti più vulnerabili. Le considerazioni sinora esposte hanno consentito di ritenere acclarato come il neuromarketing, più che rivoluzionare le pratiche commerciali, fornisca strumenti idonei ad incrementarne l'efficacia, ovvero l'idoneità di induzione del consumatore all'acquisto di un prodotto. Il risultato - ossia il convincimento del consumatore - non cambia per effetto dell'applicazione delle neuroscienze al marketing, ma diventa indubbiamente più facile da conseguire.

È bene dunque studiare le forme di tutela praticabili al fine di tutelare il pubblico dei consumatori da eventuali abusi realizzabili dai professionisti, idonei ad alterarne la capacità di scelta. In ciò infatti risiede, probabilmente, il rischio essenziale apportato dal neuromarketing, ossia il potenziale indebolimento della libera scelta individuale come effetto dell'utilizzo degli strumenti visti in precedenza (quali l'fMRI) e accomunati dal tentativo di comprendere come influenzare in modo rilevante la mente dei consumatori.

Ponendo l'accento proprio sul neuromarketing, è stato sottolineato che l'attuale disciplina del Codice del Consumo sulle pratiche commerciali scorrette risulta già diretta a sanzionare quelle pratiche che possono concretamente *“produrre l'effetto di alterare, in chi vi sia soggetto, il processo di libera formazione della volontà o addirittura provocare stati di soggezione psicologica o reazioni inconsce”*⁸⁸. Si sostiene infatti che la direttiva 2005/29/CE, a cui il Codice del Consumo si ispira, vieta le condotte che *“attuano una qualche forma di indebita pressione sui consumatori, così limitandone in misura considerevole la libertà di scelta ed inducendoli a decisioni economiche che non avrebbero altrimenti assunto”*.

Questo divieto viene ravvisato soprattutto nella scelta di sanzionare, all'art. 8 della direttiva e all'art. 24 c.d.s., le pratiche che alterano sensibilmente il comportamento del consumatore medio attraverso un indebito condizionamento. Si è già detto al capitolo 1, paragrafo 2.2, che lo stesso viene definito dal legislatore comunitario come *“lo sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o alla minaccia di tale ricorso,*

⁸⁸ *“Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolatoria”*, di M. Fusi, in *“Rivista di diritto industriale”*, 2009

in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole”⁸⁹. L’adozione di strumenti idonei a comprendere i meccanismi cerebrali di un individuo ben potrebbe essere sfruttata, in effetti, per esercitare pressioni emotive sui consumatori così da condizionarne le decisioni economiche.

Può essere utile richiamare in merito una decisione del Giurì dell’Autodisciplina Pubblicitaria resa nell’ambito di un procedimento concernente un annuncio pubblicitario pubblicato sulla rivista “Grazia”, accusato dal Comitato di Controllo di promuovere l’acquisto di un omogeneizzato attraverso l’utilizzo di toni allarmisti in merito ai rischi dell’alimentazione tradizionale⁹⁰. In tal modo la Plasmon Dietetici Alimentari S.r.l., ossia la produttrice del prodotto reclamizzato, esercitava “*un tentativo di strumentalizzare in modo inaccettabile i naturali sentimenti di affetto delle mamme per i loro piccoli*”.

A questo punto si impone una breve considerazione sull’Istituto dell’Autodisciplina Pubblicitaria, che è un ente privato fondato nel 1966 con funzioni di autodisciplina in forza del “*fenomeno per il quale una pluralità di soggetti, accomunati dall’esigenza di conformare il proprio comportamento a regole di correttezza, decide di sottomettersi a norme di comportamento comuni, nonché a norme strumentali volte a far rispettare le prime mediante appositi meccanismi coercitivi*”⁹¹.

L’Istituto è dotato di un Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, vincolante per le sole organizzazioni firmatarie. Sebbene su base contrattuale e quindi volontaria, sono molti i soggetti che scelgono di vincolarsi al rispetto del Codice, cosicché l’Istituto ha assunto molta autorevolezza nel corso dei decenni. Il Codice ha “*lo scopo di assicurare che la comunicazione commerciale, nello svolgimento del suo ruolo particolarmente utile nel processo economico, venga realizzata come servizio per il pubblico, con speciale riguardo alla sua influenza sul consumatore*”⁹². A tal fine sono previste diverse disposizioni volte a promuovere pratiche pubblicitarie sane nell’interesse dei consumatori.

Organi fondamentali dell’Istituto sono il Giurì ed il Comitato di Controllo. Il primo è un giudice privato con il compito di garantire l’osservanza e l’applicazione del Codice. Il Comitato, invece, è un organo indipendente incaricato di promuovere un’azione ove un messaggio pubblicitario appaia in contrasto con una disposizione del Codice a danno dei consumatori.

Dopo questa breve esposizione, può tornarsi a commentare la citata decisione, motivata dalla forma prescelta per l’enunciazione, nel corpo del messaggio pubblicitario Plasmon, di problematiche alimentari: la forma comunicativa usata era tale che “*l’enfasi eccessiva su questi inconvenienti li fa apparire maggiori di quanto essi in realtà non siano, provocando un’informazione distorta dei consumatori e qualificando il messaggio come ingannevole e vietato ex art. 2 CAP*”. La norma, infatti, qualifica come ingannevole la comunicazione commerciale che presenti una “*dichiarazione o rappresentazione che sia tale da indurre in errore i consumatori, anche per mezzo di omissioni, ambiguità o esagerazioni non palesemente iperboliche*”.

⁸⁹ Art. 2, lett. J, Dir. 2005/29/CE

⁹⁰ Pronuncia n. 63/1988. L’annuncia recitava: “Lo stomaco del tuo bambino non è un palloncino, e non va riempito d’aria. Quindi bisogna fare attenzione con la pappa! Frullando la carne si creano numerose bollicine d’aria [...] e il tuo bambino finisce per mangiare carne e aria insieme, cosa che può gonfiargli lo stomaco e provocargli rigurgito e singhiozzo. Alla carne omogeneizzata, invece, durante la preparazione viene tolta tutta l’aria”

⁹¹ “L’autodisciplina pubblicitaria e il suo Giurì”, di A. Baldassarre e V. Guggino, in “Impresa e Stato” n. 35

⁹² “Norme Preliminari e Generali”, lett. a)

Inoltre la pratica in questione risultava incompatibile anche con l'art. 8 CAP, siccome provocava ansia nei destinatari della pubblicità per la salute dei figli. La norma vieta ai professionisti *“ogni forma di sfruttamento della superstizione, della credulità e, salvo ragioni giustificate, della paura”*. La ratio della norma è evidentemente quella di *“vietare ogni forma di pubblicità che utilizzi tali fattori quali mezzi di pressione idonei ad indurre il destinatario – solitamente un soggetto psichicamente più debole – in scelte commerciali irrazionali e dalle quali gli derivi un pregiudizio di natura patrimoniale”*⁹³.

Dunque occorrono spiccata sensibilità e attenzione nella valutazione degli strumenti di tutela del consumatore per proteggerlo da pratiche dirette ad influenzarne indebitamente il comportamento economico per il tramite della sua sfera emotiva. Ciò esige l'approfondimento del potere di incidenza sul consumatore delle tecniche di neuromarketing, particolarmente insidiose quand'anche apparentemente poco efficaci (si pensi all'esperimento sulle bottiglie di vino di cui al paragrafo 5).

L'attuale dibattito su queste tematiche ruota intorno a quella che si ritiene essere l'effettiva incisività del marketing. Da un lato si afferma che l'utilizzo della neurologia al fine di influenzare le scelte economiche non sia etico, se il soggetto ne ignora l'utilizzo. Tale condotta produrrebbe, infatti, una conseguenza manipolativa nei confronti dell'individuo, innescando in lui un desiderio altrimenti assente, con inevitabile necessità di espressa regolamentazione⁹⁴.

A questa tesi si oppone che il neuromarketing si limita a prevedere i comportamenti di un soggetto, senza però determinarli. Pertanto gli strumenti in questione sarebbero più che leali, e un intervento basato su codici etici o addirittura di tipo legislativo sarebbe insensato.

Invero esistono diversi codici etici che forniscono regole di corretto svolgimento delle ricerche sul Neuromarketing, come l'EGNM (Ethical Guideline in neuromarketing) o l'NMSBA (Neuromarketing Science & Business Association) Code of Ethics.

Il punto centrale da risolvere tuttavia, per quanto qui interessa, non è tanto la modalità di ricerca, quanto l'utilizzo dei dati ivi acquisiti.

In particolare, autorevoli neurologi come Emily Murphy ritengono che un intervento normativo dovrebbe incentrarsi sulla protezione dei consumatori nella loro sfera di autonomia decisionale, parallelamente all'affinarsi delle metodologie neurologiche applicate al marketing⁹⁵.

È stato puntualizzato che *“Il diritto civile - con i suoi attuali “confini” e in quanto parte di un ordinamento unitario - deve tendere alla realizzazione dell'assiologia del sistema e, con riferimento alle neuroscienze, tutelare la persona umana da nuove possibili aggressioni da esse conseguenti”*⁹⁶.

Le nuove acquisizioni mediche rendono dunque necessario riconsiderare i tradizionali principi della correttezza, buona fede, affidabilità, responsabilità: *“Le indagini intorno alle modalità dei processi decisionali rimettono in discussione la stessa idea di capacità, senza contare che l'emersione del ruolo svolto dall'emozione nella fase decisionale porta a riconsiderare la stessa possibilità che l'agente raggiunga una decisione consapevole”*⁹⁷.

⁹³ *“Diritto alimentare”*, di G. Rusconi, Itinera, 2017

⁹⁴ *“Exploring Neuromarketing and Its Reliance on Remote Sensing: Social and Ethical Concerns”*, di S. Nemorin, O. H. Gandy, in *“International Journal of Communication”*, 2017

⁹⁵ E. Murphy, J. Illes, P. B. Reiner, citato

⁹⁶ *“Neuroscienze e Diritto Civile: nuove prospettive”*, di L. Tafaro, *“Rivista BioLaw Journal”*

⁹⁷ *“Neuroscienze e Diritto. Ripensare il libero arbitrio in campo penale, civile ed alimentare”* in *“Rivista della Medicina legale e del Diritto in ambito sanitario”*, 4/18

Correttamente, dunque, l'innovato panorama dell'offerta di mercato e le conoscenze diffuse dal neuromarketing hanno spinto ad una revisione profonda dell'analisi della volontà contrattuale che ha condotto alla elaborazione della nozione di consenso informato, come tutela del diritto di ricevere la conoscenza in ordine a tutti i fattori strumentali alla maturazione del processo decisionale. La volontà negoziale è stata elevata a espressione dell'interesse delle parti e quindi al rango di causa del contratto, nell'ottica di un diritto funzionale diretto a salvaguardare l'economia sociale di mercato nel rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carte dell'Unione Europea⁹⁸.

In questo percorso il consumatore è reputato meritevole di tutela non solo uti singulus, ma anche come membro della società di massa a cui è rivolta la salvaguardia apprestata dal legislatore. Per questa via, la S.C. è giunta a riconoscere che la nullità c.d. di protezione, sancita a tutela del singolo soggetto, risponde altresì *“all'interesse dell'ordinamento a che certi suoi principi-cardine (tra gli altri, la buona fede, la tutela del contraente debole, la parità di condizioni quantomeno formale nelle asimmetrie economiche sostanziali) non siano comunque violati”*⁹⁹.

La progressiva evoluzione della normativa è stata arricchita dall'apporto della giurisprudenza, anche comunitaria, costantemente impegnata nella tutela superindividuale del consumatore, la cui posizione di inferiorità rispetto ai professionisti risulta incontrovertibilmente accertata¹⁰⁰.

A tal fine è tuttavia necessario approfondire la figura del consumatore e la diligenza da lui esigibile, ai sensi della disciplina oggi vigente. Un'analisi dettagliata, sotto tale profilo, sarà presentata nel terzo capitolo.

⁹⁸ *“La conoscenza nella civilistica dogmatica e diritto positivo”*, di M. Galletti, “Giustizia Civile”, 2015

⁹⁹ Cass.S.U., 12 dicembre 2014, n.26242; Cass. Sez. II, 22 novembre 2019 n.30555

¹⁰⁰ Ex plurimis: Corte giustizia UE sez. I, 26 gennaio 2017 n.421

CAPITOLO III: ONERI DEL CONSUMATORE

1. DILIGENZA DEL CONSUMATORE

I tratti distintivi della figura del consumatore, così come delineati dalla normativa sia comunitaria che nazionale di riferimento, comprendono degli oneri che gravano su di lui e che, di fatto, concretizzano la tutela riservata allo stesso.

Invero, pur senza effettuare un'eccessiva sintesi della ratio legislativa in materia di consumo, non bisogna dimenticare che la disciplina introdotta per iniziativa comunitaria, caratterizzata dalla presenza di una serie di clausole generali e/o nozioni giuridiche indeterminate, è sì tesa alla massima tutela del consumatore ma, al contempo, ha quale parametro di riferimento il buon funzionamento del mercato interno che non può prescindere da un sistema legislativo che bilanci gli obblighi di protezione con gli oneri di attenzione.

La direttiva 2005/29/CE *“relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno”* rappresenta l'interazione tra le istanze di protezione degli interessi dei consumatori e l'esigenza di tutelare la concorrenzialità nel mercato interno. Un esempio si rinviene nell'art. 5 della direttiva il quale chiarisce che la rilevanza giuridica della pratica commerciale non è valutata con riferimento alla percezione del singolo consumatore. La comparazione, di contro, è ragguagliata al consumatore medio a cui è destinata, avendo riguardo al soggetto appartenente ad una categoria di consumatori associati da uno o più fattori aggreganti, qualora la pratica abbia come naturale destinatario una collettività.

La rilevanza giuridica scaturisce esattamente dalla capacità di falsare in misura apprezzabile il comportamento economico di tale consumatore.

In siffatta visione di contemperamento degli interessi in gioco, si inserisce il concetto di diligenza del consumatore che, seppure non espressamente prevista dalla normativa specifica, si evince dalla disciplina civilistica adattata a quella del consumo.

L'art. 1176 c.c., al primo comma, dispone che *“nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia”* mentre al secondo prescrive che *“nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata”*. L'interpretazione corrente della diligenza non si discosta da quella esplicitata nella Relazione al codice civile, descritta come *“quel complesso di cure e di cautele che il debitore deve impiegare per soddisfare la propria obbligazione”*.

Il riferimento è costituito da un sistema di regole, diffusamente seguite e condivise, indicative dell'adeguatezza di un obiettivo e della appropriatezza della condotta assunta per il suo raggiungimento, da un soggetto prudente e avveduto. La devianza del comportamento assunto da un certo parametro standard è correlata alla colpa, quale elemento soggettivo della responsabilità civile¹⁰¹.

¹⁰¹ *“L'Illecito”*, di Massimo Franzoni in *“Trattato della Responsabilità civile Giuffrè”*, 2010

La regola della diligenza si estrinseca attraverso il modello di riferimento e, più precisamente, rispettando lo standard, inteso come l'insieme di doveri di comportamento. Affermando che il debitore “nell'adempiere l'obbligazione deve usare la diligenza del buon padre di famiglia”, si intende che il debitore è obbligato ad osservare una condotta conforme allo standard comunemente modellato e seguito. Il giudizio di colpevolezza, quindi, consiste nella difformità della condotta da un modello ideale di riferimento. Se il debitore tiene una condotta divergente da quella imposta dall'ordinamento attraverso la regola della diligenza, egli versa in colpa.

Per ciò che concerne il consumatore, un concetto analogo a quello di “uomo medio” è quello di “consumatore medio” che consente di tracciare i limiti entro i quali tutelare il consumatore senza porre in pericolo il buon andamento del mercato interno. Mutuando, altresì, il concetto di diligenza civilistico, bisogna procedere all'individuazione dell'insieme dei doveri di comportamento che il consumatore deve rispettare affinché si concretizzi la tutela riservatagli dalla normativa di riferimento.

Per tale ragione in giurisprudenza è costante il riferimento al modello del consumatore medio, ovvero il consumatore virtuale tipico normalmente attento ed informato, ricavabile anche in base a fattori sociali, culturali e linguistici. L'ampiezza del concetto di diligenza impone che l'interpretazione del consumatore medio sia soggetta a variazioni proporzionate anche ad eventuali singolarità riscontrate nel caso specifico, ove ad esempio il consumatore risulti inquadrabile nella categoria delle persone fragili in ragione dell'età, delle sue condizioni psico-fisiche o ingenuità.

*“È quindi evidente che il criterio della specificità assicura una maggiore tutela proprio a quei gruppi di consumatori particolarmente vulnerabili, come bambini o anziani, atteso che la valutazione della pratica commerciale esercitata non andrà espressa in base all'effetto che provoca sul consumatore medio bensì su un ideale modello di bambino o anziano medio”*¹⁰². In relazione al consumatore vulnerabile, nel primo capitolo di quest'opera si è analizzato il provvedimento dell'Autorità Garante emesso nei confronti dell'UTET, proprio a causa delle pratiche commerciali aggressive poste in essere in danno degli anziani, i quali non riuscivano a gestire, e quindi subivano, una modalità di vendita pressante da parte degli agenti della UTET.

Nel concetto di diligenza, pertanto, si possono annoverare il grado di informazione in possesso del consumatore medio di settore, l'attenzione e l'avvedutezza. L'informazione attiene al bagaglio culturale ed esperienziale del soggetto e, quindi, nell'esprimere il giudizio sul grado di informazione deve guardarsi al modo di essere del consumatore. L'attenzione del consumatore si concretizza nel suo spirito critico e capacità di selezionare le informazioni.

L'avvedutezza, invece, si concretizza nella oculatezza della raccolta delle informazioni disponibili, nella loro elaborazione e selezione finale in determinate operazioni economiche.

Si può affermare che i comportamenti, o meglio, gli standard di riferimento che devono essere rispettati dal consumatore, e, quindi, la diligenza che il consumatore deve avere, non sono fissati normativamente ma devono essere individuati caso per caso, al pari della ponderazione della figura stessa di “consumatore medio”. In mancanza di una definizione normativa, può identificarsi con una *“figura ipotetica da ricostruirsi sulla base di fattori sociali e culturali di carattere generale, prescindendo da ogni collegamento con la - eventuale - fattispecie concreta”*¹⁰³.

¹⁰² “Direttiva 2005/29CE: Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno”, di Luca Renna, in “Persona e Danno”

¹⁰³ V. Meli, citato

Vi sono settori nei quali il consumatore medio è in possesso di conoscenze specifiche che gli consentono di assumere comportamenti adeguati al rapporto contrattuale e, conseguentemente, ci si aspetta che la diligenza impiegata sia proporzionata alle nozioni possedute. La tutela di questa tipologia di consumatore “erudito” implica, inevitabilmente, che essa venga parametrata al grado di conoscenza posseduta dal momento che il livello di attenzione del consumatore varia in base alla categoria di prodotti e/o servizi del caso specifico. In una recente sentenza del Tribunale UE, avente ad oggetto prodotti ortopedici, è stato ribadito il principio secondo cui *“Il livello di attenzione del consumatore medio può variare in funzione della categoria di prodotti o di servizi di cui trattasi”* e, in riferimento al caso trattato, è stato precisato che *“Per quanto riguarda gli articoli ortopedici, il pubblico di riferimento è costituito da professionisti del settore e da pazienti affetti da malformazioni o disfunzioni da correggere mediante l'uso di tali articoli, sicché il livello di conoscenze tecniche di detto pubblico deve essere considerato elevato”*¹⁰⁴.

La tutela da riservare al consumatore medio incontra quale ostacolo la difficoltà nell'individuare, nel caso concreto, gli aspetti caratterizzanti la diligenza del consumatore che fungono, appunto, da parametro per la tutela da accordare. La giurisprudenza di merito, pertanto, al fine di ovviare alla suddetta problematica, ha ritenuto opportuno che una tutela adeguata debba essere garantita anche al consumatore meno esperto che, in realtà, dovrebbe fungere da parametro per l'individuazione del consumatore medio.

A dimostrazione dell'importanza del requisito della diligenza del consumatore vi è la circostanza che detto concetto è stato mutuato dalla disciplina consumeristica e trasfuso nel c.d. Piano del Consumatore che, introdotto e disciplinato dalla legge n. 3 del 27/01/2012, delinea un piano di ristrutturazione dei debiti con il quale il consumatore che è in difficoltà economica, può “ristrutturare” e, quindi, rinegoziare i propri debiti. Destinatari della disciplina sono i singoli consumatori le cui obbligazioni sono state contratte per ragioni estranee ad attività imprenditoriali o professionali.

Al di là della procedura che il suddetto Piano prevede, ciò che rileva nel presente lavoro è l'importanza che riveste il requisito della diligenza del consumatore. Detto requisito fa il suo ingresso nella relazione che deve essere redatta dall'organismo di composizione della crisi e allegata al piano del consumatore. In detta relazione, difatti, si devono esplicitare la diligenza del consumatore nell'assunzione delle obbligazioni; le ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere le obbligazioni assunte; la solvibilità relativa agli ultimi cinque anni; le cause dell'indebitamento; la diligenza del consumatore; gli eventuali atti del debitore impugnati dai creditori, con un giudizio conclusivo circa la completezza e attendibilità del piano.

La legge n. 3 del 2012, richiamando altre normative già esistenti in ambito europeo, ha come finalità quella della tutela delle famiglie, agendo sul problema dell'eccessivo indebitamento. I destinatari della legge, come detto innanzi, sono i consumatori e, così come accade nella disciplina consumeristica, anche il Piano del Consumatore tende a bilanciare la tutela del debitore con i diritti dei creditori: ciò sempre in quell'ottica di tutela del libero mercato posta alla base del Codice del Consumo.

La normativa, infatti, conferisce sì al consumatore la possibilità di accedere ai benefici previsti, ma la subordina alla valutazione del giudice il quale deve escludere che il consumatore *“abbia assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere ovvero che ha colposamente*

¹⁰⁴ Tribunale I grado UE sez. II, 8 luglio 2020 n.20

determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali”¹⁰⁵.

Ebbene, mediante un ragionamento logico-analogico, si giunge alla conclusione che la diligenza richiesta dal Codice del Consumo è assimilabile a quella del Piano del Consumatore, ovvero deve essere parametrata ad una valutazione del consumatore che non è standardizzata ma è invece suscettibile di assumere varie sfaccettature. La variabilità del giudizio è infatti connessa alla ponderazione di molteplici fattori peculiari, quali la ricostruzione del sovraindebitamento, l'esame del rapporto fra reddito e debito, l'importo delle rate, l'incidenza delle stesse sulla situazione economica del debitore e la fattibilità economica del piano.

Il giudizio va effettuato sia riguardo al momento in cui viene contratto il primo debito, sia al momento in cui vengono contratti i successivi, data la frequenza notevole del fenomeno di finanziamento a catena che vede rimodularsi il debito originario, non più sostenibile, con un nuovo finanziamento di importo maggiore. Affinché il consumatore possa usufruire della tutela, di cui al Piano del Consumatore, è necessario che il rifinanziamento sia stato dovuto a cause non imputabili al debitore stesso e per eventi negativi ed imprevedibili, quali la perdita del lavoro o l'insorgere di una malattia. Altrimenti si ritiene che il sovraindebitamento sia stato colposamente determinato dal debitore/consumatore.

Ebbene si noti che anche in attuazione del Codice del Consumo, la valutazione complessiva dovrà considerare - fra l'altro - il grado di consapevolezza del debitore nell'assumere obbligazioni in virtù del livello culturale e sociale dello stesso. In buona sostanza il consumatore deve essere “meritevole” di ricevere la tutela prevista dalla l. n. 3/2012.

Analogamente alla disciplina consumeristica, il Codice del Consumo rende meno rigoroso il requisito della diligenza laddove i consumatori siano delle persone fragili e vulnerabili, quali possono essere i bambini e gli anziani o anche persone affette da problemi psichiatrici.

Il Piano del Consumatore rappresenta, anch'esso, espressione di una disciplina alquanto generica; pertanto è compito dell'interprete dare una interpretazione delle norme in essa contenute. Per la l. n.3/2012 le persone fragili e vulnerabili, e quindi meritevoli di tutela a prescindere dalla presenza o meno della loro diligenza, sono le persone che, affette da un vero e proprio disturbo di gioco d'azzardo patologico, si sono sovraindebitate. Sul punto si è ormai consolidato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, in caso di accertata natura patologica del gioco d'azzardo in capo al consumatore che si sia indebitato e sovraindebitato, a causa della propria accertata ludopatia, può essere riconosciuto il requisito della meritevolezza.

Tra le molteplici pronunce sul punto vi è il decreto di omologa del piano del consumatore, emesso dal Tribunale di Torino in data 11 aprile 2019, secondo cui può essere qualificata la condizione di sovraindebitamento, a causa di *“un eccessivo ricorso al credito dovuto ad una “progressiva e compulsiva perdita di controllo della gestione delle proprie risorse finanziarie”- per effetto di ludopatia - connotata, tanto dall'assenza di una reale volontà di assumere obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere, quanto, attraverso una interpretazione evolutiva della vigente normativa, dall'assenza di “colpa grave, malafede e frode”¹⁰⁶.*

¹⁰⁵ Trib. Napoli, Volontaria Giurisdizione 27 ottobre 2020, Dr. Nicola Graziano

¹⁰⁶ Decreto di omologa del piano del consumatore, emesso dal Tribunale di Torino in data 11 aprile 2019, G.D. Dr. Miglietta

2. COMPORTAMENTO RAGIONEVOLMENTE ATTENTO E AVVEDUTO

È stato espressamente richiamato dalla Direttiva 2005/29/CE, nel Considerando 18, il concetto di “*consumatore ragionevolmente attento e avveduto*”, assunto come parametro di riferimento del consumatore medio da valutare non in astratto, bensì in relazione al prodotto, in sintonia con le elaborazioni della giurisprudenza.

La direttiva testualmente recita: “...*Tuttavia, la Corte di Giustizia ha ritenuto necessario, nel deliberare in cause relative alla pubblicità dopo l’entrata in vigore della direttiva 84/450/CEE, esaminare l’effetto su un virtuale consumatore tipico. Conformemente al principio di proporzionalità, e per consentire l’efficace applicazione delle misure di protezione in essa previste, la presente direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l’interpretazione della Corte di Giustizia, ma contiene altresì disposizioni volte ad evitare lo sfruttamento dei consumatori che per le loro caratteristiche risultano particolarmente vulnerabili alle pratiche commerciali sleali*”.

La tutela della direttiva è naturalmente diretta anche a proteggere categorie comunemente più esposte ai rischi di pratiche commerciali sleali. Ove una pratica commerciale sia specificatamente diretta a un determinato gruppo di consumatori, come ad esempio i bambini, l’impatto della pratica commerciale dev’essere rapportato al membro medio di quel gruppo. Il su menzionato concetto rientra sempre nella citata decisione legislativa tesa a bilanciare la tutela del consumatore con quella del mercato interno e a non gravare le imprese dei costi connessi all’estensione della tutela a tutti i consumatori, ivi compresi quelli non ragionevolmente attenti, né avveduti, seppure venga prestata una particolare attenzione a categorie deboli, quali i bambini e gli anziani.

Nella prassi, invero, così come già affermato nel corpo del presente lavoro, non è facilmente individuabile il consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, dal momento che non si deve identificare il membro medio, rispetto al gruppo preso in riferimento, facendo la media tra tutti i gradi di conoscenza e avvedutezza effettivamente ricavabili, bensì tratteggiare un profilo-tipo di consumatore.

Il criterio del consumatore medio quale parametro di riferimento tipico deve quindi essere associato a quello dell’analisi della fattispecie concreta, per modo da supplire ad una eventuale sproporzione tra il criterio ordinario e le peculiarità riscontrate in ragione della appartenenza del consumatore ad una categoria protetta.

Quanto sopra esposto corrobora la difficoltà di delineare in concreto il consumatore medio, anche per effetto della naturale metamorfosi di un gruppo in relazione alla maturazione della conoscenza utile a filtrare le informazioni. Su queste premesse, ai fini della valutazione del caso concreto si fa ricorso a “*elementi di oggettiva verificabilità sotto il profilo della sufficienza e della congruità della motivazione*”¹⁰⁷.

La scelta, però, di prendere come riferimento il consumatore più sprovveduto e non il consumatore medio, in materie sensibili, come può essere la materia delle scienze occulte, ha creato dei problemi interpretativi, data la difficoltà di individuare la netta distinzione fra consumatore medio e consumatore sprovveduto. L’Autorità Garante intervenuta per emettere dei provvedimenti nei

¹⁰⁷ V. Meli, citato

confronti dei “prodotti dell’occulto”, quali ad esempio gli oroscopi, ha cercato di bilanciare la tutela del consumatore con la possibilità di far continuare l’attività commerciale in detto ambito andando a colpire solo le pubblicità che avevano ad oggetto specifici risultati quali la guarigione da malattie, le vincite alle lotterie, ma non ha sanzionato la pubblicità delle attività attinenti alla sfera della magia e dell’esoterismo¹⁰⁸.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, la difficoltà di individuare il consumatore medio si riscontra anche nell’ambito della tutela del consumatore in riferimento alla pubblicità ingannevole. È stato infatti evidenziato che il consumatore, innanzi ad un messaggio pubblicitario, non va ad analizzarlo ma piuttosto subisce ciò che lo stesso trasmette. In quest’ottica, dunque, più che individuare il consumatore medio deve essere classificato il grado di percezione in quanto *“l’essere più o meno colpiti da ciò che la pubblicità trasmette, dipende dalle variabili capacità percettive-cognitive dell’osservatore e richiede, appunto, di decidere chi sia il soggetto di media avvedutezza”*¹⁰⁹.

Per poter identificare il consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, così come indicato dalla Direttiva 2005/29/CE, nel modo più oggettivo possibile, bisognerebbe fare ricorso a strumenti di valutazione, quali indagini demoscopiche, psicologiche, studi di marketing, cosa che, purtroppo, avviene molto di rado.

Proprio a dimostrazione della difficoltà di individuare i requisiti introdotti dalla normativa comunitaria, vi è da aggiungere che, nella prassi, sia l’Autorità che gli organi giudiziari nell’emettere i loro provvedimenti a volte tengono conto solo del requisito dell’informazione del consumatore medio mentre altre volte analizzano la presenza dei requisiti dell’attenzione e dell’avvedutezza del consumatore.

Nel caso di una *“carta personale multifunzione”* prepagata, ad esempio, l’Autorità, omettendo di verificare la presenza dei requisiti dell’attenzione e dell’avvedutezza del consumatore, ha ritenuto esaustiva la constatazione che *“la novità del mezzo (specie se raffrontata con il radicamento ben più risalente delle altre tipologie di carta di pagamento), nonché i dati quantitativi e sociologici in punto di diffusione, inducono a concludere che la mera introduzione della definizione tecnica del prodotto, non accompagnata da alcuna indicazione circa le regole di funzionamento dello stesso, non vale a realizzare una corretta ed esaustiva informazione, tale da consentire al consumatore medio di prendere una decisione consapevole di natura commerciale”*¹¹⁰.

Di diverso tenore, invece, il provvedimento emanato dal TAR Lazio, avente ad oggetto la valutazione di ingannevolezza di messaggi relativi ad oroscopi falsamente pubblicizzati come “personalizzati”, nel quale è stato preso in considerazione il requisito dell’avvedutezza del consumatore.

L’autorità giudiziaria ha statuito che *“in materia di scienze occulte e di magia appare oltremodo difficoltoso individuare quale sia la linea di discriminazione fra “consumatore medio” e “consumatore sprovvisto”, e che “la scelta della fascia di collettività sulla quale appuntare la tutela (perché considerata particolarmente vulnerabile) costituisce determinazione di merito insindacabilmente devoluta all’Autorità.....la quale ben può decidere di rivolgere con maggior enfasi la propria attività tutoria proprio in favore dei consumatori – per così dire – più sprovvisti”*¹¹¹.

¹⁰⁸ PI611/95 – Divino Otelma in V. Meli, citato.

¹⁰⁹ TAR Lazio, Sez. I, 7 agosto 2002, n. 7028/02

¹¹⁰ IC37, Le carte prepagate in Italia, 2009, in www.agcom.it

¹¹¹ TAR Lazio, sez. I, 13 ottobre 2003, n. 8321/03

Sempre in riferimento al criterio dell'avvedutezza si è espresso il Consiglio di Stato, nel senso che non può ritenersi *“alla portata di un consumatore di media avvedutezza un'informazione, rilevante per l'adesione al contratto proposto e per i comportamenti successivi, non fornita interamente e direttamente, pur se in termini sintetici, nel contesto delle notizie promozionali e con rilievo equilibrato rispetto al rilievo dato a tali notizie”*¹¹².

Appare dunque evidente che la difficoltà di individuare un consumatore medio, dotato di tutti i requisiti indicati dalla normativa comunitaria, risiede nel fatto che tra gli stessi vi sia un rapporto di alternatività. Sul punto si è espresso il TAR Lazio affermando che *“Circa la pretesa di necessità di individuare una soglia “critica” di consumatori indotti in errore, le ricorrenti mettono in rapporto tale percentuale critica con il modello del consumatore medio normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, al quale si richiamano numerose sentenze della Corte di Giustizia in materia di pubblicità ingannevole. Ma tra i due parametri, a parere del Collegio, vi è non già un rapporto di convergenza bensì, semmai, di alternatività. Infatti mentre il consumatore medio corrisponde ad un modello giuridico astratto, il secondo è un metodo di indagine empirica al quale, secondo la stessa Corte di Giustizia, in mancanza di specifiche e uniformi disposizioni comunitarie, i giudici nazionali possono ricorrere al fine di stabilire se una determinata percentuale, ancorché esigua, di consumatori indotti in errore da una determinata dicitura pubblicitaria, rilevi o meno ai fini del giudizio di ingannevolezza”*¹¹³.

Si segnala un recente intervento del Consiglio di Stato che ha ripercorso il panorama normativo in argomento, nel corso di un giudizio in grado di appello instaurato avverso il provvedimento repressivo dell'Autorità, la quale aveva accertato che i prodotti venivano offerti in vendita con il generico richiamo a una garanzia da eventuali difetti di produzione limitata ad un anno dall'acquisto, salvo il generico richiamo alle vigenti disposizioni normative nazionali. È stato confermato il provvedimento punitivo adottato, atteso che le pratiche commerciali seguite instillavano o potevano ingenerare confusione sulla efficacia temporale delle garanzie, inducendo i consumatori a ritenere la decadenza da diritti ancora fruibile.

Nella decisione si legge: *“Il legislatore ha inoltre analiticamente individuato una serie di specifiche tipologie di pratiche commerciali (le c.d. “liste nere”) da considerarsi sicuramente ingannevoli e aggressive (art. 23 e 26, cui si aggiungono le previsioni “speciali” di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 21 e all'art. 22-bis), senza che si renda necessario accertare la sua contrarietà alla “diligenza professionale” nonché dalla sua concreta attitudine “a falsare il comportamento economico del consumatore”. Il carattere ingannevole di una pratica commerciale dipende dalla circostanza che essa non sia veritiera in quanto contenente informazioni false o che, in linea di principio, inganni o possa ingannare il consumatore medio, in particolare, quanto alla natura o alle caratteristiche principali di un prodotto o di un servizio e che, in tal modo, sia idonea a indurre detto consumatore ad adottare una decisione di natura commerciale che non avrebbe adottato in assenza di tale pratica. Quando tali caratteristiche ricorrono cumulativamente, la pratica è considerata ingannevole e, pertanto, deve essere vietata. Una pratica commerciale è scorretta se risulta idonea ad indurre ad una decisione di carattere commerciale che il consumatore “medio”, cioè quello “normalmente informato e ragionevolmente avveduto”, avrebbe altrimenti potuto non prendere, tenuto conto delle caratteristiche del mercato in cui opera le proprie scelte, risultando con ciò violato il prioritario onere di diligenza gravante sul professionista. La fattispecie si concreta, in*

¹¹² Cons. Stato, Sez. VI, 27 luglio 2010, n. 4905

¹¹³ TAR Lazio, Sez. I, 11 gennaio 2006, n. 1372 in V. Meli, citato.

*particolare, quando il contenuto del messaggio che pubblicizza il prodotto in offerta è idoneo a falsare le ordinarie scelte del consumatore con riguardo alle caratteristiche principali del prodotto nonché riguardo al suo prezzo per come è calcolato, all'omissione di informazioni rilevanti ovvero alla loro presentazione poco chiara o non esaustiva oppure alla incertezza sulla garanzia del prezzo offerto o alla descrizione del prodotto come gratuito pur gravando sul consumatore altri oneri. In definitiva, anche in termini di chiave di lettura delle diverse ipotesi, va ribadito che scopo della normativa è dunque quello di ricondurre l'attività commerciale in generale entro i binari della buona fede e della correttezza. Il fondamento dell'intervento è duplice: da un lato, esso si ispira ad una rinnovata lettura della garanzia costituzionale della libertà contrattuale, la cui piena esplicazione si ritiene presupponga un contesto di piena "bilateralità", dall'altro, in termini di analisi economica, la trasparenza del mercato è idonea ad innescare un controllo decentrato sulle condotte degli operatori economici inefficienti. Le politiche di tutela della concorrenza e del consumatore sono sinergicamente orientate a promuovere il benessere dell'intero sistema economico (cfr. ex multis Consiglio di Stato sez. VI, n. 4110/2018). Nel caso di specie le pratiche oggetto di contestazione hanno ad oggetto l'attività di produzione e commercio, anche a distanza, di prodotti elettronici, supporti ed accessori, strumenti ed attrezzature di precisione, computer e periferiche, apparecchi fotografici e televisivi, svolta dalla società appellante in qualità di professionista, ai sensi e per gli effetti del Codice del Consumo"*¹¹⁴.

Il riferito principio è corroborato, al contrario, dal rilievo che *"Una pratica commerciale consistente nella vendita di un computer provvisto di programmi informatici preinstallati senza che vi sia la possibilità per il consumatore di ottenere lo stesso modello di computer sprovvisto di programmi informatici preinstallati non costituisce, in quanto tale, una pratica commerciale sleale ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio ("direttiva sulle pratiche commerciali sleali"), salvo il caso in cui una pratica di questo tipo sia contraria alle norme di diligenza professionale e alteri o sia idonea ad alterare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio in relazione al prodotto, ipotesi che spetta al giudice nazionale verificare, tenendo in considerazione le circostanze specifiche del procedimento principale. Nell'ambito di un'offerta congiunta consistente nella vendita di un computer provvisto di programmi informatici preinstallati, la mancata indicazione del prezzo di ciascuno dei programmi informatici preinstallati non costituisce una pratica commerciale ingannevole ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 4, lettera a), e dell'articolo 7 della direttiva 2005/29 (controversia vertente sulla pratica commerciale consistente nella vendita di un computer provvisto di programmi informatici preinstallati)"*¹¹⁵.

Ebbene, in base a quanto testé riportato, si può rilevare quanto sia arduo, anche da un punto di vista meramente concettuale, individuare il membro "normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto".

¹¹⁴ Consiglio di Stato sez. VI, 23 maggio 2019, (ud. 16/05/2019, dep. 23/05/2019), n.3347

¹¹⁵ Corte giustizia UE sez. II, 20 settembre 2017 n.186

2.1. CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, SEZ. IV, SENTENZA N.614/17 DEL 2/05/19

Sulla tutela a livello europeo del consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, si è espressa la Corte di Giustizia con una recente sentenza emessa in un procedimento avente ad oggetto la protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari. Il settore dell'agroalimentare è, difatti, un settore che merita particolare attenzione dal momento che, proprio per la grande varietà dei prodotti in commercio e per le notevoli informazioni al loro riguardo, il consumatore dovrebbe poter avere a disposizione informazioni chiare sull'origine del prodotto, in modo da poter scegliere in modo consapevole.

La Corte di Giustizia era stata chiamata a pronunciarsi sulla questione pregiudiziale concernente la protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari. La controversia era stata introdotta dalla Fondazione "Queso Manchego" Spagna contro la Industrial In. Cu. La prima, preposta alla gestione e protezione della DOP "queso manchego", aveva proposto ricorso contro la Industrial In. Cu. S.L., assumendo che i formaggi "Adarga de Oro", "Super Rocinante" e "Rocinante" fossero privi dei requisiti corrispondenti a quelli distintivi delle specialità protette dalla DOP "queso manchego", e che pertanto fosse da dichiarare abusivo l'uso dei termini "Quesos Rocinante" riportato sulle etichette utilizzate da IQC per identificare e commercializzare i suoi prodotti.

La pronuncia di rigetto del Tribunale in primo grado era stata motivata dalla supposta assenza di identificabilità visiva o fonetica con le DOP "queso manchego" o "la Mancha" e che l'utilizzo di segni come la denominazione "Rocinante" o l'evocazione dell'immagine di Don Chisciotte della Mancia lasciavano pensare alla regione La Mancia (Spagna) e non al formaggio protetto dalla DOP "queso manchego". La Fondazione Queso Manchego aveva proposto appello contro la decisione di rigetto, ma l'appello era stato rigettato; aveva fatto seguito il ricorso innanzi alla Suprema Corte Spagnola, che aveva sollevato questioni pregiudiziali innanzi alla Corte di Giustizia Europea.

Tralasciando le questioni pregiudiziali trattate nella sentenza de qua che non hanno rilevanza ai fini del presente lavoro, si porta all'attenzione del lettore quella riguardante il consumatore medio e precisamente *"se la nozione di consumatore medio normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, alla cui percezione deve fare riferimento il giudice nazionale per determinare se esista un'evocazione" ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 510/2006, debba intendersi riferita a un consumatore europeo o possa essere riferita solo al consumatore dello Stato membro in cui si fabbrica il prodotto che dà origine all'evocazione dell'indicazione geografica protetta o cui è associata geograficamente la DOP, e in cui esso si consuma maggiormente"*. La Corte di Giustizia ha osservato che *"la formulazione dell'articolo 13, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 510/2006 non prevede alcuna deroga in favore di un produttore stabilito in un'area geografica corrispondente alla DOP e i cui prodotti, senza essere protetti da tale DOP, sono simili o comparabili a quelli protetti da quest'ultima. Va osservato che una simile deroga avrebbe l'effetto di autorizzare un produttore a utilizzare segni figurativi che evocano l'area geografica la cui denominazione fa parte di una denominazione d'origine che protegge un prodotto identico o simile a quello di tale produttore e, pertanto, di fargli trarre un vantaggio indebito dalla notorietà di tale denominazione"*¹¹⁶.

¹¹⁶ Corte di Giustizia, com. eu., sez. IV, 2 maggio 2019, n. 614/17

Si legge ancora nella pronuncia che l'attenzione dev'essere appuntata sulla verosimile reazione del consumatore, *“essendo essenziale che il consumatore effettui un collegamento tra gli elementi controversi, nel caso di specie segni figurativi che evocano l'area geografica il cui nome fa parte di una denominazione d'origine, e la denominazione registrata”*¹¹⁷. E spetta al giudice nazionale valutare *“se il nesso tra tali elementi controversi e la denominazione registrata sia sufficientemente diretto e univoco, di modo che il consumatore, in loro presenza, è indotto ad avere in mente soprattutto tale denominazione”*. Pertanto la valutazione di merito veniva rimessa al sindacato del giudice del rinvio.

Nella sentenza viene trattata la nozione di consumatore medio normalmente informato, ragionevolmente attento e avveduto, al fine di valutare la percezione desumibile da un consumatore europeo o almeno appartenente allo Stato membro che risulti essere tra le principali sedi di produzione e/o consumo del prodotto, e poter così giudicare in ordine alla domanda concernente la denominazione protetta associata ad un territorio e ad un'immagine specifica.

La Corte ha statuito che *“per accertare l'esistenza di un'“evocazione” di un'indicazione geografica registrata, spetta al giudice del rinvio valutare se il consumatore europeo medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, in presenza della denominazione controversa sia indotto ad avere direttamente in mente, come immagine di riferimento, il prodotto che beneficia dell'indicazione geografica protetta”*.

Nella sentenza si precisa che il richiamo ad una località notoria per la produzione di quel bene non vale esso solo a determinare una “evocazione” giuridicamente rilevante, *“in quanto sono tutelate tutte le indicazioni geografiche registrate da qualsiasi evocazione in tutto il territorio dell'Unione e, vista la necessità di garantire una protezione effettiva e uniforme delle medesime indicazioni nell'intero territorio, sono coinvolti tutti i consumatori dell'Unione”*.

La pronuncia consente di veder confermato il principio secondo il quale la ratio del giudizio sul consumatore europeo medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, è quella di prestare effettività e uniformità della tutela al consumatore in materia di denominazioni registrate contro qualsiasi evocazione nell'intero territorio dell'Unione.

In conclusione, secondo la Corte *“la nozione di consumatore medio normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, alla cui percezione deve fare riferimento il giudice nazionale per determinare se esista un'“evocazione” ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 510/2006, deve intendersi riferita a un consumatore europeo, compreso un consumatore dello Stato membro in cui si fabbrica e si consuma maggiormente il prodotto che dà luogo all'evocazione della denominazione protetta o a cui tale denominazione è associata geograficamente”*.

3. CONSUMATORE MEDIO E DIRITTO ALLA SALUTE

Come è stato affermato poc'anzi, nell'esercizio della tutela dei diritti del consumatore si cerca correttamente di seguire criteri quanto più possibile oggettivi da assumere a metro di valutazione nei casi concreti del consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto.

¹¹⁷ Ex plurimis sentenza del 7 giugno 2018, Scotch Whisky Association, C-44/17, EU:C:2018:415

La disciplina in commento trova applicazione in tutti i settori del consumo, ivi compresi quelli gestiti da professionisti sanitari.

Al riguardo pare necessario esaminare anzitutto la seconda parte dell'art.2 del Codice del Consumo, il quale contempla i diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti. La norma, al secondo comma, prima di procedere all'elencazione dei diritti, apre con l'inciso: "*ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali*".

La disposizione trova i suoi antecedenti nella Carta europea di protezione dei consumatori del 1973, nella quale furono espressi i diritti posti a pilastro della disciplina protezionistica e, subito dopo, nella Risoluzione sui diritti dei consumatori, adottata il 14 aprile 1975.

Nell'art. 2, comma 2, del Codice del Consumo, insieme ai diritti tutelati dalla Costituzione confluiscono quelli di rango inferiore. La dignità dei diritti dei consumatori, quand'anche non esplicitati nella Costituzione, viene amplificata con il ricorso alla dichiarazione di principio secondo la quale "*i diritti attribuiti al consumatore sono irrinunciabili*" (art. 143, Codice del Consumo).

In tale quadro normativo la giurisprudenza ha rimarcato l'importanza del modello del "consumatore medio" nei casi in cui si deve procedere al mero bilanciamento fra l'esigenza di libera circolazione delle merci e il diritto del consumatore a determinarsi consapevolmente, eccezion fatta per il caso in cui siano in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori. È stato osservato che "*Il modello astratto del 'consumatore medio' appare poi idoneo, ai fini del giudizio di ingannevolezza, soprattutto nelle ipotesi in cui è sufficiente operare un bilanciamento, secondo il principio di proporzionalità, tra l'esigenza di libera circolazione delle merci e il diritto del consumatore a determinarsi consapevolmente in un mercato concorrenziale, ma non già in quelle in cui la repressione della pubblicità ingannevole è funzionale alla protezione di più rilevante bene giuridico, quale, in particolare, il diritto alla salute, la cui tutela deve essere ovviamente assicurata anche ai consumatori più sprovveduti o non particolarmente vigili*"¹¹⁸. Nel caso esaminato era applicabile l'art. 5 del d.lgs. n. 74/92 (poi art. 24 del d.lgs. n. 206/05, attualmente art. 6 del d.lgs. n. 145/07) che, si legge nella stessa pronuncia, considerava ingannevole "*la pubblicità che riguardando prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei soggetti che essa raggiunge, omette di darne notizia in modo da indurre tali soggetti a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza*".

Ancora una volta si può affermare che il modello del consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, è un concetto astratto che va applicato al caso concreto comportando, inevitabilmente, a conclusioni assai diverse tra loro in base alla tipologia di diritto del consumatore da tutelare.

I richiamati principi appaiono di spiccata attualità, in coincidenza con la pandemia COVID-19, che ha rappresentato l'occasione per accendere l'interesse di molti operatori economici con il ricorso a informazioni pubblicitarie particolarmente seguite, attesa la forte preoccupazione generata dal timore di contagio. L'Autorità Garante è prontamente intervenuta, fra l'altro, su segnalazione di una consumatrice che rappresentava la diffusione sul web dell'informazione di un farmaco, presentato come "*generico Kaletra*" a cui veniva attribuita la dote di essere "*l'unico farmaco contro il Coronavirus (COVID-19)*" e "*l'unico rimedio di combattere il Coronavirus (COVID-19)*" - volti a suggerire un'efficacia di contrasto avverso il COVID-19. L'articolo pubblicitario faceva leva sulla pericolosità del COVID-19 e sulla presunta efficacia dei principi attivi contenuti nel generico Kaletra,

¹¹⁸ TAR Lazio, 1 febbraio 2011, n. 894 in V. Meli, citato.

al fine di promuoverne l'acquisto, addirittura affermando che *“Il vaccino non esiste ma con queste pillole ci si può proteggere”*.

L'Autorità, rilevate le esigenze di estrema gravità anche di interesse alla salute e igiene pubblica, ha condotto una repentina e attenta istruttoria da cui si è desunta la natura oltremodo abusiva dell'iniziativa, di autori ignoti privi di qualunque autorizzazione alla vendita on line e in violazione del divieto di fornitura a distanza al pubblico dei medicinali con obbligo di prescrizione medica.

L'Autorità ha stigmatizzato la vicenda ed ha rimarcato che *“il vanto di unicità (“l'unico farmaco contro il Coronavirus-2019-ncov disponibile in Italia”) al pari dei claim relativi alla millantata efficacia curativa del farmaco (“Kaletra contiene una combinazione di farmaci antiretrovirali che impediscono alle cellule del virus di riprodursi nel corpo umano”) sono destituiti da qualsivoglia fondamento scientifico dal momento che, allo stato, non risulta individuato alcun medicinale o vaccino idoneo a curare o limitare il contagio da COVID-19. Pertanto, la diffusione di detti claim è risultata idonea a condizionare sensibilmente i consumatori nella loro capacità decisionale inducendoli all'acquisto del farmaco “generico Kaletra” in violazione degli artt. 21, comma 1, lettera b), e 23, comma 1, lettera s), del Codice del Consumo. 22. Siffatti claim, unitamente alle allarmanti diciture a loro corredo (“Mortalità 40%” “milioni di persone isolate”, “un portatore di virus infetta 1,4-2,5 persone”) si rivelano particolarmente insidiosi in un momento di emergenza sanitaria. Invero, lo sfruttamento della situazione di particolare allarme dovuta al costante aumento del numero dei soggetti contagiati e al rischio di mortalità conseguente alla contrazione del virus, al fine di promuovere un farmaco, appare in violazione degli artt. 20 e 25, comma 1, lettera c), del Codice del Consumo in quanto idonea ad alterare la capacità di valutazione del consumatore, per condizionarne indebitamente le decisioni relative all'acquisto del farmaco”*.

Purtroppo non è stato l'unico caso riscontrato in associazione con l'epidemia.

Sono stati rilevati anche claim diretti a propalare l'attività di ossigenoterapia quale mezzo di prevenzione dell'epidemia con la vendita di sostanze, al più ininfluenti sul virus. La decisione di sopprimere il sito web dove era consentito acquistare il singolare prodotto è stata motivata dalla considerazione che l'iniziativa si sostanzava in una limitazione della libertà di scelta del consumatore, indotto all'acquisto dalla rappresentazione di fatti in veritieri, pericolosamente suscettibili di catturare l'interesse nel periodo di estrema preoccupazione avvertita dalla collettività¹¹⁹.

4. CONSUMATORE RAGIONEVOLE

Le evoluzioni giuridiche ed economiche non solo hanno portato alla formazione di una nuova normativa consumeristica, ma hanno anche determinato il sorgere di una sorta di “educazione” del consumatore per far sì che potesse compiere scelte economiche consapevoli e potesse divenire parte attiva all'interno del libero mercato.

L'analisi giuridica sin qui svolta, pertanto, non può esimere lo scrivente dall'esaminare il requisito della consapevolezza, e quindi della ragionevolezza, del consumatore dal momento che, come verrà

¹¹⁹ Garante concurr. e mercato, 08 aprile 2020, n.28217

esplicito nel corso dell'opera, il suddetto requisito è strettamente connesso alla tutela riconosciuta al consumatore.

Analizzando il ruolo che riveste l'educazione si può affermare che essa permette al consumatore di acquisire maggiore consapevolezza dei propri diritti e delle caratteristiche dei prodotti e/o servizi presenti sul mercato. L'educazione del consumatore, infatti, si esplica mediante anche l'invio di messaggi informativi tesi ad illustrare le peculiarità di beni e servizi consentendo al consumatore, nell'effettuare la propria scelta, di valutare anche i costi e i benefici derivanti dalla scelta stessa.

All'uopo si rammenta che il Codice del Consumo pone tra i pilastri fondamentali della disciplina consumeristica proprio il concetto dell'educazione del consumatore che è previsto e disciplinato dall'art. 4 il quale stabilisce che *“l'educazione dei consumatori e degli utenti è orientata a favorire la consapevolezza dei loro diritti e interessi, lo sviluppo dei rapporti associativi, la partecipazione ai procedimenti amministrativi, nonché la rappresentanza negli organismi esponenziali. 2. Le attività destinate all'educazione dei consumatori, svolte da soggetti pubblici o privati, non hanno finalità promozionale, sono dirette ad esplicitare le caratteristiche di beni e servizi e a rendere chiaramente percepibili benefici e costi conseguenti alla loro scelta; prendono, inoltre, in particolare considerazione le categorie di consumatori maggiormente vulnerabili”*.

Vi è ormai contezza della estrema importanza rivestita dall'educazione del consumatore, in quanto solo se il consumatore viene posto nelle condizioni di adottare le proprie decisioni sulla base di una scelta consapevole ed informata, la disciplina consumeristica potrà avere piena efficacia e realizzare i principi per i quali è stata elaborata. Certamente non si può ritenere la disciplina del consumatore una disciplina statica in quanto le continue modifiche delle metodologie del marketing comportano, inevitabilmente, la necessità che il Codice del Consumo venga altrettanto modificato e adattato alle evoluzioni del marketing.

Come esposto nella parte iniziale del primo capitolo, la disciplina attuale non è sorta *ex abrupto* ma, al contrario, vede i suoi natali, anche per quanto concerne il principio dell'educazione del consumatore, nell'art. 153 del Trattato CE e nell'art. 1 della l. n. 281 del 1998.

La circostanza che il concetto dell'educazione del consumatore sia stato inserito già nel Trattato CE *“indica la storica strategia delineata allo scopo precipuo di elevare a interesse protetto l'abilità cognitiva del consumatore attraverso un processo di apprendimento diretto ad assicurare un livello elevato di protezione di questi ultimi, la Comunità contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori stessi, nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'autoorganizzazione per la salvaguardia dei propri interessi”*¹²⁰.

L'inserimento del concetto di educazione all'interno del Trattato CE evidenzia, dunque, l'importanza che il legislatore comunitario ha riservato all'educazione del consumatore in quanto l'obiettivo perseguito è quello di creare un consumatore in grado di valutare le informazioni che acquisisce in ordine ai prodotti e/o servizi ad esso destinati. Un consumatore, peraltro, capace di filtrare le informazioni fornite dal professionista, in virtù dell'educazione ricevuta¹²¹.

Il predetto art. 153, poi, sottolineava la connessione intercorrente fra la tutela dei diritti del consumatore e l'educazione ad esso rivolta. L'educazione, infatti, permette al consumatore di essere

¹²⁰ Corte di Giustizia, com. eu., Conclusioni dell'Avvocato Generale, 7 maggio 2009, C227/08

¹²¹ *“Il Consumatore, la Pubblicità e Le Pratiche Commerciali Scorrette”*, di A. Stazi – D. Mula, in *“Il Diritto dei Consumatori”*, a cura di G. Cassano e M.E. di Giandomenico, CEDAM, 2010

tutelato non solo nella fase prenegoziale ma anche in quella successiva in riferimento ai rimedi giurisdizionali.

Il concetto di consapevolezza del consumatore, nel significato di compiere scelte ragionevoli e consapevoli, assume concretezza grazie all'informazione, o meglio al diritto dell'informazione, il quale costituisce, secondo il legislatore comunitario, un perno del rapporto consumeristico. In base a quanto poc'anzi affermato, dunque, il diritto all'educazione è connesso al diritto all'informazione che, a sua volta, viene considerato un diritto fondamentale del consumatore ex art. 2, lett. c) ed e) del Codice del Consumo. L'art. 5, invece, sancisce l'obbligo di fornire informazioni "in modo chiaro e comprensibile", obbligo che deve essere rispettato in tutte le fasi del rapporto negoziale.

Per quanto concerne i requisiti della chiarezza e della comprensibilità dell'informazione, la dottrina ha specificato che i predetti requisiti "non vanno intesi come un unicum nella valutazione delle informazioni fornite. La chiarezza deve essere riferita alle modalità esteriori con cui l'informazione o la clausola si palesa al consumatore e, dunque, in relazione alla leggibilità e riconoscibilità di questa. La comprensibilità deve essere, invece, intesa con riferimento al contenuto dell'informazione o clausola, che deve essere idoneo a rendere effettivamente edotto il consumatore circa le conseguenze legali delle sue scelte"¹²².

Vi è da aggiungere, poi, che il diritto del consumatore ad essere informato ed educato deve essere tutelato anche in ambito pubblicitario per cui l'informazione fornita a mezzo della pubblicità deve essere, altresì, veritiera e corretta.

*"L'educazione del consumatore viene dunque vista come diritto fondamentale, non certo come una posizione soggettiva inviolabile alla stregua dei diritti della personalità di cui all'articolo 2 Costituzione, piuttosto come una posizione che viene riconosciuta su tre piani: quello informativo, quello contrattuale e quello risarcitorio"*¹²³.

L'analisi svolta fino a questo momento porta ad affermare che il consumatore, dunque, per poter compiere delle scelte economiche consapevoli deve essere educato, id est informato. Un settore in cui l'informazione riveste una notevole rilevanza è il settore alimentare. I consumatori, infatti, sono sempre più attenti alla propria salute e tale attenzione si tramuta nella ricerca di informazioni circa l'origine e la composizione dei prodotti alimentari.

Costante è la giurisprudenza nel riconoscere il diritto del consumatore di ricevere delle informazioni, corrette ed imparziali. Ha precisato, inoltre, che il consumatore può essere indotto in errore laddove, su una confezione di un prodotto venga inserito un ingrediente che in realtà non c'è. *"Così è stato per un infuso ai frutti sulla cui confezione erano apposte immagini di lamponi e di fiori di vaniglia, mentre l'infuso non conteneva nessun ingrediente naturale di tali frutti"*¹²⁴. E in riferimento alle confezioni delle bottiglie di acqua, la Corte ha affermato che *"il contenuto di sodio indicato sulla confezione delle bottiglie di acqua minerale deve indicare la quantità complessiva di sodio in qualunque sua forma (sale da tavola e bicarbonato di sodio). In effetti, un consumatore potrebbe essere indotto in errore se un'acqua si presentasse come povera di sale, quando invece è ricca di bicarbonato di sodio"*¹²⁵.

¹²² A. Stazi – D. Mula, citato

¹²³ *"L'educazione del consumatore nell'ottica del Codice del Consumo"*, di Massimiliano Pagliaccia, in *Salvis juribus*, 22 August 2017, Giuffrè

¹²⁴ Corte di Giustizia, 4 giugno 2015, Teekanne, C-195/14

¹²⁵ Corte di Giustizia, 17 dicembre 2015, Neptune Distribution, C-157/14

La Corte di Giustizia si è espressa anche nel 2017 ritenendo che *“la Commissione avesse rifiutato legittimamente l'utilizzo di alcune indicazioni sulla salute per la commercializzazione del glucosio quali, in particolare, “il glucosio contribuisce al normale funzionamento del metabolismo energetico” o “il glucosio sostiene l'attività fisica”. Tali indicazioni incoraggiano infatti il consumo di zucchero, mentre tale incoraggiamento è incompatibile con i principi nutrizionali e sanitari generalmente accettati”*¹²⁶.

Ha poi aggiunto che *“i prodotti puramente vegetali non possono, in linea di principio, essere commercializzati con denominazioni riservate ai prodotti di origine essenzialmente animale, come “latte”, “chantilly”, “burro”, “formaggio” e “yogurt”. Di conseguenza, un'impresa non può utilizzare le denominazioni “latte di soia”, “burro di tofu” o “formaggio vegetale”, fermo restando che nella normativa dell'Unione esistono alcune eccezioni, come per la “crema di riso”*”¹²⁷.

Si può, dunque, concludere affermando che affinché un soggetto possa essere considerato un consumatore consapevole, in grado, id est, di effettuare scelte consapevoli e razionali, deve essere “educato”, informato e messo, così, in condizione di fare scelte ponderate ed oculate, concretizzando in tal modo la tutela allo stesso riservata.

4.1. SERVIZI DI ENERGIA ELETTRICA E CONSAPEVOLEZZA DEL CONSUMATORE

La disquisizione, poc'anzi effettuata, sul concetto di consapevolezza del consumatore correlato al principio di educazione, non deve però indurre il lettore a pensare che le decisioni delle autorità si basino esclusivamente sulla consapevolezza del consumatore dal momento che ciò che rileva, ai fini della emanazione delle decisioni, è la conoscenza posseduta da un “consumatore ragionevolmente attento e avveduto”, così come evidenziato nel precedente paragrafo.

I requisiti della consapevolezza e del grado di informazione del consumatore sono utilizzati molto spesso quali metro di valutazione dalle Autorità chiamate ad intervenire. Il giudice amministrativo, ad esempio, in un caso avente ad oggetto l'attivazione non richiesta di fornitura di energia elettrica e di gas naturale, dopo aver premesso che: *“Se è vero che – come da questa stessa Sezione in precedenza affermato (cfr. sentenza 3 marzo 2004 n. 2020) – l'individuazione del (livello di conoscenza del) consumatore medio non può conseguire ad una valutazione condotta in termini meramente statistici (quanto, piuttosto, devono essere necessariamente presi in considerazione fattori di ordine sociale, culturale ed economico, fra i quali, in particolare, va analizzato il contesto economico e di mercato nell'ambito del quale il consumatore si trova ad agire), non può allora essere disconosciuta – a tali fini – la rilevanza alle caratteristiche proprie dei beni e/o dei servizi coniugate con le (eventuali) peculiarità del settore merceologico di riferimento”*¹²⁸, ha rilevato che nella fase di transizione dei mercati dell'energia elettrica e del gas naturale verso un regime di liberalizzazione vi era un'asimmetria informativa tra il consumatore e il professionista.

Nella medesima pronuncia, il Tribunale ha precisato che la predetta asimmetria *“non appare suscettibile di essere colmato ricorrendo (...) alle conoscenze ordinariamente pretendibili in capo ad un consumatore ordinariamente (e diligentemente) informato sulla configurazione del mercato*

¹²⁶ Sentenza dell'8 giugno 2017, Dextro Energy/Commission, C-296/16 P

¹²⁷ Sentenza del 14 giugno 2017, Tofu Town.com, C-422/16

¹²⁸ TAR Lazio, 25 marzo 2009, n. 3722, in V. Meli, citato

nell'ambito del quale venga a collocarsi la sua posizione. E ciò non soltanto perché la larghissima diffusione dei beni offerti da EE (energia elettrica; gas naturale) viene ad impattare su una larghissima platea di potenziali utenti (all'interno della quale non è ragionevolmente predicabile non soltanto un elevato grado di informazione; ma, neppure, un'omogenea diffusione della consapevolezza in ordine alle caratteristiche intrinseche dell'offerta); ma anche in considerazione del fatto che la conoscibilità della transizione verso un diverso regime di mercato non avrebbe, comunque, potuto implicare l'eccessiva cognizione di specifici elementi identificativi dell'offerta promossa da ENEL ENERGIA che solo la completezza del quadro informativo da quest'ultima prospettato avrebbe potuto, invece, rendere concretamente disponibili e percepibili”.

È di lapalissiana evidenza, dunque, l'imprescindibile disamina, nel caso concreto, sia della presenza del requisito della consapevolezza del consumatore sia del suo grado di informazione.

Non va sottaciuto, però, che molto spesso le decisioni giurisprudenziali appaiono poco conformi ai principi comunitari e piuttosto ambigue. In una pronuncia emessa alla fine del 2009 dal TAR Lazio, sulla valutazione della consapevolezza del consumatore, viene statuito che risulta essere *“irrelevante (...) l'affermata (quanto indimostrata) presenza, in capo al percettore del messaggio, di una soglia di asserita consapevolezza che, in ogni caso, non sia idonea a consentire una compiuta percezione dei contenuti dell'informazione”*¹²⁹.

Nella decisione da ultimo citata, tuttavia, non viene esplicitato se, in caso di informazione poco chiara, la valutazione della consapevolezza del consumatore perda rilevanza, dal momento che la stessa non risulterebbe comprensibile a nessun consumatore, indipendentemente dal suo grado di consapevolezza¹³⁰.

5. CODICE DEL CONSUMO E LIMITI AL DANNO DA RISARCIMENTO

La normativa legislativa comunitaria e nazionale, così come più volte ribadito in questo lavoro di ricerca, si ispira al principio della tutela del consumatore, seppure attraverso un bilanciamento dei vari interessi in gioco per garantire il buon funzionamento del mercato interno.

Proprio al fine di garantire la maggiore tutela possibile del consumatore, in giurisprudenza è stato riconosciuto il diritto del consumatore ad una tutela anche risarcitoria, in aggiunta ai rimedi contemplati dall'art. 130 Codice del Consumo¹³¹.

In caso di prodotto difettoso, la scelta del consumatore tra la riparazione o la sostituzione, a cura e spese del venditore, sembrava limitata dalla sola impossibilità o eccessiva onerosità per il venditore di eseguire l'intervento scelto.

Ebbene, la Corte di Cassazione ha chiarito che è riconosciuta al consumatore una più ampia tutela, nel caso di difetto di conformità, comprensiva del diritto al risarcimento del danno, pur in mancanza di espressa previsione all'art. 130, comma 2, del Codice del Consumo, in attuazione dei principi generali sanciti dal codice civile.

¹²⁹ TAR Lazio, 29 dicembre 2009, n. 13789

¹³⁰ V. Meli, citato

¹³¹ S.C., 20 gennaio 2020 n. 1082

Pertanto, in caso di vizi o difetti, l'acquirente può agire anche per conseguire il risarcimento del danno. *“In tema di vendita di beni di consumo, l'art. 130 d.lgs. n. 206 del 2005 reca una specifica tutela del consumatore, prevedendo e disciplinando la responsabilità del venditore per qualsiasi difformità esistente al momento della consegna, mentre, come previsto dall'art. 135 del menzionato d.lgs., in tutti gli altri casi d'inadempimento si applicano le regole ordinarie, che richiedono una specifica allegazione (circa la natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità) e prova. (Nella specie, con riferimento alla vendita di una autovettura, la S.C. ha rigettato l'impugnazione avverso la decisione, con cui era stata esclusa la responsabilità ex art. 130 del d.lgs. cit. del concessionario, stante il giudicato sull'inesistenza di difetti originari del bene, ed era anche stata negata ogni altra responsabilità, in mancanza di specifica allegazione e prova del nesso eziologico fra una condotta illecita qualificata e il danno, verificatosi a distanza di tempo dall'acquisto)”*¹³².

Si può concludere, dunque, affermando che la nuova interpretazione del citato art. 130 Codice del Consumo riconosce al consumatore, in caso di vizio nella vendita ed eccessiva onerosità della sua riparazione, il diritto ad agire per il solo risarcimento del danno in applicazione dei principi stabiliti dal diritto interno.

5.1. CASSAZIONE CIVILE, SEZ. II, SENTENZA 20/01/2020 N° 1082

È stato esaminato dalla giurisprudenza di legittimità un caso di acquisto di una partita di larice, poi rivelatasi difettosa a causa di un anomalo restringimento dell'opera per cui il materiale era stato utilizzato, derivante dalla perdita di umidità delle perline dopo la posa. Il consumatore incardinava il giudizio innanzi al Tribunale di Mondovì al fine di ottenere, in via principale, la condanna del convenuto all'eliminazione dei vizi già riscontrati in sede di accertamento tecnico preventivo ed, in via subordinata, il risarcimento di tutti i danni subiti in conseguenza dei vizi del materiale fornito. Il Tribunale adito rigettava la domanda principale, ritenendo eccessivamente oneroso per il venditore l'intervento di ripristino, e accoglieva la domanda subordinata di risarcimento del danno. Il convenuto adiva la Corte d'Appello di Torino che rigettava la suddetta domanda risarcitoria, argomentando che, una volta passata in giudicato la valutazione del Giudice di primo grado di eccessiva onerosità della sostituzione della copertura del tetto in legno non conforme, il risarcimento del danno integrale, costituito dalle spese necessarie per il ripristino del tetto, costituisse misura equivalente e, quindi, non consentita per eccessiva onerosità. L'unico spazio di tutela possibile sarebbe stata la rifusione delle spese necessarie per coprire i difetti estetici del prodotto. Nel caso di specie, non essendo stata espressamente richiesta dall'attore tale voce di danno, il principio della corrispondenza della pronuncia giudiziale alla domanda ne impediva il riconoscimento¹³³.

La Corte di Cassazione ha sancito, in primo luogo, che l'art. 130 cod. cons. non si occupa del risarcimento del danno, né lo menziona tra i rimedi che incontrano il limite di eccessiva onerosità ed in secondo luogo che l'art. 1494 cod. civ., che dispone la responsabilità del venditore per i danni derivanti dai vizi della cosa, è applicabile secondo le ordinarie regole civilistiche in maniera integrativa e complementare alle norme di tutela del consumatore. Ciò tanto per diritto positivo, quanto per principi generali.

¹³² S.C., Sez. III, 30 maggio 2019, n.14775

¹³³ Cassazione civile, sez. II, 20 gennaio 2020 n. 1082

L'art. 135 cod. cons., infatti, fa salva l'applicazione di quanto disposto dal codice civile in materia di contratto di vendita, per quanto non diversamente previsto, e, in ogni caso, lascia impregiudicata la titolarità del consumatore dei più ampi diritti che gli spettano in virtù di altre fonti dell'ordinamento. In tal modo trasponendo fedelmente il contenuto della direttiva 1999/44/CE (si veda, in particolare, l'art. 8) del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, in attuazione della quale è stato emanato il complesso di norme noto come Codice del Consumo.

Questa regola è frutto di una tecnica normativa generalmente adottata in ambito internazionale e sovranazionale in tema di diritti della persona. Il c.d. principio dello standard minimo di tutela ha una duplice finalità: da un lato, fissa la soglia minima di protezione che gli Stati devono garantire in materia, e, dall'altro, scongiura l'effetto collaterale di diminuire il livello di tutela più elevato già attribuito al soggetto dalle disposizioni esistenti.

In accoglimento del secondo motivo di ricorso, la Cassazione ha inoltre ribadito che la domanda risarcitoria, salva espressa specificazione e limitazione del richiedente, ha un effetto comprensivo di tutti i danni cagionati dal comportamento lamentato del convenuto. Non è corretta, quindi, la valutazione della Corte di Appello a quo che aveva ritenuto i danni estetici non rientranti nella richiesta dei danni per la sostituzione della copertura del tetto, in maniera contraria al principio che il più contiene sempre il meno.

“In tema di vendita di beni di consumo affetti da vizio di conformità, ove la riparazione o la sostituzione risultino, rispettivamente, impossibile ovvero eccessivamente onerosa, va riconosciuto al consumatore, benché non espressamente contemplato dall'art. 130, comma 2, del d.lgs. n. 206 del 2005, ed al fine di garantire al medesimo uno standard di tutela più elevato rispetto a quello realizzato dalla Direttiva n. 44 del 1999, il diritto di agire per il solo risarcimento del danno, quale diritto attribuitogli da altre norme dell'ordinamento, secondo quanto disposto dall'art. 135, comma 2, del medesimo c. cons. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che, in presenza di una domanda principale volta alla eliminazione dei vizi ed una, subordinata, di carattere esclusivamente risarcitorio, riconosciuta l'esistenza dei vizi lamentati dal consumatore e, al contempo, l'eccessiva onerosità dell'intervento occorrente per la loro eliminazione, aveva circoscritto il risarcimento nei limiti del solo danno non coperto dalla sostituzione eccessivamente onerosa)”¹³⁴.

Si può concludere affermando che l'intervento della Corte di Cassazione ha posto fine al paradosso nel quale ci si era imbattuti laddove la disciplina peculiare, prevista a maggior tutela di una determinata categoria di soggetti, in realtà comportava un danno per gli stessi dal momento che negava loro la titolarità dei diritti riconosciuti alla generalità dei consociati.

¹³⁴ Cassazione civile, 20 gennaio 2020 n. 1082

CAPITOLO IV: OBBLIGHI PUBBLICITARI

1. INDICAZIONE DEI PRODOTTI

Si è già avuto modo di commentare lo sguardo del legislatore rivolto alle tutele previste in favore del consumatore, nella consapevolezza del ruolo cruciale che svolge la capacità di recepimento e selezione dell'informazione.

Gli obblighi informativi rappresentano, ancor di più rispetto ai principi di educazione e trasparenza (si rimanda a quanto detto nel capitolo 3), il focus del rapporto che si crea con il consumatore. Del resto è attribuita tutela autonoma al diritto di ottenere una concreta e completa informazione.

Invero, la ratio delle norme predisposte a garanzia dell'adempimento degli obblighi informativi da parte del soggetto prevalente nel rapporto, è quella di assicurare l'accesso all'orizzonte delle clausole predisposte. Tali obblighi valgono e sono cogenti sin dalla fase prenegoziale e vanno rispettati anche nella comunicazione commerciale, quella pubblicitaria. In tale contesto si innesta la direttiva CE n. 29/05 che, nel disciplinare le pratiche commerciali sleali tra impresa e consumatore, pone l'attenzione sulla pubblicità, mezzo base della comunicazione commerciale, adoperando la tutela del consumatore finale ben prima del momento in cui si appresta ad assumere la scelta decisiva di acquistare o meno un prodotto: il tema della pubblicità costituisce il cuore del rapporto commerciale, siccome insinua nell'animo del consumatore il bisogno dell'acquisto e si rende perciò stesso intrinsecamente connessa alla pratica commerciale¹³⁵.

L'azione pubblicitaria, invero, determina l'orientamento a ogni scelta su qualsivoglia soggetto, persino quando non risulta essere diretto destinatario di una determinata offerta. La propalazione di un prodotto, per il tramite di politiche e pratiche commerciali, è sempre in grado di condizionare le decisioni di acquisto del consumatore. Si pensi al caso dei semplici rivenditori che, pur senza specifica formazione, pubblicizzano un prodotto.

In via esemplificativa, a proposito delle pratiche commerciali scorrette e delle azioni pubblicitarie correlate, merita di essere ripetuto un icastico argomento della giurisprudenza, secondo il quale *“il messaggio pubblicitario che ometta informazioni determinanti per la scelta del consumatore integra una pratica commerciale scorretta in quanto idonea a falsare in maniera apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta”*¹³⁶.

Il dato normativo dettato dal Codice del Consumo fornisce un'elencazione esemplificativa, quindi non esaustiva, delle pratiche commerciali scorrette in funzione della tutela del consumatore. Al fine di valutare se la pubblicità sia ingannevole e possa indurre in errore il consumatore, pregiudicandone la libertà negoziale, viene elencata una serie di fattori che comprendono: 1) le caratteristiche strutturali e funzionali del prodotto (tra di esse la sua disponibilità, la natura, la produzione, la

¹³⁵ *“Il punto di vista”*, di Pratesi, in *“Ruolo e funzione della pubblicità nell'ambito della direttiva sulle pratiche commerciali sleali”*, di M. L. Magnoin, in *“Le pratiche commerciali sleali”* di E. Minervini, L. Rossi Carleo, Giuffrè Editore, 2007

¹³⁶ TAR Lazio, n. 4490 del 4 maggio 2009, in *“Foro Amm.”*, 2009, 1411

composizione e la modalità di uso); 2) gli aspetti economici della fornitura, ovvero il prezzo, con il suo calcolo e gli sconti, e le garanzie¹³⁷.

Il messaggio pubblicitario ingannevole è figlio di una informazione sbagliata ovvero di una omessa informazione. Una condotta ingannevole attiva si esplicita in un messaggio che esprime informazioni non rispondenti al vero oppure, se pur essendo corrette, siano presentate in modo da indurre in errore il consumatore medio, riguardo agli elementi cruciali del rapporto negoziale, per esempio, ai sensi dell'art. 21 c.d.c., l'esistenza o la natura del prodotto, le sue caratteristiche principali, la portata degli impegni del professionista, il prezzo e le sue modalità di calcolo, ovvero degli altri fattori che, comunque, lo abbiano spinto ad assumere una decisione che altrimenti non avrebbe preso¹³⁸.

L'art. 6 è un precetto cucito a baluardo della garanzia di una informazione commerciale esatta e chiara, veridica per la incontestabile sicurezza e qualità dei prodotti. La norma stabilisce le indicazioni minime, ma fondamentali, da riportare nell'informazione pubblicitaria del prodotto posto in vendita (sul territorio italiano), consentendo al consumatore di conoscere ogni utilità atta a valutare una scelta consapevole. Il precetto ha portata generale di garanzia in favore del consumatore, imponendo una trasparenza minima e prospettando tutele informative più ampie da parte del contraente forte nell'informazione del prodotto¹³⁹.

Un esempio virtuoso, dettato dalla normativa domestica e comunitaria, si rinviene nella disciplina dell'etichettatura dei prodotti alimentari. I produttori hanno l'obbligo di indicare: il contenuto della confezione; gli ingredienti; il peso; il luogo e la ditta produttrice; la data di scadenza o di durata; quando occorre, le modalità di conservazione e preparazione. Di più, secondo le indicazioni del legislatore comunitario, le etichette potranno anche approfondire le informazioni indicando (in kilocalorie) il valore energetico del prodotto alimentare; la quantità dei principi nutrizionali contenuti.

La legislazione tutta (europea e domestica, secondo un ordine non gerarchico ma nella sostanza paritario) impone, quale elemento cogente, l'esattezza dell'informazione sulle caratteristiche del prodotto oggetto di pubblicità a tutela del consumatore, in specie ove siano implicati diritti fondamentali della persona, come quello alla salute. In tale ottica sono state elaborate ipotesi di presunzione di illiceità dei comportamenti dell'impresa (si rammentano, in via esemplificativa, gli episodi noti alla cronaca nazionale, tuttora ripetuti, dell'esposizione di marchi a garanzia di un prodotto alimentare – vino od altro – senza che il produttore ne abbia mai ottenuto titolo alcuno, oppure le informazioni pubblicitarie a proposito della rispondenza tra il prodotto pubblicizzato e quello effettivamente posto in commercio)¹⁴⁰.

Tanto detto, nel definire lo spettro degli interessi coinvolti dall'illecita informazione pubblicitaria, vale rimandare ancora alla lettura della giurisprudenza per cui *“la tutela in materia di pubblicità ingannevole è rivolta solo indirettamente verso interessi a contenuto patrimoniale, in quanto offre tutela immediata alla libertà di scelta del consumatore che, ove alterata, produce di riflesso al medesimo dei danni economici”*¹⁴¹. Pure l'Autorità Garante della Concorrenza, nella considerazione che la pubblicità debba essere un corretto strumento di orientamento delle scelte del consumatore, ha confermato, nelle pronunce rese nel tempo, che il messaggio pubblicitario deve consentire la completa informativa delle caratteristiche essenziali e delle condizioni economiche del prodotto (ovvero del

¹³⁷ *“Pratiche Ingannevoli e pubblicità ingannevole”, di I. Principe, in “Le pratiche commerciali sleali” di E. Minervini, L. Rossi Carleo, Giuffrè Editore, 2007*

¹³⁸ A. Stazi, D. Mula, citato

¹³⁹ *“Il Codice del Consumo Commentato”, di M. Castri, A. Palmigiano, Edizione 2010*

¹⁴⁰ A. Stazi, D. Mula, citato

¹⁴¹ Cons. St., 4 agosto 2009, n. 4901, in *“Giorn. Amm.”*, 2009

servizio) e risultare un corretto strumento di orientamento all'acquisto per il consumatore. L'informazione, poi, sempre a vedere del Garante, deve essere immediatamente reperibile non assumendo rilievo alcuno il rimando, in occasione di omessa informazione nel messaggio originario, ad altri mezzi (anche in rete) operato dal produttore o dal soggetto che ne cura l'informazione commerciale specifica: *“la carenza informativa della confezione in questione, rappresenta elemento idoneo ad alterare le scelte economiche dei consumatori e tale da ingenerare erronee aspettative nei destinatari, in ordine alle reali condizioni e modalità di fruizione del servizio. Né può assumere rilevanza, in tale contesto, la circostanza che il messaggio contenga l'invito a reperire maggiori informazioni in merito all'offerta pubblicizzata, attraverso una terza fonte informativa, rappresentata dal sito internet di Wind Italia oppure dal servizio di Assistenza Clienti Wind del 155. Infatti, contrariamente a quanto sostenuto dall'operatore pubblicitario, tale avvertenza non è elemento sufficiente per escludere la portata ingannevole del messaggio segnalato, con particolare riferimento alle reali condizioni alle quali l'offerta risultava subordinata”*.

1.1. L'ORIGINE DEI PRODOTTI. IL CASO LIDL.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, a proposito della commercializzazione dei prodotti alimentari, ha più volte indagato, irrogando addirittura sanzioni, il marchio LIDL distintivo della nota catena di supermercati, assai diffusi e praticati nel territorio nazionale.

Tanto ha fatto contestando, da ultimo, la promozione e la commercializzazione, praticata sia *online* che negli esercizi, di due linee di pasta, denominate “Italamo” e “Combino”, siccome presentate ai consumatori per il tramite di confezioni caratterizzate da diciture ed elementi che avevano accentuato, in via spropositata, l'indicazione italiana dell'alimento, nonostante l'informazione apposta della provenienza “UE e non UE” del grano duro utilizzato per ottenere la semola. Criticità, questa, che avrebbe potuto trarre in inganno il consumatore. Secondo l'Autorità, le modalità di presentazione di un alimento, quale la pasta, caratterizzante la tavola del consumatore italiano e di preponderante incisione nel consumo alimentare nazionale, avrebbe indotto in errore il consumatore circa la localizzazione dell'intera filiera produttiva della pasta, a cominciare dalla materia prima, il grano. A vedere dell'Autorità, il sostegno all'ipotesi di ingannevole informazione derivava dal dato scientifico incontestato per il quale il consumatore italiano attribuisce, ben più del consumatore medio europeo, precipuo rilievo all'informazione sull'origine del prodotto alimentare e delle materie prime utilizzate ai fini della specifica realizzazione dell'alimento pasta: la conoscenza della composizione di un prodotto alimentare, dall'origine della filiera, rappresenta per il consumatore italiano l'elemento decisivo per operare l'acquisto di un prodotto alimentare, ponendosi il prezzo quale variabile ultima. Tanto detto, lo scrutinio di una lesione derivata da carente e contraddittoria informazione sul prodotto in odio del consumatore ed operata dal distributore LIDL si sostanziava, secondo l'avviso dell'Autorità, dal dato, sempre statistico, per cui la quasi totalità dei consumatori intervistati riteneva informazione decisiva l'indicazione - di pronta lettura nell'etichetta - dell'origine e della derivazione geografica delle materie prime usate per la produzione di un alimento ai fini della scelta di acquisto, con ulteriore riguardo alla preferenza di produzioni attestata da marchi comunitari di qualità legati all'origine del prodotto (DOCG, DOC, DOP, IGP, etc.).

Il consumatore, invero, secondo il parere dell'Autorità continuava ad avere una falsa rappresentazione circa l'origine della pasta, anche laddove, sulle confezioni di detto prodotto, veniva indicata l'origine “UE e non UE” del grano duro. La LIDL invece, a sua discolpa, sosteneva che l'Autorità Garante, errando, applicava solo la disciplina di cui al Codice del Consumo omettendo qualsiasi riferimento

alla normativa comunitaria inerente all'etichettatura. L'azienda reclamava, soprattutto, la mancata applicazione del Regolamento UE n. 775 del 2018, secondo il quale l'ingrediente primario del prodotto alimentare va indicato solo se proviene da un paese diverso rispetto al Paese di realizzazione del prodotto finito. L'azienda contestata affermava di aver rispettato gli obblighi prescritti dal predetto regolamento in quanto il prodotto alimentare da considerare era la pasta di grano duro il cui principale ingrediente era la semola di grano duro. La pasta fabbricata in Italia aveva quale principale ingrediente la semola di grano duro che era ottenuta in Italia. Ergo, in base a ciò, la LIDL riteneva infondate le contestazioni mosse dall'Autorità dal momento che sia l'alimento (pasta) sia l'ingrediente principale (semola di grano duro) erano prodotte entrambe in Italia e, quindi, le etichette riportavano informazioni corrette. L'azienda, adducendo che è noto al consumatore medio l'origine non sempre italiana del grano duro utilizzato per la produzione della pasta, cercava di rendere meno rilevante l'importanza dell'indicazione dell'origine del grano duro e tentava, inoltre, di giustificare l'aver enfatizzato l'area di produzione della pasta a scapito dell'indicazione dell'origine della materia prima, affermando che la suddetta modalità promozionale rispettava le finalità del contrassegno IGP teso ad assicurare che i processi di lavorazione avvengano nell'area protetta indipendentemente dall'origine della materia prima. Ciò comportava, dunque, che la LIDL poteva produrre la pasta senza utilizzare grano italiano.

Di diverso avviso l'Autorità la quale, appunto, riteneva che il consumatore medio veniva tratto in inganno dalle indicazioni presenti sulle confezioni della pasta e da quelle presenti sul sito internet dell'azienda, tanto da poter credere che fosse italiana l'intera produzione della pasta, compreso il grano duro utilizzato, e non che, come di fatto era, fossero di origine italiana solo il processo di trasformazione e le professionalità impiegate nella produzione.

Nel caso *de quo*, inoltre, internet influenzava la pratica commerciale contestata dal momento che configurava un potente mezzo di comunicazione promozionale. A sostegno delle proprie tesi accusatorie, l'Autorità richiamava il Regolamento UE n. 1169 del 2011 (predecessore del Regolamento UE n. 775 del 2018, citato dalla LIDL) il quale, in tema di etichettatura dei prodotti alimentari, sanciva che il consumatore finale per poter effettuare delle scelte consapevoli e utilizzare in modo sicuro gli alimenti deve ricevere le informazioni sugli stessi perché solo fornendo le informazioni ai consumatori si garantisce a questi ultimi un "*livello elevato di protezione della salute*" e riaffermava il concetto, già elaborato dalla Corte di Giustizia, secondo cui l'obiettivo del Regolamento UE n. 1169 del 2011 "*era quello di garantire un elevato livello di protezione dei consumatori in materia di informazioni sugli alimenti tenendo conto delle differenze di percezione dei consumatori stessi*"¹⁴². L'Autorità ricordava, dunque, che l'elevato livello di protezione, di cui al citato Regolamento UE, veniva parametrato in base ai diversi gradi di percezione dei consumatori e delle loro differenti esigenze in ambito informativo. Ciò posto, il Regolamento sanciva che per consentire al consumatore di effettuare scelte consapevoli e, nel valutare la necessità di informazioni obbligatorie sugli alimenti, bisognava prendere "*in considerazione il fatto che la maggioranza dei consumatori ritiene particolarmente necessarie alcune informazioni cui attribuisce un valore significativo*". L'Autorità ricordava che le etichette, secondo quanto previsto dalla disciplina che le regola, devono essere leggibili, visibili, indelebili e devono essere apposte in un punto evidente e rammentava, altresì, che al fine di non indurre in errore il consumatore sui prodotti alimentari è necessario che vi sia una corretta informazione in ordine alla provenienza, all'origine e alle caratteristiche non solo del prodotto alimentare ma anche della materia prima. Ebbene, le confezioni della pasta commercializzata dalla LIDL, sia on-line che nei punti vendita, presentavano una

¹⁴² Corte Giust. Com. Eu., 12 novembre 2019, causa C – 363/18

discrepanza fra le informazioni in ordine alla provenienza del grano duro (materia principale) e la millantata “italianità” del prodotto finale.

Ma vi era di più. Nonostante la normativa, come poc’anzi detto, richiedesse l’apposizione di etichette visibili e leggibili, sui due tipi di pasta venduta dalla LIDL, l’indicazione sull’origine del grano duro veniva fornita a mezzo caratteri piccoli e posizionata in modo non visibile, o nella parte laterale o in quella posteriore della confezione. Peggio ancora, l’indicazione fornita sul sito internet dell’azienda laddove la suddetta indicazione non era addirittura visibile. L’Autorità eccepiva che il consumatore, essendo attirato maggiormente dallo slogan, non era spinto a girare la confezione e a leggere le indicazioni sul prodotto e sull’origine della materia prima, e, quindi, era falsamente indotto a ritenere che il grano duro impiegato per produrre la semola fosse di origine italiana così come faceva presumere lo slogan utilizzato dall’azienda.

L’Autorità, concludendo la disamina effettuata nel procedimento incardinato avverso la LIDL, ribadisce, dunque, che nell’ambito dell’acquisto di pasta di semola di grano duro, il consumatore riceve un’adeguata tutela, che si concretizza nella possibilità di effettuare una scelta economica consapevole, solo se riceve una corretta informazione sulla materia prima. Nel caso di specie la LIDL, invece, non aveva garantito tutela al consumatore ponendo in essere, l contrario, una pratica commerciale scorretta. L’Autorità affermava che *“al di là dell’imprescindibile riferimento agli obblighi informativi desumibili dalla normativa di settore e considerata l’importanza attribuita dai consumatori all’indicazione dell’origine della materia prima e del luogo di trasformazione, l’incompletezza dell’informazione resa al primo contatto attraverso le confezioni delle paste a marchio Italiano e Combino (o la sua assenza sul sito internet del professionista) appare configurare una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 21 e 22 in quanto suscettibile di confondere il consumatore su una caratteristica essenziale del prodotto, quale l’origine del grano duro impiegato”*.

Alla luce di quanto esposto, era evidente che la pratica commerciale posta in essere dalla LIDL era in grado di indurre in errore il consumatore in riferimento all’origine italiana di tutti gli ingredienti della pasta “Italiano” e “Combino” e, quindi, condizionava le scelte economiche del consumatore. L’Autorità, pertanto, comminava alla LIDL una sanzione amministrativa pari ad un milione di euro e, per maggiormente tutelare il cliente/consumatore, diffidava la predetta società a modificare le confezioni della pasta e ad adeguarle alla normativa di settore.

2. MODALITÀ DI INDICAZIONE

Per quanto concerne le modalità delle indicazioni dei prodotti, la norma cardine è costituita dall’art. 7 del Codice del Consumo laddove viene stabilito che le informazioni, ove possibile, devono essere collocate direttamente sulla parte esterna delle confezioni, su apposite etichette o *“su altra documentazione illustrativa che viene fornita in accompagnamento dei prodotti stessi”*. Numerose pronunce giurisprudenziali, soprattutto in campo finanziario, ineriscono alla importanza rivestita dalla documentazione informativa/illustrativa che viene fornita assieme ai prodotti e/o servizi oggetto di contrattazione. La giurisprudenza di merito, difatti, si è espressa affermando la rilevanza del prospetto informativo riguardante i titoli che il consumatore intende acquistare rafforzando, così, la tutela garantita all’investitore. L’intermediario, in tal modo, adempierà ai suoi obblighi informativi nei confronti del cliente soltanto laddove fornisca non solo il documento sui rischi generali predisposto dalla Consob ma anche il prospetto informativo sui titoli oggetto del rapporto

contrattuale. Il Tribunale di Genova così, testualmente statuisce: *“con la consegna del documento sui rischi generali degli investimenti predisposto dalla Consob, l’intermediario finanziario non adempie tutti i suoi obblighi informativi nei confronti del cliente; a quest’ultimo dovrà essere consegnato anche il prospetto informativo relativo ai titoli che intende acquistare”*¹⁴³.

In questa opera si è più volte affermato che, soprattutto in ambito finanziario, vi è una maggiore asimmetria informativa fra le parti e che, quindi, molto spesso è intervenuta anche la Suprema Corte per bilanciare il rapporto negoziale. Si richiama, sul punto, la recentissima pronuncia della Corte emessa il 31 agosto 2020, la quale, proprio per tutelare il cliente, si è espressa sul valore rivestito da moduli già predisposti, sottoscritti poi dal consumatore, a mezzo dei quali quest’ultimo dichiara di essere “consapevole” delle scelte economiche che sta per compiere. Ovviamente nella maggior parte dei casi i consumatori non sono affatto consapevoli delle scelte finanziarie che stanno effettuando a causa della particolarità delle stesse. La Suprema Corte ha dunque statuito che *“in tema di intermediazione finanziaria, la dichiarazione resa dal cliente su modulo sottoscritto predisposto dall’intermediario, in ordine alla propria consapevolezza, conseguente alle informazioni ricevute, della rischiosità dell’investimento suggerito dal medesimo intermediario e della inadeguatezza dello stesso rispetto al suo profilo d’investitore, non costituisce dichiarazione confessoria, in quanto è rivolta alla formulazione di un giudizio e non all’affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo”*¹⁴⁴. Sempre nell’ottica della maggiore tutela del consumatore, si è pronunciata la Corte di Appello di Bari la quale, in materia di obblighi informativi da fornire mediante moduli precompilati, ha affermato che *“non soddisfano gli obblighi informativi il semplice rifiuto del cliente di fornire informazioni, documentato attraverso la semplice “spunta” dell’apposita voce apposta sul contratto quadro precompilato, né la preventiva deduzione secondo cui l’elevato rendimento del titolo sarebbe già di per sé indicativo dell’elevata rischiosità dell’investimento”*¹⁴⁵. Sempre nell’ottica di tutelare quanto più possibile il consumatore, in tema di obblighi informativi, si è espressa la Corte di Appello di Bari che, con una pronuncia del 25 gennaio 2018, ha statuito che *“non soddisfano gli obblighi informativi il semplice rifiuto del cliente di fornire informazioni, documentato attraverso la semplice “spunta” dell’apposita voce apposta sul contratto quadro precompilato, né la preventiva deduzione secondo cui l’elevato rendimento del titolo sarebbe già di per sé indicativo dell’elevata rischiosità dell’investimento”*.

Dal momento che il settore del credito è un settore nel quale il consumatore merita particolare tutela, non solo vi sono numerose pronunce giurisprudenziali, ma sono state elaborate specifiche normative in materia che, facendo propri i principi di cui al Codice del Consumo, cercano di offrire la più ampia tutela possibile al consumatore. Una delle ultime norme introdotte in materia di contratti di credito immobiliare ai consumatori è rappresentata dal Decreto Mutui, in attuazione della Direttiva comunitaria 2014/17/UE, c.d. Mortgage Credit Directive (MCD). Detto decreto, essendo una norma di recepimento di una direttiva comunitaria, ne mutua la disciplina anche in riferimento all’incremento della tutela da offrire al consumatore, tenuto conto dei rischi connessi alla stipula di contratto di credito immobiliare e degli obblighi ad esso connessi.

Il riferimento al predetto Decreto Mutui non è inconferente con il tema trattato in questa opera, dal momento che i principi di cui al Codice del Consumo sono riscontrabili in detto decreto laddove, seppure non esplicitamente richiamato, è chiaro il nesso con l’art. 7 del Codice del Consumo, in tema

¹⁴³ Trib. Gen., 2 agosto 2005, in A. Stazi, D. Mula, citato

¹⁴⁴ Cass. Civ., sez. I, 31 Agosto 2020, n. 18122

¹⁴⁵ Corte di App. Bari, 25 Gennaio 2018. Giudice Estensore Mele

di informazioni da fornire al consumatore. L'art. 7 del Codice del Consumo, così come poc'anzi riportato, prevede che le informazioni possono anche essere riportate *“su altra documentazione illustrativa che viene fornita in accompagnamento dei prodotti stessi”*. Ebbene, nel Decreto Mutui gli obblighi informativi gravanti sugli intermediari e sui finanziatori, vengono disciplinati dall'art. 120 octies, il quale statuisce che le informazioni devono essere fornite in modo corretto, chiaro e non ingannevole né devono essere formulate in modo tale da ingenerare nel consumatore false aspettative sul costo del credito nonché sulla disponibilità del credito stesso. In riferimento, poi, alle informazioni contenenti il tasso di interesse viene fornito l'elenco delle informazioni di base che devono essere contenute nelle pubblicità.

Dunque, proprio riprendendo quanto sancito dall'art. 7 del Codice del Consumo, ecco che nel Decreto Mutui vi è l'obbligo per il finanziatore o per l'intermediario di mettere a disposizione del consumatore, su un documento cartaceo o su altro documento durevole, le informazioni di base sui contratti di credito commercializzati che, si ribadisce, devono essere chiare e comprensibili. Il cliente/consumatore, mediante detto documento, deve essere informato, altresì, del termine entro cui deve fornire le notizie utili per la sua valutazione del merito creditizio con l'avviso che, in mancanza, il credito non potrà essere concesso. Tra le varie informazioni che verranno fornite al consumatore, vi è quella circa l'eventuale consultazione di una banca dati, quella della possibilità di ricevere servizi di consulenza e quella delle conseguenze in caso di suo inadempimento.

Gli obblighi informativi, peraltro, si estendono oltre il contenuto del documento citato. Vi si aggiunge altresì il *“Prospetto Informativo Europeo Standardizzato”*. Il consumatore deve ricevere, infatti, il documento nel quale confluiscono le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, e operare una scelta consapevole così come l'indicazione del compenso che dovrà essere versata al finanziatore per l'attività di intermediazione del credito. Ulteriori informazioni, invece, devono essere riportate in un documento distinto.

Le modalità di indicazione delle informazioni risentono dell'evoluzione tecnologica e, pertanto, sarebbe anacronistico non tener conto che la comunicazione pubblicitaria, e conseguentemente la modalità di comunicazione, è stata innovata da Internet. La pubblicità commerciale on-line, in generale, *“si connota come una comunicazione commerciale sviluppata dalle imprese attraverso la rete, e, in senso più ristretto, come quella forma di comunicazione commerciale telematica indirizzata verso un determinato pubblico, sfruttando e potenzialità di contatto di terzi proprie della rete”*¹⁴⁶.

La pubblicità a mezzo internet presenta indubbiamente delle differenze rispetto a quella tradizionale. In internet, difatti, il consumatore non solo è parte attiva nella ricerca delle informazioni pubblicitarie ma può concludere una compravendita immediata. La pubblicità online è caratterizzata anche dalla circostanza che l'interesse del consumatore viene individuato attraverso il tracciamento del messaggio pubblicitario reso possibile dalla presenza dei server che ricevono e registrano le richieste dei consumatori¹⁴⁷.

La pubblicità online si esplica sotto molteplici forme. Tra esse vi è ad esempio un'inserzione rettangolare, chiamata banner, la quale è inserita all'interno del sito web ed il consumatore accede al contenuto della inserzione cliccandoci sopra. Questa tipologia pubblicitaria ha il vantaggio di fornire una pubblicità mirata. Vi è poi uno spot pubblicitario, chiamato interstitial, che appare automaticamente e dura il tempo necessario per scaricare la pagina, oppure ancora vi è una finestrella del browser che viene lanciata automaticamente e si può chiudere cliccando con il mouse. La forma

¹⁴⁶ A. Stazi, D. Mula, citato

¹⁴⁷ *“La pubblicità online e le comunicazioni commerciali”*, L. Furlanetto 15/03/2007, su www.altalex.it

più conosciuta e più semplice di pubblicità a mezzo internet è quella dell'invio del messaggio pubblicitario a mezzo e-mail che consente di raggiungere il consumatore a costi ridotti.

Ciò che rileva ai fini del presente studio è l'applicabilità del Codice del Consumo alle nuove forme di pubblicità dal momento che i consumatori-utenti hanno bisogno di un sistema normativo che li tuteli nel delicato settore della pubblicità online atteso l'elevato rischio di abusi connesso allo sviluppo tecnologico. Attualmente non vi è nel sistema legislativo nazionale una normativa specifica che vada a disciplinare la pubblicità online, pertanto si fa ricorso ad una interpretazione estensiva delle norme generali sulla pubblicità e sulle pratiche commerciali, nonché delle disposizioni sulla tutela della privacy.

Sul piano del diritto interno, all'assenza di una disciplina specifica relativa alla pubblicità per via telematica, si ovvia ricorrendo ad un'applicazione estensiva delle norme generali sulla pubblicità e sulle pratiche commerciali scorrette, nonché delle disposizioni sul commercio elettronico e di quelle a tutela della privacy. In ambito nazionale, non vi sono particolari problemi quando il messaggio è generato da una impresa italiana e diffuso attraverso provider italiano, essendo il Codice del Consumo, la norma di riferimento¹⁴⁸.

Anche se nel Codice del Consumo non vi sono norme relative alla pubblicità online, la disciplina in essa prevista può essere applicata in virtù della nozione di pubblicità diffusa "in qualsiasi modo". Di fatto, però, alcune disposizioni non sono applicabili, come ad es. l'art. 23 Codice cons., secondo cui la pubblicità deve essere "*chiaramente riconoscibile come tale*". La difficoltà è determinata dalla circostanza che molte aziende, utilizzando i dati di navigazione dell'utente, modellano le informazioni su quest'ultimo celando la natura pubblicitaria delle stesse.

La disciplina consumeristica impone, dunque, che anche la pubblicità online rispetti i principi di correttezza, chiarezza e verità e, quindi, risulta vietata la pubblicità ingannevole che, ingenerando false aspettative nel consumatore, ne pregiudica il comportamento economico.

Al riguardo, si rileva che l'AGCM non ha mancato d'intervenire sulla fittizia completezza delle informazioni fornite all'interno della pubblicità¹⁴⁹. Le stesse debbono essere immediatamente reperibili dal consumatore in quanto la loro eventuale presenza in altri contesti connessi all'operatore pubblicitario non sarà adeguata ad adempiere agli obblighi informativi. Affermare il contrario vorrebbe dire permettere al professionista di approfittarsi delle lacune informative del consumatore pretendendo dallo stesso di non basarsi solo sul contenuto pubblicitario, ma di giungere a ricercare i dati essenziali sul prodotto altrove. Il risultato sarebbe ingiustamente lesivo per il consumatore e giustificerebbe una fittizia attività informativa del professionista. Anche qualora la pubblicità indichi che ulteriori informazioni sono reperibili in altra sede, queste non devono essere tali da stravolgere il significato di quanto indicato dalla pubblicità.

In particolare, l'Autorità ha stabilito che "*non può ritenersi che il sito internet vada valutato come un unico messaggio. Nel caso di specie, va tenuto conto che, nel contesto della comunicazione contenuta nel sito, sussiste un collegamento immediato e "guidato" tra la schermata iniziale ed il link "Piano dell'opera", di modo che le due pagine web possono considerarsi facenti parte di un unico messaggio, mentre le restanti pagine web appaiono fare parte di un distinto contesto informativo*".

L'esigenza di vigilare sulle condotte pubblicitarie è duplice rispetto al marketing online. Ciò deriva chiaramente dall'ingente circolazione di dati personali, acquisibili attraverso tecniche di tracciamento

¹⁴⁸ A. Stazi, D. Mula, citato

¹⁴⁹ AGCM, PS1003, Provv. 20090, in Boll. 28/2009

idonee a costruire un modello di consumatore tipo. Individuando abitudini ed interessi simili, tali da creare specifiche categorie di utenza, è infatti possibile adattare le pubblicità a determinati gruppi di consumatori, come già osservato al paragrafo 4 del capitolo 2. Una volta raccolti i dati degli utenti, quindi, questi ricevono pubblicità basate sulle loro presumibili preferenze, come dedotte dalle attività di raccolta dati.

In virtù del rischio di violazione della privacy, il legislatore è più volte intervenuto sulla materia. Ancora prima del già citato Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati, anche la Direttiva 2002/58/CE (“Direttiva e-privacy”) si è occupata di regolare l’attività di coloro che intendono tracciare i dati degli utenti per scopi commerciali. Recentemente, poi, sono state pubblicate le “Linee Guida e Raccomandazioni Policy”, in merito a *“la privacy, la regolazione, la tutela del consumatore e l’antitrust, dello sviluppo dell’economia digitale e, in particolare, del fenomeno dei Big Data”*¹⁵⁰. Si tratta di ampie masse di dati raccolti online e sul punto si tornerà nel capitolo cinque, paragrafo 3, laddove si parlerà del machine learning.

In occasione della citata indagine svolta da AGCM, AGCOM e Garante della Privacy si è avuto modo di segnalare il bisogno di ulteriori ammodernamenti volti ad affermare in modo chiaro una piena ed adeguata tutela dei dati personali. A tal fine è necessario superare ogni opacità nell’utilizzo dei dati raccolti online.

Nello specifico, secondo le Autorità, *“un ulteriore obiettivo fondamentale di policy è costituito dalla riduzione delle asimmetrie informative tra gli utenti e gli operatori digitali nella fase di raccolta dei dati. A tal fine, risulta fondamentale informare gli utenti non solo sugli usi dei dati ceduti, ma anche sulla effettiva necessità della cessione in merito al funzionamento del servizio offerto. Nonostante l’applicazione della normativa sulla protezione dei dati personali e la strumentazione propria della tutela del consumatore possano contribuire alla riduzione di tali asimmetrie, garantendo che gli utenti ricevano un’adeguata, puntuale e immediata informazione circa le finalità della raccolta e dell’utilizzo dei loro dati e siano posti nella condizione di esercitare le proprie scelte di consumo, le Autorità ritengono opportune ulteriori misure volte a rendere maggiormente consapevoli i consumatori nel momento in cui forniscono il consenso al trattamento”*.

Si è così ribadito l’orientamento teso a ridurre quanto possibile, e comunque nell’interesse di tutte le parti del mercato, quelle asimmetrie informative che rischiano di ledere la parte generalmente “debole”, ossia il consumatore, rischiando così di impedirgli di conseguire piena consapevolezza in merito alle dinamiche di mercato che lo coinvolgono.

2.1. WHATSAPP – TRASFERIMENTO DATI A FACEBOOK

L’Autorità Garante ha anche valutato il comportamento del professionista fornitore del servizio di messaggistica, denominato WhatsApp Messenger (di seguito anche WM), in data 25 agosto 2016: era stato segnalato che WM aveva compiuto attività di induzione della propria clientela (utenti consumatori) a prestare integrale accettazione delle proprie condizioni contrattuali, fra cui era inserito il consenso a mutare i termini di utilizzo dell’applicazione.

¹⁵⁰ *“Big Data. Linee guida e raccomandazioni di policy”*. Indagine conoscitiva congiunta svolta da “Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), “Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni” (AGCOM), Garante per la Protezione dei Dati Personali, 07/2019

In tal modo risultava consentita, attraverso un programma prestabilito, la facoltà del professionista di trasferire anche ad altro sistema di comunicazione, denominato Facebook, i dati personali del consumatore. L'operazione era destinata a consentire al cessionario la diffusione commerciale a fini pubblicitari. Al consumatore non veniva concessa facoltà di scelta, pena la interruzione del servizio. Per il vero risultava essere stata prevista la riserva di una accettazione parziale in favore degli utenti registrati in epoca antecedente alla data dell'aggiornamento, nel senso che avrebbero potuto continuare a utilizzare WM anche nell'ipotesi in cui fosse declinata la proposta di condivisione dei dati personali con il professionista Facebook. Curiosamente, però, tale facoltà non era stata inserita tra le comunicazioni menzionate nella schermata in cui erano evidenziate le clausole contenenti l'accettazione delle nuove condizioni contrattuali. Sarebbe stato necessario, per accedere alla sezione in cui tale facoltà era contemplata, seguire previamente l'intero percorso contenente le singole espressioni concernenti l'esplicitazione dei termini e della informativa sulla privacy, leggere attentamente e avvedersi della opzione tenuta occulta nella schermata principale. Solo a quel punto il consumatore avrebbe potuto esercitare la facoltà del dissenso, cliccando sull'apposita casella.

La decisione dell'Autorità è stata repressiva, per aver il professionista artificiosamente predisposto una procedura di adescamento del consenso alla condivisione dei dati personali con altro operatore commerciale in antitesi con le prescrizioni del Codice del Consumo. Si legge nel provvedimento dell'Autorità: *“Il patrimonio informativo costituito dai dati degli utenti di WhatsApp, utilizzato per la profilazione degli utenti medesimi a uso commerciale e per finalità di marketing, acquista, proprio in ragione di tale uso, un valore economico idoneo, dunque, a configurare l'esistenza di un rapporto di consumo tra il Professionista e l'utente. Sul punto, giova, peraltro, richiamare l'ormai consolidato orientamento della Commissione europea volto a riconoscere che “[i] dati personali, le preferenze dei consumatori e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico de facto e vengono venduti a terzi”* ¹⁵¹.

L'aggressività della pratica commerciale in commento è stata desunta dalla coazione a seguire un percorso reimpostato, con inevitabile restrizione – ai limiti della negazione - della libertà di scelta, avuto riguardo al canone del consumatore medio. In particolare, l'Autorità ha rilevato che il sistema confezionato dal professionista era tale da condurre il consumatore attraverso un cammino al cui traguardo era segnata una espressione di volontà che, altrimenti, la parte contrattuale debole non avrebbe scelto, ovvero avrebbe potuto non scegliere, preferendo la possibilità di una accettazione parziale delle nuove disposizioni.

Nella citata decisione è stata accentuata la considerazione della particolare forza cogente della proposta contrattuale, al cui primo invio ha fatto seguito una successiva comunicazione a contenuto sollecitatorio, diretta a quanti non avessero ancora aderito alle prospettate modifiche contrattuali, contenente la prospettazione della possibile interruzione del servizio in caso di persistenza del mancato riscontro nei successivi 30 giorni.

La comunicazione trasmessa dopo quella iniziale era la seguente: *“A WhatsApp stiamo aggiornando i nostri termini e la nostra informativa sulla privacy per riflettere le nuove funzionalità come le chiamate WhatsApp. Leggi i termini e l'informativa sulla privacy per saperne di più sulle opzioni a tua disposizione. Per continuare ad usare WhatsApp, accetta gentilmente i Termini e l'informativa sulla privacy. Se non desideri accettare, dovrai interrompere l'uso di WhatsApp.”*

¹⁵¹ PS10601, “WHATSAPP - Trasferimento dati a Facebook”, Provvedimento n. 26597 CALIBRI

È stata quindi esaltata l'eccezionale forza cogente del messaggio, siccome l'effetto pregiudizievole prospettato avrebbe avuto ripercussioni immediate sulla vita sociale (e professionale) di ciascuno degli utenti, in conseguenza della massiccia capacità comunicativa dei servizi correlati al professionista e anche al cessionario, atteso l'alto interesse a ricevere il consenso alla condivisione dei dati personali.

Il provvedimento adottato è stato consequenziale alla disamina del caso specifico, con analisi puntuale della posizione di ciascuno dei soggetti coinvolti, consumatore e professionista, della condotta esigibile, della persuasività del messaggio: è stata desunta la scorrettezza della pratica per omissione di informazioni essenziali con il ricorso a procedimenti comunicativi contorti e ingannevoli, sfociati nella allusione alla prossimità di una situazione di pericolo, agevolmente scongiurabile semplicemente premendo un tasto.

Di qui il forte condizionamento ad aderire alla proposta ricevuta, con attribuzione al professionista di dati sproporzionati al servizio, siccome non oggettivamente necessari a protrarre nel tempo le medesime condizioni contrattuali originariamente pattuite.

La scorrettezza della condotta in esame è correlata alla sua contrarietà ai canoni della diligenza professionale e, al contempo, alla inesigibilità di una maggiore diligenza del consumatore, avuto riguardo al modello medio. L'intrinseca insidiosità del male ingiusto prospettato come possibile effetto del diniego, ovvero del silenzio del consumatore, è risultata aggravata dalla finalità perseguita, diretta a consentire ad altro operatore commerciale di inserirsi nel profilo degli utenti WM per rivolgere attività pubblicitaria e commerciale non richiesta, a soggetti altrimenti sconosciuti.

L'analisi ha ponderato i fatti oggettivi riscontrati nonché la qualità delle parti coinvolte. Invero la vicenda si inseriva in un mercato in ascesa caratterizzato dalla indisponibilità di concorrenti idonei a prestare servizi analoghi, dotati della medesima forza attrattiva. Il sostanziale oligopolio in cui si collocano i fatti in commento (anno 2016) vedeva dunque il professionista WS come leader indiscusso sul piano nazionale ma anche globale. Pertanto la pratica posta in atto costituiva incontrovertibilmente l'attuazione di un programma ideato per il raggiungimento della piena adesione alla proposta di condivisione dei dati in favore di un terzo professionista, Facebook, altrettanto capitanato indiscusso dei canali di comunicazione. La notevole rilevanza economica dell'operazione era stata decisiva nella ideazione ed esecuzione della pratica commerciale scorretta.

L'entità della sanzione irrogata (3 milioni di euro) ha considerato anche tale aspetto.

3. CHIAREZZA DELLE INDICAZIONI

È stata illustrata nel paragrafo iniziale del presente capitolo la natura portante degli obblighi di informazione dettata a protezione dei consumatori, il cui adempimento è concentrato nella fase iniziale della negoziazione, dedicata appunto alla diffusione delle peculiarità del prodotto ai fini della presentazione e dell'apprendimento.

Il legislatore non si è limitato a predicare una dichiarazione di massima, bensì ha dettato precise indicazioni sulla tipologia delle informazioni da rendere nonché sulle modalità con cui le stesse devono essere divulgate (art. 5 Codice del Consumo). Risulta in tal modo delineata una nuova visione, che vede il superamento della conoscibilità in favore della conoscenza, attraverso l'esternazione delle caratteristiche del prodotto o del servizio offerto con la descrizione dei relativi elementi essenziali,

accessori, materiali o immateriali, accompagnata dalla enunciazione delle correlate obbligazioni assunte da ciascuna delle parti contraenti.

La chiarezza e comprensibilità della esibizione devono contraddistinguere la fase precontrattuale. Naturalmente nessuna norma ha statuito in dettaglio le singole informazioni da rendere e le specifiche forme da seguire, né avrebbe potuto ragionevolmente farlo. Tuttavia il sistema normativo consente di pervenire a valutazioni coerenti con parametri prestabiliti nell'intento di bilanciare i contrapposti interessi, alla commercializzazione e pubblicizzazione – da una parte - e alla riflessione su tutte le conseguenze correlate alla conclusione di un affare, a tutela dell'altra parte contrattuale. La chiarezza e comprensibilità sono arricchite dal parametro della adeguatezza. Risulta in tal modo disegnato un obbligo di rappresentazione al consumatore rispondente alla attribuzione – in favore del consumatore – di una posizione che consenta agevolmente di operare un'opzione sulla scorta di un bagaglio di conoscenze completo, proporzionato, veridico, univoco.

Il veicolo promozionale deve raggiungere l'effetto di consentire al consumatore l'acquisizione dei fattori strumentali alla piena e fedele cognizione degli elementi distintivi del bene, ivi compresi quelli concernenti le conseguenze economiche immediate e future, dirette e indirette, con estensione della consapevolezza alle garanzie offerte per vizi o difetti del prodotto o del servizio¹⁵².

È sin troppo scontato immaginare come una rappresentazione di fatti apparentemente incontrovertibile possa sottendere la sua falsità o ingannevolezza, in ragione della distorsione dei fatti commessa con enunciazioni false ovvero con l'occultamento. All'opposto, può accadere che il professionista si premuri di enunciare tutti gli aspetti della sua offerta, e tuttavia utilizzi un sistema espositivo non percepibile dal destinatario della comunicazione. È dunque essenziale il rispetto, fra gli altri, del requisito della chiarezza¹⁵³.

Il requisito della chiarezza si sostanzia nella traduzione in termini positivi di ciò che è vietato, ovvero l'omissione della trasmissione di dati utili alla formazione del convincimento. A rafforzare l'obbligo della chiarezza informativa, l'art. 22 del Codice del Consumo titola: "*Omissioni ingannevoli*". Il primo comma definisce ingannevole la pratica commerciale il cui riscontro dia contezza di omissioni rilevanti, eppure necessarie al consumatore medio ai fini dell'assunzione di una scelta consapevole nel corso di una transazione commerciale. L'ingannevolezza ricorre parimenti nell'ipotesi in cui il messaggio utilizzato produca l'effetto di persuadere, o anche risulti solo idonea a persuadere il consumatore in un senso diverso dalla decisione che avrebbe assunto per effetto di una informazione corretta.

Il riferimento ai citati punti rilevanti viene ripetuto in materia di omissione ingannevole per il tramite della esclusione ovvero della enunciazione in forme ambigue o incomprensibili.

La disciplina in commento è stata applicata in relazione, molto spesso, ad operatori telefonici i quali, giocando sulla velocità informativa, hanno ridotto o sostanzialmente negato la possibilità di percepire informazioni che, seppur rese, sono state concentrate in un lasso temporale incompatibile con il naturale processo di ricezione, memorizzazione dei dati conoscitivi, elaborazione degli stessi e formulazione del consenso.

A completare il descritto panorama normativo deve commentarsi l'art. 35 del Codice del Consumo: il comma 1 recita "*Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e*

¹⁵² M. Castri – A. Palmigiano, citato

¹⁵³ A. Stazi – D. Mula, citato

comprensibile". La norma prosegue per sancire il favor consumatoris, quale bussola di orientamento nell'attività di interpretazione: la opacità per scarsa chiarezza non può recare vantaggio al professionista¹⁵⁴.

Le maggiori criticità della normativa si riscontrano in materia di prodotti finanziari, come sarà meglio illustrato nel successivo capitolo.

In questa sede si reputa utile il richiamo alle omissioni informative riscontrate in contratti concernenti taluni prodotti finanziari, denominati swap¹⁵⁵, conclusi con investitori che avevano speso la propria qualità di soggetti idonei a percepire ed elaborare le conoscenze ricevute in occasione della conclusione dell'affare. Consolidata giurisprudenza è orientata nel senso di ritenere che, definita la natura aleatoria a carattere altamente rischioso, *"tutte le informazioni che attengono alla determinabilità del rischio, ivi inclusa l'asimmetria iniziale tra prestazioni, debbano essere, ex ante, ben definite e conosciute con certezza dal cliente, indipendentemente delle finalità di copertura o speculative del derivato. In difetto di tali elementi, ed in particolare, in mancanza di espressa indicazione del mark to market, il contratto di interest rate swap deve ritenersi nullo ai sensi dell'art. 1322, comma 2 c.c., poiché il riconoscimento legislativo risiede nella razionalità dell'alea e quindi nella sua misurabilità"*¹⁵⁶.

La natura spiccatamente specializzata della materia vede accentuata la posizione di debolezza del consumatore: di qui l'ineluttabile necessità di un'informazione oltremodo completa e trasparente che possa ispirare la decisione finale. In mancanza, deve ritenersi che il professionista si sia reso inadempiente al proprio obbligo informativo. Solo il rigoroso rispetto dell'obbligo informativo consente che il consenso formulato sia considerato come correttamente formato in relazione ai contratti in esame, e la relativa alea sarà *"bilaterale e razionale"*¹⁵⁷.

Terminologia, questa, utilizzata per indicare il giusto equilibrio fra le parti, per consentire il rispetto del principio secondo il quale *l'alea deve essere "razionale" nel senso che il contratto deve consentirne la misurabilità*¹⁵⁸. Conseguentemente, quando la parte debole non è messa in grado di comprendere quali siano rischi assunti, né di quantificarli, l'alea bilaterale non è razionale e pertanto, in difetto di un elemento fondamentale del contratto, il derivato è nullo¹⁵⁹.

È doveroso puntualizzare, in ogni caso, che non basta per il consumatore rivendicare un'informazione omissiva per invalidare il contratto.

In una ipotesi in cui il giudice di merito aveva escluso l'omissione dell'obbligo informativo, la S.C. ha comunque sancito il seguente principio: *"Va infine escluso che un eventuale difetto di informazione da parte dell'intermediario all'investitore sugli esatti termini del rischio assunto con*

¹⁵⁴ M. Castri – A. Palmigiano, citato

¹⁵⁵ Gli swap sono contratti in forza dei quali le parti si obbligano a eseguire reciprocamente dei pagamenti il cui ammontare è determinato sulla base di parametri di riferimento diversi. Il termine inglese swap, infatti, significa letteralmente scambio. Essi si caratterizzano per essere contratti derivati, ovvero, secondo la definizione economica comunemente accettata, contratti il cui valore "deriva" dall'andamento di quello di un'attività sottostante (cd. underlying asset) ovvero dal verificarsi nel futuro di un evento osservabile oggettivamente il cui valore varia in relazione all'andamento del valore del sottostante

¹⁵⁶ M. Castri – A. Palmigiano, citato; Tribunale Pescara, 31/03/2020, (ud. 21/01/2020, dep. 31/03/2020), n.300

¹⁵⁷ *"Giudizi di meritevolezza dei contratti derivati over the counter. Recenti sviluppi giurisprudenziali"*, di E. Grossule, Università Cattolica del Sacro Cuore, 04/2019

¹⁵⁸ Ex plurimis Corte di Appello di Milano, 13/09/2013, Corte di Appello di Bologna, 11/03/2014

¹⁵⁹ Tribunale di Roma, sentenza n. 11364 del 05/06/2017

i contratti stipulati possa determinare la nullità del contratto stesso, non incidendo tale difetto sulla sua causa negoziale, ma potendo ciò al limite determinare solo conseguenze sul piano risarcitorio, laddove effettivamente sussista la violazione di obblighi di condotta dell'intermediario”.

Nella specie, peraltro, tale violazione risulta esclusa dalla Corte di Appello, sulla base di un accertamento di fatto adeguatamente motivato, e come tale non sindacabile in sede di legittimità (e comunque nella specie non sindacato sotto il corretto profilo dell'eventuale omesso esame di un fatto decisivo e controverso).¹⁶⁰

È insorto quindi un confronto tra la tesi formalista ed una sostanziale, sul ruolo dell'intermediario, quale soggetto semplicemente rivelatore degli obblighi informativi ovvero obbligato anche a personalizzare la comunicazione in funzione dell'interlocutore¹⁶¹.

Deve richiamarsi il principio stabilito dalla Corte Suprema, secondo il quale *“La semplice dichiarazione, sottoscritta dal legale rappresentante di una società che ha compiuto un'operazione di “swap”, secondo cui quest'ultima dispone della competenza ed esperienza richiesta in materia di operazioni in valori mobiliari, in assenza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in possesso dell'intermediario finanziario, esonera l'intermediario stesso dall'obbligo di ulteriori verifiche sul punto e costituisce argomento di prova che il giudice può porre a base della propria decisione, in ordine al riconoscimento della natura di operatore qualificato e all'accertamento della diligenza prestata dall'intermediario”*.¹⁶²

Deve però sempre valutarsi il caso concreto portato all'attenzione del giudice: di certo, in ogni caso, è da escludere il valore confessorio di una simile dichiarazione, in mancanza dei requisiti precipui della confessione¹⁶³.

La materia dell'informazione nei contratti con il consumatore rileva anche nei contratti a distanza.

Al riguardo la Corte di Giustizia Europea è stata chiamata a pronunciarsi nell'ambito di una controversia concernente l'esercizio del diritto di recesso da un contratto, concluso a distanza, preceduto da annunci pubblicitari in forma di illustrazione in un formato unito a riviste e giornali. La Corte era stata adita al fine di risolvere la questione pregiudiziale afferente alla interpretazione della direttiva 2011/83, in riferimento all'obbligo di informazione nei contratti con i consumatori conclusi a distanza con l'uso di strumenti informativi a disponibilità materiale limitata, per ragioni di spazio o di tempo, a seconda della forma della comunicazione seguita (orale o scritta).

Invero la richiamata direttiva 83/2011 dispone: *“Per quanto riguarda i contratti a distanza il professionista fornisce o mette a disposizione del consumatore le informazioni di cui all'articolo 6, paragrafo 1, in modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza impiegato in un linguaggio semplice e comprensibile. Nella misura in cui dette informazioni sono presentate su un supporto durevole, esse devono essere leggibili”*.

Con specifico riferimento al diritto di recesso, l'art. 6 della stessa direttiva impone al professionista di portare a conoscenza del consumatore le condizioni, i termini e le procedure necessarie all'esercizio di tale diritto.

¹⁶⁰ Cassazione civile sez. III, 28/07/2017, (ud. 12/06/2017, dep. 28/07/2017), n.18781

¹⁶¹ *“La dichiarazione di operatore qualificato ex art. 31, I Regolamento intermediari”*, www.dirittobancario.it

¹⁶² Ex plurimis, Cassazione Civile, sentenza n. 12138 del 26/05/2009; Cassazione Civile, sentenza n. 8343 del 04/04/2018

¹⁶³ Corte di Appello di Milano, 14 gennaio 2015

Il giudice remittente aveva considerato che, secondo il richiamato testo normativo, poteva seguirsi un'interpretazione tale da ritenere a carico del professionista l'obbligo di descrivere analiticamente ogni informazione utile al diritto di recesso, qualunque fosse il mezzo di comunicazione prescelto.

All'opposto, la direttiva poteva essere interpretata nel senso di rimettere alla discrezione del professionista l'individuazione della forma di esternazione più congrua sulle informazioni salienti, non escludendo il ricorso alle immagini illustrative.

La prima soluzione prestava il fianco a critiche correlate alla perdita di efficacia del messaggio e delle avvertenze, mentre la seconda interpretazione consentiva al consumatore di meglio focalizzare la sua analisi della presentazione commerciale, con affievolimento del rischio di perdita di concentrazione sui vari aspetti della proposta, inevitabilmente correlato all'esorbitanza delle notizie.

La questione è stata risolta dalla Corte di Giustizia con la statuizione circa l'obbligo, per il professionista, di inserire tra le comunicazioni informative l'annuncio concernente i termini e le forme di esercizio del diritto di recesso, nonché il relativo modulo in conformità allo schema contemplato nella medesima normativa. Si legge nella sentenza: *“Gli artt. 6 §.1 lett. h) e 8 §.4, della Direttiva 2011/83/UE, sui diritti dei consumatori, devono essere interpretati nel senso che, nel caso in cui il contratto sia concluso mediante un mezzo di comunicazione a distanza che consente uno spazio o un tempo limitato di visualizzazione delle informazioni e qualora sussista il diritto di recesso, il professionista è tenuto a fornire al consumatore, sul mezzo in questione e prima della conclusione del contratto, le informazioni relative alle condizioni, al termine e alle modalità di esercizio di detto diritto. In questi casi deve fornire al consumatore il modulo tipo di recesso di cui all'allegato I, parte B, della suddetta direttiva attraverso un'altra fonte, in un linguaggio semplice e comprensibile”*.¹⁶⁴

La decisione è stata motivata dal richiamo all'esigenza di protezione dei consumatori e, al tempo stesso, di garanzia dell'assoluta affidabilità della rete commerciale dei contratti a distanza, che rappresenta un settore economico di notevole rilevanza. L'interpretazione prescelta è stata ritenuta meglio rispondente ai bisogni di armonizzazione degli interessi delle parti coinvolte, inserite in un sistema che coinvolge l'interesse pubblico. Dunque l'interpretazione è stata orientata dal canone della effettività della tutela in favore del consumatore, necessaria e indefettibile anche a consentire un approccio sereno della collettività alle forme di commercializzazione prive della relazione personale. La decisione è peraltro coerente con altra pronuncia, intervenuta anni prima, con cui era stato rimarcato che *“il diritto di recesso è finalizzato a tutelare il consumatore nella particolare situazione di una vendita a distanza, in cui egli “non ha in concreto la possibilità di visionare il bene o di prendere conoscenza della natura del servizio prima della conclusione del contratto”*”. Si reputa pertanto che il diritto di recesso compensi lo svantaggio che risulta per il consumatore da un contratto a distanza, accordandogli un termine di riflessione appropriato durante il quale egli ha la possibilità di esaminare e testare il bene acquistato”. Anche in quel caso, dunque, era stata annotata la posizione di maggior debolezza del consumatore, svantaggiato anche per indisponibilità del bene da guardare ovvero del servizio da comprendere, nonché per l'assenza di un interlocutore a cui porre domande. È noto infatti che la percezione di taluni messaggi, non esplicitati nella conversazione verbale, vengono recepiti con il ricorso a fattori di compensazione attinenti alla sfera emozionale di ciascuno. Per tale ragione risultano cruciali le informazioni rese al consumatore nella fase precontrattuale, che determinano la sua scelta finale¹⁶⁵.

È infatti sulla base di tali informazioni che quest'ultimo decide se intende vincolarsi contrattualmente ad un professionista. La Corte di Giustizia Europea, alla luce di tutte le considerazioni svolte, ha sancito il principio secondo il quale *“la valutazione della questione se, in un caso concreto, il mezzo*

¹⁶⁴ Corte di Giustizia UE, Prima Sezione, sentenza 23 gennaio 2019, C-430/17

¹⁶⁵ Sentenza del 13 settembre 2018, Wind Tre e Vodafone Italia, C-54/17 e C-55/17, EU:C:2018:710, punto 46

di comunicazione consenta uno spazio o un tempo limitato per visualizzare le informazioni, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 4, della direttiva 2011/83, dev'essere effettuata tenendo conto dell'insieme delle caratteristiche tecniche della comunicazione commerciale del professionista. Al riguardo, spetta al giudice nazionale verificare se, in considerazione dello spazio e del tempo occupati dalla comunicazione e delle dimensioni minime del carattere tipografico che sarebbero appropriate per un consumatore medio destinatario di tale comunicazione, tutte le informazioni di cui all'articolo 6, paragrafo 1, di detta direttiva possano essere oggettivamente presentate nell'ambito di detta comunicazione;– l'articolo 6, paragrafo 1, lettera h), e l'articolo 8, paragrafo 4, della direttiva 2011/83 devono essere interpretati nel senso che, nel caso in cui il contratto sia concluso mediante un mezzo di comunicazione a distanza che consente uno spazio o un tempo limitato per visualizzare le informazioni e qualora sussista il diritto di recesso, il professionista è tenuto a fornire al consumatore, sul mezzo in questione e prima della conclusione del contratto, le informazioni relative alle condizioni, al termine e alle modalità di esercizio di detto diritto. In un caso del genere, tale professionista deve fornire al consumatore il modulo tipo di recesso di cui all'allegato I, parte B, della suddetta direttiva attraverso un'altra fonte, in un linguaggio semplice e comprensibile”¹⁶⁶.

Alla luce dei richiamati principi, anche più recentemente la Corte di Giustizia Europea è stata chiamata ad intervenire sulla materia de qua, ed ha statuito nel senso che: “*Ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2011/83, prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali o da una corrispondente offerta, il professionista fornisce al consumatore, in maniera chiara e comprensibile, le informazioni riguardanti l'indirizzo geografico dove il professionista è stabilito e il suo numero di telefono, di fax e l'indirizzo di posta elettronica, ove disponibili, per consentire al consumatore di contattarlo rapidamente e comunicare con lui efficacemente e, se applicabili, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale agisce. Come risulta dall'articolo 6, paragrafo 1, lettera h), di tale direttiva, in caso di sussistenza di un diritto di recesso, il professionista è tenuto a trasmettere al consumatore, prima della conclusione del contratto, le informazioni sulle condizioni, i termini e le procedure per esercitare tale diritto, conformemente all'articolo 11, paragrafo 1, di detta direttiva, nonché il modulo tipo di recesso di cui all'allegato I, parte B, della stessa”¹⁶⁷*

4. TECNICHE DI VIOLAZIONE DI TALI OBBLIGHI ATTRAVERSO IL NEUROMARKETING

L'attenzione della comunità giuridica nazionale ed internazionale è sempre più rivolta al rapporto tra diritto e neuromarketing, in particolare in relazione ai rischi e limiti legali dell'applicazione delle neuroscienze per influenzare i processi decisionali dei consumatori.

Un esempio in tal senso viene fornito dall'associazione Commercial Alert, un'organizzazione nata per tutelare consumatori da eventuali abusi da parte delle aziende. Sin dal 2004, tale organizzazione si è impegnata per sensibilizzare l'opinione pubblica giungendo infine a promuovere una petizione, diretta al Congresso americano, avanzando l'istanza di vietare l'applicazione delle neuroscienze al marketing.

¹⁶⁶ Corte di Giustizia UE, citata

¹⁶⁷ Corte giustizia UE sez. VI, 14/05/2020, n.266

L'organizzazione ha infatti sostenuto che il fine dello stesso sia di *“soggiogare la mente ed usarla per il profitto commerciale”*. Le critiche erano ad esempio rivolte all'eventuale utilizzo dei dati acquisiti attraverso gli studi sul neuromarketing da parte di aziende promotrici di attività o di prodotti nocivi per la salute quali il tabacco o il cibo servito nei fast-food. Altro monito concerneva le eventuali conseguenze della creazione di campagne di propaganda politica *“troppo efficaci”*, ossia tali da nuocere alla capacità dei destinatari dei messaggi propagandistici di maturare una piena ed adeguata consapevolezza in merito al contenuto di tali campagne.

Sicuramente l'applicazione delle neuroscienze all'impresa apporta considerevoli vantaggi in termini di efficacia comunicativa e, conseguentemente, anche in termini economici, ma fa nascere l'esigenza di prestare particolare attenzione ai profili legali del neuromarketing. Come già illustrato nel secondo capitolo, in particolare al paragrafo 1.2, il neuromarketing rischia di mettere in discussione il libero arbitrio del cliente. È così possibile incorrere in pratiche pubblicitarie e commerciali scorrette, in violazione del Codice del Consumo, le quali incidono sulla formazione del consenso del consumatore. È il caso cui già si è accennato (Capitolo 2, paragrafo 6) degli spot subliminali, dal momento che tali pratiche commerciali, certamente più incisive, alterano in modo rilevante e sensibile la consapevolezza del consumatore intervenendo sul suo inconscio e quindi sulla sua libertà di scelta.

Abbiamo più volte affermato, nel corso di quest'opera, che la tutela del consumatore si attua anche attraverso l'obbligo di informazione posto in capo all'azienda. La volontà del consumatore, però, deve essere esente da vizi che possano comprometterla. Come già visto al paragrafo 5 del capitolo 2, con riferimento al caso della sanzione irrogata dall'AGCM a Poltronosofà s.p.a, uno degli strumenti più utili per distorcere la volontà dei consumatori consiste nel manipolarne la loro percezione del prezzo. *“Se il neuromarketing viene pensato come metodo per influenzare il processo di acquisto, è necessario valutare l'operato dell'azienda nelle sue pratiche pubblicitarie, che possono essere ingannevoli e, per esempio, create con lo scopo di far credere al consumatore finale che l'offerta, seppur reiterata frequentemente, sarebbe scaduta a breve”*¹⁶⁸.

Il neuromarketing ha dato vita ad un nuovo profilo dello squilibrio professionista-consumatore che travalica il mero dato dell'informazione, per approdare su profili ben più difficili da cogliere: il professionista si trova in grado di alterare la capacità decisionale del consumatore su base emotiva, attenuandone le reazioni critiche e proiettandolo verso scelte che egli non avrebbe altrimenti compiuto, anche in antitesi rispetto alle informazioni a sua disposizione. Ciò presume, però, un abuso delle tecniche volte ad influenzare l'inconscio del consumatore. La mera utilizzazione dei dati acquisiti attraverso le ricerche svolte in tale ambito non è invece sufficiente per poter individuare una pratica commerciale scorretta. È infatti necessario che la pratica sia concretamente idonea a trarre in errore il consumatore.

Tale risultato può ad esempio essere realizzato intervenendo sull'inconscio del consumatore senza che questo si renda conto di essere destinatario di un messaggio promozionale. Si configura, così, secondo l'AGCM, *“una fattispecie di pubblicità non trasparente ed illecita una trasmissione televisiva che, in assenza di un accertato rapporto di committenza, nasconde uno specifico scopo promozionale condiviso dal committente e dall'emittente televisiva, quale proprietaria del mezzo di diffusione nonché autore del messaggio pubblicitario, sulla base dell'esistenza di elementi indiziari gravi, precisi e concordanti”*¹⁶⁹.

¹⁶⁸ *“I rischi e limiti legali del neuromarketing”* di M. Viscardi, 02.12.2020

¹⁶⁹ Garante concorr. e mercato, 21/06/2006, n.15627

Il caso in questione riguardava l'occulta pubblicizzazione del prodotto "Gatta ci cueva", il cui marchio era impresso sulle magliette indossate dal conduttore del programma "Isola dei famosi 3". L'autorità ha individuato una serie di elementi tali da costituire una fattispecie di pubblicità occulta. Si trattava anzitutto di insistenti inquadrature del marchio dei capi di abbigliamento indossati dal conduttore televisivo, oggetto di specifico contratto tra l'emittente televisiva e il produttore dei capi di abbigliamento che non era esplicitamente diretto alla pubblicizzazione dei prodotti inquadrati. Il contratto era invece definito "*noleggior di capi di abbigliamento per la produzione televisiva del programma*". Infine è stato rimarcato che la mancata trasparenza della pratica commerciale era desumibile dall'inserimento nei titoli di coda del programma del nome della casa produttrice degli indumenti indossati dal conduttore.

I suddetti elementi, infatti, univocamente danno segno di una finalità pubblicitaria occulta e non riconoscibile delle immagini trasmesse nel corso dei collegamenti televisivi.

Si può a questo punto concludere affermando che il sempre più diffuso utilizzo del neuro marketing ha dato origine ad un nuovo aspetto del diritto del consumatore che si occuperà non solo del divario tra consumatore ed impresa in termini di asimmetria informativa, ma anche dell'alterazione del libero arbitrio dell'individuo.

CAPITOLO V: SQUILIBRIO TRA CONSUMATORE E PROFESSIONISTA

1. ONERE DELLA PROVA SULLA VERIDICITÀ DELLA PUBBLICITÀ

La legislazione comunitaria e nazionale in materia di protezione del consumatore ha avuto finora effetti soprattutto nella fase della negoziazione, con il rispetto della disciplina dettata in materia di pratiche commerciali. Merito dei risultati conseguiti va riconosciuto anche all'esercizio delle funzioni svolte da tutte le Autorità competenti e all'attenta giurisprudenza, che hanno applicato nei casi concreti i principi generali e astratti statuiti dalle norme.

In tempi più recenti si assiste all'attuazione della funzione primaria posta a sostegno della disciplina in commento. È stato osservato che *“la tutela del consumatore tende a spostarsi sempre di più sulla prevenzione. La proliferazione di previsioni che impongono precise modalità di informazione, rappresentano una chiara testimonianza della volontà di prevenire i conflitti di interesse legati alle incertezze o alla poca chiarezza o ai fraintendimenti, sottoponendo le varie fasi che accompagnano l'atto di consumo (e, quindi, molte delle regole del mercato) al controllo (sociale) del consumatore”*¹⁷⁰.

Tuttavia la funzione formativa in atto, seppur fondamentale nella prevenzione e protezione del consumatore anche ai fini di una sua responsabilizzazione, non vale a ridurre l'importanza della tutela risarcitoria ove l'azione illecita del professionista abbia causato un danno.

Si appalesa preliminare la disamina degli oneri processuali tra le parti in giudizio. Il principio cardine, dettato dall'art. 2697 c.c., pone l'onere della prova a carico di chi vuol far valere un diritto (o un'eccezione). Ne consegue che il consumatore, ove instauri un giudizio risarcitorio, dovrà provvedere a dimostrare i fatti addotti a sostegno della supposta illiceità del professionista, il danno subito nonché il nesso di causalità con l'illecito asserito, unitamente al suo ammontare.

Al riguardo è ben noto che, di norma, i contratti soggetti alla disciplina in commento vengono sottoscritti in assenza di fattori utilizzabili come elementi probatori nel contenzioso. Sarebbe pertanto alquanto insuperabile l'onere probatorio dell'attore di dimostrare le cause che possono inficiare il contratto concluso per veder riconosciuto il diritto azionato, posto che di certo la sua pretesa giudiziaria troverebbe la ferma opposizione della parte convenuta.

Viene in soccorso la regola generale della vicinanza della prova, consacrata in principio di diritto consolidato, secondo il quale la parte che agisce in giudizio per far valere un diritto, in materia contrattuale, ha l'onere di dedurre e dimostrare il negozio giuridico da cui è sorto il rapporto, nonché di allegare la supposta inadempienza. Pertanto l'onere probatorio è distribuito in modo che sia la parte obbligata ad eseguire una prestazione a dover dimostrare di avervi dato esatta esecuzione, ovvero di non averlo potuto fare per una ragione giuridicamente rilevante e apprezzabile.

Le origini di tale interpretazione sono da ricercarsi nell'ultimo ventennio del secolo scorso. Il principio è stato elaborato al fine di bilanciare le posizioni delle parti configgenti, secondo il criterio

¹⁷⁰ *“Il diritto all'informazione”*, di Rossi Carleo, in P. Bortone *“Le pratiche commerciali sleali”*, in *“Le pratiche commerciali sleali”* di E. Minervini – L. Rossi Carleo, Giuffrè Editore, 2007

della più agevole reperibilità della prova da parte di ciascuna di esse, e si è consolidato negli anni 2000, dopo l'intervento delle S.U.¹⁷¹

Pertanto, con riferimento alla posizione del consumatore, egli potrà limitarsi ad allegare l'inadempimento del professionista rispetto a taluna delle obbligazioni a suo carico, mentre sarà onere di quest'ultimo dimostrare in giudizio di aver dato esattamente eseguito le prestazioni contrattuali, ovvero di non averlo potuto fare per ragioni a sé non imputabili.

In aggiunta al beneficio derivante dai principi fondamentali che governano il processo civile, non può trascurarsi il valore probatorio dell'eventuale pronuncia del Garante, se intervenuta nel precipuo tema controverso fra le parti.

La decisione del Garante viene riconosciuta come privilegiata fonte di accertamento dell'illecito. Intervenuta in merito ad una controversia avente ad oggetto prodotti finanziari sui quali si era in precedenza espressa la Banca d'Italia in qualità di organo di controllo, la Corte Suprema di Cassazione ha predicato che *“il provvedimento della Banca d'Italia di accertamento dell'infrazione, adottato prima delle modifiche apportate dall'art. 19, comma 11, l. n. 262 del 2005, possiede, al pari di quelli emessi dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, un'elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle misure sanzionatorie che siano in esso pronunciate, e il giudice del merito è tenuto, per un verso, ad apprezzarne il contenuto complessivo, senza poter limitare il suo esame a parti isolate di esso, e, per altro verso, a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva, non potendo attribuire rilievo decisivo all'attuazione o meno della prescrizione contenuta nel menzionato provvedimento con cui è stato imposto all'ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario”*¹⁷².

In applicazione delle citate regole che governano il sistema, sono state tratte le consequenziali conclusioni relativamente alla figura del consumatore di prodotti finanziari, la cui posizione rispetto a quella dell'intermediatore è generalmente caratterizzata dalla sofferenza per asimmetria informativa, a vantaggio del professionista. Lo sbilanciamento a danno del consumatore, parte debole del rapporto contrattuale, deve rappresentare l'elemento di guida nella fase di interpretazione ed applicazione delle norme che governano l'onere probatorio e il processo civile. Pertanto il professionista, se convenuto in giudizio sul presupposto di una condotta illecita riferibile all'esercizio della sua attività, ha l'onere di dimostrare la completezza e correttezza delle informazioni rese al consumatore. Ove non adempia a tale onere, dovrà ritenersi come provata l'allegazione del consumatore. Con specifico riferimento alle controversie concernenti la pratica commerciale asseritamente scorretta, la Corte Suprema insegna che:

- a) il consumatore ha l'onere di allegare *“specificamente l'inadempimento di questi ultimi (professionisti), mediante la pur sintetica, ma circostanziata, individuazione delle informazioni omesse, nonché di provare il danno e il nesso di causalità tra questo e l'inadempimento (che sussiste se, laddove adeguatamente informato, l'investitore avesse desistito dall'investimento rivelatosi poi pregiudizievole);*
- b) *incombe, per converso, sull'Intermediario provare che tali informazioni siano state fornite, ovvero che queste esulassero dall'ambito di quelle dovute”.*

¹⁷¹ Ex plurimis: Cass. S.U. 30 ottobre 2001 n. 13533; Cass. S.U. 23 settembre 2013 n. 21678; Cass. civ. sez. 2 26 luglio 2013 n. 18125; Cass. civ. sez. 3 del 26 febbraio 2013, n. 4792; Cass. civ. 25 ottobre 2007, n. 22361; Cass. civ. 7 marzo 2006, n. 4867; Cass. civ. 1 dicembre 2003, n. 18315; Cass. civ. SS.UU. 30 ottobre 2001, n. 13533

¹⁷² Cass Sez. 1, 22 maggio 2019 n. 13846

E si legge ancora nella pronuncia della Corte Suprema che *“con riferimento alla porzione di onere probatorio gravante sul cliente – investitore, trattandosi di causalità omissiva, deve essere, in ossequio alla regola del “più probabile che non”, un giudizio controfattuale, ovvero sia collocando ipoteticamente in luogo della condotta omessa quella legalmente dovuta, così da accertare, secondo un giudizio necessariamente probabilistico condotto sul modello della prognosi postuma (che ben può muovere dalla stessa consistenza dell’informazione omessa), riguardata attraverso la lente dell’id quod plerumque accidit, se, ove adeguatamente informato, l’investitore avesse desistito dall’investimento. Sul cliente – investitore, infine, grava anche la prova del danno”*¹⁷³.

Dunque grava sull’intermediario l’onere di provare l’avvenuta ostentazione delle informazioni, la completezza, veridicità e chiarezza delle stesse. Nella richiamata pronuncia è stata anche sottolineata la specialità della disciplina, particolarmente difficoltosa e rilevante sia per i consumatori che per gli operatori, anche in funzione degli interessi protetti facenti capo al mercato e a tutti i soggetti coinvolti in qualità di operatori e fruitori.

La complessa attività dell’intermediario deve salvaguardare il diritto del consumatore ad essere informato e deve assicurare il rispetto delle condizioni atte a permettere al cliente di effettuare scelte di investimento effettivamente consapevoli ed oculate, correndo un rischio che - invece - non avrebbe corso *“se non fosse stato informato come si doveva”*. All’uopo, infatti, la normativa relativa al settore dei servizi di investimento pone un’incisiva serie di doveri informativi a carico degli intermediari: *“tale imposizione non è finalizzata a sé stessa, ma è, per contro, direttamente funzionale a far acquisire al cliente l’effettiva consapevolezza dell’investimento”*. La Suprema Corte aggiunge che *“di conseguenza, la condotta dell’intermediario, che trascuri di assolvere i doveri impostogli dalla legge, si manifesta, in sé stessa, come fattore di disorientamento del risparmiatore; cioè, di uno scorretto orientamento di questi verso le scelte di investimento”*¹⁷⁴.

Inoltre le regole generali sopra richiamate sono state invocate per sostenere che il danno ben può essere identificato, nell’ipotesi di prodotti finanziari, con la differenza tra il valore dei titoli all’epoca in cui sono stati acquistati e quello in cui è stata proposta la domanda risarcitoria. A diverse conclusioni deve pervenirsi ove il consumatore abbia omesso di adempiere agli obblighi di ordinaria diligenza nel sottovalutare l’aumentato tasso di rischio delle operazioni finanziarie compiute, ovvero nel disinvestire quando erano emersi possibili segnali di aggravamento del rischio. In tale ipotesi, naturalmente, la liquidazione del danno è assoggettata ad una riduzione in proporzione alla gravità della colpa e alle conseguenze che ne sono derivate, a norma dell’art. 1227 c.c.

I principi generali sostanziali e processuali non soffrono limitazione, come detto, per effetto della normativa a tutela del consumatore, nemmeno in materia di onere di allegazione. Pertanto, ove il consumatore si limiti a dedurre circostanze potenzialmente pregiudizievoli nell’ambito di un giudizio comparativo con altri prodotti finanziari, grava sulla parte che pretende il risarcimento allegare i propri argomenti, puntualizzare le ragioni utili a sostenerli e dimostrare il maggior beneficio che avrebbe potuto trarre, se la pratica commerciale seguita fosse stata corretta, secondo il criterio della *“ragionevole certezza”*¹⁷⁵.

Sembra utile richiamare anche il caso concernente una richiesta di risarcimento derivante dal presunto danno patito da un consumatore conseguentemente ad una pubblicizzazione di sigarette “LIGHT”¹⁷⁶.

¹⁷³ Cass. Civ., Sez. I, 28 luglio 2020 n. 16126

¹⁷⁴ Cass. Civile Sez. I, 29.12.2019 n. 29864

¹⁷⁵ Cfr. sentenza citata nella nota che precede

¹⁷⁶ Cass. Civile, SS.UU., 15 gennaio 2009 n. 794

Veniva così contestato alla società produttrice di aver provocato un danno alla salute al consumatore oltre che un danno patrimoniale. La Corte di Cassazione con la pronuncia n. 794/2009 ha cassato la pronuncia del giudice di merito sul rilievo che la domanda (danno da perdita di chance) non era stata congruamente formulata per difetto di specificità della allegazione. Dunque la illiceità del fatto non implica il diritto al risarcimento, se non viene provato un danno.

La Suprema Corte ha infine pronunciato il seguente principio di diritto: *“Il consumatore che lamenti di aver subito un danno per effetto di una pubblicità ingannevole ed agisca, ex art. 2043 cc, per il relativo risarcimento, non assolve al suo onere probatorio dimostrando la sola ingannevolezza del messaggio, ma è tenuto a provare l’esistenza del danno, il nesso di causalità tra pubblicità e danno, nonché (almeno) la colpa di chi ha diffuso la pubblicità, concretandosi essa nella prevedibilità che dalla diffusione di un determinato messaggio sarebbero derivate le menzionate conseguenze dannose”*¹⁷⁷.

In definitiva, il risarcimento trova la sua base nella dimostrazione della sussistenza del danno ingiusto, del nesso di causalità, nonché del dolo o colpa del professionista. L’autore dell’azione risarcitoria, in questo caso il fumatore, avrebbe quindi dovuto dimostrare non tanto l’ingannevolezza della pratica commerciale, essendo onere del professionista dimostrare il contrario, quanto di aver subito un danno per effetto dell’inganno comunicativo.

Occorre dunque stabilire di volta in volta se la pratica commerciale sia corretta o no.

Infine, quanto alla pubblicità comparativa diretta, è sempre necessario che questa particolare pratica commerciale non renda ingiustizia al concorrente attraverso mezzi disonesti¹⁷⁸. In disparte l’ovvio divieto di allegare falsità sui prodotti altrui, un danno ingiusto alla concorrenza può essere altresì causato da omissioni idonee ad ingenerare nel consumatore credenze false e lesive della posizione del concorrente. La falsità della pratica ricorre in ipotesi di comparazione di due prodotti identici, esaltando le caratteristiche positive di uno solo di essi.

È interesse degli stessi consumatori valutare le differenze tra i beni in commercio e scegliere quale sia migliore per le loro esigenze. Cosicché, è parte del buon funzionamento del mercato la condotta dei professionisti che intendono dimostrare al pubblico le qualità superiori del proprio prodotto. A ben guardare, la pubblicità comparativa è pienamente conforme al diritto all’informazione dei consumatori, i quali vengono in tal modo resi edotti delle caratteristiche dei beni che intendono (o che almeno potenzialmente potrebbero) acquistare. La pratica potrebbe anche indurli ad approfondire le peculiarità dei beni pubblicizzati.

Ne consegue la necessità, e utilità, di un potenziamento dell’educazione dei consumatori, sempre che la pubblicità sia veritiera.

2. CONOSCENZE DEL CONSUMATORE MEDIO

La figura del consumatore è stata ampiamente analizzata nel terzo capitolo del presente lavoro, al quale integralmente si rinvia per evitare di tediare il lettore con inopportune ripetizioni. Nel presente paragrafo, invece, si vuole svolgere una riflessione sugli strumenti oggi disponibili per assicurare al

¹⁷⁷ Cfr. sentenza citata nella nota 4

¹⁷⁸ Giurì, provv. n. 11/2020

consumatore una posizione di effettiva informazione e renderlo sufficientemente consapevole rispetto alle operazioni commerciali disponibili.

È utile rimarcare il testo dell'art. 20 della normativa in commento, che nel vietare le pratiche commerciali idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento del consumatore medio cui sono rivolte, precisa la necessità di avere riguardo al prodotto contemplato nel caso specifico. Da ciò si desume che non si possa parlare genericamente di un consumatore tipico non informato, essendo invece necessario tener conto del particolare settore a cui la pratica commerciale è riferita. Il principio si ricava dalla citata norma con il richiamo al membro medio di un gruppo di consumatori.

Si è altresì affermato, al paragrafo 1 del terzo capitolo, che un comportamento diligente richiede che il consumatore sfrutti il proprio bagaglio di conoscenze al momento della conclusione di un contratto. Ebbene, l'art. 5 afferma che le informazioni sull'operazione commerciale debbono essere fornite in maniera chiara e comprensibile. Ne discende l'obbligo di fornire al consumatore tutte quelle conoscenze utili a determinare il proprio comportamento.

Ciò però non esime il consumatore dalla responsabilità di attivarsi per acquisire le conoscenze necessarie a formare un giudizio consapevole sulla convenienza dell'operazione. Il compito del professionista non può essere inteso come quello di "istruire" il consumatore, ma di consentirgli di attenersi a quel grado di ragionevolezza e di avvedutezza di cui si è detto. Al contempo, il legislatore non ha certamente la funzione di sostituirsi all'autonomia individuale, ma di creare le condizioni affinché le parti presenti nel mercato siano in condizione di realizzare scelte consapevoli.

La posizione del consumatore dev'essere raccordata con la normativa speciale diretta alla sua protezione, senza trascurare però il principio di generale obbligatorietà della legge, secondo l'antico brocardo *Ignorantia legis non excusat*. La ratio della regola è quella di assicurare che il precetto legislativo e il suo rispetto siano identici per ciascuno, e che nessuno possa esimersi dal dovere di conformarsi alla legge invocando un semplice difetto culturale, altrimenti suscettibile di diventare fattore discriminatorio in favore di quanti si premurano di conoscere e osservare la normativa cogente.

In materia penale, tuttavia, il presupposto indefettibile è costituito dalla conoscibilità della norma. Tale principio è stato affermato dalla Corte Costituzionale: una storica decisione ha dichiarato la parziale illegittimità incostituzionale dell'art. 5 c.p. *"nella parte in cui non esclude dalla inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile"*¹⁷⁹.

Dunque l'ordinamento giuridico ha il compito fondamentale di consentire che il cittadino conosca la legge penale, affinché possa applicarla. Ove, ad esempio, una legge risulti incerta nel contenuto per difficoltà interpretative, un soggetto non disporrebbe dei mezzi idonei a rispettarla. È stato quindi attentamente rilevato che *"la Corte si riferisce alle leggi penali, ma il principio di conoscibilità, se così possiamo chiamarlo, deve essere esteso alle leggi in genere, in virtù dell'art. 54, comma 1°, cost."*¹⁸⁰.

L'art. 54 Cost. sancisce infatti *"Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi"*. A tal fine si richiede la conoscibilità della legge, da tener distinto dalla conoscenza. La prima indica lo stato di colui che si trova concretamente nella condizione di acquisire delle nozioni, mentre il concetto di conoscenza implica l'acquisizione delle stesse.

¹⁷⁹ Cort. Cost., n. 364/1988

¹⁸⁰ *"Ignorantia juris"*, di R. Guastini, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 01/06/2017

Ebbene, a parere di chi scrive, tali principi costituzionali devono guidare anche l'attività interpretativa necessaria a tratteggiare le conoscenze esigibili dal consumatore medio, da un lato, e i doveri del professionista dall'altro. Le norme analizzate nel corso del presente lavoro vietano le condotte che traggano, o che siano idonee a trarre, in errore il consumatore medio, senza però alcuna pretesa di garantire in modo assoluto che lo stesso non commetta un errore d'acquisto. Gli artt. 20 ss. del Codice del Consumo non vietano qualunque pratica commerciale che possa in qualche modo alterare la scelta del consumatore, ma solo quella che risulti essere *“falsa o è idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico”*.

Si esclude quindi un divieto di influenzare le scelte d'acquisto del consumatore, ma il legislatore si limita ad apprestare norme fondamentali ai fini di un funzionamento sano del mercato. Si richiede implicitamente che sia il consumatore a seguire una condotta partecipativa, così da assumere una decisione che corrisponda maggiormente ai propri interessi. Il legislatore non rimane però inattivo al riguardo: egli fornisce, o tenta di fornire, tutti gli strumenti adeguati affinché il consumatore possa compiere una scelta consapevole.

È da ritenere che sia questo lo scopo ultimo e fondamentale del sistema, ovvero di contribuire a creare le condizioni di mercato affinché ciascun operatore, dal professionista al consumatore, sia messo in grado di realizzare il proprio interesse. In un'ottica economica, l'interesse del professionista è quello di realizzare il massimo profitto, raggiungibile attraverso la più ampia distribuzione possibile dei propri prodotti sul mercato. Per tale ragione lo stesso mette in atto pratiche commerciali, come possono essere le pubblicità, che mirano ad indirizzare le decisioni consumeristiche.

Per quanto concerne invece il consumatore, il suo interesse è quello di realizzare la scelta d'acquisto più soddisfacente con il massimo risparmio. Ciò implica la necessità di dover considerare il determinato settore di mercato in cui si svolge la pratica commerciale, le specifiche caratteristiche del consumatore e dunque i suoi gusti, le sue risorse economiche, le sue esigenze ed ogni altro elemento che concorra a determinarne il comportamento economico. Si potrebbe allora sostenere che sia sufficiente accrescere l'aspetto educativo del consumatore medio cosicché lo stesso possa assumere scelte consapevoli.

A questo punto si inserisce la considerazione che, data l'enorme conoscenza acquisita nel campo delle neuroscienze, non sia più sufficiente informare i consumatori delle specifiche relative ai prodotti circolanti sul mercato. Si è infatti evidenziato, nel corso del secondo capitolo, come oggi sia possibile intervenire sull'inconscio dei consumatori così da spingerli ad assumere una certa decisione economica senza una ponderata riflessione, e soprattutto senza che gli stessi siano pienamente consapevoli del proprio processo decisionale.

Non si tratta quindi solo e soltanto di far comprendere agli individui gli aspetti positivi e negativi di un prodotto commercializzato, in relazione alle loro esigenze. L'obiettivo va incentrato sulla necessità di porre i consumatori in condizioni tali da poter comprendere le tecniche adoperate per influenzarne le decisioni. Sono stati richiamati nel corso del secondo capitolo (paragrafi 3-4) due esperimenti relativi a qualità di vino identiche, ma presentate in modi diversi. In un caso il prezzo veniva alterato al fine di verificare la reazione dei partecipanti; questi si sentivano spinti a ritenere che il vino più costoso dovesse avere anche una maggiore qualità.

Nel secondo caso invece era l'imbottigliamento del vino che ne condizionava la percezione qualitativa. In entrambi i casi, e questo è il risultato sorprendente, il pregiudizio sulla qualità del prodotto, derivante dal valore associato, determinava il giudizio differente. Ebbene, non si può certamente credere che alle aziende vinicole possa impedirsi di poter valorizzare i propri prodotti

attraverso il prezzo o la bottiglia, né si può esigere che il consumatore medio diventi un esperto del settore agroalimentare. Tuttavia sarebbe certamente utile per la collettività conoscere quali e come le tecniche di marketing influenzano inconsciamente le preferenze individuali.

Ai fini della valutazione della consapevolezza del consumatore, quindi, non si può fare riferimento alla pura nozionistica relativa ai prodotti presenti sul mercato, ma è oggi più che mai necessario che lo stesso venga fornito di tutti gli strumenti utili a comprendere l'applicazione delle neuroscienze al marketing. In difetto, la pura conoscibilità del prodotto non sarà mai sufficiente a concorrere con i più avanzati strumenti di neuromarketing, capaci di comprendere i bisogni inconsci del consumatore medio ed eventualmente di alterarne la volontà.

Può peraltro osservarsi che già oggi l'ordinamento giuridico italiano, anche su spinta di quello comunitario, prevede rafforzamenti alla tutela del consumatore in relazione a determinati settori. Come già accennato, ove un prodotto venga commercializzato in un settore che richiede conoscenze tecniche di grado elevato, la nozione di consumatore consapevole debba subire un adattamento. È questo il caso, ad esempio, della materia finanziaria, in cui le conoscenze che un investitore dovrebbe possedere per compiere un'operazione in maniera ragionevolmente attenta ed avveduta si connotano per la spiccata complessità.

Il legislatore non è indifferente a tale problematica e di conseguenza prevede un complesso sistema volto a consentire agli investitori di poter acquistare strumenti finanziari "in sicurezza", quindi sulla base di strumenti volti a garantire un'adeguata informazione. Riconoscendosi infatti il ruolo fondamentale del mercato di borsa nello sviluppo delle imprese, in virtù della sua funzione di fonte di finanziamenti delle stesse, ben si comprende che ai fini del suo corretto funzionamento sia necessaria la fiducia generale degli investitori.

A tal fine quindi si prevede anzitutto l'intervento di autorità dotate di poteri di vigilanza, quali la Consob e la Banca d'Italia. Per quel che qui interessa, il Testo Unico di Finanza attribuisce alle Autorità funzioni volte a garantire "a) *la salvaguardia della fiducia nel mercato finanziario*; b) *la tutela degli investitori*; c) *la stabilità e il funzionamento del sistema finanziario*; e) *l'osservanza delle disposizioni in materia finanziaria*"¹⁸¹. Tra gli elementi centrali della disciplina finanziaria possono quindi ravvisarsi la trasparenza e la tutela degli investitori¹⁸².

Il complesso sistema costituito, tra le altre cose, dai poteri di vigilanza, dalle funzioni attribuite agli intermediari finanziari e dagli obblighi informativi delle società emittenti strumenti finanziari, a bene vedere, ha uno scopo fondamentale coincidente con quello che risulta essere il protagonista dell'intento perseguito dal legislatore: ridurre le asimmetrie informative tra il soggetto che riveste una posizione di forza ed il soggetto debole.

Si può brevemente accennare all'attenzione riposta in tal senso dal legislatore anche a livello penalistico. L'intermediazione finanziaria è indispensabile per lo svolgimento delle operazioni sui mercati finanziari. L'intermediazione tra emittenti e investitori sul mercato primario e tra gli investitori stessi sul mercato secondario è richiesta al fine di agevolare le operazioni ivi negoziate. Lo svolgimento di tali attività viene dunque riservato a soggetti dotati di peculiari requisiti di professionalità e indipendenza, autorizzati dalla Consob o dalla Banca d'Italia per molteplici ragioni, tutte improntate al buon funzionamento del mercato, tra cui spicca il fine di consentire al pubblico

¹⁸¹ Art. 91, d.lgs. 24/02/1998, n. 58. "*Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*"

¹⁸² "*Diritto penale commerciale, il diritto penale del mercato mobiliare*", di Sergio Seminara, pagg. 21 ss., Volume III, Giappichelli Editore, 2018

d'investitori adeguati mezzi di reperimento d'informazioni imparziali e corrette. Se si consentisse a soggetti privi di tali requisiti di svolgere attività di tale portata, verrebbe lesa la fiducia degli investitori nel mercato, in virtù del maggiore e sproporzionato rischio d'investimento.

L'art. 188 T.U.F. pertanto proibisce *“l'uso non autorizzato [...] di parole o locuzioni, anche in lingua straniera, idonee a trarre in inganno sulla legittimazione allo svolgimento dei servizi o delle attività di investimento o del servizio di gestione collettiva del risparmio”*.

La ratio della norma va individuata *“nell'esigenza di evitare ogni confusione rispetto alle imprese regolarmente autorizzate e controllate dalla Consob e dalla Banca d'Italia [...] per questa via tutelando anche la fiducia del pubblico sulla competenza e professionalità degli intermediari”*¹⁸³.

La mera perseguibilità dei soggetti che svolgono attività d'investimento o similari non sarebbe però sufficiente a tutelare gli investitori. L'intervento legislativo può certamente prevenire la commissione di un reato ma allo stesso si deve necessariamente accompagnare l'educazione degli investitori. Ciò vale in ogni settore del mercato ma ancor più in ambito finanziario, ove la carenza di trasparenza degli operatori non autorizzati rende complicato l'intervento delle Autorità.

Interviene quindi la CONSOB nell'impegno a promuovere l'educazione finanziaria attraverso molteplici progetti¹⁸⁴. Nel suo sito web si legge che le sue funzioni comprendono: *“l'esercizio nei confronti del pubblico dei servizi e attività di investimento è riservato ai soggetti autorizzati dalla CONSOB. Nella stragrande maggioranza dei casi l'operatività dei soggetti non autorizzati, privi quindi dei requisiti, tra cui quelli patrimoniali e organizzativi, previsti dall'ordinamento, anche a tutela degli investitori, si sostanzia in vere e proprie truffe”*.

Dopo aver trattato delle Autorità di vigilanza e degli intermediari finanziari, va citato uno dei principali strumenti informativi, ossia il prospetto informativo. Gli artt. 94 ss. prevedono infatti che gli emittenti strumenti finanziari devono redigere un prospetto informativo sottoposto all'autorizzazione della Consob.

In particolare, il prospetto deve presentare *“in una forma facilmente analizzabile e comprensibile, tutte le informazioni che, a seconda delle caratteristiche dell'emittente e dei prodotti finanziari offerti, sono necessarie affinché gli investitori possano pervenire ad un fondato giudizio sulla situazione patrimoniale e finanziaria, sui risultati economici e sulle prospettive dell'emittente e degli eventuali garanti, nonché sui prodotti finanziari e sui relativi diritti”*¹⁸⁵.

Secondo la dottrina *“La disciplina del prospetto d'offerta ha lo scopo di favorire l'accordo tra chi vuole vendere al pubblico, e dunque conosce il prodotto e sa come presentarlo, e l'investitore che vuole acquistare, ma nulla conosce se non le informazioni circolanti nel mercato, sulla cui coerenza costruisce il proprio affidamento”*¹⁸⁶. Si evidenzia dunque che il prospetto si rivolge ad un investitore tipico sprovvisto di adeguate informazioni e che proprio per tale ragione dev'essere messo in condizione di poter investire con consapevolezza. In tal modo gli investitori devono poter pervenire

¹⁸³ *“Diritto penale commerciale, il diritto penale del mercato mobiliare”*, di Sergio Seminara, pagg. 28 ss., citato

¹⁸⁴ È il caso del “Modello didattico sull'educazione finanziaria”, un progetto svolto a partire dal 2019 e diretto agli studenti delle scuole secondarie superiori; altri esempi sono costituiti dal “Mese dell'Educazione Finanziaria”, svolto nell'ottobre del 2018, o da seminari quali “Finanza sostenibile, trasparenza ed educazione finanziaria per le imprese”

¹⁸⁵ Art. 94, secondo comma, *“Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria”*

¹⁸⁶ *“L'amministrazione della società per azioni”*, Di G. Visentini, Dike Giuridica Editrice, 2016, pagg. 285 ss.

ad un fondato giudizio su tutti i profili utili a comprendere se investire o meno, tra cui ad esempio la situazione patrimoniale e finanziaria della società.

Gli aspetti della norma che meritano qui particolare attenzione sono due: il destinatario ideale del prospetto, ossia un soggetto non necessariamente esperto della materia finanziaria, e l'esigenza di metterlo in condizione di per effettuare una scelta consapevole. Viene evidentemente ribadito anche in tale sede il principio di conoscibilità, per cui un individuo intenzionato ad acquistare deve quanto meno poter acquisire gli strumenti necessari per rivolgersi al mercato in modo consapevole.

In tale senso si inserisce la responsabilità dei soggetti dotati di specifiche competenze in relazione al contenuto del prospetto, i quali, ai sensi dell'art. 94, comma 8, *“rispondono ciascuno in relazione alle parti di propria competenza, dei danni subiti dall'investitore che abbia fatto ragionevole affidamento sulla veridicità e completezza delle informazioni contenute nel prospetto”*, salvo che provino *“di aver adottato ogni diligenza allo scopo di assicurare che le informazioni in questione fossero conformi ai fatti e non presentassero omissioni tali da alterarne il senso”*.

Il *“ragionevole affidamento”* di cui parla la norma non è nozione facilmente definibile, ma sarebbe erroneo pensare che il legislatore intenda rivolgersi ad un *“investitore ragionevole”*, come lo stesso viene richiamato al comma 9, nel senso d'investitore dotato di particolari competenze. Ciò risulterebbe incompatibile con lo scopo suddetto di tutelare colui che, pur non essendo esperto del cambio d'investimento, intende acquistare strumenti finanziari. La ragionevolezza va invece intesa come *“l'affidamento del modello di investitore voluto dal sistema, di quell'investitore razionale cioè che la legge individua in astratto per la corretta redazione del prospetto”*. Il *“fondato giudizio”* suddetto presume almeno la possibilità di fondare la propria fiducia sulla *“veridicità e completezza dell'informazione”*, garantita almeno in via teorica dal complesso informativo predisposto dal legislatore e che coinvolge, tra gli altri, i soggetti sin qui analizzati.

In assenza di informazioni che rendano edotto l'investitore dei rischi e vantaggi legati ai prodotti finanziari emessi sul mercato, risulterebbe inconcepibile effettuare operazioni di acquisto consapevoli. Al riguardo, però, sarebbe erroneo ritenere che il consumatore possa richiedere tutela ogni qualvolta sbaglia un'operazione economica per aver peccato, ad esempio, di ignoranza, pur in difetto di inadempienze e colpe imputabili all'emittente o agli altri soggetti responsabili. Si è detto al terzo capitolo, paragrafo 3, che la Direttiva 2005/29/CE si rivolge al consumatore ragionevolmente attento e avveduto. Al di là della vaghezza della formulazione, va senz'altro osservato che, affinché un soggetto possa tenere comportamento del genere, deve quantomeno essere dotato delle conoscenze necessarie a comprendere il contesto in cui un prodotto viene commercializzato ed il prodotto che gli viene offerto.

D'altro canto, non si può pretendere che l'investitore medio, dopo aver eventualmente letto l'intero prospetto, sia in grado di comprenderlo appieno, anche considerando l'elevata complessità che contraddistingue tale documento. Al di là dell'inciso sulla *“forma facilmente analizzabile e comprensibile”* che dovrebbe connotare il prospetto, non si vede come lo stesso possa essere reso accessibile a chiunque, pur presentando tutti i dati necessari a dare informazioni complete sotto il profilo economico e finanziario, oltre che sui prodotti emessi sul mercato.

Per tale ragione il prospetto deve contenere anche una nota di sintesi. L'art. 94, comma 2 T.U.F. stabilisce infatti che *“Il prospetto contiene altresì una nota di sintesi la quale, concisamente e con linguaggio non tecnico, fornisce le informazioni chiave nella lingua in cui il prospetto è stato in origine redatto. Il formato e il contenuto della nota di sintesi forniscono, unitamente al prospetto,*

informazioni adeguate circa le caratteristiche fondamentali dei prodotti finanziari che aiutino gli investitori al momento di valutare se investire in tali prodotti”.

La nota di sintesi serve dunque a permettere anche alla persona comune, che difficilmente leggerà l'intero prospetto, di comprendere in breve gli aspetti essenziali relativi ai prodotti finanziari, appunto le “*informazioni chiave*” citate dalla norma. Ciò nonostante, la Consob nell'ambito dell'educazione finanziaria suddetta, invita gli investitori a leggere comunque l'intero prospetto informativo, ammonendo la condotta abituale di chi si documenta sull'investimento fatto solo dopo il suo fallimento. Afferma anzi che “*l'investitore deve concludere il contratto solo se ragionevolmente sicuro di aver compreso le caratteristiche del fondo, il grado di esposizione al rischio ed i costi che esso comporta*”¹⁸⁷.

3. AMPIEZZA DEI MEZZI PUBBLICITARI

La pubblicità potrebbe essere definita come “*l'arte di convincere i consumatori*”¹⁸⁸. Lo scopo è infatti quello di determinare in loro la volontà di acquistare i prodotti o servizi pubblicizzati. A tal fine possono essere impiegati molteplici strumenti, i quali incrementano all'aumentare dei mezzi di diffusione disponibili.

Tra i vari metodi pubblicitari esistenti, i più efficaci sono generalmente quelli persuasivi, che cercano di rivolgersi al destinatario in modo tale da lasciar memorizzare il prodotto. Tra di essi si possono citare la pubblicità narrativa, quella comparativa (citata al paragrafo 1), oltre al call to action. Attualmente la pubblicità è in massima parte compiuta nella forma di promozione del singolo prodotto del brand, ossia “*l'insieme di attributi volti a creare un'identità ben definita e a formare la reputazione del prodotto o servizio*”¹⁸⁹.

La fidelizzazione del pubblico passa attraverso strategie a lungo termine che si reggono sul “brand image” ed il “brand experience”. L'immagine associata ad un brand, da un lato, e il ricordo collegativi, dall'altro, permettono allo stesso di assumere un significato nella mente del pubblico. Ciò avviene generalmente attraverso l'associazione del brand ad altri prodotti famosi, seguita dalla sua differenziazione. Convincendo il pubblico della presenza di elementi peculiari e che contraddistinguono il prodotto dagli altri presenti sul mercato è possibile creare una clientela “fidelizzata”, ossia interessata ad acquistare prodotti appartenenti al brand in questione in quanto tale. A tal fine vengono realizzati innumerevoli programmi diretti a mantenere intatta la “lealtà” della clientela rispetto al brand.

La rete consente oggi di raggiungere il consumatore attraverso modalità plurime, che si fondano generalmente sullo sviluppo di un rapporto abitudinario, virtualmente familiare. Esempi in tal senso sono rappresentati dalla pubblicità narrativa, dall'affidamento dell'immagine simbolica dell'azienda a un personaggio noto che riscontri il favore del pubblico, la promozione del brand, la call to action.

La pubblicità narrativa fa leva sulla narrazione e pone in secondo piano l'intento persuasivo in senso stretto in favore di una creazione di empatia con il proprio target. Molto spesso, infatti, il prodotto viene mostrato alla fine e, in ogni caso, senza dedicare particolare attenzione alle sue caratteristiche

¹⁸⁷ <https://www.consob.it/web/investor-education/rischi-dell-investimento>

¹⁸⁸ “*Azienda e Informazione Digitale*”, di P. Camagni, R. Nikolassy, InfoSIA, Ulrico Hoepli Editore S.p.A., 2015

¹⁸⁹ “*Brand and Branding*”, di T. Sammut-Bonnici, in Wiley Encyclopedia of Management

commerciali. La pubblicità comparativa, invece, viene utilizzata per valorizzare i propri beni o servizi rispetto a quelli della concorrenza. L'esempio tipico è quello che pone a confronto i benefici del prodotto sponsorizzato con uno analogo, di un'altra marca non meglio precisata. In questi casi è alto il rischio di sussistenza di concorrenza sleale ex art. 2598, n.2, c.c. La stessa può ad esempio sussistere nel caso in cui *“un imprenditore, in forme pubblicitarie od equivalenti, attribuisce ai propri prodotti o alla propria impresa pregi, quali, ad esempio, premi, medaglie, riconoscimenti, qualità, indicazioni, requisiti, virtù, da essi non posseduti, ma appartenenti a prodotti o all'impresa di un concorrente, in modo da perturbare la libera scelta dei consumatori”*.

La call to action è poi un tipo di comunicazione che si contraddistingue per la sua immediatezza. Esempi della call to action sono gli slogan tipo *“non perdetevi la prossima puntata di...”*, *“Partecipa al concorso...”*. Vi è poi la promozione del brand, di cui si è parlato soprattutto al paragrafo 3 del secondo capitolo. Lo scopo è quello di valorizzare lo stesso focalizzandosi, più che sul prodotto specifico, sulla narrazione che ne viene fatta, così da crearne una percezione positiva da parte del pubblico e differenziarlo rispetto alla concorrenza.

Oltre alle modalità di pubblicità tradizionali poc'anzi citate, sono sempre più diffusi nuovi veicoli pubblicitari, primo fra tutti Internet. Ebbene, con l'avvento dell'era digitale si è assistito ad un radicale cambiamento nel modo di concepire la comunicazione. La possibilità di mostrare quantità innumerevoli di contenuti pubblicitari e di modificare il contenuto a seconda dell'utente e degli interessi da egli manifestati durante la navigazione moltiplica le chance di realizzare un contenuto pubblicitario di successo¹⁹⁰.

Proprio l'impiego delle applicazioni del Web, come strumento di marketing, comporta come principale risultato il maggior coinvolgimento del cliente e ciò, sul piano strategico, implica un deterioramento dell'asimmetria informativa tra impresa e cliente e, dunque, una maggior trasparenza nel rapporto tra le due parti¹⁹¹.

La pubblicità via social si basa sulle inserzioni pubblicitarie presentate esplicitamente come tali e sull'intermediazione di altri soggetti. Nel primo caso la pubblicità può essere considerata più *“tradizionale”*, seppur il mezzo sia particolarmente innovativo. Nel secondo caso, invece, l'impiego di soggetti famosi per promuovere un prodotto richiama la figura del testimonial, ossia qualcuno che sfrutta la propria fama per portare notorietà ad un prodotto.

Sul tema si è posta anche l'attenzione dell'AGCM, la quale si è in particolare pronunciata sulla pubblicità occulta. L'esigenza è nata dalla larga diffusione di attività pubblicitarie tra personaggi noti senza che però il prodotto pubblicitario venisse proposto come tale¹⁹². Diversi influencer infatti tendevano a lasciar credere che la presentazione del prodotto al proprio pubblico fosse in realtà spontanea, mentre vigevano degli specifici rapporti contrattuali con il produttore. L'AGCM ha altresì indicato che in vari casi, al fine di scongiurare l'ipotesi di pratiche illecite, andrebbero utilizzati tutti i mezzi necessari a far comprendere agli utenti la sussistenza di una pubblicizzazione, ad esempio gli hashtag¹⁹³.

¹⁹⁰ *“La pubblicità online e le comunicazioni commerciali”*, di L. Furlanetto, in Altalex, 19/03/2007

¹⁹¹ *“Applications and implementations of new media in corporate communications: An action research approach”*, di Greg Hearn, Marcus Foth, Heather Gray, in *“Corporate Communications: An International Journal”*, 2009

¹⁹² *“Seconda moral suasion per influencer: pubblicità occulta vietata sempre, anche sui social network”*, in AGCM, 06/10/2018

¹⁹³ Si tratta di strumenti, rientranti nella categoria dei tag, aventi la funzione di contrassegnare un tema o un contenuto specifico

L'Osservatorio Influencer Marketing (OIM) ha inoltre realizzato nel 2019 un'indagine sul fenomeno dell'influencer marketing, scoprendo che i profili social degli influencer tendono ad essere molto più attraenti delle pagine aziendali dei vari brand. A riprova di ciò, notevoli investimenti sull'influencer marketing vengono effettuati da grandi società quali Mc Donald's, Burger King, Ferrero e Coca-Cola¹⁹⁴.

Nel quarto paragrafo del secondo capitolo si è trattato della profilazione dei dati personali, ossia il trattamento dei dati personali attraverso sistemi automatizzati e volto a categorizzare gli utenti in base a caratteristiche di vario tipo, dalle preferenze personali alla situazione economica. In quella sede è stato peraltro evidenziato come il legislatore comunitario sia intervenuto con il Regolamento Generale sulla Protezione dei dati (GDPR) per stabilire che l'interessato ha diritto ad essere informato dell'attività di profilazione oltre che a prestare consenso al trattamento dei dati personali.

La tutela legislativa è diretta a rendere l'utente edotto delle modalità di utilizzo dei suoi dati, ma sarebbe erroneo pensare che il GDPR garantisca una piena conoscibilità da parte degli utenti in merito a come gli operatori economici acquisiscono, e quindi sfruttano, i suoi dati. Un utente pienamente informato, infatti, dovrebbe avere piena conoscenza non solo della presenza di forme di trattamento e profilazione dei dati che lo riguardano, ma anche di come ciò concretamente avvenga. Infatti vi è un crescente interesse, da parte delle imprese, ad utilizzare meccanismi sofisticati di acquisizione e trattamento delle informazioni concernenti i potenziali consumatori e che mirano non solo a recepire, ma addirittura a prevedere i loro futuri interessi. Il meccanismo su cui si fonda la maggior parte delle operazioni di marketing online è quello del real-time bidding (RTB), ossia un sistema volto a mostrare delle pubblicità con immediatezza, non appena si intercetta l'interesse dell'utente.

Particolare successo, in tale ambito, è rappresentato dal machine learning, ossia *“un processo interattivo finalizzato all'analisi di grandi banche dati, allo scopo di estrarre informazioni e conoscenze che possano risultare accurate e potenzialmente utili a coloro che sono impegnati nella comprensione dei processi decisionali”*¹⁹⁵.

Uno studio, in particolare, ha dimostrato che l'utilizzo di taluni algoritmi consente di comprendere e prevedere le preferenze degli utenti attraverso le pubblicità online¹⁹⁶. I ricercatori, partendo dall'assunto che l'individuazione di modelli comportamentali degli utenti sia fondamentale nella pubblicità online, sostengono che le attività tradizionalmente utilizzate per valutare gli interessi degli utenti e l'efficacia dell'advertising online non siano idonee a stabilire come i comportamenti dell'utenza variano nel tempo, ma si limitino a basare le attività di marketing sulle attività registrate precedentemente online. Il loro intento è quello di dimostrare la possibilità di *“prevedere con accuratezza il grado di probabilità che l'utente cliccherà su una specifica pubblicità”*.

A tale scopo contribuiscono la registrazione delle pagine visitate dall'utente e l'utilizzo di appositi algoritmi¹⁹⁷ finalizzati a comprendere, attraverso l'attività svolta online, quali sono i comportamenti abituali degli utenti. In tal modo è stato riscontrato che l'utilizzo combinato dell'acquisizione di dati

¹⁹⁴ *“Dall'engagement all'acquisto: il ruolo dell'influencer nel path to purchase del consumatore. Osservatorio Influencer Marketing”*, 24/7/19, <http://www.osservatorioinfluencermarketing.com>

¹⁹⁵ *“Business Intelligence: Data Mining and Optimization for Decision Making”*, di Carlo Vercellis, pag. 77, Wiley

¹⁹⁶ *“Deep Learning for User Interest and Response Prediction in Online Display Advertising”*, di A. Hainline, M. Conway, Z. Gharibshah, X. Zhu, in *“Data Science and Engineering”*, 17/01/2020

¹⁹⁷ I cosiddetti *“Long short term memory”* (LSTM), ossia algoritmi di reti neurali volti a memorizzare grandi quantità di dati

personali e l'analisi delle variazioni delle attività online permettono di rendere più efficienti le pubblicità.

L'obiettivo del marketing online è quello di mostrare la pubblicità agli utenti interessati al relativo prodotto nel momento adatto, ossia quando si può ragionevolmente presumere che gli stessi cliccheranno su di essa. Affinché possa essere registrato l'interesse di chi naviga in rete verso un prodotto ci si basa sulle relative interazioni. Se un soggetto clicca su una pubblicità, un'immagine, o un qualunque altro tipo di contenuto connesso al prodotto, si presume che nutra un interesse verso lo stesso. Le pubblicità vengono appunto distribuite in rete con l'intento d'intercettare quella fascia d'utenza che possa essere interessata al bene commercializzato. Il machine learning interviene, quindi, al fine di permettere ai produttori di selezionare in modo più efficiente la fascia d'utenza potenzialmente interessata al bene.

Le tecniche volte ad osservare le attività degli utenti al fine di comprenderne non solo le preferenze ma anche come esse variano nel tempo attraverso la costruzione di modelli comportamentali, pongono in gioco il tema della privacy. Non è infatti chiaro quanto tali tecniche siano invasive, ma è importante ribadire che il machine learning ha come presupposto applicativo l'analisi di grandi database, cosicché non si focalizza su singoli utenti ma si espande all'osservazione di ampie fasce di utenza al fine di categorizzarne gli interessi.

In ciò si ravvisa un ruolo fondamentale del GDPR, stante il suo scopo affermato all'art. 1, ossia la *“protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali”*. Quest'ultimo concetto viene definito all'art. 4 come *“qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile”*. La rilevanza delle disposizioni in esame dev'essere analizzata unitamente al Considerando n. 26, il quale delimita l'applicazione dei *“principi di protezione dei dati a tutte le informazioni relative a una persona fisica identificata o identificabile”*. Lo stesso precisa poi che *“per stabilire l'identificabilità di una persona è opportuno considerare tutti i mezzi, come l'individuazione, di cui il titolare del trattamento o un terzo può ragionevolmente avvalersi per identificare detta persona fisica direttamente o indirettamente”*.

L'applicazione del GDPR alle attività di machine learning presuppone quindi che lo scopo sia quello di individuare una persona fisica. Su questo punto si regge il dibattito in corso sull'effettiva capacità degli algoritmi utilizzati nell'ambito del machine learning di tutelare la privacy degli utenti¹⁹⁸.

Con l'attività di profilazione, finalizzata a categorizzare gli utenti attraverso i loro dati personali, è possibile l'identificazione degli stessi. La dottrina comunitaria ha affermato che il machine learning va consentito fintanto che vengano adottate le misure necessarie ad evitare che l'interessato venga *“sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona”*¹⁹⁹ senza il suo consenso²⁰⁰.

¹⁹⁸ Si vedano in tal senso *“An Overview of Privacy in Machine Learning”* di E. De Cristofaro; *“Towards formalizing the GDPR's notion of singling out”*, di A. Cohe, K. Nissim

¹⁹⁹ Art. 22, comma 1, GDPR

²⁰⁰ *“Machine learning with personal data”*, di D. Kamarinou, C. Millard e J. Singh, *Queen Mary University of London, School of Law*, 2016

4. ACCELERAZIONE DELLE SCOPERTE SUL NEUROMARKETING

Il tema dell'applicazione delle neuroscienze per influenzare i processi decisionali dei consumatori è stato ampiamente analizzato nel secondo capitolo della presente opera, laddove si è posto in evidenza il ruolo fondamentale delle emozioni nelle decisioni assunte dai consumatori. A riguardo, citando il neurologo portoghese Damasio, si è anche affermato che gli stimoli emotivi non limitano necessariamente la nostra capacità di giudizio, ma sono parte integrante del processo decisionale, in quanto elemento fondamentale delle nostre preferenze. Cosicché nell'ambito consumeristico si può ad esempio rilevare come le emozioni provocate ad un consumatore da un determinato prodotto siano senz'altro sfruttabili da un individuo al fine di effettuare una scelta ponderata.

Ciò nonostante, il problema sorge nel momento in cui le emozioni suscitate da una pubblicità non vengono provocate casualmente, ma per specifiche strategie aziendali che si reggono sulla consapevolezza che determinati contenuti risultano particolarmente efficaci con un certo pubblico in virtù di analisi svolte sulla mente umana. In questo caso la libertà individuale, relativa alla scelta se acquistare o meno un prodotto, rischia di essere lesa laddove il soggetto esprima una preferenza alterata a livello inconscio dal professionista.

In mancanza di una specifica legislazione in tema di neuromarketing, quindi, è utile interrogarsi su quali siano le modalità oggi adoperate per indirizzare i consumatori verso una determinata scelta economica. Mentre la ricerca nel campo strettamente neurologico è costante e pubblica, quella relativa all'applicazione delle nozioni neurologiche al marketing tende ad essere frequentemente secretata dalle imprese, come spesso denunciato anche da diversi ricercatori²⁰¹. Ciò implica che, al fine d'individuare la velocità con cui le imprese assumono consapevolezza e capacità nello sfruttare le conoscenze sulla mente umana al mercato, risulta essenziale considerare le pratiche commerciali realizzate concretamente.

Appreso che il neuromarketing mira ad intercettare il pubblico interessato ad un prodotto e ad influenzarne le preferenze, è chiaro che lo stesso possa riscontrare la sua massima utilità laddove vi è un'ampia affluenza di persone. I social network sono evidentemente perfetti in tal senso ed è su tali piattaforme che l'applicazione del neuromarketing può incontrare il massimo successo. Osservando i comportamenti degli utenti in rete è possibile analizzarne e prevederne le preferenze, come osservato al paragrafo 3. Ora, l'accompagnamento a tecniche quali il machine learning dell'impiego di stimoli emotivi è senz'altro in grado di aumentare l'efficacia delle pubblicità. Da un lato vi è consapevolezza di cosa interessa o meno ai consumatori, mentre dall'altro le imprese sono persino capaci di presentare delle pubblicità idonee indurre in loro degli stimoli emotivi così da assicurare l'efficacia della pubblicizzazione.

Mezzi pubblicitari idonei a stimolare il consumatore a livello inconscio possono essere riscontrati già oggi in rete (si pensi allo storytelling) e sono accomunati dalla persuasività, diretta a far memorizzare il prodotto al consumatore. La personalizzazione delle pubblicità, poi, consente di rivolgere dei messaggi promozionali specifici a un determinato pubblico che si presta facilmente ad avere reazioni emotive positive. *“Applicare gli studi del neuromarketing può migliorare l'esperienza dell'utente e*

²⁰¹ “Exploring Neuromarketing and Its Reliance on Remote Sensing: Social and Ethical Concerns”, di S. Nemorin, O. H. Gandy, Jrin “International Journal of Communication”, 11/2017

aiutare a mantenere i potenziali clienti abbastanza a lungo sul sito o nei social network in modo da realizzare una conversione all'acquisto"²⁰².

Una chiara applicazione del neuromarketing ai social può essere individuata nel social selling, ossia la vendita di prodotti online. Gli scopi sono effettivamente simili: *"Se il neuromarketing consiste nell'analizzare i livelli emotivi, di attenzione e di memoria stimolando i contesti di marketing, il Social Selling cerca di identificare e creare relazioni con l'opzione di vendita"*²⁰³.

L'efficacia del social selling si regge sulla continuità dei messaggi pubblicitari, atti a suscitare un ricordo nel consumatore. Tecniche quali la risonanza magnetica funzionale e l'elettroencefalogramma possono chiaramente essere impiegati per comprendere quali prodotti imprimono un ricordo più profondo nel consumatore. Da ciò ne deriva l'opportunità di adeguare efficacemente le pubblicità.

Ebbene, il neuromarketing offre dunque ai soggetti interessati la chiave per mostrare le pubblicità ai clienti che percepiranno probabilmente uno stimolo emotivo tale da indurli ad apprezzare e quindi acquistare il prodotto²⁰⁴.

Il mercato italiano comincia anch'esso ad investire sul neuromarketing, come dimostra il caso di uno studio realizzato da due aziende nostrane, Ottosunove ed Italtrading, interessate a comprendere le variazioni dei comportamenti dei clienti al variare degli allestimenti dei reparti di un punto vendita²⁰⁵. Ottosunove è un'agenzia di comunicazione che si occupa di applicare le conoscenze acquisite dal Neuromarketing e dalle BehaviouralSciences al fine di migliorare l'efficacia dei brand²⁰⁶. Italtrading, invece, è un'impresa *"specializzata in prodotti per la decorazione e supporti per la comunicazione nel punto vendita"*²⁰⁷. Lo studio è stato reso possibile dal coinvolgimento di BrainLab, un *"laboratorio dedicato alle neuroscienze dell'Università Iulm"* di Milano.

Le imprese ed il laboratorio di ricerca hanno utilizzato vari strumenti già citati nel corso del secondo capitolo, ed in particolare al paragrafo 2, ossia l'elettroencefalogramma (EEG), l'eyetracking, ed il biofeedback. Quest'ultimo serve a misurare il battito cardiaco e la conduttanza cutanea (misura delle variazioni continue della pelle²⁰⁸). In tal modo è stato possibile effettuare un test neuro-metrico in un supermercato di Parma avente ad oggetto due gruppi di partecipanti. Il primo ha visitato un negozio dotato di allestimenti che richiamavano un clima estivo ed erano dedicati a prodotti stagionali. Il secondo gruppo invece ha visitato un'area del negozio priva di vestizioni particolari.

Attraverso gli strumenti suddetti di neuromarketing è stato dunque possibile analizzare le reazioni emotive dei partecipanti ai diversi allestimenti. Come intuibile, un maggior coinvolgimento emotivo veniva riscontrato nei partecipanti del primo gruppo. Si è così rilevato che quando il design di un negozio provoca una sensazione positiva nel consumatore questo si focalizza con più interesse e più a lungo sul prodotto presente nel relativo reparto. Ciò che determina la scelta di un individuo di

²⁰² *"Neuromarketing: la fluidità cognitiva nei social network e nel web"*, di M. Diotto in *"Neuromarketing"*, 2020

²⁰³ *"Neuromarketing e Social Selling: la sinergia perfetta"*, in www.antevenio.it

²⁰⁴ *"Neuromarketing e Social Selling: la sinergia perfetta"*, in www.antevenio.it

²⁰⁵ *"Da Ottosunove e Italtrading uno studio di neuromarketing incentrato sul consumatore"*, in ReatilInstitute, 06/12/19

²⁰⁶ <https://ottosunove.com>

²⁰⁷ <http://www.italtrading.net>

²⁰⁸ *"Risposta galvanica della pelle"*, in *"Brainsigns"*, Università Sapienza di Roma

concentrarsi su un bene di consumo, quindi, non è solo l'interesse nutrito nei confronti dello stesso, ad esempio perché risponde ad esigenze soggettive, ma anche l'ambiente circostante.

Se ciò è forse intuibile, più complicato è comprendere quanto sia efficace lo specifico design riservato ad un reparto (posto che il medesimo problema si presenta in ogni altro settore di mercato). Le tecniche di neuromarketing consentono dunque di quantificare l'efficacia di una specifica strategia di marketing rispetto ad altre. L'utilità di tali studi si riscontra peraltro in un'ulteriore risultanza della ricerca condotta dal BrainLab. Si è infatti osservato che i prodotti situati nei reparti meglio allestiti tendevano a essere ricordati più a lungo dai partecipanti, cosicché se ne deduce che in una classica condizione di mercato sarebbe stato più probabile l'acquisto.

L'interesse di coloro che operano sul mercato verso il neuromarketing si può riscontrare non solo nei sempre più ingenti investimenti realizzati in questo settore, ma anche nella crescente attività di ricerca, sempre più focalizzata sul valutare gli effetti provocati da tali strategie sui consumatori²⁰⁹.

5. NOZIONE DI CONSUMER EMPOWERMENT

Il “mercato di massa”, che ha trovato la sua massima espansione nel ventesimo secolo, ha sempre individuato nel consumatore un ruolo passivo, tale per cui il suo contributo consisteva esclusivamente nella decisione se acquistare o meno un prodotto. Le pubblicità miravano dunque a soddisfare ampie fasce di consumatori, ma con scarsità di strumenti idonei ad individuarne le specifiche preferenze²¹⁰. Essere in grado di creare non semplicemente macrocategorie di potenziali clienti, ma di comprenderne - ed eventualmente indirizzarne - gli interessi permette invece di personalizzare le pubblicità - se non anche i prodotti - massimizzando così l'efficacia delle strategie di marketing.

A tal fine le imprese oggi sono impegnate nel coinvolgere i consumatori non solo nella fase della commercializzazione del prodotto, ma già in uno stadio anteriore alla produzione del bene che si intende offrire alla clientela. L'effetto è la naturale conseguenza di una società dell'informazione, come può essere definita quella odierna, che vede lo sviluppo di un consumatore informato, il quale non si limita a scegliere tra i prodotti offerti dal mercato ma interviene ben prima indicando alle imprese le proprie preferenze, affinché le stesse si adeguino.

Si potrebbe controbattere che gli operatori economici hanno sempre tentato di recepire le preferenze del pubblico al fine di modellare i prodotti offerti e le attività di marketing in conformità alle loro esigenze. Va ribadito però che il cambiamento moderno viene rappresentato dall'aumento delle risorse disponibili, più che dagli scopi dei professionisti. Un conto è la realizzazione di un'analisi di mercato volta a comprendere l'efficacia di diversi brand rispetto ad un'ampia clientela (vedasi lo studio sulla birra di cui al capitolo 2, paragrafo 3), altro è la possibilità di osservare e comprendere i meccanismi cerebrali delle persone, così da strutturare il marketing di un'impresa in base ai diversi stimoli emotivi degli individui.

Si parla oggi di empowerment rispetto alla generalità degli individui per indicare *“il processo di riconoscimento, promozione, e valorizzazione delle capacità degli individui di comprendere i propri*

²⁰⁹ Si vedano in tal senso *“Impact of Neuromarketing applications on consumers”*, di S. Singh, 09/2020; *“Neuromarketing Trends and Opportunities for Companies”*, di A. Bhandari, 01/2020

²¹⁰ *“The Digital Transformation Playbook: Rethink Your Business for the Digital Age”*, di D. Rogers, 2016

*bisogni, risolvere i loro problemi ed impiegare le risorse necessarie a controllare le proprie vite*²¹¹. A livello di mercato, invece, il consumer empowerment viene inteso come *“lo stato mentale generalmente accompagnato da azioni in grado di permettere al consumatore o ad un gruppo di consumatori di affermare le proprie scelte e prendere decisioni basate sulle proprie esigenze e richieste avanzate verso altri individui o organizzazioni presenti sul mercato*²¹².

Il coinvolgimento del consumatore nella personalizzazione del prodotto, ad esempio, incrementa anche il suo legame con lo stesso, con la conseguenza che ciò ne promuoverà non solo la volontà d'acquisto, ma renderà anche più probabile che egli si fidelizzi al brand. Ciò dipende dalla sensazione del consumatore di poter influire sul mercato attraverso i suoi gusti ed il proprio punto di vista su come dovrebbe operare l'impresa. Questa situazione si riflette anche nelle attività marketing, oggi focalizzate sull'interrogare il consumatore su quali pubblicità preferisce che gli vengano mostrate online.

È il caso di Youtube, la famosa società americana dedicata al video sharing (condivisione e visualizzazione di video), la quale ha avviato da diversi anni la prassi di realizzare dei sondaggi per gli utenti in cui viene loro richiesto quali pubblicità, tra quelle già trasmesse, hanno apprezzato e perché. Altro esempio di promozione del consumer empowerment è rappresentato dal crowdfunding, ossia una forma di finanziamento dal basso con cui un gruppo di persone utilizza il proprio denaro per offrire al promotore le risorse necessarie per la realizzazione di un progetto (come può essere ad esempio un film). Questo tipo di operazione viene svolto tipicamente online ed infatti comprende tre soggetti: la persona o l'organizzazione promotrice, gli utenti in rete ed una piattaforma online.

Il successo del crowdfunding si ravvisa anche in studi che ne hanno certificato l'enorme utilità per chi fa impresa²¹³. Ciò dipende in larga parte dal fatto che questa forma di micro-finanziamento contribuisce a democratizzare i processi decisionali degli operatori economici, i quali sono così tenuti a modellare il prodotto offerto in base agli interessi manifestati dai consumatori. La realizzazione del progetto, infatti, presume che i soggetti da coinvolgere nel crowdfunding siano stimolati a finanziare il prodotto. A tal fine sia il prodotto che l'attività di marketing circostante dovranno evidentemente essere modellati, almeno in parte, dai potenziali consumatori.

Attraverso il consumer empowerment il consumatore aumenta quindi il proprio potere sul mercato, con un rafforzamento della parte tradizionalmente “debole”, ossia il cliente. La buona realizzazione di un'attività di marketing dipende così non solo dall'abilità di chi se ne occupa nell'adottare una comunicazione efficace, ma anche dal coinvolgimento del pubblico, il quale acquisisce per questa via consapevolezza e viene in tal modo affermato il principio di conoscibilità citato al secondo paragrafo. Che si tratti di esperienze d'acquisto, recensioni su prodotti o commenti, se condivisa in rete l'operazione commerciale sarà percepita come credibile dagli altri consumatori. Inoltre, la diffusione online del marchio o del prodotto contribuirà in modo fondamentale al suo successo o fallimento. I pareri dei consumatori, quindi, permettono alle imprese di modellare i propri prodotti affinché questi siano quanto più affini possibili alle loro esigenze²¹⁴.

²¹¹ *“A concept analysis of empowerment”*, di C. H. Gibson, in *“Journal of advanced nursing”*, 1991, pagg. 354-361

²¹² *“Consumer empowerment: a source of co-creation of value”*, di A. Chakor e B. Quafae, in *“Moroccan journal of management and marketing”*, 10/2020

²¹³ *“Financing creativity: crowdfunding as a new approach for theatre Projects”*, di B. Bœuf, J. Darveau, R. Legoux, in *“International journal of arts management”*, 2014

²¹⁴ *“The Empowered Customer and Digital Myopia // Business Strategy Series”*, di E. Constantinides, 2008

Le due forme di consumer empowerment più note sono il customer-empowerment “to create” (co-creazione ed il customer-empowerment “to select” (co-selezione). Nel primo i consumatori sono consultati per proporre idee relative a come realizzare dei prodotti. Nel secondo caso, invece, i prodotti sono stati già concepiti dall’impresa e i consumatori sono chiamati ad esprimere una preferenza tra le alternative presentategli.

Alla luce di quanto esposto, appare evidente come il consumatore, da sempre considerato la parte più debole del rapporto con l’impresa, grazie anche al continuo sviluppo della rete sia diventato un soggetto attivo nel mercato e stia acquisendo sempre maggiore potere contrattuale determinato da una più ampia consapevolezza e da un maggiore grado di conoscenza.

Al consumatore vengono infatti forniti dei mezzi per manipolare il prodotto nell’ottica di una “*co-produzione cooperativa*”²¹⁵. Oltre ai mezzi già citati si aggiungono piattaforme come forum e newsgroup dedicati al confronto tra consumatori. Lo scambio di informazioni contribuisce certamente a creare un consumatore tipo consapevole ed in grado di effettuare delle scelte in modo “*ragionevolmente attento e avveduto*”, quale è d’altronde l’intento del legislatore. Si può in effetti ravvisare una responsabilizzazione del consumatore al crescere delle risorse di cui egli dispone.

Nel contesto sin qui descritto, le informazioni vengono diffuse molto rapidamente e le aziende non riescono a controllarle, se non attraverso i loro contributi (ad esempio le sponsorizzazioni online). La diffusione, poi, dei social network, essendo in grado di sviluppare la comunicazione orizzontale tra gli utenti, ha fatto sì che una eventuale singola lamentela possa trasformarsi in una lamentela collettiva e ciò ha indotto le aziende a coinvolgere i consumatori direttamente nei processi di promozione e innovazione dei propri prodotti.

Appurato che attraverso strategie d’impresa quali il neuromarketing la libertà di scelta dell’individuo rischia di essere compromessa, si pone l’interrogativo su quale debba essere il ruolo del legislatore. Si è già affermato nel corso della presente opera che non si può negare a chi fa impresa il diritto di promuovere i propri prodotti anche attraverso le scoperte delle moderne neuroscienze, ma ciò non vuol dire che il consumatore debba allora rimanere privo di tutela. Il legislatore è certamente tenuto ad adeguare la disciplina consumeristica attuale agli sviluppi pubblicitari più invasivi. Al contempo, però, è onere del singolo individuo sfruttare i mezzi informativi che gli vengono forniti per effettuare delle scelte di consumo consapevoli.

Il sistema del consumer empowerment viene incrementato, ma al tempo stesso orientato, da talune forme di incentivo alla partecipazione dei consumatori persino nel processo creativo aziendale. In questo modo si esalta il ruolo del potenziale cliente, ma al contempo il professionista acquisisce la possibilità di affinare il processo di identificazione del singolo consumatore con l’uso delle scienze cognitive e delle neuroscienze nel marketing. Inevitabile si profila la possibilità di un’ulteriore limitazione della libertà di scelta del soggetto che ha interagito con il programma ideato dal produttore, che potrà così elaborare i dati personali, anche inconsci, raccolti in tal modo (vedasi i processi automatizzati).

Si sostiene che l’attenzione del nostro ordinamento al tema del neuromarketing sia oggi ancora insufficiente, nonostante le pressioni esercitate in tal senso da più parti. La celebrazione della Giornata Europea della protezione dei dati personali lo scorso 28 gennaio è stata contraddistinta dal

²¹⁵ “*L’empowerment del consumatore*”, di A. Mortara, 2007

richiamo alla ineluttabile necessità di una vigilanza, anzitutto normativa, a tutela della *“libertà cognitiva come presupposto fondante del diritto di autodeterminazione individuale”*²¹⁶.

L'affinarsi dei modelli di previsione dei comportamenti rende necessaria la costante attenzione del legislatore per tutelare i diritti fondamentali di ciascuno, così scongiurare il rischio che la libertà di scelta sia compressa da strumenti di condizionamento del processo decisionale con effetti dirompenti sulla collettività. Tuttavia gli sviluppi tecnologici che stanno mutando la società e aprono a nuove controversie giuridiche non andrebbero visti come una difficoltà, bensì come una risorsa utile, anche al fine di *“mettere il giudicante in condizione di misurare le potenziali dinamiche del sistema e così assumere la piena responsabilità della decisione intesa a garantire una tutela dei diritti sempre più piena e inclusiva”*²¹⁷.

²¹⁶ Pasquale Stanzone, Presidente del Garante per la protezione dei dati personali, intervento nel corso della Giornata Europea della protezione dei dati personali, 28/01/2021

²¹⁷ *“L’umanesimo digitale e la lezione della pandemia ai giuristi”*, di A. Punzi, in Luiss Open, <https://open.luiss.it>

CONCLUSIONI

Si è inteso esporre lo stato attuale della disciplina consumeristica, illustrando la sua applicazione alle pratiche commerciali che mirano ad alterare il processo decisionale dell'individuo facendo leva sul suo inconscio. Lo sviluppo tecnologico consente oggi di incrementare l'efficacia delle pubblicità e degli altri mezzi di promozione di un prodotto sfruttando le conoscenze apprese dalle neuroscienze.

La comprensione e la previsione delle preferenze individuali può essere realizzata utilizzando strumenti come l'fMRI più volte citati nel corso dell'opera. Si è affermato che il processo decisionale implica la valutazione degli elementi relativi al prodotto oggetto della commercializzazione, con il fondamentale contributo dello stimolo emotivo indotto nel consumatore.

Sotto il profilo informativo, il principale problema posto dal neuromarketing concerne l'inconsapevolezza delle tecniche adottate al fine modellare l'attività di marketing rispetto ai suoi interessi. Ciò nonostante, il Codice del Consumo vieta di condizionare il consumatore in modo indebito. Cosicché, ove lo sfruttamento delle strategie di neuromarketing si spinga fino all'alterazione della libera scelta del singolo, con il risultato di impedirgli di assumere una decisione consapevole, la decisione assunta risulta falsata.

Nell'elaborato si sono quindi delineati tutti i profili, di carattere giuridico e commerciale, avuto riguardo al fattore neurologico, volti ad analizzare il ruolo del consumatore nell'odierno sistema di mercato. Un ruolo che deve necessariamente tradursi in una sorta di responsabilizzazione, intesa come l'impegno a sfruttare le nozioni conoscibili. Tale principio non può evidentemente tradursi nel richiedere al consumatore medio di raggiungere un grado di preparazione incompatibile con il suo bagaglio culturale. Risulta chiaro, però, che il suo interesse passa anche attraverso lo sforzo di adattarsi alle moderne e più avanzate tecniche di marketing.

La responsabilizzazione del consumatore trova in ogni caso un limite, quanto al neuromarketing, nell'adozione di pratiche commerciali che ne falsino la scelta. Si è quindi evidenziato che ove una pratica sia idonea a manipolare in modo rilevante e sensibile l'orientamento economico del consumatore, troverà applicazione in suo favore la disciplina dettata dal Codice del Consumo. Lo stesso infatti individua comportamenti del professionista tali da alterare l'autonomia decisionale del singolo.

In questo caso viene evidentemente meno la consapevolezza della decisione assunta e non è ammissibile che il consumatore rimanga privo di tutela dinanzi all'accentuazione delle asimmetrie informative prodotte dalle innovazioni in campo neurologico applicato al marketing. Poiché il processo decisionale è largamente influenzato dagli stimoli emotivi recepiti a livello inconscio, l'alterazione della volontà individuale può avvenire senza che il consumatore possa rendersi conto delle tecniche utilizzate dal professionista. La scelta di impiegare tali strategie deve quindi trovare un contrappeso nel diritto del singolo di autodeterminarsi.

In ogni caso, un eventuale intervento legislativo non potrebbe comunque condursi fino ad impedire alle imprese di sfruttare le scoperte neurologiche per attirare i consumatori per evidenti incompatibilità con il funzionamento del mercato moderno. Lo stesso prevede infatti la necessità per le imprese di promuovere i propri beni e questa costituisce un'opportunità, per il pubblico, di trovare utili conoscenze.

Il richiamo agli studi di Damasio, inoltre, ha consentito di analizzare come lo stimolo emotivo possa essere sfruttato dal consumatore per orientare le proprie scelte. La circostanza per cui un individuo

sceglie di acquistare un prodotto in virtù della fidelizzazione, per esempio, non è incompatibile con l'assunzione di una libera scelta. Va anzi considerato assolutamente naturale che le scelte di consumo vengano influenzate dalle sensazioni positive provocate da un bene.

Urge però la partecipazione del consumatore, il quale, se non può ovviamente considerarsi responsabile di essersi affidato ad informazioni false, può quanto meno impegnarsi nel senso di tentare di riconoscere gli stratagemmi seguiti dal professionista per indurlo ad adottare una scelta. Si è infatti visto che, in primis grazie alla rete di informazioni cui oggi è possibile far ricorso online, è divenuto possibile ed auspicabile un approccio più attento del consumatore a mezzi quali la pubblicità. Non è da considerarsi eccessivo che il consumatore faccia uno sforzo mentale, sfruttando le conoscenze in suo possesso, per comprendere quali tecniche vengono sfruttate da una pubblicità per convincerlo ad acquistare un prodotto.

In questo senso si inserisce l'educazione del consumatore, promossa dal legislatore e che può potenzialmente rafforzare in modo decisivo la posizione di colui che intende compiere un acquisto. L'ignoranza in merito agli strumenti del neuromarketing non dovrebbe indurre ad una condotta passiva da parte dell'acquirente, restio a domandarsi perché gli venga presentato un determinato prodotto e perché lo stesso gli stimoli certe reazioni emotive.

Al contrario, egli ha oggi la possibilità di sfruttare, da un lato, le risorse informative riservategli dal legislatore, e, dall'altro, le sempre più ampie offerte conoscitive comunque disponibili nella società moderna. La nozione di consumer empowerment implica un dialogo tra il consumatore ed il professionista, laddove il primo richiede di contribuire alla realizzazione del prodotto ed eventualmente di influenzare l'attività di marketing da eseguire; il secondo, invece, può certamente ricevere un incentivo a coinvolgere il consumatore affinché egli possa sentirsi non mero fruitore del bene offerto, ma protagonista del processo produttivo.

Si è infatti evidenziato che il coinvolgimento dell'acquirente può intervenire in vari momenti. Anzitutto, nel processo di ideazione e realizzazione del bene, che richiede l'avanzamento di proposte da parte del pubblico sul processo creativo. Da evidenziare che a tal fine risulta determinante la preferenza individuale, di cui è parte integrante il profilo emotivo. Di conseguenza, anche nel caso in cui le reazioni cerebrali di un soggetto ad un bene ne determinino un apprezzamento, il suo contributo alla realizzazione dello stesso affermerebbe ulteriormente la sua consapevolezza nel comportamento economico.

In aggiunta, come detto sopra, il consumer empowerment può agire direttamente sull'attività di marketing. Se il consumatore contribuisce al finanziamento di un progetto, come visto nel caso del crowdfunding, può presumibilmente impegnarsi nel diffonderlo così da accrescerne la conoscenza. Pur non trattandosi di un'attività pubblicitaria, mancando un idoneo rapporto contrattuale, anche la spontanea promozione del prodotto è parte integrante del marketing. Si tratta infatti della naturale risposta al coinvolgimento in un progetto cui evidentemente si è legati.

Sistemi quali i social, citati nel corso dell'opera, offrono l'opportunità di scambiarsi informazioni essenziali non solo sui prodotti e le varie caratteristiche, ma anche per evidenziare le tecniche di pubblicizzazione adottate dalle imprese ed eventualmente muovere critiche collettive. Anche al di fuori dei profili di illiceità, infatti, nulla vieta ai consumatori di indirizzare le imprese verso certi comportamenti considerati più opportuni e rispettosi dell'autonomia individuale.

In ciò è bene chiarire che non si ravvisa un obbligo di ricerca delle informazioni utili a carico del consumatore, bensì un onere di attivismo, pienamente compatibile sia con l'interesse del

professionista ad attirare la sua curiosità, sia con la volontà del medesimo consumatore di affinare le tecniche di orientamento sul mercato con tutti gli strumenti idonei a far comprendere non solo le caratteristiche del prodotto, ma anche le modalità impiegate dalle imprese per suscitare un'emozione finalizzata ad influenzarne la decisione economica.

Si ribadisce, tuttavia, che ove lo stimolo emotivo non provochi una semplice influenza, pienamente conforme alla sana formazione del processo decisionale, ma una reale alterazione della volontà individuale nella inconsapevolezza del consumatore, a nulla rileveranno le forme di responsabilizzazione del consumatore e di consumer empowerment. La pratica commerciale risulterà innegabilmente scorretta e dunque illecita.

BIBLIOGRAFIA

- “*A characterisation of consumer empowerment drawn from three views of power*”, di H. Al Shibly, J. Aisbett, G. Pires, University of Newcastle, Australia, 2015
- “*A concept analysis of empowerment*”, di C. H. Gibson, in “*Journal of advanced nursing*”, 1991, pagg. 354-361
- “*Azienda e Informazione Digitale*”, di P. Camagni, R. Nikolassy, InfoSIA, Ulrico Hoepli Editore S.p.A., 2015
- “*A Review of Studies on Neuromarketing: Practical Results, Techniques, Contributions and Limitations*”, di Janaina M. E. Giraldo, Jorge Henrique Caldeira Oliveira, 2014
- “*An Overview of Privacy in Machine Learning*”, di E. De Cristofaro
- “*Analisi microeconomica e scelte pubbliche*”, pagg. 19 ss., di N. Boccella, C. Imbriani, P. Morone, “*Manuali di Scienze Sociali*”, a cura di N. Boccella, 2014
- “*Analyzing the Effectiveness of Ambush Marketing With Google Search Data*”, di B. Herzog, 2014
- “*Applications and implementations of new media in corporate communications: An action research approach*”, di Greg Hearn, Marcus Foth, Heather Gray, in “*Corporate Communications: An International Journal*”, 2009
- “*Big data e prezzi personalizzati*”, di M. Maggiolino, in “*Concorrenza e mercato*”, fasc. 1, 1/01/2016, pagg. 95 ss., 2016
- “*Big Data. Linee guida e raccomandazioni di policy*”. Indagine conoscitiva congiunta svolta da “Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), “Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni” (AGCOM), Garante per la Protezione dei Dati Personali, 07/2019
- “*Brain responses to success and failure: direct recordings from human cerebral cortex*”, di J. Jung, pag. 13, in “*A prefrontal – temporal network underlying state changes between Stimulus-Driven and Stimulus-Independent Cognition*”, di A. Lutz, O. Bertrand, R. Gervais, 2010
- “*Brand and Branding*”, di T. Sammut-Bonnici, in Wiley Encyclopedia of Management
- “*Business Intelligence: Data Mining and Optimization for Decision Making*”, di Carlo Vercellis, pag. 77, Wiley
- “*College Branding: The Tipping Point*”, di R. Dooley, in “*Neuromarketing for a better understanding of consumer needs and emotions*”, 2019
- “*Consumer empowerment: a source of co-creation of value*”, di A. Chakor e B. Quafae, in “*Moroccan journal of management and marketing*”, 10/2020
- “*Consumer Control and Empowerment: A Primer. Marketing Letters*”, di L. Wathieu & L. Brenner & Z. Carmon & A. Chattopadhyay & K. Wertenbroch & A. Drolet & J. Gourville & A. Muthukrishnan & N. Novemsky & R. Ratner & G. Wu., 2002. 13. 297-305. 10.1023/A:1020311914022
- “*L’empowerment del consumatore*”, di A. Mortara, 2007
- “*Consumer neuroscience - the effect of retail brands on the perception of product packaging*”, di M. Hubert, P. H. Kenning, in “*Marketing Review St Gallen*”, 2011

“Da Ottosunove e Italtrading uno studio di neuromarketing incentrato sul consumatore”, in ReatilInstitute, 06/12/19

“Dall’engagement all’acquisto: il ruolo dell’influencer nel path to purchase del consumatore. Osservatorio Influencer Marketing”, 24/7/19, <http://www.osservatorioinfluencermarketing.com>

“Deep Learning for User Interest and Response Prediction in Online Display Advertising”, di A. Hainline, M. Conway, Z. Gharibshah, X. Zhu, in *“Data Science and Engineering”*, 17/01/2020

“Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato”, di F. Piraino, in *“Europa Dritto Privato”*, 2010

““Diligenza professionale”, “consumatore medio” e regola di “de minimis” nella prassi dell’AGCM e nella giurisprudenza amministrativa” di V. Meli, in *“La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati di credito e delle assicurazioni”*, Giappichelli, 2011

“Direttiva 2005/29CE: Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno”, di Luca Renna, in *“Persona e Danno”*

“Diritto alimentare”, di G. Rusconi, Itinera, 2017

“Diritto penale commerciale, il diritto penale del mercato mobiliare”, di Sergio Seminara, pagg. 21-28 ss., Volume III, Giappichelli Editore, 2018

“Editorial: A manifesto for neuromarketing science. Journal of Consumer Behaviour”, di C. Senior, & N. Lee, 2008, 7(4-5), 263-271. <http://dx.doi.org/10.1002/cb.250>

“Exploring Neuromarketing and Its Reliance on Remote Sensing: Social and Ethical Concerns”, di S. Nemorin, O. H. Gandy, in *“International Journal of Communication”*, 2017

“Financing creativity: crowd funding as a new approach for theatre Projects”, di B. Bœuf, J. Darveau, R. Legoux, in *“International journal of arts management”*, 2014

“Giudizi di meritevolezza dei contratti derivati over the counter. Recenti sviluppi giurisprudenziali”, di E. Grossule, Università Cattolica del Sacro Cuore, 04/2019

“I cookies di profilazione e la protezione dei dati personali degli utenti”, di N. Monte, in *“Diritto e Giustizia”*, 3/08/19

“I rischi e limiti legali del neuromarketing”, di M. Viscardi, 02.12.2020

“Ignorantia juris”, di R. Guastini, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 01/06/2017

“Il Consumatore, la Pubblicità e Le Pratiche Commerciali Scorrette”, di A. Stazi – D. Mula, in *“Il Diritto dei Consumatori”*, a cura di G. Cassano e M.E. di Giandomenico, CEDAM, 2010

“Il contratto di diritto europeo”, di S. Mazzamuto, Torino 2012

“Il diritto all’informazione”, di Rossi Carleo, in P. Bortone *“Le pratiche commerciali sleali”*, in *“Le pratiche commerciali sleali”* di E. Minervini – L. Rossi Carleo, Giuffrè Editore, 2007

“Il diritto dei consumatori”, di G. Cassano, M. G. Di Giandomenico, in *“Il diritto applicato, I grandi temi”*, a cura di G. Cassano, CEDAM, 2010

“Il diritto europeo dei: invalidità e inefficacia”, di V. Scalisi, in *“Rivista di diritto civile”*, 2007

“Il diritto nelle neuroscienze, non “siamo” i nostri cervelli”, a cura di L. Palazzani ed R. Zanotti, Giappichelli, 2013

“Il punto di vista”, di Pratesi, in M.L. Magno, “Ruolo e funzione della pubblicità nell’ambito della direttiva sulle pratiche commerciali sleali”, in “Le pratiche commerciali sleali” di E. Minervini – L. Rossi Carleo, Giuffrè Editore, 2007

“Impact of Neuromarketing applications on consumers”, di S. Singh, 09/2020;

“Influence of Beer Brand Identification on Taste Perception”, di R. I. Allison, K. P. Uhl, Vol. 1, pp. 36-39, in “Journal of Marketing” Research, 08/1964

“L’amministrazione della società per azioni”, Di G. Visentini, Dike Giuridica Editrice, 2016, pagg. 285 ss.

“L’autodisciplina pubblicitaria e il suo Giurì”, di A. Baldassarre e V. Guggino, in “Impresa e Stato” n. 35

“L’educazione del consumatore nell’ottica del Codice del Consumo”, di Massimiliano Pagliaccia, in Salvis juribus, 22 August 2017, Giuffrè

“L’Illecito”, di Massimo Franzoni in “Trattato della Responsabilità civile Giuffrè”, 2010

“L’umanesimo digitale e la lezione della pandemia ai giuristi”, di A. Punzi, in Luiss Open, <https://open.luiss.it>

“La conoscenza nella civilistica dogmatica e diritto positivo”, di M. Galletti, “Giustizia Civile”, 2015

“La dichiarazione di operatore qualificato ex art. 31, I Regolamento intermediari”, www.dirittobancario.it

“La nozione di Consumatore medio”, di C. Poncibò, 23/02/2008

“La pubblicità online e le comunicazioni commerciali”, di L. Furlanetto, in Altalex, 19/03/2007

“Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE”, di A. Saccombani, in “Le pratiche commerciali sleali, direttiva comunitaria ed ordinamento italiano”, a cura di E. Minervini, L. R. Carleo, Giuffrè Editore, 2007

“Le pratiche commerciali sleali e le risorse di fiducia delle imprese: aspetti positivi e questioni irrisolte”, di M. Addis, 2007, pag. 57 ss, CEDAM, 2007

“Machine learning with personal data”, di D. Kamarinou, C. Millard e J. Singh, Queen Mary University of London, School of Law, 2016

“Manuale di neuroscienze forensi”, di A. Bianchi, G. Gulotta, G. Sartori, pagg. 6 ss., in “Collana di psicologia giuridica e criminale”, a cura di G. Gulotta, Giuffrè, 2009

“Marketing actions can modulate neural representations of experienced pleasantness”, di H. Plassmann, J. O’Doherty, B. Shiv, A. Rangel, in “Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America”, 22/01/08

“Neural Correlates of Behavioral Preference for Culturally Familiar Drinks”, di P. R. Montague, S. M. McClure, J. Li, D. Tomlin, K. S. Cypert, L. M. Montague, in “Neuron”, Vol. 44, pagg. 379–387, 2004

“Neuroethics of neuromarketing. Journal of Consumer Behaviour”, di E.R. Murphy, J. Illes, & P. B. Reiner, 2008, 7(4-5), 293-302. <http://dx.doi.org/10.1002/cb.252>

“Neuromarketing: A layman's look at neuroscience and its potential application to marketing practice” di D. L. Fugate, in *“Journal of Consumer Marketing”*, 2007, 24(7), 385-394. <http://dx.doi.org/10.1108/07363760710834807>

“Neuromarketing: a historical review; in Neuroscience Research, October”, di C. B. Iloka, 2020

“Neuromarketing and customers' free will”, di A. Krajnovic, D. Sirik, D. Jasic, 2012, in *“Neuromarketing: a historical review”*, di B. C. Iloka e K. J. Onyeke, 2020

“Neuromarketing and subliminal perception phenomenon: a conceptual study”, di P. Bacaksiz, in *“Social Sciences Studies”*, 01/2017

“Neuroscienze e Diritto Civile: nuove prospettive”, di L. Tafaro, *“Rivista BioLaw Journal”*

“Neuroscienze e Diritto. Ripensare il libero arbitrio in campo penale, civile ed alimentare” in *“Rivista della Medicina legale e del Diritto in ambito sanitario”*, 4/18

“Neuromarketing e Social Selling: la sinergia perfetta”, in www.antevenio.it

“Neuromarketing for a better understanding of consumer needs and emotions”, in *“Independent journal of management and production”*, di E. Gurgu, I.-A. Gurgu, R. B. M. Tonis, 02/2020

“Neuromarketing: la fluidità cognitiva nei social network e nel web”, di M. Diotto in *“Neuromarketing”*, 2020

“Neuromarketing Trends and Opportunities for Companies”, di A. Bhandari, 01/2020

“Obblighi informativi dell'intermediario: la propensione al rischio del cliente è irrilevante”, di G. Satta, in *“Diritto e Giustizia”*, 20/03/2020

“Oxytocin increases the pleasantness of affective touch and orbitofrontal cortex activity independent of valence”, di B. Becker, H. Cui, S. Yao, Y. Chen, in *“European Neuropsychopharmacology”*, 2020

“Philip Kloter, My Adventures in Marketing”, di P. Kloter, Idea Bite Press, 2017

“Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolatoria”, di M. Fusi, in *“Rivista di diritto industriale”*, 2009

“Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici”, di E. Labella, in *“Contratto e Impresa”*, 2010

“Pratiche Ingannevoli e pubblicità ingannevole”, di I. Principe, in *“Le pratiche commerciali sleali”* di E. Minervini – L. Rossi Carleo, Giuffrè Editore, 2007

“Risposta galvanica della pelle”, in *“Brainsigns”*, Università Sapienza di Roma

“Ruolo e funzione della pubblicità nell'ambito della direttiva sulle pratiche commerciali sleali”, di M.L. Magno in *“Le pratiche commerciali sleali”* di E. Minervini – L. Rossi Carleo, Giuffrè Editore, 2007

“The Digital Transformation Playbook: Rethink Your Business for the Digital Age”, di D. Rogers, 2016

“The Empowered Customer and Digital Myopia // Business Strategy Series”, di E. Constantinides, 2008

“The human orbitofrontal cortex: Linking reward to hedonic experience”, di M. L. Kringelbach, in *“Nature”*, 2005

“The somatic marker hypothesis: a neural theory of economic decision making”, di A. Bechara, A. R. Damasio, in *“Games and Economic Behavior”*, 2005, 25, pp. 336–372

“Towards formalizing the GDPR’s notion of singling out”, di A. Cohe, K. Nissim

“What is neuromarketing? A discussion and agenda for future research”, di N. Lee, A. J. Broderick, L. Chamberlain, 2007

Art. 4, reg. n. 2016/679

Art.20, comma 4, Cod. cons.

Art. 2, lett. J, Dir. 2005/29/CE

Art. 15, comma 1, lett. h), GDPR

Art. 22, comma 1, GDPR

Considerando n. 32, 42 GDPR

Art. 91, d.lgs. 24/02/1998, n. 58. “Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria”

Art. 94, secondo comma, “Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria”

“Behavioural Study on Consumers’ Engagement in the Circular Economy”, European Commission, 10/2018

CGE, 16/07/98

Corte di Giustizia, com. eu., Conclusioni dell’Avvocato Generale, 7 maggio 2009, C227/08

Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 145

Foro amministrativo (II), 07/08/19, 1329

“Il Codice del Consumo Commentato”, di M. Castri – A. Palmigiano, Edizione 2010

Norme Preliminari e Generali, lett. a)

Pasquale Stanzione, Presidente del Garante per la protezione dei dati personali, intervento nel corso della Giornata Europea della protezione dei dati personali, 28/01/2021

Rass. dir. farmaceutico 2020, 1, 36, di C. Poncibò

Risoluzione UE 25/11/2020, in tema *“Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori”*

Senato della Repubblica - 196 - Camera dei deputati XVII Legislatura - Disegni Di Legge E Relazioni – Documenti

SITOGRAFIA

<https://www.antevenio.com/it/>

www.bitbrain.com/blog/what-is-neuromarketing

<https://www.consob.it/web/investor-education/rischi-dell-investimento>

<http://www.dirittobancario.it>

www.dirittoegiustizia.it

<http://dx.doi.org/10.1002/cb.252>

<https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/07363760710834807/full/html>

<http://www.italtrading.net>

<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/cb.252>

<https://open.luiss.it>

<https://ottosunove.com>