



*Dipartimento di Impresa e Management
Cattedra di Diritto Commerciale*

**La tutela dei consumatori dalle pratiche commerciali
scorrette e dalle distorsioni della concorrenza:
la tariffazione a 28 giorni**

RELATORE

Prof. Vincenzo

Donativi

CANDIDATO

Isola Sara

Matricola 204511

ANNO ACCADEMICO 2017 - 2018

INDICE

INTRODUZIONE	6
Capitolo I: La tutela del consumatore dalle pratiche commerciali scorrette: origini storiche, ratio e contenuti della disciplina comunitaria e nazionale	9
1.1 Origini ed evoluzione della politica di tutela del consumatore	9
1.2 Il riassetto della disciplina: Il Codice del consumo (D.Lgs. n. 206/2005)	14
1.2.1 Analisi critica del Codice	17
1.3 La Direttiva 2005/29/CE : origini e ratio	20
1.3.1 (segue): elementi innovativi e difficoltà interpretative	255
1.4 Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento nazionale	28
1.4.1 Decreto legislativo n.145 del 2 agosto 2007	29
1.4.2 Decreto legislativo n.146 del 2 agosto 2007	30
1.5 Le pratiche commerciali scorrette	32
1.5.1 Introduzione	32
1.5.2 Ambito oggettivo di applicazione della disciplina	34
1.5.3 Ambito soggettivo di applicazione della disciplina	366

1.5.4	Pratiche commerciali ingannevoli e aggressive	40
1.5.5	Le liste nere	455
1.6	I rimedi: le competenze dell'Agcm e il doppio binario di tutele	46
1.6.1	(segue) I rimedi azionabili dal consumatore singolarmente considerato	51
1.7	Il consumatore e la tutela del mercato	53
1.7.1	(segue) La disciplina antitrust: focus sulle intese restrittive della concorrenza	54
Capitolo II: Il caso: la tariffazione a 28 giorni e le sue implicazioni sulla tutela del consumatore e del mercato		59
2	Introduzione	59
2.1	La tariffazione a 28 giorni e gli interventi dell'Autorità per le Garanzie delle Comunicazioni	60
2.1.1	Il problema dei rimborsi	63
2.1.2	L'incremento delle tariffe	64
2.2	La tariffazione a 28 giorni e le pratiche commerciali scorrette: la condotta di Vodafone Italia S.p.A	65
2.2.1	Le pratiche commerciali contestate	65
2.2.2	Le evidenze acquisite, il parere dell'Agcom le argomentazioni difensive della società	66
2.2.3	Le valutazioni dell'Agcm e la sanzione	68
2.3	La tariffazione a 28 giorni e la tutela del mercato: la presunta presenza di un'intesa restrittiva della concorrenza	71

2.3.1	Le prime evidenze e l'avvio dell'istruttoria	72
2.3.2	I mercati rilevanti	73
2.3.3	Le risultanze procedimentali e il sub-procedimento cautelare	75
2.3.4	Le argomentazioni difensive delle parti	777
2.3.5	Le valutazioni dell'Antitrust e la conferma delle misure cautelari	80
	CONCLUSIONI	81
	BIBLIOGRAFIA	85
	SITOGRAFIA	90

Introduzione

Il consumo costituisce la base delle attività economiche e per tale ragione la sua importanza è stata da sempre riconosciuta dalle istituzioni. Con l'affermarsi del libero mercato e l'intensificazione degli scambi, tuttavia, si è ulteriormente presa coscienza circa la rilevanza che il corretto svolgimento dei rapporti di consumo riveste nel funzionamento dei sistemi economici e nel mantenimento della concorrenzialità del mercato. Ma un regolare svolgimento delle dinamiche di mercato può essere raggiunto esclusivamente fornendo adeguata tutela ai protagonisti dei rapporti di consumo, e tra questi, in particolare, ai soggetti che nello svolgimento di tali rapporti si trovano in una posizione di debolezza.

Poste tali premesse, è importante sottolineare che, tradizionalmente, la disciplina della concorrenza veniva vista come finalizzata esclusivamente alla protezione di una sana competizione tra imprese, e ai meccanismi spontanei di un mercato disciplinato veniva riconosciuto il compito di tutelare gli altri operatori. Recentemente, tuttavia, si è assistito alla modifica di tale paradigma e all'emersione di una concezione della politica della concorrenza come funzionale alla protezione del consumatore.

I regolatori, quindi, se prima focalizzati sui professionisti e sulle loro relazioni commerciali, hanno progressivamente spostato l'attenzione sui consumatori e sulla tutela di questi da quelle dinamiche di mercato che li pongono in condizione di debolezza negoziale.

Il presente elaborato si propone di fornire un'analisi dettagliata della disciplina delle pratiche commerciali scorrette poste in essere dai professionisti nei confronti dei consumatori, e una valutazione circa l'impatto che il coordinamento da parte di più professionisti di tali pratiche scorrette ha sul mercato e sul benessere dei consumatori. Il motore dell'analisi è costituito proprio dal rapporto tra disciplina della concorrenza e tutela del consumatore, con l'obiettivo di dimostrare che le due policies sono l'una il complemento dell'altra.

A tal proposito, il primo capitolo si concentra sulla nascita della normativa a tutela dei consumatori a livello comunitario e sui suoi sviluppi nell'ordinamento nazionale. Si è ritenuto opportuno analizzare in primis gli interventi normativi che hanno consacrato la

tutela del consumatore quale elemento centrale delle politiche di intervento comunitarie, culminati nella costituzionalizzazione della politica dei consumatori fornita dall'art.129 A del Trattato di Maastricht, nonché valutare le ragioni sottese all'emersione di tale linea di intervento. In seguito, l'attenzione si è posta su due novità legislative fondamentali: il Codice del consumo, introdotto con il decreto legislativo n.206 del 2005, e la Direttiva 2005/29/CE, recepita nell'ordinamento nazionale con i decreti legislativi n.145 e 146 del 2 agosto 2007. Il Codice del consumo ha dotato i consumatori italiani di un unico testo normativo in grado di fornire loro adeguata tutela, e costituisce per tale ragione il testo fondamentale di riferimento in materia di tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti. Esso, riflettendo il coordinamento con gli indirizzi comunitari, costituisce il risultato della *reductio ad unum* dei vari e disorganizzati provvedimenti normativi in materia di protezione dei consumatori. La direttiva 2005/29/CE, contenente la disciplina relativa alle pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese e consumatori, è uno dei testi legislativi più importanti della politica europea di protezione dei consumatori, in quanto ha per la prima volta riconosciuto l'estrema importanza del settore delle pratiche commerciali nello sviluppo del mercato comune, e la necessità di fornirne un quadro normativo generale e completo.

Fulcro della riflessione fornita da questa prima parte dell'elaborato è l'analisi della disciplina delle pratiche commerciali scorrette contenuta nei decreti legislativi di recepimento della direttiva, che introducono una definizione di tali pratiche comprensiva di tutte le azioni ed omissioni con cui professionisti, in contrarietà al principio della diligenza professionale, falsano o sono idonei a falsare il comportamento economico del consumatore medio raggiunto, e influenzano i consumatori nelle varie fasi che costituiscono lo svolgimento del rapporto di consumo.

Nella seconda parte del primo capitolo si è quindi proceduto ad analizzare la suddivisione di tali pratiche commerciali scorrette in ingannevoli e aggressive, nonché i concetti di consumatore medio, microimpresa e professionista, al fine di chiarirne il significato. Successivamente, vengono passati in rassegna i rimedi accessibili al consumatore vittima di tali pratiche commerciali, sia come singolo che in forma collettiva, con particolare attenzione alle competenze che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato riveste in materia.

A conclusione del capitolo si è ritenuto essenziale fornire un riferimento circa le fattispecie lesive del regime concorrenziale del mercato, al fine di stimolare la riflessione sull'impatto che i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese hanno sui consumatori.

In particolare, sono state approfondite le intese restrittive della concorrenza, scenario di comportamenti lesivi della concorrenza con effetti spesso impattanti soprattutto sulle condizioni di benessere dei consumatori.

Il legame tra le fattispecie delle pratiche commerciali scorrette e delle intese restrittive della concorrenza è spiegato più approfonditamente nel secondo capitolo, attraverso l'analisi del caso giurisprudenziale riguardante la modifica del periodo di fatturazione delle offerte di telefonia realizzata dai principali operatori economici italiani a partire dal 2015. Il passaggio dalla tradizionale tariffazione a cadenza mensile ad una tariffazione quadrisettimanale ha visto impegnate due autorità amministrative indipendenti - l'Agcm e l'Agcom - il Tar e le associazioni dei consumatori, in un susseguirsi di denunce, interventi e ricorsi.

In particolare, sono state esaminate due pronunce dell'Autorità antitrust. La prima ha riguardato le pratiche commerciali aggressive poste in essere dall'operatore Vodafone circa gli addebiti in un'unica soluzione delle rate residue di pagamento di prodotti e/o contributi di attivazione delle offerte a quei consumatori che, in seguito alle modifiche del ciclo di fatturazione, intendevano esercitare il diritto di recesso. La seconda si inserisce nell'analisi della sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza tra Assotelecomunicazioni-Asstel, Fastweb S.p.A., Telecom Italia S.p.A., Vodafone Italia S.p.A e Wind Tre S.p.A.: tali operatori, secondo il parere dell'Autorità, hanno coordinato le loro strategie commerciali in conseguenza all'obbligo di ripristino del periodo mensile nella fatturazione introdotto con la legge n.172 del 4 dicembre 2017, al fine di imporre ai consumatori le stesse condizioni di prezzo e impedire che questi migrassero ad altri operatori telefonici.

Capitolo I

La tutela del consumatore dalle pratiche commerciali scorrette: origini storiche, ratio e contenuti della disciplina comunitaria e nazionale

Sommario: 1.1 Origini ed evoluzione della politica di tutela del consumatore - 1.2 Il riassetto della disciplina: Il Codice del consumo (D.Lgs. n. 206/2005) - 1.2.1 Analisi critica del Codice - 1.3 La Direttiva 2005/29/CE : origini e ratio - 1.3.1 (segue): elementi innovativi e difficoltà interpretative - 1.4 Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento nazionale - 1.4.1 Decreto legislativo n.145 del 2 agosto 2007 - 1.4.2 Decreto legislativo n.146 del 2 agosto 2007 - 1.5 Le pratiche commerciali scorrette - 1.5.1 Introduzione - 1.5.2 Ambito oggettivo di applicazione della disciplina - 1.5.3 Ambito soggettivo di applicazione della disciplina - 1.5.4 Pratiche commerciali ingannevoli e aggressive - 1.5.5 Le liste nere - 1.6 I rimedi: le competenze dell'Agcm e il doppio binario di tutele - 1.6.1 (segue) I rimedi azionabili dal consumatore singolarmente considerato - 1.7 Il consumatore e la tutela del mercato - 1.7.1 (segue) La disciplina antitrust: focus sulle intese restrittive della concorrenza

1.1 Origini ed evoluzione della politica di tutela del consumatore

La figura giuridica del consumatore si è costantemente evoluta negli ultimi anni, e con essa il suo riconoscimento giuridico. Il lungo percorso che ha condotto al riconoscimento del consumatore come interlocutore obbligato delle imprese e alla rivendicazione di una serie di diritti in suo favore, ha origine dal cd. consumerism (“consumerismo”), un movimento di opinione nato agli inizi del XX secolo negli Stati Uniti d’America dove, prima che in altri paesi, si avverte l’esigenza di affrontare le nuove problematiche generate da un mercato maturo. In particolare, questo movimento culturale, attraverso l’attivismo sociale di gruppi di pressione (le associazioni dei consumatori) promuoveva l’informazione e la consapevolezza dei propri diritti tra i consumatori allo scopo di rafforzarne la posizione all’interno dei processi di acquisto¹.

¹ G. CASSANO, M. DI GIANDOMENICO, *Il diritto dei consumatori-Tomo primo*, 2010, p.40 s.

Se, quindi, la legge antitrust del 1890 non ricomprendeva tra i suoi iniziali obiettivi la protezione dei consumatori, essendo invece rivolta alla tutela del piccolo commercio e piccolo artigianato dallo strapotere di monopolisti e grandi concentrazioni, con l'affermarsi del consumerismo e il susseguirsi di ondate di protesta il fine di tutela dei consumatori dalle pratiche commerciali scorrette divenne l'obiettivo principale di questa legge.

In Italia, invece, le prime forme di mobilitazione dei consumatori si sviluppano intorno agli anni 50 del '900; l'esigenza di un vero e proprio riconoscimento giuridico della figura del consumatore e della sua tutela si avverte però solo più di 20 anni più tardi, come conseguenza del processo di integrazione europea. Come noto, infatti, la Costituzione italiana, frutto della sintesi tra istanze sociali e "pressioni" della borghesia industriale², non contempla la fattispecie giuridica del consumatore; il focus della carta fondamentale è invece sulla nozione di imprenditore, sulla cui figura si impostava del resto anche il codice civile. Il mercato, fino all'emanazione della legge n.287/1990 (prima legge antitrust italiana, emanata, non a caso, ben 100 anni dopo lo Sherman Act americano) non era autonomo oggetto di tutela; la protezione dei consumatori, ove realizzata, si perseguiva esclusivamente quale conseguenza della soluzione dei contrasti tra imprese.

La mancanza di una protezione giuridica del consumatore inizia a divenire esigenza negli anni '60 in alcuni paesi europei³, dove vengono emanati i primi provvedimenti normativi volti all'informazione del consumatore, ma anche in questi la vera svolta verso una disciplina compiuta si ravvisa nel processo di integrazione comunitaria.

Nei primi anni '70 in Parlamento europeo la necessità di un'efficace politica di protezione dei consumatori diviene più impellente, e finalmente nasce un dibattito divenuto presto un punto di riferimento per l'azione comunitaria che, da quel momento, è progressivamente sempre più attenta alla salvaguardia dei diritti dei consumatori.

Le scarse disposizioni del Trattato di Roma del 1957 rendevano inizialmente poco chiaro se esso comprendesse tra le sue finalità principali anche quella della protezione del consumatore, oppure se tale interesse fosse considerato solo in via indiretta, cioè come conseguenza del mantenimento di un'efficace sistema di concorrenza⁴, e quindi mosso

² ENZO MARIA TRIPODI, *Consumatore e diritto dei consumatori: le linee di evoluzione e il codice del consumo*, in <http://www.altalex.com/documents/news/2005/11/10/consumatore-e-diritto-dei-consumatori-linee-di-evoluzione-e-codice-del-consumo>, 5 novembre 2015.

³ È, per esempio, il caso di Francia, Olanda e Belgio.

⁴ Opinione sostenuta da F. DENOZZA, *Antitrust - Leggi monopolistiche a tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, 1988, p. 9 e passim.

dall'obiettivo ultimo di integrazione e da considerazioni di commercio internazionale; in particolare, il Trattato contiene soltanto alcuni richiami al consumatore nelle disposizioni in materia di politica agricola (art. 33 e 34)⁵ e politica per la concorrenza (art. 82)⁶.

Nonostante la Corte di Giustizia sottolineasse in varie occasioni che l'obiettivo integrazionista non poteva far dimenticare che i consumatori restavano pur sempre i diretti beneficiari del diritto della concorrenza⁷, è indubbio che la necessità di creare un mercato unico coincidente con l'intero territorio dell'Unione abbia comportato la rivisitazione delle singole normative nazionali in modo da uniformarle, ed eliminare le distorsioni del mercato retaggio delle diverse tradizioni economico-culturali. Questo processo di rivisitazione si è concentrato su quelle regole del diritto delle transazioni in grado di assicurare una soddisfacente allocazione delle risorse, attraverso interventi tesi ad eliminare situazioni di debolezza negoziale e favorire la circolazione delle informazioni tra gli operatori. La preferenza è stata dunque accordata a quelle transazioni da cui scaturiscono i rapporti di consumo, che coinvolgono quotidianamente il contraente non professionale.

Si può quindi, in definitiva, affermare che gli interventi normativi più significativi nel processo di riconoscimento giuridico del consumatore e della sua tutela sono stati indotti e stimolati dalle necessità di realizzazione del mercato comunitario.

Dell'urgenza di introdurre una politica comunitaria di protezione del consumatore (ufficialmente inaugurata con il Trattato di Maastricht), si prende effettiva coscienza nel '73 con la costituzione del Comitato Consultivo dei Consumatori, e soprattutto due anni più tardi con la predisposizione di un «Programma preliminare della CEE per una politica di protezione e di informazione del consumatore». In esso il consumatore viene considerato non più esclusivamente come controparte dell'impresa, e quindi come acquirente ed utilizzatore di beni e servizi, ma nella più ampia accezione di individuo interessato a quegli aspetti della vita sociale ed economica che possano danneggiarlo come consumatore.

⁵ Tra le finalità della politica agricola comune, «assicurare prezzi ragionevoli nelle consegne ai consumatori» (art. 33).

⁶ Secondo l'art. 82 «È incompatibile con il mercato comune e vietato (...) lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato (...). Tali pratiche abusive possono consistere in particolare (...) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori».

⁷ ANTONIO TIZZANO, *Il ruolo dei consumatori nel diritto antitrust alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista Italiana Antitrust*, vol.2, n.1, 2015, p.18.

A tal proposito, vengono riconosciute al consumatore in quanto tale 5 categorie di diritti fondamentali:

- a) protezione della salute e della sicurezza;
- b) tutela degli interessi economici;
- c) risarcimento dei danni;
- d) informazione ed educazione;
- e) rappresentanza.

Al programma preliminare sono stati poi affiancati ulteriori interventi normativi che hanno rafforzato le tutele, fino a porre l'interesse del consumatore in posizione preminente rispetto a quello imprenditoriale⁸.

Come anticipato, il momento di vera e propria "costituzionalizzazione" della politica dei consumatori a livello europeo si ha nel 1992, in cui questa viene consacrata in un apposito Titolo (art.129 A) del Trattato di Maastricht.

Alla Comunità viene così richiesto di perseguire:

- a) misure di protezione nell'ambito della realizzazione del mercato interno;
- b) azioni specifiche di sostegno ed integrazione della politica dei vari Stati membri rivolte alla tutela della salute, della sicurezza e degli interessi economici dei consumatori, garantendo loro una informazione adeguata.

Infine, ulteriori tasselli sono stati aggiunti alla politica di tutela del consumatore, seppur indirettamente, dal Trattato di Amsterdam del 1997, che ha previsto la generalizzazione della tutela dei diritti dell'uomo in quanto tale (e conseguentemente delle sue posizioni di debolezza in cui versa nei rapporti di consumo).

L'effettivo riconoscimento a livello comunitario della necessità di una politica integrale nei confronti dei consumatori è stata quindi caratterizzata dal passaggio attraverso varie fasi, e trova evidenza nell'ordinamento italiano solo con la Legge n.52/1996 (con la quale si è data attuazione alla direttiva sulle sole clausole vessatorie nei contratti, n. 93/13-CEE) che inserisce nel Codice civile, dopo l'art.1469, un capo XIV-bis relativo alla disciplina dei contratti del consumatore; successivamente la Legge n. 281/1998 ha

⁸ Tra i vari atti ricordiamo l'Atto Unico Europeo del 1982, e in particolare l'art. 100A, che dispone che le proposte della Commissione in materia di protezione dei consumatori devono basarsi su «un livello di protezione elevato».

attribuito pieno riconoscimento alle associazioni dei consumatori.

Da quel momento in poi, la disciplina in materia è stata costituita dal susseguirsi di una serie di interventi normativi disomogenei che hanno determinato uno stato di confusione generale.

Le ragioni di tale disorganizzazione possono rinvenirsi nel processo di produzione del diritto dei consumatori che, oltre che derivare da diverse fonti (trattati, regolamenti, direttive, decisioni e legislazioni nazionali), ha di fatto carattere dinamico e “permanente”⁹, e si evolve in tempo reale alla continua ricerca di nuovi spazi da occupare, nuovi settori da regolamentare e vecchi ambiti da revisionare, e appare quindi come punto di arrivo di un percorso storico di lungo periodo.

È comunque possibile individuare tre filoni principali in cui si è dispiegata la disciplina consumeristica nell’ultimo decennio del secolo scorso, momento di massima espansione della normativa in materia di consumatori; il primo, il filone della **sicurezza**, intesa sì come tutela dei valori primari della persona, ma anche come affidabilità del prodotto o del servizio; il secondo, relativo alla figura del **contraente debole** e alla sua tutela, di fronte alle varie forme di abuso alle quali può essere assoggettato; infine, l’attenzione è stata posta sugli **strumenti di tutela degli interessi collettivi**.

La dinamicità della normativa ha generato una progressiva e continua ridefinizione degli ambiti oggetto di disciplina, che negli anni hanno finito per sovrapporsi e originare una normativa frammentata¹⁰ e una poco chiara definizione di consumatore¹¹, che ha imposto negli anni più recenti la necessità di un riassetto e un coordinamento della normativa di riferimento.

Peraltro, il confronto tra la disciplina consumeristica italiana e quella degli altri paesi dell’Unione evidenziava lacune ancora più evidenti, le cui ragioni sono molteplici.

Innanzitutto l’accorpamento in un unico testo normativo di norme approvate in momenti storici diversi risultava complicato.

⁹ A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, 2017 p.68 ss.

¹⁰ Il riferimento è all’emanazione quasi contestuale o progressiva di una serie di discipline che regolano fenomeni molto simili, quali la disciplina dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali, la disciplina relativa ai contratti stipulati a distanza; ancora, per restare nello stesso ambito normativo, un’altra disciplina relativa ai contratti aventi ad oggetto servizi finanziari stipulati a distanza. Autonoma regolamentazione ha poi caratterizzato il commercio elettronico, le vendite piramidali, o ancora la sicurezza in generale dei consumatori, poi la sicurezza in generale dei prodotti, poi ancora la sicurezza dei giocattoli, infine (ma l’elenco è tutt’altro che esaustivo) la disciplina dei prodotti che per il loro aspetto possono ingannare il consumatore e ledere la salute o la sicurezza.

¹¹ Basti pensare all’art.1 d.lgs. n.427/1998 sulla multiproprietà, in cui il “consumatore” è sovrapposto all’“acquirente”, e all’art.4 d.lgs. n.114/1998, sulla riforma della disciplina del commercio, laddove, senza definirlo, si parla di “consumatore finale”.

Ugualmente ostico appariva poi il coordinamento tra le disposizioni nazionali e quelle di derivazione comunitaria, soprattutto dopo l'affermazione della Comunicazione della Commissione Europea relativa agli anni 2002-2006 (Strategia della politica dei consumatori 2002-2006).

La Comunicazione delineava, per il quinquennio di riferimento, la strategia della Commissione in materia di politica per i consumatori, definendo tre principali obiettivi di medio termine che avrebbero dovuto condurre all'integrazione degli interessi dei consumatori in tutte le altre politiche dell'UE e alla massimizzazione dei benefici del mercato unico per i consumatori.

Gli obiettivi erano:

- un elevato livello comune di protezione dei consumatori;
- un'applicazione efficace delle norme a tutela dei consumatori;
- il coinvolgimento delle organizzazioni dei consumatori.¹²

Di fronte a un tale quadro normativo, il Legislatore nazionale ha avvertito l'esigenza di definire una disciplina unitaria in materia, e ciò ha condotto nel 2005 all'emanazione del Codice del consumo.

1.2 Il riassetto della disciplina: Il Codice del consumo (D.Lgs. n. 206/2005)

Con l'emanazione del Decreto Legislativo n.206 del 6 settembre 2005 i consumatori sono finalmente dotati di un unico Codice in grado di tutelarli. Il definitivo concretizzarsi del testo legislativo è il risultato di un iter durato quasi due anni, avviato nel 2003 con l'art. 7 della L. n. 229 del 29 luglio 2003, con cui il Governo è stato incaricato di emanare un decreto legislativo contenente il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori.

La delega dettava quattro principi che avrebbero dovuto dirigere la stesura del nuovo codice:

¹² Comunicazione della Commissione «Strategia della politica dei consumatori 2002-2006», 8 giugno 2002.

- a) adeguamento della normativa alle disposizioni comunitarie ed agli accordi internazionali e articolazione della stessa allo scopo di armonizzarla e coordinarla, nonché di renderla strumento coordinato per il raggiungimento degli obiettivi di tutela del consumatore previsti in sede internazionale;
- b) omogeneizzazione delle procedure relative al diritto di recesso del consumatore nelle diverse tipologie di contratto;
- c) conclusione, in materia di contratti a distanza, del regime di vigenza transitoria delle disposizioni più favorevoli per i consumatori, previste dall'art. 15 del D.Lgs. n. 185/1999, e rafforzamento della tutela del consumatore in materia di televendite;
- d) coordinamento delle procedure di composizione extragiudiziale delle controversie, dell'intervento delle associazioni per i consumatori, nel rispetto delle raccomandazioni della Commissione delle Comunità europee.¹³

A seguito dell'applicazione di tali criteri, il Ministero delle attività produttive, nel novembre 2003, aveva predisposto una bozza del decreto, che però è stata più volte rimaneggiata anche in conseguenza dei pareri critici dell'Autorità Garante della - Concorrenza e del Mercato.

Questa sosteneva, tra le varie osservazioni, la necessità di ridefinire la nozione di consumatore, al fine di poter esercitare le proprie competenze in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, e di ricomprendere all'interno del Codice anche la disciplina dei contratti finanziari e assicurativi, tipicamente scenario di problemi di asimmetria informativa dei consumatori ¹⁴.

Alla conclusione del lungo processo di risistemazione, come suesposto, si è infine arrivati il 6 settembre 2005 all'emanazione del nuovo Codice del consumo, entrato in vigore il 23 ottobre 2005. Il Governo ha provveduto a riunire in un unico testo 4 Leggi, 2 Decreti del Presidente della Repubblica, 14 Decreti Legislativi e 1 Regolamento di attuazione, sintetizzando in 146 articoli quello che era contenuto in 558 norme diverse (con evidenti vantaggi pratici per i consumatori, consistenti nella possibilità di consultare in un unico testo normativo tutte le disposizioni finalizzate alla loro protezione specifica), peraltro non limitandosi ad accorpare e coordinare norme previgenti, ma operando con maggiore libertà innovativa.

Oggi il Codice rappresenta il testo fondamentale di riferimento in materia di tutela dei

¹³ l. 29 luglio 2003, n. 229, art.7, comma 1.

¹⁴ Agcm, *Riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori – Codice del consumo*, Parere del 4 maggio 2005.

diritti dei consumatori e degli utenti, mirando a proteggerli in tutti i processi che li vedono protagonisti, sia come singoli, sia in forma collettiva. Per la prima volta nell'ambito dell'ordinamento civile, mediante il coordinamento con gli obiettivi e le linee guida dettate a livello europeo, il diritto dei consumatori ottiene un autonomo riconoscimento.

Il testo si compone di sei parti, suddivise per categorie tematiche secondo la dinamica dell'atto d'acquisto. Nell'ordine, vengono infatti trattate le seguenti materie: educazione del consumatore, informazione e pubblicità; il rapporto di consumo e il momento negoziale della stipula del contratto; la sicurezza e la qualità dei prodotti; l'accesso alla giustizia e le associazioni dei consumatori.

Analizzando il testo normativo, le disposizioni di carattere generale contenute nella Parte I chiariscono le finalità della nuova disciplina: armonizzare e riordinare le normative che riguardano i processi di acquisto e di consumo, per assicurare a consumatori e utenti un elevato livello di tutela. Esse forniscono poi alcune definizioni, tra cui quella di consumatore. Interessante notare che la definizione adottata («la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta») non era stata in questa sede ampliata alle microimprese, come auspicato dalle associazioni di categoria¹⁵.

La Parte II è dedicata alla regolamentazione di tutte quelle attività che pongono il consumatore nella posizione di avere una corretta conoscenza del bene da acquistare e rafforza la tutela in materia di televendite. Si richiamano infatti l'educazione del consumatore, l'informazione, la pubblicità e, a seguito dell'attuazione della direttiva 2005/29, anche le pratiche commerciali¹⁶. È possibile affermare che è stata finalmente attribuita la necessaria importanza all'educazione (elemento di grande novità introdotto dal Codice, prima del tutto assente dalla normativa) e all'informazione (i cui riferimenti normativi erano invece presenti ma occasionali), che vengono visti come momenti necessari nel processo di formazione della conoscenza del consumatore: l'informazione, in particolare, diventa la linea guida di tutto lo svolgimento del rapporto di consumo, perché ricompare nel momento della conclusione del contratto e nel momento della sua esecuzione.

¹⁵ Il riferimento alle microimprese è stato però introdotto con la riforma del Codice del consumo che ha inserito nel testo la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette, estendendo anche a quelle la tutela riconosciuta al consumatore.

¹⁶ Vedi infra per trattazione dell'argomento.

La Parte III ha per oggetto il rapporto di consumo. Confluiscono nel Titolo I di tale parte le norme di tutela del consumatore in tema di clausole vessatorie abusive precedentemente contenute nel Codice civile, a dimostrazione dell'intenzione del legislatore di evidenziare il carattere unitario e organico del Codice del consumo quale fonte di disciplina in materia di consumo.

Se l'elencazione delle clausole vessatorie è rimasta quasi invariata, la tutela offerta dal Codice del consumo risulta invece più ampia di quella precedentemente fornita dal Codice civile. Oltre alla previsione di nullità (e non più semplice inefficacia) di tali tipologie di clausole, altra novità è rappresentata dall'inserimento nell'art.39 della norma generale relativa all'obbligo di valutare i principi di buona fede "anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori", e dall'ampliamento della disciplina del diritto di recesso a 10 giorni lavorativi anche per le vendite fuori dai locali commerciali, prima fissato a 7 giorni. Inoltre, nel tentativo di contrastare la prassi di inserire nei contratti clausole sulle spese accessorie talmente esorbitanti da risultare delle vere e proprie penali, il legislatore ha previsto una nuova e più favorevole formulazione della norma riguardante le spese accessorie che il consumatore che eserciti il diritto di recesso è tenuto a risarcire al professionista.

A sicurezza e qualità dei prodotti è dedicata la IV Parte; ancora, l'informazione è richiamata in tali disposizioni, dal momento che il consumatore deve avere cognizione piena dei rischi inerenti l'uso del prodotto e delle caratteristiche che questo presenta, al fine di poterlo utilizzare con il maggior profitto e prevenire eventuali danni causati dal suo utilizzo. Vengono in questa sede chiariti concetti quali la responsabilità in caso di prodotti difettosi, la certificazione di qualità e la garanzia legale di conformità.

Infine, V e VI Parte si riferiscono, rispettivamente, l'una ad associazioni di consumatori e accesso alla giustizia, l'altra a disposizioni finali e abrogative.

1.2.1 Analisi critica del Codice

Al momento della sua entrata in vigore, il Codice del consumo è stato salutato con estremo entusiasmo, come una delle più grandi novità in materia di tutela del consumatore.

Definito «una delle innovazioni più significative dell'attività parlamentare e di governo

della legislatura in corso»¹⁷, rappresenta sicuramente un'opera di grande pregio, fosse solo per il merito della *reductio ad unum* della disorganizzata e confusa disciplina in materia. I consumatori sono adesso posti nelle condizioni di poter consultare la disciplina che direttamente li riguarda in un unico testo normativo, e ciò contribuisce a favorire l'uguaglianza tra i consociati.

Come già sottolineato, la pluralità di provvedimenti normativi, la mancanza di un loro coordinamento con le relative norme del c.c. e il modo in cui questi venivano accolti nell'ordinamento nazionale (cioè mutuando quasi alla lettera la loro formulazione testuale da quella delle direttive comunitarie), rendevano ostica un'opera di interpretazione d'insieme. Ciò ha comportato, di fronte al dibattito relativo all'opportunità di scegliere se inserire o meno il diritto consumeristico all'interno del codice civile, che il legislatore italiano optasse per la seconda opzione, differenziandosi così da altri ordinamenti in cui la disciplina dei consumatori rimane frammentaria (essendo rimessa alla legislazione speciale, o inserita all'interno di ulteriori codici per le materie di rilevanza civilistica), e le disposizioni che la contengono scarsamente coordinate.

Ancora, evidente pregio del codice è aver indotto la scienza giuridica a rimeditare sull'importanza che il diritto dei consumatori assume nell'ordinamento nazionale nel suo complesso¹⁸, attraverso una lettura delle norme che ne ha valorizzato i tratti comuni e omogenei.

Inoltre, le istanze tutelari dei consumatori e delle loro associazioni sono state analizzate con la dovuta attenzione.

Infine, seppur forse non completamente, sono state risolte con l'emanazione del Codice alcune antinomie risultanti dalla successione di diverse discipline (soprattutto di derivazione comunitaria), che rendevano complicato il coordinamento di indicazioni riferite allo stesso oggetto. È, per esempio, il caso del rapporto tra il d.lgs. n. 50/1992 sulla vendita fuori dei locali commerciali, il d.lgs. n. 185/1999 sulla vendita a distanza e il d.lgs. n. 70/2003 sul commercio elettronico.

Ciò nonostante, se l'aver assemblato in un unico testo una normativa sparpagliata in varie fonti diverse risponde perfettamente alle esigenze di praticità che richiedevano di

¹⁷ Così ALPA, in *Codice del consumo, Commentario a cura di Alpa e Rossi Carleo*, Napoli, 2005 p.17.

¹⁸ C. GRANELLI, *Il codice del consumo a cinque anni dall'entrata in vigore*, in *Obbl. e Contr.*, 11, 2010 p.735.

essere soddisfatte¹⁹, numerose critiche sono state rivolte alle modalità con cui questo accorpamento è stato realizzato.

In primo luogo sembra, a detta di molti²⁰, che si sia persa l'occasione di rivedere criticamente le discipline che sarebbero state fatte confluire nel Codice, rendendolo un semplice accorpamento di leggi e decreti, quasi il risultato di un "taglia e incolla" in cui le norme vigenti sono state ripetute nella loro originaria formulazione, limitando le modifiche a quelle dettate da esigenze di coordinamento e aggiornamento.

Focalizzando l'attenzione sulle definizioni, si è criticata la modalità di enunciazione della definizione di consumatore dettata dall'art.3 («ai fini del presente codice ove non diversamente previsto, si intende...»), laddove sarebbe stata auspicabile una definizione "generale" di consumatore. Ugualmente può dirsi delle definizioni di prodotto e produttore, di cui si è persa l'occasione di dare esaustiva determinazione, privilegiando il rinvio ad altre norme.

In secondo luogo, qualche critica ha ricevuto la scelta di far confluire nel Codice soltanto una parte delle norme vigenti in materia di tutela del consumatore, costringendo ancora una volta l'interprete ad una difficile opera di coordinamento con altri testi normativi.

Parallelamente, è stato contestato il fatto che nel Codice siano state riportate discipline che esulano dal fine di tutela dei consumatori: il riferimento immediato è al regime di responsabilità del produttore, potendo questa essere invocata anche da soggetti diversi dal consumatore, oltre che alla disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa (originariamente inserita agli artt.18-27 c. cons.) destinata a essere applicata esclusivamente a regolamentazione dei rapporti tra professionisti.

Infine, una riflessione merita anche l'ambito sanzionatorio. L'accesso alla giustizia, le sanzioni e le procedure sanzionatorie non sono state efficacemente elencate in una parte dedicata solo ad esse. Il riferimento immediato è all'art.140 bis c. cons., che introduce nell'ordinamento italiano l'azione di classe (*class action*), il cui obiettivo è quello di «far emergere un contenzioso latente che altrimenti non avrebbe modo di manifestarsi a

¹⁹ Come sostenuto da ADDIS «È sempre meglio avere compattato in un corpo unitario quello che prima si era costretti a cercare con fatica nel multiforme universo delle leggi complementari, sicché sotto questo profilo la consolidazione che stiamo esaminando ha senza dubbio aspetti di bontà ed efficienza», *Il "codice" del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. e contr.*, 2007 p. 874.

²⁰ Afferma DE NOVA «se per codice si intende un testo che disciplina in modo innovativo, completo e sistematico un settore dell'ordinamento, il codice del consumo non è un codice, perché non è innovativo, non è completo, non è sistematico», *La disciplina della vendita dei beni di consumo nel "Codice" del consumo*, in *I Contr.*, 4, 2006 p.392.

causa della sproporzione tra il valore della singola controversia, normalmente modico, e le spese per il ricorso individuale alla tutela giurisdizionale o ai procedimenti di conciliazione» e, da altro lato, di esercitare una funzione di «deterrenza nei confronti della commissione di illeciti dannosi» da parte del professionista, «che la reazione "alla spicciolata" dei consumatori dinnanzi al giudice statale o agli organismi di conciliazione certamente non può avere»²¹.

Nonostante l'entusiasmo che tale istituto ha suscitato alla sua entrata in vigore, il suo ambito di applicazione è meno ampio di quanto sarebbe stato opportuno. Da un lato, infatti, non tutti i diritti riconosciuti dal Codice del consumo possono trovare tutela attraverso tale strumento; dall'altro, proprio relativamente a quei «diritti individuali omogenei» che appare indirizzata a tutelare, la class action può dar luogo ad interferenze con l'azione che le associazioni dei consumatori sono legittimate ad esperire ex. art. 140 c.cons. «a tutela degli interessi collettivi dei consumatori».²²

1.3 La Direttiva 2005/29/CE : origini e ratio

La direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese e consumatori, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea l'11 Giugno del 2005, è forse il tassello più importante nella politica europea di protezione dei consumatori.

Essa è la traduzione delle considerazioni contenute nel Libro verde del 2001 "Sulla tutela dei consumatori nell'Unione Europea", che mirava a stimolare un dibattito sulle sorti della disciplina consumeristica a livello comunitario.

Nel Libro si affermava la necessità di armonizzare le normative nazionali sulle pratiche commerciali relative alle relazioni tra imprese e consumatori, in un'ottica di miglioramento dell'affidabilità del mercato interno. Si evidenziava, infatti, che la mancanza di chiarezza sui propri diritti impediva ai consumatori di beneficiare di un "mercato interno dei consumatori", le cui potenzialità rimanevano di fatto inesprese

²¹ Così V. CARBONE, *Relazione sull'amministrazione della Giustizia nell'anno 2009*, p.126, in www.cortedicassazione.it.

²² C. GRANELLI in op. cit. p. 736.

rispetto al già maturo mercato interno delle imprese²³.

Più in particolare, proprio il settore delle pratiche commerciali veniva citato come “settore chiave” nello sviluppo del mercato comune, e la mancanza di un quadro normativo generale e completo in materia era visto come ostacolo notevole alla fiducia dei consumatori. Conseguenza immediata era la mancanza di acquisti transfrontalieri da parte di questi, il cui peso ricadeva soprattutto sulle PMI, osteggiate nello sviluppo delle vendite al di fuori dei confini nazionali, con il risultato che “il mito che il mercato interno sia un progetto delle grandi imprese” ne usciva rafforzato.

Attraverso un quadro regolamentare uniforme che:

- garantisce il livello di tutela dei consumatori più elevato possibile ad un costo minimo per le imprese;

- fosse il più semplice possibile e sufficientemente flessibile per reagire rapidamente al mercato;

- offrisse certezza giuridica e garantisca un'applicazione efficace;²⁴

si intendeva dunque incoraggiare consumatori e imprese a praticare scambi transfrontalieri, affinché si aumentasse la pressione della concorrenza, innescando un circolo virtuoso che avrebbe favorito un'offerta di beni e servizi più efficiente e a prezzi competitivi.

Infine, si evidenziava come un mercato interno dei consumatori pienamente funzionante avrebbe potuto svolgere un ruolo importante nell'avvicinare l'Unione ai propri cittadini, garantendo loro vantaggi economici tangibili e quotidiani.

La riflessione innescata dal Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea costituisce dunque la base da cui è scaturita, 4 anni più tardi, l'emanazione della Direttiva 29/2005/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, approvata dal Parlamento europeo e dal Consiglio l'11 maggio 2005, e che ha modificato la dir. 84/450/CEE del Consiglio e le dir. 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, nonché il regolamento CE n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio.

Essa si compone di venticinque “considerando” (in cui si evidenziano principalmente le notevoli differenze tra le discipline degli Stati membri in ordine alle pratiche commerciali e alla pubblicità ingannevole), ventuno articoli e due allegati, questi ultimi

²³ Ciò è quanto emerge dal Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea, par.2, Bruxelles, 2 ottobre 2001.

²⁴ Bruxelles, 2 ottobre 2001, cit.

rispettivamente sulle pratiche commerciali considerate in ogni caso sleali e sulle disposizioni di diritto comunitario che stabiliscono norme in materia di pubblicità e comunicazione commerciale.

La direttiva investe trasversalmente la materia come mai prima aveva fatto il legislatore comunitario. L'approccio trasversale emerge già a primo sguardo, osservando la diversificata panoramica di fattispecie regolamentate: l'attenzione è posta sulle molteplici fasi del rapporto di consumo, a partire da quelle che precedono l'operazione commerciale, come la pubblicità, fino a quelle che si realizzano durante e dopo il momento strettamente contrattuale (garanzia, assistenza post-vendita, ecc).

Inoltre, a differenza delle precedenti direttive a tutela dei consumatori che, disciplinando singole e specifiche categorie di pratiche commerciali, chiariscono l'adesione al tipico approccio verticale, la normativa in questione è destinata ad applicarsi a qualsiasi condotta del professionista in relazione all'attività economica posta in essere. L'art.5 della direttiva sancisce il divieto di pratica commerciale sleale, che va applicato a «qualsiasi azione o omissione, dichiarazione o comunicazione commerciale ivi compresi pubblicità e marketing»²⁵.

Altrettanto vasto è l'orizzonte temporale di applicazione del citato divieto, che andrà applicato «alle pratiche commerciali sleali, poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto»²⁶. Ciò ha posto una delicata questione di coordinamento con le norme speciali, che il legislatore ha tentato di risolvere prevedendo al considerando n.10 limiti di applicabilità della direttiva nei casi in cui i settori siano già disciplinati da norme specifiche.

Passando ad analizzare più nel concreto il testo legislativo, la base giuridica della direttiva è costituita dal solo art. 95 TCE (oggi art.114 TFUE) , richiamato dal considerando n.1 della stessa²⁷, che rivela che l'intento ultimo è l'**armonizzazione** delle legislazioni degli stati membri «al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed

²⁵ L'art. 2 della direttiva 2005/29 CE, nell'indicare un elenco di definizioni rilevanti, stabilisce espressamente che per «pratica commerciale tra imprese e consumatori» si intende: «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori».

²⁶ Ai sensi dell'art. 3 della direttiva «la presente direttiva si applica alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, come stabilite dall'art. 5, poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto».

²⁷ «L'articolo 153, paragrafi 1 e 3, lettera a) prevede che la Comunità deve contribuire al conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori mediante misure adottate a norma dell'articolo 95 del medesimo» considerando 1 dir.2005/29/CE.

assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori»²⁸. Nelle intenzioni del legislatore, dall'armonizzazione deriverà “un notevole rafforzamento della certezza del diritto sia per i consumatori sia per le imprese, che potranno contare entrambi su un unico quadro normativo fondato su nozioni giuridiche chiaramente definite che disciplinano tutti gli aspetti inerenti alle pratiche commerciali sleali nell'UE. In tal modo si avrà l'eliminazione degli ostacoli derivanti dalla frammentazione delle norme sulle pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori e la realizzazione del mercato interno in questo settore” (considerando n.12).

La ratio della direttiva 2005/29/CE è poi meglio esplicitata nell'art. 1, che ne spiega l'intento di «contribuire al corretto funzionamento del mercato interno ed al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori, mediante l'armonizzazione delle disposizioni legislative regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori».

La presenza di pratiche commerciali leali viene dunque considerata essenziale per assicurare l'esistenza di un mercato interno privo di barriere nella circolazione di merci e servizi; inoltre, l'armonizzazione delle legislazioni nazionali negli ambiti delle pratiche commerciali sleali e della pubblicità ingannevole e comparativa risulta indispensabile al fine di garantire l'assenza di distorsioni della concorrenza. Ciò è peraltro evidenziato dall'inadeguatezza mostrata dalle politiche di armonizzazione minima fino ad allora stabilite proprio in materia di pubblicità ingannevole e comparativa dalla direttiva 84/450/CEE del Consiglio. A tali politiche era infatti conseguito un clima di grandi incertezze che ledeva la fiducia dei consumatori, da un lato, e gli interessi delle imprese, dall'altro, comportando un aumento dei costi di transazione e frenando le attività di promozione e vendita transfrontaliere. Queste ultime erano infatti obbligate ad adeguarsi alle singole legislazioni degli Stati in cui intendevano operare, e i primi venivano disincentivati agli acquisti in un paese diverso

²⁸ Così recita l'art. 153 TCE:

“1. Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, la Comunità contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi.

2. Nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività comunitarie sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori.

3. La Comunità contribuisce al conseguimento degli obiettivi (...) mediante:

a) misure adottate a norma dell'articolo 95 nel quadro della realizzazione del mercato interno; (...).”

dal proprio, scoraggiati dall'ignoranza della legge straniera.

Alla luce di quanto detto, non stupisce che l'approccio della direttiva sia di "armonizzazione massima", fatta eccezione per la possibilità per gli Stati membri di adottare misure più restrittive di quelle definite dalla stessa, per garantire un più elevato livello di tutela dei consumatori.

Ponendo ora l'attenzione sull'ambito di applicazione della direttiva, essa riguarda le pratiche commerciali il cui intento diretto è quello di influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori relative a prodotti (considerando n.7). Secondo il disegno del legislatore europeo, quindi, diretto beneficiario del testo legislativo è il consumatore, o più propriamente il suo interesse economico, e la tutela di questo dalle pratiche commerciali sleali nei rapporti con le imprese.

Continuando nella lettura del testo normativo, emerge però un ulteriore dato: indiretta tutela è anche riservata alle imprese che pongono in essere attività legittime nei confronti dei concorrenti non rispettosi delle regole poste dalla direttiva, e pertanto garantisce nel settore da essa coordinato una concorrenza leale.

Il legame tra la tutela del consumatore e la tutela della concorrenza si rivela quindi chiave di lettura della disciplina, che guarda ad una duplice esigenza: quella di elevare, da un lato, la tutela diretta degli interessi economici dei consumatori richiamando i professionisti a non porre in essere comportamenti commerciali scorretti e, dall'altro, quella di contribuire allo sviluppo del mercato comune, tutelando indirettamente anche i concorrenti da coloro che non rispettano le regole del gioco.

Quanto ai contenuti precettivi della disciplina, la direttiva definisce un unico divieto generale di quelle pratiche commerciali che falsano il comportamento economico dei consumatori. Questo a sua volta si articola attraverso norme riguardanti le due più comuni tipologie di pratiche commerciali sleali, vale a dire le pratiche ingannevoli e quelle aggressive. La scelta della tecnica legislativa ricade sulla delineazione di disposizioni precettive negative, che definiscono le pratiche ritenute sleali di diritto e quelle considerate sleali fino a prova contraria, per poi individuare il contenuto del divieto e i relativi strumenti di tutela.

Influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori non è proibito di per sé. Lo scopo della disciplina è quindi quello di stabilire a quali condizioni influenzare è legittimo, e a quali condizioni diventa illegittimo (sleale), e cioè tale da falsare la percezione dei prodotti, dei contratti e dei diritti contrattuali. Inoltre, ciò che pare interessare al legislatore comunitario è l'*idoneità* ad influenzare il comportamento

economico dei consumatori, non l'*intenzionalità* del comportamento, il che pone le basi all'affermarsi del principio dell'**autoresponsabilità**.

Le “pratiche commerciali” includono pertanto tutte le azioni ed omissioni dei professionisti idonee ad influenzare tanto la decisione iniziale dei consumatori sul concludere o meno i contratti, quanto le numerose decisioni relative alla loro fase esecutiva, che riguardano l'esercizio dei diritti contrattuali da parte dei consumatori e l'attività di influenza esercitata dai professionisti sui consumatori nella gestione dei rapporti contrattuali.

Il generale divieto di slealtà intesa come contrarietà alla diligenza professionale va, secondo le considerazioni della Corte di giustizia, commisurato al parametro del “consumatore medio”, ossia il consumatore ragionevolmente attento e avveduto e normalmente informato, tenuto conto dei fattori linguistici, sociali e culturali che influenzano il caso concreto. Il fine della direttiva ha però richiesto che fossero tenuti in considerazione anche quei consumatori cd. particolarmente vulnerabili per le loro particolari caratteristiche quali età, ingenuità o infermità fisica o mentale. Di conseguenza, il parametro del “consumatore medio” non è statistico, ma va adattato considerando di volta in volta il gruppo di consumatori destinatari delle pratiche commerciali ritenute sleali, valutando nella pratica l'ottica del membro medio di tale gruppo.

1.3.1 (segue): elementi innovativi e difficoltà interpretative

La direttiva 2005/29/CE presenta molti aspetti fortemente innovativi, e alcuni di questi addirittura rivoluzionari.

Innanzitutto, grazie alla direttiva, si è attribuita unità ad una materia prima disciplinata da una serie di normative settoriali, e la si è posta al centro del diritto comunitario. Al diritto delle pratiche commerciali sleali è stato finalmente riconosciuto, dopo anni di trattative, il ruolo che riveste nello sviluppo del mercato comune, e la direttiva è stata posta al centro di una disciplina caratterizzata dalla finalità della c.d. armonizzazione completa.

In secondo luogo, il nuovo diritto delle p. c. sleali si colloca idealmente accanto al diritto della concorrenza, a protezione del corretto funzionamento del mercato interno, e in particolare a tutela di alcune pre-condizioni considerate essenziali a quest'ultimo.

Ancora, la direttiva introduce un elemento di grande innovazione nel porre al centro della sua disciplina la persona. Il rispetto dell'obbligo generale di attenzione previsto a carico dei professionisti, insito nel concetto di «diligenza professionale», va valutato, come anticipato, nel singolo caso concreto, e rapportato a certe condizioni soggettive di vulnerabilità dei consumatori rilevanti nell'assunzione di decisioni di natura commerciale libere e consapevoli. Per chiarire meglio il punto, dalla formula definitoria della diligenza professionale emerge che al professionista è attribuito un “dovere di attenzione” (*duty of care*) nei confronti dei consumatori, la cui osservanza non può valutarsi in base al singolo e individuato consumatore, ma necessariamente al “consumatore medio” che è stato destinatario della pratica commerciale nei casi di volta in volta in esame. Più in particolare, la contrarietà alla diligenza professionale va definita in relazione a condizioni soggettive medie di vulnerabilità decisionale dei consumatori (quali l'informazione, l'attenzione o l'avvedutezza), con il risultato che la slealtà della pratica si evidenzia tutte quelle volte in cui questa si riveli idonea a permettere al professionista di avvantaggiarsi di tali condizioni di vulnerabilità.

Il legislatore europeo pare quindi essersi rivolto direttamente a quell'attività professionale che fa capo alle moderne imprese, che consiste proprio nello studiare, elaborare e porre in essere strategie in grado di influenzare i comportamenti economici dei diversi “target” di consumatori, ed ha ritenuto necessario assoggettarla all'obbligo di diligenza professionale e ad un dovere di attenzione.

Infine, le pratiche commerciali sleali hanno una dimensione giuridica meta-individuale. La direttiva 2005/29/CE attribuisce cioè a queste «una rilevanza giuridica esterna a quella ad esse eventualmente collegabile alla stregua degli ordinamenti degli Stati membri che disciplinano i rapporti individuali tra professionisti e consumatori. (...) A tale loro dimensione si adatta il sistema dei rimedi previsti dal legislatore comunitario che ha le caratteristiche del c.d. public enforcement: le p.c. sleali devono essere combattute come tali negli Stati membri, a prescindere dagli eventuali ulteriori rimedi esperibili individualmente dai consumatori in base al diritto dei contratti applicabile nei vari Stati membri.»²⁹

Il carattere fortemente innovativo dei suddetti elementi è tuttavia all'origine di alcune difficoltà interpretative, che riguardano sì la direttiva 2005/29/CE, ma che naturalmente

²⁹ Così G. VETTORI, in *Contratto e responsabilità. Il contratto dei consumatori, turisti, clienti, investitori e imprese deboli (Tomo primo.)*, 2013, p. 122.

si riflettono sull'interpretazione della disciplina con cui ad essa è stata data attuazione nell'ordinamento italiano.

Ci si riferisce innanzitutto ai problemi di coordinamento normativo con le numerose discipline comunitarie e nazionali (pre-esistenti ma anche successive all'entrata in vigore della direttiva, e costitutive di obblighi nei confronti dei professionisti soprattutto in materia di promozione e commercializzazione di beni e servizi), che scaturiscono dal "taglio" generale della disciplina comunitaria in materia di p. c. sleali e dall'obiettivo di armonizzazione completa perseguito, e che riguardano anche il rapporto tra il nuovo diritto delle p.c. sleali ed il diritto dei contratti.

Sempre soffermandosi sul versante dell'interpretazione, per nulla semplice si rivela quella degli elementi costitutivi della stessa fattispecie generale delle p.c. sleali prevista dall'art. 5, par. 2 della direttiva 2005/29/CE. Ci si riferisce alla definizione di pratiche commerciali contenuta nell'art. 2, lett. d)³⁰, in cui non è presente alcun riferimento alla loro idoneità a falsare il comportamento economico dei consumatori.

Non meno problematica risulta poi la lettura dell'art. 5 della direttiva, che recita "Una pratica commerciale è sleale se: a) è contraria alle norme di diligenza professionale, e b) falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori". Un'interpretazione letterale della disposizione implicherebbe ritenere che il legislatore abbia fissato nella fattispecie generale delle p.c. sleali due elementi costitutivi distinti, e entrambi necessari affinché una pratica commerciale possa essere sleale, con conseguenti dubbi circa la logicità cui una siffatta lettura porterebbe³¹.

³⁰ "Ai fini della presente direttiva, si intende per: (...)

d) «pratiche commerciali tra imprese e consumatori» (in seguito denominate «pratiche commerciali»): qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori;» art.2, lett. d) direttiva 2005/29/CE.

³¹ Come evidenzia G. VETTORI, in *op.cit.*, p.123 "(...) ove si ritenesse che quelli appena richiamati siano effettivamente due distinti elementi costitutivi della fattispecie generale delle p.c. sleali, tali per cui una pratica commerciale per essere sleale dovrebbe presentarli entrambi, dovrebbe necessariamente contemplarsi l'ipotesi che una pratica commerciale possa risultare idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio (secondo elemento) ma non essere anche contraria alle norme della diligenza professionale (primo elemento), e di conseguenza non essere qualificabile come sleale(...). Una simile conclusione deve essere respinta in quanto illogica ed inidonea ad essere collegata, nella realtà applicativa, ad esempi concreti. Da un punto di vista logico, una simile conclusione è inaccettabile in quanto se si può convenire sul fatto che una pratica possa essere idonea ad "influenzare" in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio in modo conforme alla diligenza professionale (influenzare di per sé non è illegittimo: si può influenzare legittimamente il comportamento economico di una platea di consumatori fornendo loro informazioni veritiere sulle caratteristiche di un prodotto o di un'offerta contrattuale, mettendone in luce profili oggettivi di vantaggiosità legati al

La questione può essere risolta esclusivamente ricongiungendo i due elementi in uno solo, attraverso una lettura suggerita dagli stessi considerando della direttiva. Il divieto generale stabilito dalla direttiva riguarda il porre in essere pratiche commerciali sleali, e cioè il falsare il comportamento economico dei consumatori. Riscrivendo la norma in positivo, può dirsi che nell'influenzare il comportamento economico dei consumatori, le imprese devono comportarsi secondo le norme della diligenza professionale.

Conclusivamente, interpretando la disciplina della direttiva 2005/29 CE nella sua interezza, si può in sintesi affermare che nel contrastare come "sleali" certe pratiche commerciali, la direttiva proponga un unitario concetto di slealtà, formulato come la capacità di una pratica commerciale di permettere al professionista di avvantaggiarsi di certe condizioni soggettive medie di vulnerabilità dei consumatori che sono tali da poter alterare la libertà e la consapevolezza del consumatore medio nell'assunzione di decisioni di natura commerciale.

1.4 Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento nazionale

La direttiva 2005/29/CE viene recepita nell'ordinamento nazionale il 2 agosto 2007.

Come già evidenziato, la direttiva disciplina le p. c. sleali nei rapporti fra professionisti e consumatori, mentre non riguarda - e lascia impregiudicate - le legislazioni sulle p. c. sleali connesse a un'operazione tra professionisti, né le disposizioni (di cui alla direttiva 84/450/CEE) in materia di pubblicità pregiudizievole per le imprese (cfr. il considerando n. 6 della Direttiva), disposizioni che, tuttavia, modifica (cfr. l'art. 14 della Direttiva).

Va subito chiarito che la legislazione nazionale riproduce la dicotomia fra pratiche commerciali scorrette, distinguendo tra quelle pregiudizievoli per i consumatori e quelle pregiudizievoli per i professionisti. Il recepimento avviene infatti per mezzo di due diversi decreti legislativi di attuazione: il d.lgs. n.145 del 2 agosto 2007, che rimuove dal Codice del consumo la disciplina della pubblicità (la quale, secondo l'art.14³² della

prodotto o all'offerta commerciale) lo stesso non può dirsi se in predicato è - non già l'"influenzare" - bensì il "falsare": non si può falsare il comportamento economico dei consumatori in modo conforme alla diligenza professionale."

³² L'art.14, intitolato "Modifiche della direttiva 84/450/CE" chiarisce che la direttiva 84/450/CE è modificata, sostituendo all'art.1 il seguente:

direttiva, resta valida solo per i rapporti tra imprese), e il d.lgs. n.146 del 2 agosto 2007, con cui il legislatore italiano modifica il codice del consumo intervenendo dove era stato spogliato della disciplina della pubblicità tra professionisti, introducendo nella Parte seconda gli artt. dal 18 al 27-quater in materia di pratiche commerciali scorrette.

Si analizzeranno in breve entrambi i decreti, lasciando al capitolo II una più puntuale analisi della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette.

1.4.1 Decreto legislativo n.145 del 2 agosto 2007

Il d.lgs. n.145, come anticipato, contiene la disciplina generale della pubblicità ingannevole, (prima contenuta nel d.lgs. 74 del 1992 che dava attuazione alla direttiva 84/450 CE) e comparativa (regolata dal d.lgs. 67 del 2000), in seguito alle modifiche rese necessarie dall'art. 14 della direttiva 2005/29/CE, che consente di rimuovere dal Codice del consumo norme che vi risiedevano pur non essendo destinate a regolamentare esclusivamente i rapporti di consumo.

La disciplina previgente era confluita negli articoli 18-27 dello stesso Codice, ed era prevista «a tutela degli interessi dei professionisti, dei consumatori e del pubblico in generale». Con la novella apportata dalla direttiva invece, la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa è ora destinata a regolare esclusivamente i rapporti tra imprese. Rimangono esclusi “il pubblico in generale” e i consumatori, che trovano tutela nei confronti di messaggi pubblicitari menzogneri nella più ampia disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

Il d.lgs. 145 del 2007 opera, dunque, una separazione della disciplina della pubblicità sulla base di un criterio soggettivo, guardando cioè alla titolarità dell'interesse leso dalla comunicazione pubblicitaria. Qualora questo sia riferibile al consumatore, sarà applicabile, come detto, la normativa sulle pratiche commerciali sleali, e rientrerà nelle fattispecie vietate dall'art.5 della direttiva 2005/29/CE; qualora sia riferibile al professionista, troverà applicazione la disciplina sulla pubblicità, che il legislatore

«Articolo 1

La presente direttiva ha lo scopo di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali e di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa.»

italiano ha preferito far confluire in un corpus separato dal codice del consumo³³.

Per comprendere le ragioni di tale scelta legislativa bisogna considerare gli obiettivi di armonizzazione della direttiva. Se nel disciplinare le pratiche commerciali sleali fra imprese e consumatori questa persegue l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali, nel disciplinare la pubblicità ingannevole diretta ai professionisti la Direttiva ha invece obiettivi di armonizzazione minima, come sancito dall'art.14, paragrafo 5 della stessa³⁴.

Il decreto è composto da 10 norme.

Una prima parte, che può essere definita “sostanziale”, è dedicata alla definizione di precetti comportamentali e divieti imposti ai professionisti nella diffusione di messaggi pubblicitari per la promozione di beni e servizi sul mercato.

La seconda, procedurale, si occupa della regolamentazione dei procedimenti speciali sull'accertamento della natura illecita e ingannevole del messaggio pubblicitario.

1.4.2 Decreto legislativo n.146 del 2 agosto 2007

Il d. lgs. n.146 del 2 agosto 2007 introduce agli artt. 18-27quater del Codice del consumo la disciplina contenuta agli artt. 1-13 della direttiva 2005/29/CE. Nell'ordinamento italiano trova così finalmente posto una disciplina pressoché completa delle pratiche commerciali che le imprese ed i liberi professionisti che esercitano professioni regolamentate possono tenere verso i consumatori, ed un sistema di tutela di cui questi ultimi possono avvalersi verso chi esercita pratiche scorrette.

Il legislatore, nel recepire la direttiva, opta per una variante lessicale, ribattezzando le pratiche commerciali oggetto del divieto come “scorrette” anziché sleali, per evitare qualsiasi confusione con la materia della concorrenza sleale.

A seguito della novella introdotta, il Codice del Consumo abbandona il precedente e

³³ Va tuttavia notato che all'autonomia contenutistica delle due discipline non ha corrisposto una altrettanto chiara distinzione dal punto di vista “procedimentale”, dal momento che la competenza ad accertare la violazione di entrambe, nonché ad adottare i conseguenti provvedimenti sanzionatori e inibitori, è stata attribuita alla medesima Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. La corrispondenza permane anche nelle definizioni delle sanzioni e nel procedimento volto all'accertamento dell'infrazione e all'irrogazione delle sanzioni stesse.

³⁴ Così ANNA GENOVESE in *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, *Giur. comm.*, fasc.4, 2008, pag. 762.

specifico riferimento alla sola pubblicità ingannevole e comparativa per abbracciare una disciplina di portata più ampia. Sotto il profilo oggettivo, infatti, la disciplina si applica ad ogni azione, omissione, condotta, dichiarazione e comunicazione commerciale, «ivi compresa la pubblicità» posta in essere da un professionista «prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto»³⁵, allargando così notevolmente il campo delle condotte sanzionabili. Quanto, invece, all'ambito di applicazione soggettivo, le pratiche commerciali rilevanti ai fini della normativa sono solo quelle poste in essere tra professionisti e consumatori.

Il titolo III della parte II del Codice di consumo, in cui confluisce la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, si suddivide in tre Capi: il I Capo (artt. 18 - 19) contiene le definizioni di carattere generale e l'ambito di applicazione della disciplina; nel II Capo (artt. 20 - 26), nucleo centrale della disciplina, è contenuto il divieto generale posto a carico dei professionisti di porre in essere pratiche commerciali scorrette, di cui si mantiene la distinzione nelle due categorie tipiche (pratiche ingannevoli e aggressive), integrandola con due liste di pratiche commerciali, rispettivamente ingannevoli e aggressive, da considerare in ogni caso scorrette; il III Capo (artt. 27 - 27 quater), in conclusione, regola gli aspetti applicativi della disciplina.

³⁵ Il riferimento è agli articoli 18 e 19 c. cons.

1.5 Le pratiche commerciali scorrette

1.5.1 Introduzione

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette è inserita nel Titolo III della Parte II, denominato «pratiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali». Il nucleo centrale attorno a cui ruota tale disciplina risiede nell'art. 20, comma 1, secondo cui «*le pratiche commerciali scorrette sono vietate*».

Prima di procedere ad una compiuta analisi della normativa, si ritiene necessario un inquadramento sistematico che possa evidenziarne la portata innovativa.

La disciplina è collocata insieme alle disposizioni del Codice del consumo dedicate a educazione, informazione e pubblicità. Ciò origina una duplice riflessione: da un lato, l'orientamento alla lettura della materia è nel senso della tutela della volontà del contraente ad ogni stadio in cui essa è probabile che si formi, dall'altro lato essa si inquadra in un progetto di più ampio respiro, il cui obiettivo ultimo risiede nella formazione della coscienza del consumatore. Riguardo a quest'ultimo aspetto, sembra che il legislatore comunitario (e nazionale) abbia finalmente preso coscienza di un'importante lacuna presente nell'ordinamento normativo, che non tiene in adeguata considerazione i diversi fattori che contribuiscono alla formazione del processo decisionale dei consumatori³⁶.

All'art. 18, lett. d) c.cons. l'amplissima nozione di pratica commerciale, definita come «**qualsiasi** azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori». Alla genericità della nozione contribuisce la definizione di prodotto quale «**qualsiasi** bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni» (art.18, lett. c). Qualsiasi comportamento posto in essere dal professionista nel corso della sua attività, il cui fine sia identificabile con una delle categorie richiamate dalla norma (promozione, vendita e fornitura) diviene dunque idoneo a ricadere nella fattispecie di pratica scorretta. Non rileva che la condotta sia commissiva o omissiva, che sia frequente e ripetuta o rara e isolata, *né che si inserisca nella fattispecie di un contratto già stipulato*, vista la previsione di applicazione a tutte le pratiche commerciali scorrette

³⁶ Per un approfondimento in materia, vedi A. DAVOLA, in *Bias cognitivi e contrattazione standardizzata: quali tutele per i consumatori*, in *Contr. Impr.*, 2017, 2.

«poste in essere **prima, durante e dopo** un'operazione commerciale relativa a un prodotto»³⁷. L'unico requisito è l'*idoneità* del professionista (e non, è bene sottolinearlo, l'intenzionalità o la negligenza) ad influenzare il consumatore, orientandolo a compiere o ad astenersi dal compiere una decisione commerciale. Tale è, citando la definizione contenuta alla lett.m) art. 18 c.cons, una decisione «relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto;». Solo le pratiche commerciali che hanno un impatto trascurabile sui consumatori sono escluse dalla tutela, che invece si applica anche alle condotte direttamente lesive dei consumatori e indirettamente pregiudizievoli per i concorrenti, per le quali si applicherà al tempo stesso la disciplina sulla concorrenza sleale.

La normativa consente di congiungere la disciplina dell'attività e la disciplina dell'atto, vale a dire riconoscendo che è il comportamento del professionista in sé e per sé a rilevare nella valutazione della sussistenza della fattispecie vietata, ed è esso, a prescindere dallo stadio in cui viene posto in essere, il momento in cui si instaura una relazione giuridicamente vincolante. In breve, il legislatore colma la distanza che separa «i comportamenti appunto puramente e semplicemente 'commerciali' del professionista e il comportamento specificamente 'negoziale' che lo stesso pone in essere con il consumatore»³⁸, riconoscendo importanza giuridica alle condotte non solo prenegoziali, ma anche contestuali e successive all'operazione commerciale³⁹.

È, in altre parole, il modo di stare nel mercato del soggetto professionale che risulta direttamente implicato nella "pratica commerciale", che si concludano contratti o meno⁴⁰.

Ulteriore riflessione indotta dallo spostamento dell'attenzione "dall'atto all'attività" riguarda la dilatazione della nozione di consumatore a ciò conseguita.

Come da alcuni evidenziato⁴¹, il consumatore è ormai svincolato dalla sua posizione di contraente e di portatore di interessi individuali, e diviene invece voce portatrice di

³⁷ Art.19, comma 1 c. cons

³⁸ Così A. BARENGHI, in *op.cit.*, p. 167.

³⁹ Sul punto cfr. C. GRANELLI, *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice di consumo*, in *Obb. Contr.*, ottobre 2007, p.776, che ha opportunamente rilevato che l'ambito di applicazione privilegiato di queste pratiche sarà la fase prenegoziale, e specificatamente lo stadio di promozione della commercializzazione del prodotto prima di ogni contatto fra professionista e consumatore

⁴⁰ GIUSEPPE GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Europa e dir. priv.*, fasc.1, 2013, p.2.

⁴¹ L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e diritto privato*, 2010, n.3, p.2 e passim.

interessi diffusi. Nella sua nuova veste di “espressione della domanda in generale”⁴², il consumatore ha interesse a non essere ingannato dal mercato, la cui disciplina è quindi la prima e principale sua forma di tutela.

Ancora una volta, dunque, sono le regole del mercato e gli obiettivi di mantenimento di efficaci sistemi di concorrenza, a loro volta resi necessari dal mercato comune, a indirizzare l’azione del legislatore nazionale, che sulla scia delle linee guida comunitarie consacra la tutela del consumatore come valore strumentale alla costruzione di uno spazio economico transnazionale.

1.5.2 Ambito oggettivo di applicazione della disciplina

Passiamo ora al contenuto oggettivo del divieto posto dall’art.20 c.cons.

La norma cardine di tutto il sistema disciplinare di riferimento vieta le p.c. scorrette, e si premura di dare una definizione di scorrettezza che abbraccia due principali elementi:

- a. La contrarietà alla diligenza professionale**
- b. La falsità o l’idoneità a falsare il comportamento economico 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

che devono ricorrere in modo cumulativo e non alternativo.

Si tratta di comportamenti che contrastano con le regole oggettive di comportamento che vengono richieste dal legislatore al professionista, al quale è richiesto necessariamente un livello determinato di attenzione, impegno e conoscenze specifiche nel porre in essere pratiche commerciali nei confronti dei consumatori.

Per ciò che attiene al requisito sub a), esso è in linea di massima definibile come deficit di attenzione/competenza del professionista rispetto al grado che i consumatori normalmente si aspetterebbero⁴³. Il Codice del consumo stesso ne propone una descrizione⁴⁴ che fa leva sui canoni di buona fede e correttezza quali parametri di

⁴² L. ROSSI CARLEO, in *op.cit.* p.3

⁴³ Chiarisce C. ALVISI, *Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali*, in *Contr. Impr.*, 2008, 3 p.701 che la diligenza professionale è connessa con l’aspettativa ragionevole dei consumatori.

⁴⁴ All’art. 18, lett. h) c. cons. La “diligenza professionale” è definita come «il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei

valutazione, peraltro già menzionati nell'art. 39 del Codice del consumo (con cui la norma va coordinata) secondo cui "le attività commerciali sono improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori".

L'adozione di una definizione così generale risponde alle necessità che la regolazione di una disciplina in costante mutamento ed evoluzione impone, poiché assicura la possibilità di sanzionare nuovi comportamenti dei professionisti che, pur non essendo ancora definiti, sono ugualmente giudicati scorretti nei confronti dei consumatori ai sensi delle regole di comportamento sopra dette.

Perché sia attribuita a una pratica commerciale la qualifica di scorrettezza è altresì richiesta l'idoneità, *anche solo in astratto*, a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore, cioè, come precisa la definizione contenuta all'art. 18, lett. e), c.cons., «alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

Tale idoneità della condotta del professionista a indurre il consumatore ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso costituisce l'elemento più caratterizzante delle pratiche scorrette. Esso si ritrova in ciascuna fattispecie di pratiche commerciali, a partire dalla definizione di cui all'art. 18 lett. d), ma anche in quelle relative alle azioni ingannevoli (art. 21, comma 1), omissioni ingannevoli (art. 22, comma 1) e aggressive (art. 24, comma 1). È inoltre presunto *ex lege* in ciascuna delle pratiche considerate in ogni caso ingannevoli e aggressive di cui agli artt. 23 e 26 del Codice del consumo.

L'aggettivo "economico" che qualifica il comportamento del consumatore secondo la definizione va, conformemente con le linee guida comunitarie, inteso come attributo dell'interesse del consumatore leso dalla pratica scorretta.⁴⁵

Nell'esercizio delle sue competenze valutative, poi, l'interprete dovrà valutare la scorrettezza della pratica considerando il settore di attività in cui opera il professionista. Ciò significa che la valutazione del livello di conoscenza e attenzione dovuto da

loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista»

⁴⁵ Questa è la lettura suggerita da A. BARENGHI, in *op.cit.*, p. 175, che afferma «La lettura della direttiva suggerisce di intendere che gli interessi lesi dalla scorrettezza della pratica devono rivestire quantomeno anche una natura economica, atteso che a tale declinazione fa riferimento il legislatore europeo nella direttiva».

quest'ultimo nei confronti del consumatore va effettuata volta per volta, tenendo conto delle peculiarità del caso concreto.

1.5.3 Ambito soggettivo di applicazione della disciplina

Per quanto attiene all'ambito di applicazione soggettivo della normativa sulle p.c. sleali, il Codice del consumo detta all'art. 18 lett. a) la seguente definizione di consumatore: «qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale». Innanzitutto, quindi, dalla nozione di consumatore vengono esclusi enti, persone giuridiche e qualsiasi organizzazione non personificata⁴⁶ che pur abbiano stretto con i professionisti relazioni di natura commerciale⁴⁷; in secondo luogo, lo scopo per cui la persona fisica agisce non deve essere riconducibile ad un'attività professionale.

Nell'accertare la sussistenza della scorrettezza della p.c. il legislatore ha poi dovuto individuare uno standard soggettivo che fungesse da parametro di riferimento.

La scelta poteva ricadere sul parametro del consumatore “più debole” della media o sulla figura di un consumatore “medio”, ossia il consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici. Alla luce dell'inquadramento del diritto dei consumi nel più ampio ambito di tutela del mercato concorrenziale e della sua efficienza, il legislatore (comunitario prima, e nazionale di conseguenza) ha optato per la seconda categoria, “quasi a voler costruire una definizione di consumatore orizzontale e applicabile ai vari contesti normativi nazionali, allo scopo di abbattere ogni ostacolo alla libera circolazione dei beni e dei servizi”⁴⁸, sancendo il passaggio da una concezione di consumatore come soggetto debole, a una tutela a questi riconosciuta come operatore economico.

⁴⁶ Ad eccezione delle microimprese, vedi infra.

⁴⁷ Tale restrizione dell'ambito di applicazione della definizione di consumatore è conseguita all'attuazione della direttiva 2005/29/CE, che ha portato all'espunzione della disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa relativa ai rapporti tra imprese e concorrenti dal Codice del consumo, e ad eliminare della qualificazione del soggetto tutelato la «persona giuridica cui sono dirette le comunicazioni commerciali o che ne subisce le conseguenze».

⁴⁸ Così M. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del consumo*, gennaio 2018, p.26.

Un'eccessiva rigidezza avrebbe infatti comportato il divieto di una serie infinita di messaggi e comunicazioni commerciali che, nel suscitare l'interesse dei consumatori, contribuiscono al mantenimento di una sana dinamica concorrenziale. Come da alcuni evidenziato⁴⁹, sarebbe anacronistico pensare che un mercato competitivo moderno faccia a meno di mezzi di comunicazione commerciale che fanno leva sulla suggestione dei consumatori.

La soluzione, dapprima istituzionalizzata dalla direttiva 2005/29/CE⁵⁰, è stata accolta in sede di attuazione ed è attualmente richiamata in più disposizioni del c.cons.

La Commissione europea ha poi chiarito nella "Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio Relativa alle Pratiche Commerciali Sleali tra Imprese e Consumatori nel Mercato Interno, Commissione delle Comunità Europee, COM (2003) 356 def." che il parametro ha ragione di applicarsi nel caso in cui la pratica raggiunga la maggior parte dei consumatori.

È però noto che i consumatori possono distinguersi in diverse categorie, soprattutto sulla base dei beni che acquistano; alcuni prodotti sono richiesti solo da soggetti cd. "esperti", altri trovano nei soggetti più facilmente influenzabili (come anziani, bambini o ammalati) i principali acquirenti. Ancora, il grado di attenzione che i consumatori hanno nel valutare i prodotti varia notevolmente in funzione del tipo di prodotto.

Valutare l'avvedutezza esclusivamente alla stregua del parametro del consumatore medio significherebbe non tener conto delle effettive modalità con cui svolgono le dinamiche di consumo nel mercato moderno, "inquinato da un'esagerata invadenza della pubblicità da molte furberie e da una generalizzata soggezione dei consumatori rispetto ai venditori"⁵¹.

Per tutte queste ragioni, il legislatore ha previsto che laddove la pratica commerciale si rivolga specificatamente a un determinato gruppo, sarà nell'ottica dell'esponente medio di quel gruppo che dovrà esserne valutata la potenziale slealtà⁵². Sicché, se dal membro medio del gruppo si deve presumibilmente attendere il possesso di un livello di conoscenza inferiore rispetto a quella della generalità dei consumatori, il grado di tutela

⁴⁹ R. PENNISI, *Considerazioni in merito alle pratiche commerciali ingannevoli*, in *Giur. comm.*, 2012, fasc.5, p. 653

⁵⁰ «la presente direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici» considerando n.18 della direttiva 2005/29/CE.

⁵¹ Cfr. M. DONA in *op.cit.* p. 28.

⁵² È però fatta salva la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera, ai sensi dell'art.20 comma 3.

assicurato sarà superiore rispetto a quello garantito ai consumatori non facenti parte del gruppo.

Recita a tal proposito l'art. 20, comma 3, che qualora le pratiche commerciali siano idonee «a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere» dovranno essere valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alla tutela rafforzata di minori e adolescenti posta in essere dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a protezione della loro maggiore ingenuità e credulità nel settore delle telecomunicazioni, che è strutturalmente dotato di un appeal particolare nei confronti di tali tipologie di soggetti .

Ancora, particolari condizioni di vulnerabilità potrebbero essere individuate in soggetti portatori di un disagio fisico o psichico, che le imprese possono sfruttare attraverso messaggi ingannevoli che pubblicizzano prodotti in grado di risolvere il malessere; ad esempio, i soggetti obesi potrebbero essere portati a recepire con minore senso critico le enfattizzazioni dei messaggi pubblicitari aventi ad oggetto prodotti dietetici, creme dimagranti, integratori alimentari e tutti quei prodotti che vantano risultati miracolosi in termini di perdita di peso⁵³.

Il parametro del consumatore vulnerabile introdotto dalla norma mira quindi ad adeguare quello del consumatore medio ai soggetti bisognosi di una maggiore protezione, impedendo che gli interessi di questi ultimi siano sacrificati, e che all'introduzione del concetto di consumatore medio possa conseguire una generalizzata uniformazione verso il basso del grado di tutela riconosciuto ai consumatori.

Diventa allora decisivo il ruolo dei giudici nazionali che, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, dovranno valutare le peculiarità del caso concreto e determinare la reazione tipica del consumatore medio nella fattispecie.

Altro soggetto tutelato è la microimpresa, a cui è stata estesa la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette dall'art. 7 del D.L. n. 1/2012 sulle liberalizzazioni, convertito in Legge n. 27/2012.

La direttiva 2005/29/CE stabiliva, al considerando n.6, di lasciare impregiudicate le legislazioni nazionali sulle pratiche commerciali sleali che recano danno esclusivamente

⁵³ N. ZORZI GALGANO, in *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, 2012, p. 58 ss.

ai concorrenti e ai loro interessi economici, o che sono connesse ad un'operazione tra professionisti; parallelamente riconosceva, al considerando n.8, la necessità di regolare le pratiche commerciali anche nel più generale ambito dei rapporti con i 'clienti' del professionista, e invitava la Commissione ad adoperarsi verso questa direzione.

Il legislatore italiano sfrutta tale "spazio di manovra" concessagli dal legislatore comunitario introducendo nell'ordinamento nazionale, all'art.18.d) bis c.cons, la figura della microimpresa. Si tratta di una figura di matrice comunitaria definita dalla Raccomandazione n. 2003/361/CE come quell'ente che, a prescindere dalla forma giuridica - sia essa impresa individuale, società (di qualsiasi tipo: di persone, di capitali, cooperative), comprese l'impresa artigiana, associazione senza scopo di lucro o altra "entità", fondazione o comitato - "esercita una attività economica, anche a titolo individuale o familiare", occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro.

La microimpresa è equiparata ai consumatori e come essi tutelata quale parte debole dalle pratiche commerciali, con riguardo al momento in cui la p.c. è stata posta in essere (non a quello successivo in cui è stata assunta la decisione commerciale condizionata dalla pratica commerciale stessa), a patto che eserciti un'attività economica per scopi di autofinanziamento che non sia prevalente rispetto alle attività non profit previste dallo statuto⁵⁴.

L'equiparazione delle microimprese ai consumatori ha importanti conseguenze ed è anche all'origine di taluni dubbi applicativi, a causa del fatto che la nuova disciplina non è stata puntualmente adattata alla previgente. Il legislatore nazionale si è infatti limitato a modificare gli artt. 18-19, mantenendo invece agli artt. 20-26 il solo riferimento alla figura del consumatore. È comunque chiarito da espressa previsione normativa che le microimprese potranno avvalersi delle tutele amministrative e giurisdizionali previste all'art. 27 del Codice del consumo, ma restano impregiudicati i regimi in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita, per i quali è disposta l'applicazione del regime previsto dal d.lgs. 145/2007 per i rapporti tra professionisti.

Si conclude l'analisi soggettiva della materia con la figura del professionista, definita al comma 1 dell'art. 18 come «qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisca in nome e per

⁵⁴ G. VISCONTI, *Le pratiche commerciali scorrette verso le microimprese e i consumatori*, in *PMI*, 2017, 12, p.23.

conto di un professionista».

Rispetto alla definizione data all'art.3 c. cons. si individuano alcune differenze terminologiche; l'art.3 fa infatti riferimento alla persona fisica o giuridica che agisce “nell'esercizio” (e non “nel quadro”) della sua attività e a un suo “intermediario”.

Ciò nonostante, autorevole voce⁵⁵ ha sostenuto che il concetto di professionista vada sempre letto in una prospettiva di ampiezza dimensionale, in contrapposizione al concetto di consumatore, quale persona fisica o giuridica, che agisce e compie atti “nell'ambito” di un'attività economica. È quindi necessario ricomprendere anche quegli atti “accessori o strumentali” posti in essere nel contesto dell'attività economica propria del professionista, non solo gli atti che sono esplicazione della sua attività economica principale e tipica.

Inoltre, il riferimento all'“intermediario” del professionista appare preferibile rispetto alla locuzione adottata all'art.18, perché più “aperto” e adatto ad includere «qualunque soggetto (ad es., agente, mediatore, vettore, spedizioniere, provider, grossista, dettagliante) che si interponga nella catena produttiva-distributiva, incidendo per tale via sull'atto di consumo», pur non agendo né in nome né per conto del produttore⁵⁶.

1.5.4 Pratiche commerciali ingannevoli e aggressive

Le pratiche scorrette si articolano in due sottoinsiemi: le pratiche ingannevoli (artt. 21-23) e aggressive (artt. 24-26). Agli artt. 21-22 e agli art. 24-25 si indicano, rispettivamente, i presupposti in presenza dei quali una pratica deve essere considerata ingannevole e aggressiva. All'interno di ciascuna di queste macrocategorie, agli articoli 23 e 26 sono poi elencate delle ipotesi di pratiche considerate in ogni caso scorrette, che riproducono fattispecie contenute nelle c.d. liste nere (*black lists*) allegate alla direttiva 2005/29/CE.

Quando, infine, una condotta non sia qualificabile come scorretta secondo queste norme,

⁵⁵ N. ZORZI GALGANO, *op.cit.*, p.94.

⁵⁶ Appare tuttavia doveroso citare anche la diversa opinione di G. VETTORI, che, in proposito, dichiara «La locuzione (“in nome e per conto”, ndr) sostanzialmente coincide con quella di intermediario contenuta nell'art. 3, ma è preferibile perché più puntuale e idonea ad includere anche figure che non identificano gli intermediari in senso proprio.», *Contratto e responsabilità. Il contratto dei consumatori, turisti, clienti, investitori e imprese deboli (Tomo primo)*, marzo 2013, p.156.

potrà in ogni caso essere vietata in base alla clausola generale contenuta nel secondo e terzo comma dell'articolo 20⁵⁷.

Le p.c. ingannevoli vengono a loro volta distinte in azioni ingannevoli e omissioni ingannevoli.

Per ciò che riguarda le azioni ingannevoli, disciplinate dall'art.21 comma 1, gli elementi caratterizzanti la fattispecie sono la falsità delle informazioni e l' idoneità ad indurre in errore il consumatore medio. Esse vengono infatti definite come quelle p.c. che contengono informazioni non rispondenti al vero o che, anche se corrette, essendo presentate in modo tale da non soddisfare il requisito della chiarezza, inducono o possono indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

La norma contiene poi un puntuale elenco di elementi in riferimento ai quali il consumatore può essere indotto in errore. Tali elementi sono individuati in modo puntuale, secondo una tecnica normativa di tipo casistico che consente al legislatore comunitario di ridurre al minimo la discrezionalità degli Stati membri e di perseguire l'obiettivo di armonizzazione massima delle legislazioni nazionali. Le prime lettere dell'elenco riguardano condotte di tipo attivo, forse le più importanti: la lettera a) fa riferimento all'esistenza e alla natura del prodotto, e la lettera b) alle caratteristiche principali dello stesso, quali la disponibilità dello stesso, i vantaggi, i rischi, la composizione, l'assistenza post-vendita, gli usi, l'origine geografica o commerciale etc. Alla lettera c) si indicano circostanze relative all'offerta del prodotto da parte del professionista, e alla struttura organizzativa che permette la commercializzazione (la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, o simboli relativi alla sponsorizzazione o al sostegno del prodotto da parte del professionista).

La lettera d) riguarda «il prezzo o il modo in cui questo è calcolato o l'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo»; ancora, in ossequio a quanto disposto dall'art.19, che ammette l'applicabilità delle disposizioni in materia di p.c. scorrette alle pratiche commerciali poste «in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa

⁵⁷ Perlomeno secondo la tesi prevalente, secondo cui la clausola generale avrebbe possibilità applicative residuali, in relazione a fattispecie non specificamente regolate da una norma più dettagliata. Al contrario, ROBERTO PENNISI in *Considerazioni in merito alle pratiche commerciali ingannevoli*, in Giur. comm., fasc.5, 2012, p.654 ss. ritiene preferibile la tesi minoritaria secondo la quale la norma generale vada intesa come norma contenente i principi dell'intera materia, e le norme di dettaglio come applicazioni particolari della disposizione di principio.

a un prodotto» si considereranno scorrette in base alla lettera e) quelle pratiche che inducono in errore il consumatore in relazione alle fasi che seguono la stipulazione del contratto, relative a manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione del prodotto.

La lettera f) richiama gli obblighi informativi del professionista in relazione alla «natura, qualifiche e diritti del professionista o di un suo ausiliario», riaffermando ancora una volta l'importanza della trasparenza e dell'informazione nel diritto dei consumi. A conclusione dell'elenco la lettera g), che assume particolare rilevanza assume poiché il legislatore ha inteso qui richiamare genericamente i diritti del consumatore nei rapporti commerciali.

Il secondo comma dello stesso articolo integra le ipotesi di p.c. ingannevoli con le azioni cd. "confusorie", riferendosi soprattutto alle varie tecniche di marketing, ossia le attività di commercializzazione che ingenerano confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente, e con quelle pratiche che constano del mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare purché «si tratti di un impegno fermo e verificabile, e il professionista indichi in una pratica commerciale che è vincolato dal codice».

Infine, i commi 3 e 4 rispondono alla medesima logica di tutela dei consumatori dall'inosservanza degli obblighi di prudenza e vigilanza, sanzionando come pratica commerciale ingannevole quella che omette di dare notizia della pericolosità del prodotto e quella che, in quanto suscettibile di raggiungere i cd. "piccoli consumatori", ossia bambini e adolescenti, risulti idonea a minacciare la loro sicurezza.

L'ingannevolezza del messaggio può aversi anche sotto il profilo dell'omissione. Alle omissioni ingannevoli è dedicata un'organica disciplina contenuta all'art. 22.

Non ogni omissione informativa può essere considerata ingannevole ai fini dell'applicazione della disciplina sulle p.c. scorrette. Tale fattispecie richiede uno studio più specificamente legato alle circostanze concrete: secondo quanto espresso dall'Agem con riferimento ai messaggi pubblicitari, è importante valutare di volta in volta se le lamentate omissioni siano tali da limitare significativamente la portata delle affermazioni in essi riportate, inducendo in errore i destinatari⁵⁸. A tal proposito, interessante notare che il legislatore, a differenza che nella norma precedente - e proprio per consentire di individuare in via interpretativa, caso per caso, gli ambiti di tutela - non dà in questa sede puntuali specificazioni circa l'oggetto e il contenuto delle informazioni rilevanti.

⁵⁸ G. CASSANO, M. DI GIANDOMENICO, *Il diritto dei consumatori- Tomo primo*, ottobre 2010, p.157.

Esclusivamente nell'ipotesi di "invito all'acquisto" viene fornita una spiegazione, corredata da un elenco di casi, su cosa si intenda per "informazioni rilevanti".

Inoltre, l'attenzione del legislatore è qui soprattutto posta sulla fase che precede il vero e proprio rapporto di consumo, e più in particolare sulla fase dedicata all'informazione preliminare.

In linea generale, valgono le definizioni date dall'art.22. In primo luogo, un'omissione è ingannevole se, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, riguarda informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale, e induce o è idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Ma la disciplina sulle omissioni ingannevoli non riguarda esclusivamente l'omissione d'indicazioni necessarie al consumatore per prendere una decisione informata; il comma 2 dello stesso articolo equipara infatti alle omissioni le ipotesi in cui le informazioni sono presentate in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo, e quelle in cui anche solo l'intento commerciale della pratica stessa non è esplicitato. Se, poi, il mezzo di comunicazione impiegato comporta dei limiti in termini di spazio e tempo, tali caratteristiche, e le misure adottate dal professionista per ovviare a tali circostanze, dovranno ugualmente essere tenute in considerazione.

La norma indica ai commi 4 e 5, come parametri del giudizio di rilevanza nel caso specifico di invito all'acquisto, le omissioni rispetto a caratteristiche e provenienza del bene, prezzo e modalità del suo calcolo, modalità di pagamento, di consegna, esecuzione e trattamento dei reclami, esistenza di un diritto di recesso o scioglimento del contratto, ed infine, rispetto agli obblighi d'informazione previsti dal diritto comunitario⁵⁹.

Dalla lettura di detto elenco si percepisce l'intenzione del legislatore di colmare la asimmetrie informative che caratterizzano il rapporto di consumo, stabilendo uno "zoccolo duro" di informazioni che il professionista non può trascurare di fornire,

Le norme dedicate alle pratiche aggressive ricalcano il modello utilizzato per quelle ingannevoli, accostando a una clausola generale un'analitica elencazione casistica.

La direttiva 2005/19/CE introduce per la prima volta il concetto di aggressività nel diritto positivo; in particolare, l'art. 24 c. cons. definisce la p.c. aggressiva come «la pratica commerciale che, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto, mediante

⁵⁹ G. CASSANO, M. DI GIANDOMENICO, *op.cit.*, p.158.

molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

Sono, quindi, tre i presupposti di applicazione di tale disciplina: il ricorso a molestie, coercizione o indebito condizionamento; l'idoneità della pratica a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio; l'attitudine della pratica a indurre il consumatore ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso.

È evidente che il legislatore, per consentire all'interprete di assoggettare molte situazioni alla normativa in questione, richiami soprattutto situazioni e concetti generali. Se si esclude l' "indebito condizionamento", di cui si dà la specifica definizione di "sfruttamento di una posizione di potere rispetto ai consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o la minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole" (art. 18, lett. l), non si ritrova in questa sede alcuna definizione di molestia e coercizione. In linea generale, è possibile identificare le molestie con quei comportamenti che, poiché particolarmente fastidiosi o invasivi, inducono il consumatore ad assecondare il professionista; la coercizione è invece assimilabile a una pressione accompagnata da violenza morale, fisica o minacce (verbalì e non), tale da indurre il consumatore medio a determinate scelte per evitare il verificarsi di eventi riguardanti sia la sua sfera personale, sia quella di altri soggetti a lui vicini per legami parentali e/o affettivi.

Il successivo art.25 individua i criteri di valutazione dell'aggressività delle pratiche commerciali. Al fine di valutare quando una pratica commerciale comporti molestie, coercizione o indebito condizionamento dovranno essere presi in considerazione tempi, luogo, natura e persistenza della pratica; eventuale ricorso a minacce fisiche o verbalì; sfruttamento di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore; qualsivoglia ostacolo (non contrattuale) oneroso e sproporzionato imposto dal professionista al consumatore che intenda esercitare diritti contrattuali; qualsiasi minaccia di promuovere un'azione legale ove tale azione sia manifestamente temeraria o infondata.

1.5.5 Le liste nere

Il legislatore comunitario ha ritenuto necessario dotare i consumatori di una tutela rafforzata nei confronti di quelle pratiche commerciali ritenute più pericolose. Per questo motivo ha inserito nella direttiva 2005/29/CE un allegato composto da un elenco di trentuno clausole considerate sleali “in ogni caso”.

In occasione del recepimento, il legislatore nazionale ha riprodotto tali fattispecie nel Codice del consumo, agli artt. 23 (elenco delle pratiche considerate in ogni caso ingannevoli) e 26 (elenco delle pratiche considerate in ogni caso aggressive).

A differenza che nelle fattispecie finora analizzate, per le quali la presunzione iuris tantum d'illiceità consentiva al professionista di provare che la pratica contestata non aveva spinto il consumatore a una decisione non effettivamente voluta, rispetto ai comportamenti illustrati dagli artt. 23 e 26 vige una presunzione **assoluta** d'illiceità: la normativa tipizza un *numerus clausus* di comportamenti e li dota di autonoma rilevanza, assicurando al consumatore l'annullamento del contratto a prescindere dalla presenza di prove in merito alla rilevanza del comportamento del professionista, e quindi dall'accertamento della sussistenza degli elementi costitutivi individuati dal legislatore nelle varie disposizioni.

Le fattispecie richiamate in questi elenchi, che di fatto riproducono fedelmente quanto contenuto nell'allegato della direttiva, sono numerose ed estremamente eterogenee. Alcuni autori⁶⁰ hanno provveduto a distinguere nove gruppi: 1) le false affermazioni; 2) le omissioni; 3) i comportamenti scorretti perché contraddittori; 4) i comportamenti intrinsecamente illeciti; 5) le pratiche connesse alla fornitura di beni e servizi non richiesti; 6) le pratiche rivolte ad ostacolare in modo pretestuoso ed infondato l'esercizio di diritti spettanti al consumatore; 7) le pratiche volte ad indurre il consumatore ad assumere decisioni di natura commerciale al solo scopo di sottrarre sé o altri a situazioni di disagio o di pericolo; 8) le pratiche attraverso le quali viene violata la sfera privata dei consumatori; 9) le pratiche che si rivolgono direttamente ai bambini.

Con altro approccio, tali pratiche sono state ripartite sulla base della ragione della loro individuazione⁶¹. Le ventitrè pratiche considerate in ogni caso ingannevoli sono state

⁶⁰ G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra tra professionisti e consumatori*, in *Le nuove leggi commentate*, XXXI, n. 5, 2008 p. 1107 e ss.

⁶¹ La distinzione è proposta da M. DONA, in *op. cit.*, p.39 e p.46

ricondotte a due macro-categorie fondate le une “sull’inganno dell’apparenza”⁶², le altre “sull’inganno di natura propagandistica”⁶³; le otto pratiche commerciali considerate in ogni caso “aggressive”, invece, sono state ripartite in tre categorie: quelle “minatorie”⁶⁴, quelle “petulanti”⁶⁵ e quelle “defatiganti”⁶⁶.

La previsione di una serie di pratiche commerciali considerate “in ogni caso” scorrette consente al legislatore di concludere la trattazione della disciplina, offrendo ai consumatori un ampio e completo ventaglio di tutele: il consumatore troverà protezione, a seconda dei casi, riconducendo la pratica di cui è vittima alle liste nere o collocandola nell’ambito di applicazione della clausola generale posta all’art.20, a prescindere dall’accennato dibattito circa il carattere di residualità di quest’ultima.

1.6 I rimedi: le competenze dell’Agcm e il doppio binario di tutele

È stato più volte sottolineato il perseguimento, da parte della direttiva 2005/29/CE, di obiettivi di armonizzazione massima, concretizzatisi nell’imposizione di regole e norme rispetto alle quali non è concesso agli stati di discostarsi nella tutela degli interessi dei consumatori.

In ordine ai profili sanzionatori e rimediale, tuttavia, agli Stati membri vengono riconosciuti significativi margini di manovra.

In proposito la direttiva recita che “gli stati membri assicurano che esistano mezzi

⁶² È, per esempio, il caso delle affermazioni non rispondenti al vero, da parte di un professionista, di essere firmatario di un codice di condotta, o il caso della pratica consistente nell’esibire un marchio di fiducia, un marchio di qualità o un marchio equivalente senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione (art.23 comma 1, lett. a) e b).

⁶³ Come nel caso del «dichiarare, contrariamente al vero, che il prodotto sarà disponibile solo per un periodo molto limitato o che sarà disponibile solo a condizioni particolari per un periodo di tempo molto limitato, in modo da ottenere una decisione immediata e privare i consumatori della possibilità o del tempo sufficiente per prendere una decisione consapevole;» art.23 comma 1, lett. g).

⁶⁴ Per esempio, il «creare l’impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto;» art.26 comma 1, lett. a).

⁶⁵ Un esempio è la lett. b) dell’art. 26, comma 1 «effettuare visite presso l’abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell’esecuzione di un’obbligazione contrattuale».

⁶⁶ Tale è ritenuto il « lasciare intendere, contrariamente al vero, che il consumatore abbia già vinto, vincerà o potrà vincere compiendo una determinata azione un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti non esiste alcun premio né vincita equivalente oppure che qualsiasi azione volta a reclamare il premio o altra vincita equivalente è subordinata al versamento di denaro o al sostenimento di costi da parte del consumatore» art. 26, comma 1 lett. h).

adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali” e prevede che gli Stati possano scegliere se: “a) promuovere un'azione giudiziaria contro tali pratiche commerciali sleali, e/o b) sottoporre tali pratiche commerciali sleali al giudizio di un'autorità amministrativa competente a giudicare in merito ai ricorsi oppure a promuovere un'adeguata azione giudiziaria”⁶⁷.

Se, a prima vista, le alternative possono sembrare due, ad una lettura più attenta si comprende come il legislatore comunitario offra agli Stati membri la possibilità di scegliere tra:

1. Ricondurre l'enforcement delle pratiche commerciali sleali pienamente alla giurisdizione ordinaria, senza alcuna innovazione normativa sul piano del rito;
2. Ricondurre l'enforcement alla giurisdizione ordinaria, con attribuzione del potere di azione ad un'autorità amministrativa;
3. Costruire di un sistema di giurisdizione amministrativa esclusiva, con l'attribuzione del compito di decidere dei ricorsi ad un'autorità amministrativa.⁶⁸

Il legislatore italiano ha adottato, nel recepimento, la terza tra possibilità prospettate, affidando all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato il compito di curare l'enforcement della nuova disciplina, conferendole poteri di indagine, inibitori e sanzionatori. La scelta, anche se considerata dai più “scontata” e “naturale”⁶⁹, ha scatenato reazioni contrastanti e ha fatto sorgere alcuni problemi interpretativi.

La principale questione consegue al carattere di trasversalità della materia delle p.c. scorrette, imposta dal fine di tutela del consumatore – che, strutturalmente, si declina e si persegue in svariati settori dell'ordinamento⁷⁰ - e che si riflette di conseguenza sulle competenze dell'Agcm. Proprio la delineazione dei confini della legittimità di intervento di detta Autorità in materia di p.c. scorrette costituisce la principale questione su cui dottrina e giurisprudenza hanno dibattuto a lungo; in particolare, il dibattito si è incentrato sulla possibilità, per l'Agcm, di intervenire per reprimere condotte che integrano p.c. scorrette pur non contrastando la regolazione di settore, e sulla salvaguardia

⁶⁷ Art. 11 dir.2005/29/CE

⁶⁸ V. DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, in *Giur. comm.*, 2011, fasc.6, p. 803

⁶⁹ Scelta che, come sostenuto da V. DI CATALDO in *op. cit.*, p.805. «è apparsa a molti scontata, ponendosi come diretta ed ineludibile conseguenza del fatto che all'Autorità garante era stato già attribuito il compito di curare l'applicazione delle regole della pubblicità ingannevole e della pubblicità comparativa. Ed è stata, per questo, salutata da quasi tutti i commentatori come “naturale”, e quindi opportuna.»

⁷⁰ G. BAROZZI REGGIANI, *Pratiche commerciali scorrette, regolazione e affidamento delle imprese*, in *Dir. Amm.*, 1° dicembre 2016, fasc.4, p. 683

dell'autonomia d'azione delle Autorità di regolazione.

Inizialmente, un parere del Consiglio di Stato del 2008 aveva individuato nella collaborazione amministrativa tra le Autorità la via per impedire il sorgere di conflitti tra le stesse (in forma di “spontaneo coordinamento ovvero autolimitazione unilaterale di una di esse”); in assenza di un opportuno coordinamento, il parametro risolutore sarebbe stato il cd. principio di specialità, applicato con riferimento al tipo di intervento posto in essere in relazione all'interesse tutelato dalla specifica normativa di settore.

Nel 2012, con le sentenze “gemelle” n.11 e n.16, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato forniva un'ulteriore interpretazione del principio di specialità, sostenendo che alla luce della sussistenza (nel Codice del consumo) di una disciplina completa in materia di tutela dei consumatori dalle condotte scorrette dei professionisti, si sarebbe radicata la competenza dell'Autorità di settore preposta a reprimere quei comportamenti.

A seguito di tali sentenze il legislatore italiano era quindi intervenuto fissando in capo all'Agcm una competenza esclusiva in materia di p.c. scorrette, con l'eccezione dei casi in cui dette pratiche “siano poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità”. Tuttavia, la scarsa chiarezza di detto intervento ha portato la Commissione europea ad avviare la procedura di infrazione n. 2013-2169 per scorretta attuazione della Direttiva 2005/29/CE, a seguito della quale il legislatore ha introdotto nel Codice del Consumo il nuovo comma 1-bis dell'art. 27, volto a confermare la competenza esclusiva -priva di eccezioni- dell'Agcm in materia di p.c. scorrette, prevedendo soltanto la necessità di acquisizione di un parere dell'Autorità di regolazione competente e di motivazione adeguata in caso di scostamento da questo.

A tale intervento ne sono susseguiti ulteriori, che hanno riaffermato tale orientamento anche se il dibattito è tuttora, soprattutto in dottrina, aperto⁷¹.

Passando adesso ai concreti strumenti di tutela introdotti in attuazione della direttiva, il legislatore ha innanzitutto reso accessibili ai consumatori -o, più precisamente, alle associazioni di consumatori ed utenti e agli altri organismi indicati dall'art. 139 c. cons.⁷²- i procedimenti conciliativi, cautelari e di merito avanti all'Autorità giudiziaria ordinaria previsti all'art.140 c. cons.

Ha poi introdotto all'art. 27 c. cons. la previsione di un procedimento davanti all'Agcm,

⁷¹Per una meno riassuntiva trattazione dell'argomento, si rinvia a G. BAROZZI REGGIANI, *op.cit.*, p. 683.

⁷²Che, a norma dell'art. 137 c. cons., sono solo alle associazioni iscritte nell'elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti, tenuto presso il Ministero dello sviluppo economico.

volto all'inibizione della diffusione/continuazione della p.c. scorretta e all'eliminazione degli effetti già prodotti, avviabile "d'ufficio" e su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse.⁷³

Il procedimento consta di tre fasi. La fase preliminare è avviata a seguito di una "richiesta di intervento" da parte dei soggetti legittimati (o, come anticipato, d'ufficio), a fronte della quale il Collegio, sulla base degli elementi prodotti con la richiesta di intervento o altrimenti acquisiti dal responsabile del procedimento, decide se vi siano i presupposti per un approfondimento istruttorio;

La fase istruttoria si fonda su un contemperamento dei poteri istruttori e decisorii conferiti all'Autorità con la tutela del diritto di difesa delle parti; il responsabile del procedimento acquisisce in tale fase ogni elemento utile alla valutazione, mediante la richiesta di informazioni e documenti ad ogni soggetto pubblico o privato, la consultazione di esperti, l'autorizzazione di perizie e analisi statistiche ed economiche, e tutti gli altri mezzi messi a disposizione.

Quando il responsabile del procedimento ritiene sufficientemente istruita la pratica, si conclude la fase istruttoria e si avvia quella decisoria; il provvedimento finale dell'Autorità viene comunicato alle parti ed ai soggetti eventualmente intervenuti nel procedimento, e viene anche pubblicato nel bollettino dell'Autorità⁷⁴.

Ulteriore strumento a presidio degli interessi collettivi dei consumatori è la già citata azione di classe, o azione risarcitoria collettiva per i danni derivanti da p.c. scorrette, introdotta con la "legge finanziaria per il 2008" all'art. 140-bis del Codice del consumo.

In breve, determinati soggetti collettivi possono richiedere al tribunale l'accertamento del diritto al risarcimento per danni da p.c. scorrette e i consumatori, fino alla precisazione delle conclusioni, sono legittimati ad aderire all'azione. L'adesione è favorita dalla pubblicità del processo, disposta dopo che l'azione è stata dichiarata ammissibile, ossia ove questa non sia manifestamente infondata, la domanda non provenga da un attore in conflitto di interessi o non sia stata proposta in carenza di interesse suscettibile di adeguata tutela in chiave risarcitoria e collettiva⁷⁵.

Una volta accolta la domanda, il giudice può determinare la somma minima da

⁷³ C. GRANELLI, *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori: L'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 777 e ss.

⁷⁴ E. GUERINONI, *I regolamenti sulle pratiche commerciali scorrette*, in *PMI.*, 2008, 7, a cui si rinvia per una spiegazione più esaustiva.

⁷⁵ A. GENOVESE, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2008, fasc.4, p.774 ss.

corrispondere a ciascun consumatore o utente, o determinare i criteri in base ai quali liquidare la somma. L'impresa, nei sessanta giorni successivi, può proporre a ciascun avente diritto il pagamento di una somma; la proposta dell'impresa può essere accettata entro sessanta giorni dal ricevimento, e in caso di mancata e tempestiva accettazione il presidente del tribunale costituisce un'unica camera di conciliazione per la determinazione delle somme da corrispondere agli aventi diritto.⁷⁶

Continuando con i rimedi esperibili, il legislatore ha poi più volte sottolineato l'importante ruolo dei meccanismi di "autodisciplina": nell'ipotesi prevista all'art. 27 bis, 1° co., c. cons. di adozione, da parte di associazioni o organizzazioni imprenditoriali e professionali, di codici di condotta che definiscono il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tali codici in relazione ad una o più pratiche commerciali, il legislatore nazionale ha stabilito che «i consumatori, i concorrenti, anche tramite le loro associazioni o organizzazioni, (...) possono convenire con il professionista di adire preventivamente il soggetto responsabile o l'organismo incaricato del controllo del codice di condotta relativo ad uno specifico settore la risoluzione concordata della controversia volta a vietare o a far cessare la continuazione della pratica commerciale scorretta» (art. 27 ter, 1° co., c. cons.)⁷⁷.

Alla luce di quanto fin qui esposto sono necessarie due riflessioni.

Innanzitutto, appare evidente che il legislatore italiano ha predisposto mezzi finalizzati in primis alla tutela del mercato, e quindi dei consumatori in forma collettiva (oltre che, indirettamente, dei concorrenti corretti).

In secondo luogo, il mancato intervento nell'ambito dei rimedi individuali esperibili dal singolo consumatore contro le p.c. scorrette ha condotto alla nascita di «doppio binario di tutele»⁷⁸.

Da un lato si pongono quelle introdotte con il recepimento della direttiva comunitaria, che non perseguono la protezione del singolo consumatore vittima di una pratica scorretta, perché poste indirettamente a presidio del corretto funzionamento del mercato interno, e direttamente degli interessi collettivi dei consumatori.

Dall'altro lato si ritrovano le tutele contemplate nel Codice civile, che a loro volta non sono finalizzate a obiettivi di tutela dei consumatori collettivamente considerati.

L'assenza di una chiara definizione dei rimedi azionabili dai singoli consumatori a fronte

⁷⁶A. GENOVESE, *op.cit.*, p.774.

⁷⁷C. GRANELLI, *op. cit.* p. 778.

⁷⁸ C. GRANELLI, *op. cit.* p. 782 ss.

di una p.c. scorretta, che quindi non è di per sé causa di invalidità del contratto, è solo a prima vista risolta dall'art. 19 c. cons. («Il presente titolo non pregiudica: a) l'applicazione delle disposizioni in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto; (...)»). Non escludendo, né tantomeno implicando, l'applicazione della disciplina generale del contratto, all'interprete è stato affidato il difficile compito di coordinare due sistemi sanzionatori non sempre «reciprocamente impermeabili»⁷⁹, e di verificare i riflessi che l'introduzione della nuova disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette può avere sull'interpretazione e sull'applicazione del diritto dei contratti.

1.6.1 (segue) I rimedi azionabili dal consumatore singolarmente considerato

Il legislatore nazionale ha dunque lasciato all'interprete il difficile compito di individuare concretamente i rimedi civilistici (nullità o annullamento del contratto, risarcimento del danno, ecc.) accessibili al singolo consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta.

Il primo rimedio sulla cui applicabilità la dottrina si è confrontata è la nullità del contratto posto in essere dal professionista che abbia fatto ricorso a una p.c. scorretta.

L'applicabilità dell'art 1418⁸⁰ comma 1 c.c. è però dai più⁸¹ esclusa. Si evidenzia infatti che la nullità cd. virtuale di un contratto ai sensi del citato articolo è rilevabile solo se lo stesso sia “contrario a norme imperative”, e non quindi se la scorrettezza ne abbia solo inficiato l'iter formativo. La violazione della clausola generale posta all'art. 20 c. cons integra piuttosto una violazione di regole di comportamento, che di per sé non determina alcuna nullità.

Questo, tuttavia, non impedisce all'interprete di rilevare la nullità in singoli casi. È per esempio il caso dell'impossibilità dell'oggetto (art. 1346 c.c.) per aver il professionista

⁷⁹ C. GRANELLI, *op. cit.* p.783

⁸⁰ Il comma 1 dell'articolo recita «Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente.»

⁸¹ A. GENTILI, V. CINTIO, *I nuovi “vizi del consenso”*, in *Contratto e impresa* 1, 2018 p. 170 ss. e C. GRANELLI, *op. cit.* p. 778 ss.

falsamente dichiarato l'esistenza del prodotto, in violazione dell'art. 21, comma 1, lett. a), c. cons.; o l'illiceità della causa (art. 1343 c.c.) o dell'oggetto (art. 1346 c.c.) per aver il medesimo affermato, in contrasto con l'art. 23, lett. i), o comunque ingenerato l'impressione, che la vendita del prodotto sia lecita⁸².

Per ciò che attiene al rimedio dell'annullabilità, esso è considerato ammissibile alla luce della constatazione che dolo e violenza, i cd. "vizi del consenso", sono proprio finalizzati alla tutela dei contraenti nella fase prenegoziale. Nello specifico, è stato rilevato⁸³ che le pratiche ingannevoli richiamano le ipotesi di dolo ed errore, mentre le pratiche aggressive l'ipotesi di violenza morale.

Per le prime, la riconducibilità al dolo determinante assicurerebbe l'annullabilità del contratto ex art. 1439. È stato tuttavia notato che la nozione di dolo data dal c.c. si ispira a una concezione di soggetto diversa da quella che ha mosso il legislatore della direttiva sulle p.c. scorrette, e in particolare a modelli tradizionali ben lontani dall'attuale contesto in cui contrattazione di massa e dell'asimmetria informativa fanno da protagonisti. E infatti, nella fattispecie civilistica del comportamento doloso l'idoneità ad alterare la volontà contrattuale viene riferita alle caratteristiche soggettive della persona che agisce in giudizio e alla singola situazione di fatto, e non alla sola potenziale idoneità ad alterare la capacità di scelta del consumatore medio

Per le omissioni ingannevoli, poi, è necessario considerare che il semplice silenzio di un contraente su elementi contrattuali di interesse dell'altro contraente, non basta ad integrare il dolo omissivo invalidante, essendo invece necessario che «la reticenza si inserisca all'interno di un complesso di comportamenti circostanziati adeguatamente preordinati e finalizzati, con malizia ed astuzia a realizzare l'inganno voluto e, così, diretti a determinare l'errore della parte che chiede l'annullamento»⁸⁴.

L'ipotesi di annullamento del contratto per violenza morale causata da pratiche commerciali aggressive è considerata valida nel rispetto delle stesse considerazioni svolte per le p.c. ingannevoli, ossia nei soli casi in cui l'aggressività (nelle sue declinazioni di molestie, coercizione, e indebito condizionamento) si sia effettivamente concretizzata nella coartazione della volontà del consumatore.

L'eventuale ricorso a nullità o annullamento del contratto potrebbe però risultare troppo rigido e mal si applicherebbe alle diverse situazioni di fatto e alle concrete esigenze del

⁸² A. GENTILI, V. CINTIO, in *op.cit.*, p.171

⁸³ A. GENTILI, V. CINTIO, in *op.cit.*, p.171 ss.

⁸⁴ A. GENTILI, V. CINTIO, in *op.cit.*, p.175.

consumatore, che si troverebbe a dover poi rientrare in un mercato caratterizzato dagli stessi, identici, rischi. Per questo è stato evidenziato⁸⁵ che il rimedio risarcitorio costituirebbe lo strumento di tutela individuale contro le p.c. scorrette più adatto, in quanto di più facile applicazione alle circostanze concrete.

Ciò che è senza dubbio consentito è l'esercizio dell'azione di cui all'art. 1337 c.c. (rubricato "Trattative e responsabilità precontrattuale") che consente il risarcimento da pratica illecita avvenuta nella fase precedente o coincidente con la conclusione del contratto, per contrarietà agli obblighi di buona fede, a titolo di responsabilità precontrattuale.

I consumatori potranno inoltre ricorrere all'azione di risarcimento del danno da responsabilità extracontrattuale ex art. 2043; in questo caso sarà onere del consumatore dimostrare i fatti costitutivi dell'illecito.

1.7 Il consumatore e la tutela del mercato

Come anticipato, agli albori della disciplina antitrust comunitaria il fine ultimo del mantenimento dell'assetto concorrenziale del mercato era rinvenuto nella garanzia della libertà d'iniziativa economica; il benessere del consumatore era invece visto come indiretta conseguenza di un mercato privo di condotte anticoncorrenziali delle imprese. Nonostante, ancora oggi, la dottrina sia divisa sul punto, non vi è alcun dubbio sull'importanza che è ormai riconosciuta al benessere del consumatore nell'applicazione della legge antitrust.

Se le imprese coordinano le loro condotte sul mercato e limitano la concorrenza, al pari delle imprese concorrenti anche i consumatori ne risultano direttamente danneggiati.

In un contesto di mercato dinamico e in continua evoluzione in cui i poteri economici "forti" fanno da padroni, e in cui il principale criterio con cui la liceità dei comportamenti imprenditoriali è valutata è l'interesse collettivo al buon funzionamento del mercato, è necessario assicurare al consumatore la possibilità di compiere scelte libere e consapevoli, al fine di garantire l'efficienza del sistema di economia di mercato. Proprio il principio di libertà di scelta del consumatore costituisce dunque l'anello di congiunzione tra disciplina

⁸⁵ A. GENTILI, V. CINTIO, in *op.cit.*, p.178 ss.

antitrust e disciplina del diritto dei consumi: un mercato è concorrenziale solo se viene garantita ai consumatori la libertà di scegliere consapevolmente tra le migliori opportunità disponibili sul mercato. Tale lettura è stata più volte sottolineata dagli organismi comunitari; di recente la Commissione CE ha infatti avuto modo di ribadire che, fra le finalità principali perseguite dall'Unione, vi è «la migliore integrazione degli interessi dei consumatori nel dispositivo di regolamentazione della concorrenza».⁸⁶

Nell'ordinamento nazionale, invece, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno provveduto nel 2005 a ricomprendere il consumatore tra i soggetti direttamente tutelati dalla disciplina della concorrenza, affermando che «il consumatore, l'acquirente finale del prodotto offerto al mercato, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene. Pertanto la funzione illecita di una intesa si realizza per l'appunto con la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente»⁸⁷.

Tale riconoscimento si riflette anche nell'unificazione delle due competenze - tutela della concorrenza e tutela del consumatore - in capo alla medesima Autorità, che ha assunto il compito di fornire adeguata protezione ai consumatori sia quando sono lesi dai comportamenti anticoncorrenziali delle imprese, sia quando risultano obiettivo di pratiche commerciali scorrette.

Alla luce di tali considerazioni, appare necessario fornire un inquadramento generale della disciplina antitrust, e approfondire più specificatamente la disciplina delle intese restrittive della concorrenza, i cui danni nei confronti dei consumatori saranno meglio analizzati nell'analisi del caso presentato nel Capitolo II del presente elaborato.

1.7.1 (segue) La disciplina antitrust: focus sulle intese restrittive della concorrenza

La tutela della concorrenza è perseguita attraverso l'applicazione di una serie di norme, genericamente indicate con l'appellativo di norme antitrust, che disciplinano i rapporti tra imprese e permettono uno sviluppo regolare dei rapporti concorrenziali.

La disciplina antimonopolistica comunitaria è contenuta negli artt.101-102 TFUE, che

⁸⁶ COM (2004) 293 del 20 aprile 2004, intitolata "Una politica della concorrenza proattiva per un'Europa competitiva".

⁸⁷ Sez. un., Sentenza del 4 febbraio 2005, n. 2207

vietano, rispettivamente, le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante posti in essere da imprese e suscettibili di arrecare pregiudizio al commercio tra gli Stati membri, e nei Regolamenti CE n. 1/2003 e n. 139/2004 del Consiglio. L'obiettivo della disciplina comunitaria è soprattutto quello di reprimere le condotte anticoncorrenziali tra gli Stati membri⁸⁸, impedendo che il mercato comune ne sia danneggiato.

In Italia il dibattito che ha preceduto l'introduzione della normativa antitrust è durato circa quarant'anni; la lacuna disciplinare è stata colmata solo nel 1990, con la legge n.287, con cui si è provveduto ad affiancare alla regolamentazione comunitaria una disciplina antimonopolistica nazionale, e si è istituita un'apposita Autorità amministrativa indipendente, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con il compito di vigilare sul rispetto di tale normativa.

La legge n.287/90, volta a preservare il regime concorrenziale del mercato nazionale e a reprimere i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese recanti danno esclusivamente al mercato italiano, contiene una disciplina essenzialmente coincidente con quella contenuta agli artt.101-102 TFUE, in applicazione della regola interpretativa fornita dall'art. 1, comma 4, L. n. 287/1990, secondo cui il diritto interno deve essere interpretato ed applicato conformemente al diritto comunitario.

Le fattispecie rilevanti sono le intese restrittive della concorrenza, gli abusi di posizione dominante e le concentrazioni di imprese.

Il divieto di abuso di posizione dominante è finalizzato a sanzionare lo sfruttamento abusivo, da parte di una o più imprese (abuso di posizione dominante individuale nel primo caso, abuso di posizione dominante collettiva nel secondo), dell'influenza preponderante da queste esercitata sul mercato, impedendo che vengano assunti comportamenti lesivi di concorrenti e di consumatori. Se l'Autorità riscontra la sussistenza di tale fattispecie, impone alle imprese di porre fine ai comportamenti illeciti, eventualmente indicando precisamente ai soggetti coinvolti le condotte da assumere, in quanto necessarie al ripristino dell'assetto concorrenziale del mercato.

Le concentrazioni, invece, non sono di per sé vietate, essendo funzionali all'esigenza di accrescere la competizione fra le imprese⁸⁹. Tuttavia, esse sono sottoposte dall'Antitrust a una valutazione preventiva, che può sfociare nel divieto per le imprese di realizzare l'operazione di concentrazione se risulta che questa possa gravemente ledere gli equilibri

⁸⁸ Cfr. G. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, p. 222 ss., 2015.

⁸⁹ Cfr. G. CAMPOBASSO, *op.cit.*, p. 233 ss.

competitivi del mercato.

Le intese restrittive della concorrenza sono disciplinate dall'art. 2 della legge 287/90, che le definisce come quei comportamenti coordinati delle imprese che hanno per oggetto o per effetto di *impedire, restringere o falsare* in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, e dall'art.101 TFUE, applicabile laddove le intese siano idonee a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri.

In particolare, si considerano intese:

- *gli accordi* tra imprese, seppur non vincolanti;
- *le deliberazioni* di consorzi, associazioni di imprese e organismi simili, costituenti espressione della volontà collusiva degli associati, e pur se strutturate sotto forma di consigli o raccomandazioni;
- le c.d. "*pratiche concordate*", che costituiscono una sorta di figura residuale volta a completare il panorama delle condotte vietate con quei comportamenti che, pur non derivando da accordi espressi, costituiscono delle consapevoli collaborazioni tra le imprese stesse, e sono per questo suscettibili di generare un forte squilibrio della concorrenza.

Più precisamente, il legislatore ricomprende nella fattispecie dell'intesa le attività consistenti nella fissazione del **prezzo di acquisto, di vendita o di altre condizioni contrattuali**, nella **spartizione del mercato** e delle fonti di approvvigionamento, **nell'impedire o limitare la produzione o gli accessi al mercato** e, infine, nella stipulazione di **accordi con terzi** che arrechino danni a questi ultimi, in quanto **caratterizzati da condizioni contrattuali inique o sfavorevoli**.

Le intese illecite sono nulle ad ogni effetto, qualsiasi sia la forma assunta; tuttavia, l'illiceità può essere esclusa quando risultino soddisfatte tutte le condizioni elencate all'art. 4, L. n. 287/1990⁹⁰, e cioè, più genericamente, quando per la struttura del mercato interessato, le caratteristiche delle imprese operanti e gli effetti sull'andamento dell'offerta, l'intesa non sia suscettibile di incidere sugli equilibri del mercato (intese c.d.

⁹⁰ Tale articolo specifica che l'Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese vietate ai sensi dell'articolo 2, nel caso in cui queste possano dare luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori, tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale, e tali miglioramenti siano connessi in particolare con l'aumento della produzione, con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico.

minori).⁹¹ L' idoneità di un' intesa a pregiudicare la concorrenza è infatti identificabile esclusivamente con un' analisi approfondita del mercato di riferimento, non esistendo un "livello standard" di concorrenza che deve essere mantenuto.

A tal fine, nell' esercizio delle sue competenze valutative, l' Autorità antitrust definisce il cd. mercato rilevante, che può essere definito come «come il più piccolo contesto (in termini di insieme di prodotti e di area geografica) in cui, se si creassero condizioni di monopolio, il monopolista potrebbe profittevolmente fissare un prezzo significativamente superiore a quello concorrenziale e mantenerlo a tale livello per un rilevante periodo di tempo»⁹².

Le intese possono essere suddivise in due categorie. La prima è rappresentata dalle c.d. intese orizzontali o cartelli, così definite in quanto coinvolgono imprese che operano nello stesso stadio del processo produttivo. La seconda categoria è composta dalle intese verticali, costituite da intese tra imprese che operano a stadi diversi della catena di produzione; questa tipologia di intese viene generalmente vista con occhio "più favorevole" dall' Autorità, perché in grado di generare anche vantaggi al mercato in termini di efficienza, grazie alle sinergie che possono venirsi a creare tra professionisti collocati in fasi diverse del processo produttivo/distributivo. Le intese orizzontali, invece, riguardando imprese in diretta competizione tra di loro, sono solitamente più suscettibili di arrecare danni al mercato, poiché prevedono spesso lo scambio di informazioni e accordi tra strategie aziendali: il caso presentato nel capitolo successivo farà proprio riferimento ad una presunta intesa orizzontale di prezzo, in grado di incidere fortemente sulla libertà di scelta consumatore e sulle dinamiche di mercato.

Nei casi riguardanti intese, l' Autorità procede innanzitutto con un controllo preventivo, che può concludersi con un' autorizzazione incondizionata dell' operazione sottoposta a valutazione, con un' autorizzazione condizionata al rispetto di certe prescrizioni imposte dall' Autorità, ovvero con il divieto di realizzazione dell' operazione. Nello specifico, se viene accertata la presenza di un comportamento anticoncorrenziale, l' Autorità diffida le imprese dal tenere in futuro un simile comportamento e può infliggere alle imprese coinvolte una sanzione pecuniaria fino al 10% del loro fatturato, in funzione della gravità e della durata della violazione.

In caso di inottemperanza alla diffida, l' Autorità applica una sanzione pecuniaria fino al 10% del fatturato, che non può essere inferiore al doppio di quella disposta al momento

⁹¹ Cfr. G. CAMPOBASSO, *op.cit.*, p. 226.

⁹² Agcm, Relazione annuali del 1992 e del 1993.

dell'accertamento della violazione. Laddove, poi, sia ritenuto sussistente il pericolo di danno grave e irreparabile alla concorrenza, l'Agcm può adottare delle misure cautelari per impedire il perdurare dei comportamenti illeciti.

Le imprese, comunque, possono decidere di impegnarsi ad adottare comportamenti idonei a eliminare i profili anticoncorrenziali oggetto di valutazione; l'Autorità può stabilire l'obbligatorietà di tali impegni, con la conseguenza che il procedimento si conclude senza che sia accertata l'infrazione.⁹³

⁹³ <http://www.agcm.it/concorrenza-competenza/sanzioni.html>

Capitolo II

Il caso: la tariffazione a 28 giorni e le sue implicazioni sulla tutela del consumatore e del mercato

Sommario: 2. Introduzione 2.1. La tariffazione a 28 giorni e gli interventi dell’Autorità per le Garanzie delle Comunicazioni 2.1.1. Il problema dei rimborsi 2.1.2. L’incremento delle tariffe 2.2. La tariffazione a 28 giorni e le pratiche commerciali scorrette: la condotta di Vodafone Italia S.p.A 2.2.1. Le pratiche commerciali contestate 2.2.2. Le evidenze acquisite, il parere dell’Agcom le argomentazioni difensive della società 2.2.3. Le valutazioni dell’Agcm e la sanzione 2.3. La tariffazione a 28 giorni e la tutela del mercato: la presunta presenza di un’intesa restrittiva della concorrenza 2.3.1. Le prime evidenze e l’avvio dell’istruttoria 2.3.2. I mercati rilevanti 2.3.3. Le risultanze procedimentali e il sub-procedimento cautelare 2.3.4. Le argomentazioni difensive delle parti 2.3.5. Le valutazioni dell’Antitrust e la conferma delle misure cautelari

2 Introduzione

Definita “la storia del più grande inganno del mercato della telefonia”⁹⁴, la fatturazione a 28 giorni ha investito il settore delle telecomunicazioni nazionali sul finire del 2015.

I principali operatori telefonici (Tim, Vodafone, Wind Tre e Fastweb) hanno deciso di modificare il periodo di rinnovo delle loro offerte di telefonia, mobile e fissa, passando da una tariffazione mensile a una quadrisettimanale.

La battaglia alla tariffazione a 28 giorni è durata più di due anni e ha visto fronteggiarsi, da un lato, associazioni dei consumatori (tra cui è opportuno ricordare Altroconsumo, Federconsumatori, Unione Nazionale Consumatori, Movimento consumatori, Codici, Adiconsum, Assoutenti e Codacons) e Autorità amministrative indipendenti competenti e, dall’altro, le compagnie telefoniche (e non solo) più rilevanti del mercato nazionale.

Alla luce dell’evoluzione dei mercati della telefonia fissa e mobile, si è sin da subito palesata la necessità di garantire una tutela effettiva degli utenti: il venir meno di un

⁹⁴ <https://www.consumatori.it/telefonia/tutto-su-fatturazione-28-giorni/>

parametro temporale certo e consolidato per la cadenza del rinnovo delle offerte e della fatturazione ha infatti generato notevoli problemi in termini di trasparenza e comparabilità delle informazioni, nonché di controllo dei consumi e della spesa.

La vicenda ha suscitato interesse, a livello giurisprudenziale e normativo, sotto un duplice profilo: da un lato, l'applicazione della nuova formula tariffaria è andata di pari passo con il ricorso delle compagnie telefoniche a varie pratiche commerciali scorrette nei confronti dei consumatori; dall'altro, sono apparsi chiari segnali della presenza un'intesa restrittiva della concorrenza tra i citati operatori. Nel capitolo si analizzeranno più precisamente due recenti provvedimenti dell'Autorità antitrust che interessano i due filoni, a dimostrazione, ancora una volta, che la tutela dei consumatori e la disciplina della concorrenza si implicano vicendevolmente.

2.1 La tariffazione a 28 giorni e gli interventi dell'Autorità per le Garanzie delle Comunicazioni

Il primo e forse poco incisivo intervento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) risale al 2015. Nel comunicato stampa del 30 luglio 2015 il Regolatore ha riconosciuto che la nuova modalità di tariffazione avrebbe comportato un aumento medio annuo della spesa per i consumatori di circa il 7% e ha segnalato all'Autorità antitrust la probabilità che la contestualità con cui tali politiche tariffarie erano state attuate dagli operatori avrebbe potuto avere degli effetti distorsivi della concorrenza; in particolare, ha evidenziato che gli utenti avevano visto in pochi mesi “ridursi drasticamente la possibilità di reperire sul mercato offerte di rinnovo automatico della tariffazione alternative a quella ogni 28 giorni”⁹⁵. Un operatore telefonico in particolare⁹⁶ si era contraddistinto per la lacunosa informazione agli utenti relativamente alle modifiche apportate e, pertanto, tale società era stata la prima a essere diffidata dall'Agcom⁹⁷ al rispetto degli articoli 70 e 71 del codice delle comunicazioni⁹⁸.

⁹⁵ Agcom, “AGCOM interviene sulla riduzione a 28 giorni della durata delle offerte ricaricabili degli operatori TIM, Wind e Vodafone”, comunicato stampa del 30 luglio 2015.

⁹⁶ Si tratta di Telecom Italia S.p.A.

⁹⁷ La diffida è contenuta nella delibera n. 463/15/CONS del 28 luglio 2015.

⁹⁸ e, conseguentemente, a prorogare di sessanta giorni il termine per l'esercizio del diritto di recesso senza costi.

Inoltre, nell'intento di far acquisire agli utenti maggiore consapevolezza sulla reale portata della manovra di rimodulazione delle fatturazioni, sul sito dell'Autorità, alla pagina dedicata <http://www.agcom.it/telefoniamobile>, è stato inserito il link di accesso alle pagine delle offerte di tutti gli operatori sul mercato permettendo una completa comparazione per l'eventuale esercizio del diritto di recesso con passaggio a operatori alternativi.

I vari interventi amministrativi hanno messo poi ancora più in evidenza che le modalità informative risultavano non complete e non idonee a rendere edotto l'utente di un sostanziale mutamento delle condizioni giuridiche ed economiche del proprio contratto. Con Delibera n. 462/16/CONS⁹⁹ l'Agcom ha inoltre chiarito che la cadenza quadrisettimanale delle tariffe implicava 13 mensilità (e non 12, come in precedenza) di pagamento all'anno, con un aggravio medio sulla spesa dell'8,6%; tali modifiche avevano notevolmente ridotto la libertà di scelta degli utenti, e “vanificato, anche considerate le tempistiche ed il contesto di mercato, la ratio sottesa all'esercizio del diritto di recesso nel caso di mancata accettazione delle modifiche contrattuali”¹⁰⁰.

Tali evidenze hanno portato l'Agcom ad intervenire con la Delibera n. 121/17/CONS¹⁰¹ in cui è stato stabilito che il criterio di fatturazione per la telefonia fissa e le offerte ad essa convergenti dovesse essere obbligatoriamente il mese o i suoi multipli¹⁰².

Le differenze regolamentari tra telefonia fissa e mobile erano giustificate alla luce della particolare criticità dell'uso della cadenza a quattro settimane nel mercato della telefonia fissa, considerato che l'addebito diretto su conto corrente bancario risulta in tale caso la principale modalità di pagamento, e quindi il consumatore non riusciva spesso a rendersi agevolmente conto degli aumenti. Per la telefonia mobile, in cui “il 76,4% del traffico è prepagato” e considerato l'avvenuto passaggio di buona parte del mercato ad un periodo quadrisettimanale di rinnovo delle offerte, poteva invece tollerarsi quel vizio di trasparenza che la fatturazione a 4 settimane aveva comportato¹⁰³; la cadenza di fatturazione non poteva comunque essere inferiore a 28 giorni, per garantire agli utenti

⁹⁹ Tale provvedimento avviava la consultazione pubblica per le modifiche alla Delibera Agcom n. 252/16/CONS recante “Misure a tutela degli utenti per favorire la trasparenza e la comparazione delle condizioni economiche dell'offerta dei servizi di comunicazione elettronica”.

¹⁰⁰ Allegato B alla Delibera n. 462/16/CONS Agcom.

¹⁰¹ Si tratta del provvedimento con cui, infine, si è modificata la Delibera n. 252/16/CONS.

¹⁰² «Per la telefonia fissa la cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione deve essere su base mensile o suoi multipli. Per la telefonia mobile la cadenza non può essere inferiore a quattro settimane. In caso di offerte convergenti con la telefonia fissa, prevale la cadenza relativa a quest'ultima.» Art.1, comma 2 Delibera Agcom n. 121/17/CONS.

¹⁰³ Allegato B alla Delibera n. 462/16/CONS Agcom.

un periodo minimo di invarianza delle condizioni economiche dell'offerta.

Nelle more, l'Autorità ha chiarito inoltre di stare valutando l'adozione di ulteriori iniziative "per evitare che le condotte dei principali operatori di telecomunicazioni potessero causare un effetto di "trascinamento" verso altri settori", e portare all'adozione delle stesse modalità di fruizione dei servizi¹⁰⁴.

L'effetto contagio della fatturazione a 28 giorni, infatti, ha coinvolto anche Sky Italia, che ha introdotto il medesimo modello di offerta commerciale sostenendo di voler continuare a garantire un servizio completo e sempre più innovativo in un **contesto competitivo** e in forte evoluzione¹⁰⁵. Anche Sky è stata segnalata dagli utenti per l'attuazione di pratiche volte a rendere difficoltoso il recesso di quei consumatori che avevano deciso di sciogliersi dal contratto una volta ricevuta la comunicazione della nuova periodicità della fatturazione¹⁰⁶. L'intervento dell'AGCOM non ha tardato ad arrivare, e il 26 settembre 2017 Sky Italia ha ricevuto una diffida con cui è stata richiesta una completa informativa agli utenti, anche sull'esercizio del diritto di recesso.

Il mancato adeguamento degli operatori alle nuove disposizioni, nel termine di 90 giorni loro concesso dall'Autorità, giustificato dalle compagnie telefoniche in quanto ritenute "irragionevoli" e "sproporzionate" anche rispetto ai costi e ai tempi implementativi, ha dato il via a un'ulteriore ondata di provvedimenti dell'Agcom, che con quattro delibere¹⁰⁷ ha sanzionato Vodafone, Tre, Fastweb e Wind con sanzioni da 1,16 milioni di euro ciascuna. Le società sono state anche diffidate a provvedere - in sede di ripristino del ciclo di fatturazione con cadenza mensile o di multipli del mese - «allo storno degli importi corrispondenti al corrispettivo per il numero di giorni che non sono stati fruiti dagli utenti in termini di erogazione del servizio, a causa del disallineamento fra ciclo di fatturazione quadrisettimanale e ciclo di fatturazione mensile»¹⁰⁸.

La Sezione terza del Tar Lazio, con ordinanza del 12 febbraio 2018, ha respinto i ricorsi proposti dalle società che chiedevano l'annullamento della delibera 121/17/CONS e le sanzioni ricevute; il Tribunale regionale ha infatti considerato coerente con il principio di proporzionalità il potere esercitato dall'Agcom, e non ha ritenuto sussistente la

¹⁰⁴Agcom, "Agcom: sanzioni agli operatori di telefonia che non rispettano l'obbligo di cadenza mensile della fatturazione", comunicato stampa 14/09/2017.

¹⁰⁵<https://www.ilfattoquotidiano.it/2017/07/26/sky-da-ottobre-fatturazione-ogni-28-giorni-invece-che-mensile-costo-abbonamento-aumentera-dell86/3755610/>

¹⁰⁶ <https://www.consumatori.it/telefonia/tutto-su-fatturazione-28-giorni/>

¹⁰⁷ Delibere Agcom n. 497/17/CONS, n. 498/17/CONS, n. 499/17/CONS e n. 500/17/CONS del 19 dicembre 2017.

¹⁰⁸ Delibera n. 497/17/CONS, n. 498/17/CONS, n. 499/17/CONS e n. 500/17/CONS del 19 dicembre 2017.

compressione dello “*ius variandi*” lamentata degli operatori. Riguardo poi all'impossibilità di riadeguarsi al ciclo di fatturazione mensile nel termine previsto, il Tribunale ha considerato non sussistenti le difficoltà sostenute dagli operatori, alla luce del fatto che alcuni di questi avevano completato il passaggio alla fatturazione a 28 giorni in appena due mesi dal suo preannuncio ai consumatori finali.

Il perdurare dell'invio di bollette ogni 4 settimane ha comunque reso necessario l'intervento del legislatore. Il decreto legge 16 ottobre 2017, n°148, convertito con la legge n.172 del 4 dicembre 2017) ha stabilito all'art.19-quinquiesdecies, rubricato “Misure urgenti per la tutela degli utenti dei servizi di telefonia, reti televisive e comunicazioni elettroniche in materia di cadenza di rinnovo delle offerte e fatturazione dei servizi”, che i contratti di fornitura nei servizi di comunicazione elettronica devono prevedere la cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione dei servizi su base mensile o di multipli del mese, con la sola esclusione di quelli promozionali a carattere temporaneo di durata inferiore a un mese e non rinnovabile.

Il termine concesso alle compagnie per ripristinare le bollette mensili è stato fissato in 120 giorni; il 5 aprile 2018 il mese è tornato, infine, ad essere il parametro di cadenza del rinnovo della fatturazione sia per le offerte di telefonia fissa che mobile. La legge, in più, ha inasprito le sanzioni dell'Autorità per la Garanzia delle Comunicazioni che possono estendersi da un minimo di 240mila euro ad un massimo di 5 milioni.

2.1.1 Il problema dei rimborsi

Nonostante l'intervento legislativo, la questione relativa ai rimborsi agli utenti è tuttora aperta. Gli utenti sono infatti rimasti insoddisfatti relativamente al rimborso loro spettante secondo l'Agcom, congelato in via cautelare dal Tar nell'ordinanza del 12 febbraio 2018, poiché ritenuto “in grado di incidere sugli equilibri finanziario-contabili delle aziende” a causa del carattere indeterminato della somma da corrispondere¹⁰⁹.

A seguito dello stop del Tar, l'Agcom ha attuato una diversa strategia, riconoscendo agli utenti in ulteriori quattro delibere¹¹⁰ uno sconto da applicarsi attraverso la corresponsione

¹⁰⁹ Tar, Sezione Terza Ordinanza 12 febbraio 2018, n. 792.

¹¹⁰ Delibera 112/18/CONS, Delibera 113/18/CONS, Delibera 114/18/CONS, Delibera 115/18/CONS del 1° marzo 2018.

di ‘giorni gratis’ nella fattura quale rimborso retroattivo. La data di emissione della fattura avrebbe dovuto quindi essere posticipata per un numero di giorni pari a quelli erosi in violazione della delibera n.121/17/CONS, ma nuovamente il Tribunale Amministrativo ha sospeso la decisione con decreto, ritenendo i tempi imposti alle aziende troppo ristretti. La Delibera n. 269/18/CONS dovrebbe aver fissato i definitivi termini per l’adempimento agli obblighi restitutivi relativamente alla telefonia fissa, imponendo alle società di provvedere ai rimborsi automatici, nelle modalità sopra descritte, entro dicembre 2018.

2.1.2 L’incremento delle tariffe

Dall’aprile del 2018, la fatturazione delle bollette è tornata ad essere mensile. Il caso continua tuttavia ad essere oggetto di discussioni e lamentele da parte degli utenti.

Se la fatturazione ogni 4 settimane si era di fatto tradotta in una “tredicesima” bolletta annuale per i consumatori, il ritorno a 12 canoni di pagamento è stato accompagnato da una maggiorazione delle tariffe. Gli operatori hanno rimodulato le proprie offerte allo scopo di mantenere gli aumenti dell’8,6% ottenuti con la tariffazione quadrisettimanale, comunicando l’aumento ai rispettivi clienti tramite SMS.

Le associazioni dei consumatori (tra cui, soprattutto l’Unione Nazionale Consumatori e Codacons) hanno denunciato gli operatori di telefonia e Sky Italia all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che ha avviato l’indagine su un presunto cartello anticoncorrenziale tra le compagnie.

Colpevoli di aver aumentato quasi contemporaneamente e nella identica misura le tariffe praticate ai propri clienti - di fatto annullando del tutto i vantaggi determinati dallo stop alle bollette ogni 28 giorni- le compagnie sono state richiamate dall’Agcm a sospendere gli aumenti (e l’intesa restrittiva della concorrenza) e a definire la propria offerta di servizi in modo autonomo.

2.2 La tariffazione a 28 giorni e le pratiche commerciali scorrette: la condotta di Vodafone Italia S.p.A

Con riguardo alle pratiche commerciali scorrette perpetrate dagli operatori telefonici nell'ambito della riduzione del periodo di rinnovo delle offerte da 30 a 28 giorni, emblematica è la condotta posta in essere da Vodafone Italia S.p.A., "convertita" totalmente alla tariffazione quadrisettimanale nel giugno 2015.

La società è stata sanzionata dall'Agcm con provvedimento del 21 dicembre 2016 n. 26307 per le pratiche commerciali scorrette poste in essere nell'ambito di due manovre di riduzione da 30 a 28 giorni del periodo di rinnovo delle offerte di telefonia mobile e fissa.

2.2.1 Le pratiche commerciali contestate

Il procedimento ha riguardato due pratiche commerciali poste in essere da Vodafone nel marzo e nel maggio 2016 nei confronti di due specifici target di utenti: da un lato, i sottoscrittori di offerte di telefonia mobile voce e/o dati in abbonamento abbinato alla vendita a rate di prodotti; dall'altro, i clienti di opzioni per la telefonia fissa per le quali è prevista una facilitazione sul costo di attivazione e i clienti di offerte Dual Pay per le quali è previsto un corrispettivo in caso di recesso anticipato.

In particolare, la prima pratica commerciale contestata ha riguardato la previsione da parte della società dell'addebito in un'unica soluzione del saldo delle rate residue di pagamento del prodotto abbinato, nonché del corrispettivo di recesso anticipato, a carico dei soggetti esercitanti il diritto di recesso a seguito della rimodulazione del periodo di rinnovo delle offerte da 30 a 28 giorni.

Con la seconda pratica commerciale tali addebiti sono stati riproposti anche nell'ambito di telefonia fissa: gli utenti che avevano sottoscritto offerte caratterizzate dalla rateizzazione del costo di attivazione e che avevano esercitato il diritto di recesso si erano visti addebitare in un'unica soluzione l'intero ammontare delle rate del contributo di attivazione rimanenti; in caso di offerte Dual Pay era stato imposto anche il corrispettivo per il recesso anticipato.

L'Agcm ha ricevuto dal febbraio 2016 numerose segnalazioni da parte di singoli

consumatori che lamentavano delle violazioni al Codice del consumo. L'intervento dell'Autorità è stato in particolare richiesto a causa del corrispettivo per il recesso anticipato: laddove il consumatore non avesse avuto intenzione di accettare le modifiche unilateralmente apportate dalla società, l'esercizio del diritto di recesso sarebbe stato ostacolato dal pagamento preteso dalla società, che costituiva di fatto una spesa imprevista.

Inoltre, nonostante la campagna informativa portata avanti dalla società lasciasse intendere che all'introduzione della tariffazione quadrisettimanale non sarebbe conseguita alcuna modifica nei costi - utilizzando, negli SMS informativi espressioni quali "Costo e contenuti dell'offerta restano invariati"- di fatto la spesa annuale, come anticipato, sarebbe incrementata di circa una mensilità in più.

2.2.2 Le evidenze acquisite, il parere dell'Agcom le argomentazioni

difensive della società

Le evidenze acquisite durante l'attività istruttoria hanno confermato la scorrettezza delle pratiche.

In relazione alla telefonia mobile, tra 900.000 e 1.500.000¹¹¹ clienti avevano sottoscritto offerte abbinate alla vendita rateizzata di prodotti e, coloro che avevano deciso di esercitare il diritto di recesso nel termine di 30 giorni loro concesso si erano visti imporre in un'unica soluzione il saldo delle rate di pagamento del prodotto residue, nonché il corrispettivo per il recesso anticipato.

Nel settore della telefonia fissa, su un totale di 1.000.000-2.000.000 clienti, e di 800.000-1.400.000 con attivo un piano di rateizzazione del costo di attivazione, 2740 avevano esercitato il diritto di recesso¹¹² e si erano visti addebitare in un'unica soluzione le rate residue del contributo di attivazione. I sottoscrittori delle offerte Dual Pay, poi, avevano lamentato l'addebito dell'importo previsto in caso di volontario recesso anticipato con passaggio ad altro operatore, nonostante Vodafone al contrario dichiarasse di non aver preteso alcun pagamento.

¹¹¹ Alcuni dati sono omessi dalla Provvedimento n. 26307 per la presenza di elementi di riservatezza o segretezza delle informazioni.

¹¹² I dati raccolti sono datati al 2 agosto 2016.

Le modalità di diffusione della pratica commerciale (SMS e internet) e l'attinenza al settore delle comunicazioni elettroniche hanno imposto all'Agcm di richiedere il parere dell'Autorità per la Garanzia delle Comunicazioni, secondo quanto disposto dall'art.27 comma 1-bis e comma 6 cod. cons.¹¹³

Le modalità di comunicazione utilizzate dalla società per informare i clienti delle predette rimodulazioni contrattuali sono state considerate dall'Agcom idonee ad influenzare significativamente le pratiche commerciali analizzate.

In particolare, nel parere si legge che lo strumento degli SMS è il più adatto ed efficace “a raggiungere l'effettivo utilizzatore della SIM”, nonché “a diffondere celermente informazioni circa le condizioni economiche dei contratti”; inoltre, il fatto che internet “sia divenuto ormai il terzo mezzo di comunicazione di massa per penetrazione¹¹⁴” ha garantito l'efficacia dell'informativa online fornita dalla società.

L'Agcom ha dunque affermato l'idoneità dei mezzi utilizzati dall'operatore allo scopo informativo e, conseguentemente, ha ritenuto conforme alla normativa l'informativa resa da Vodafone S.p.A circa la rimodulazione delle offerte. Da altra prospettiva, l'Autorità ha riconosciuto, alla luce delle attività istruttorie svolte nei confronti di altri operatori, che la presenza sul mercato di quasi esclusivamente tariffazioni a 28 giorni era risultata in una vanificazione della ratio sottesa all'esercizio del diritto di recesso.

Nelle memorie difensive, la società si è appellata a quanto disposto all'art. 70 comma 4 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche (nonché da altre fonti normative comunitarie) in materia di diritto riconosciuto all'utente di recedere dal contratto a seguito della modifica delle condizioni dello stesso; l'articolo menzionato prevede che il professionista possa modificare unilateralmente e senza limitazioni quantitative le condizioni contrattuali, a patto che ne sia dato congruo preavviso (non inferiore ad un mese), l'informazione sia completa e che sia riconosciuto il diritto di recesso senza penali. La società, avendo comunicato ai clienti con oltre 30 giorni di anticipo la modifica del periodo di rinnovo delle offerte e avendo riconosciuto a tutti il diritto di recesso, ha ritenuto di aver agito nel rispetto di tale disposizione.

¹¹³ Come accennato nel Capitolo I, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta spetta, in via esclusiva, all'Agcm, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente; il parere dell'Agcom è poi richiesto in ogni caso quando la pratica commerciale è stata o deve essere diffusa attraverso la stampa periodica o quotidiana ovvero per via radiofonica o televisiva o altro mezzo di telecomunicazione, al fine di valutarne l'incidenza sulla scorrettezza della pratica commerciale stessa.

¹¹⁴ Nel report Istat “*Cittadini e nuove tecnologie*” del dicembre 2014 si riporta che il 64% di famiglie italiane possono accedere ad internet dalla propria abitazione, e il 34,1% degli over 14 hanno usato internet per l'acquisto di merci/servizi di uso privato.

Ha affermato inoltre la correttezza delle proprie pratiche commerciali, sostenendo che il cliente è, sin dal momento della sottoscrizione, consapevole di dover corrispondere in un'unica soluzione il saldo delle rate residue ove decida di sciogliere anticipatamente un rapporto contrattuale che prevede la rateizzazione del costo del prodotto e/o del servizio. Vodafone Italia ha pertanto sostenuto che quanto lamentato dagli utenti fosse in realtà il risultato dell'attuazione di una previsione contrattuale espressamente sottoscritta – e, quindi, accettata - dal cliente, e non integrasse invece alcuna scelta improvvisa finalizzata a coartare la volontà del singolo e ad indurlo a una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso.

2.2.3 Le valutazioni dell'Agcm e la sanzione

Le valutazioni conclusive dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato hanno confermato la scorrettezza prospettata in sede di istruttoria. Nello specifico, le pratiche commerciali hanno integrato gli estremi di aggressività posti agli artt. 24 e 25 cod. cons. e pertanto la loro diffusione e continuazione è stata vietata.

Le pratiche sono state ritenute aggressive in quanto idonee a limitare la libertà di scelta di quei consumatori che non avevano intenzione di accettare le modifiche predisposte unilateralmente dalla società e che quindi intendevano recedere dal contratto.

L'Autorità ha ritenuto che il consumatore fosse stato esposto alla coercizione del professionista che ne ha notevolmente limitato la libertà di scelta, alla luce del contesto di mercato¹¹⁵.

In particolare, il professionista ha sfruttato la propria posizione di supremazia, consapevole che le offerte di telefonia (mobile soprattutto) dei principali operatori presenti sul mercato si fossero ormai omologate alla cadenza ogni quattro settimane, e che tale circostanza avrebbe ulteriormente influenzato la decisione dei consumatori circa l'esercizio del diritto di recesso.

Forte di tale consapevolezza, Vodafone Italia s.p.a ha richiesto ai consumatori di

¹¹⁵ L'art.25 c. cons., come in precedenza evidenziato, sostiene che nel determinare se una pratica commerciale comporta molestie, coercizione o indebito condizionamento, sono presi in considerazione, tra i vari elementi, i tempi, il luogo, la natura o la persistenza;

corrispondere in un'unica soluzione il saldo delle rate residue, nonché il corrispettivo per recesso anticipato, a fronte di una scelta da lui unilateralmente imposta - scelta che, peraltro, si era concretizzata in un aggravio economico per tutti i clienti, che hanno visto il costo annuo del servizio aumentare esattamente di una mensilità di pagamento.

La contrarietà alla diligenza professionale richiesta dalla clausola generale contenuta all'art.20¹¹⁶ si è evidenziata con particolare riferimento alla lesione dell'esercizio del diritto di recesso.

La società ha considerato il diritto di recesso alla stregua di un inadempimento contrattuale, e ne ha pertanto applicato le conseguenze. Al contrario, nei casi menzionati, la facoltà di recedere è un diritto specificamente riconosciuto dalle norme di settore quale tutela per il cliente in presenza di una variazione contrattuale imposta autonomamente e unilateralmente dall'altro contraente. Di conseguenza, non si è rinvenuto nelle modalità di imposizione delle variazioni delle condizioni del servizio il normale grado di competenza ed attenzione che ragionevolmente ci si può attendere dal professionista.

La società è stata quindi sanzionata sulla base di quanto disposto dall'art.27 comma 9 cod. cons. che prevede l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 5.000.000 euro.

La quantificazione della sanzione ha seguito i criteri individuati sulla base dell'art.11 della legge 689/81 richiamato dal comma 13 dell'art. 27 cod. cons, aventi ad oggetto la durata della violazione, la sua gravità, l'opera svolta dall'impresa per eliminare o ridurre l'impatto dell'infrazione, la personalità dell'agente e le condizioni economiche del professionista.

Vodafone Italia S.p.A. costituiva, e costituisce, uno tra i principali operatori di telefonia presenti sul mercato, con fatturato annuo di circa 6 miliardi e mezzo di euro, ed è pertanto caratterizzata da una rilevante dimensione economica. La diffusione delle pratiche commerciali contestate è infatti stata notevole: relativamente alla telefonia mobile, la pratica ha riguardato tra 900.000 e 1.500.000 utenti; nel settore della telefonia fissa, erano invece tra 800.000 e 1.500.000 i consumatori che avevano optato per la rateizzazione del costo di attivazione.

Inoltre, l'aggressività della pratica è stata ritenuta particolarmente impattante sulla libertà di scelta e di autodeterminazione del consumatore anche alla luce della durata di ciascuna delle violazioni, che si sono protratte per più di 8 mesi. La società, peraltro, risultava già

¹¹⁶ Cfr. Capitolo I del presente elaborato.

destinataria di altri provvedimenti in materia di pratiche commerciali scorrette, e ciò ha costituito circostanza aggravante.

Per tali ragioni, alla società è stata imposta una sanzione pecuniaria di 1.000.000 euro¹¹⁷.

¹¹⁷ Nonostante la soddisfazione delle associazioni di consumatori, si potrebbe forse discutere sull'entità delle multe, giudicate dal presidente Codacons, in <https://codacons.it/antitrust-a-vodafone-pratiche-scorrette-multa-da-un-milione/la-nota-associazione-dei-consumatori-una-goccia-nel-mare> che “non danneggia minimamente i conti” del colosso telefonico e non crea un vero effetto deterrente verso pratiche commerciali scorrette.

2.3 La tariffazione a 28 giorni e la tutela del mercato: la presunta presenza di un'intesa restrittiva della concorrenza

A seguito dell'imposizione dell'obbligo di ripristino della mensilità come parametro di cadenza di rinnovo delle fatturazioni, alcuni operatori telefonici, come anticipato, si sono contraddistinti per l'applicazione agli utenti di identiche modalità di rimodulazione delle offerte. L'Autorità competente ha dunque avviato un'indagine, di seguito analizzata, sull'esistenza di un presunto cartello anticoncorrenziale fra gli operatori.

Nella sua adunanza del 7 febbraio 2018 l'Agcm ha deliberato l'avvio dell'istruttoria per accertare la violazione dell'art.101 TFUE¹¹⁸ da parte di Assotelecomunicazioni-Asstel¹¹⁹, Fastweb S.p.A., Telecom Italia S.p.A., Vodafone Italia S.p.A e Wind Tre S.p.A., accusate dell'aver posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza, nella forma di pratica concordata e/o di accordo, a far data dall'adozione della Delibera AGCOM 121/17/CONS.

Più in particolare, l'Autorità ha ritenuto che le summenzionate società abbiano, anche e soprattutto per il tramite dell'associazione Asstel, coordinato le loro strategie commerciali relativamente alla cadenza della fatturazione delle offerte di telefonia fissa e mobile, e che a tale coordinamento siano conseguite identiche modalità di attuazione dell'obbligo di tariffazione mensile, introdotto nell'articolo 19 *quinquiesdecies* del d.lgs. 148/2017.

Il supposto coordinamento tra TIM, Vodafone, Fastweb e Wind Tre avrebbe, secondo le ipotesi dell'Agcm, l'obiettivo di preservare l'aumento dei prezzi delle tariffe che era originariamente conseguito al passaggio dalla tariffazione mensile a quella quadrisettimanale, limitando al contempo il rischio di fuoriuscita dei loro clienti verso i principali concorrenti in un momento di shock esogeno del mercato.

¹¹⁸ L'art 101 TFUE recita al comma 1 « Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; (...)»

¹¹⁹ Assotelecomunicazioni-Asstel, si legge nel testo del provvedimento n.27025 del 7 febbraio 2018, «è l'Associazione di categoria che, nel sistema di Confindustria, rappresenta le imprese della tecnologia dell'informazione esercenti servizi di telecomunicazione fissa e mobile, attive nell'assistenza e gestione della clientela, che forniscono apparati e servizi di gestione, manutenzione ed esercizio di impianti e reti di telecomunicazione.».

2.3.1 Le prime evidenze e l'avvio dell'istruttoria

Il comportamento degli operatori telefonici è stato oggetto di particolare attenzione da parte dei media nazionali, sollecitati dalle associazioni dei consumatori che contestavano la condotta delle società sostenendo che l'unico reale obiettivo perseguito da queste fosse l'aumento dei prezzi delle tariffe telefoniche con modalità non conformi alle regole di trasparenza.

Al momento dell'apertura dell'istruttoria sussistevano già informazioni pubblicamente disponibili che testimoniavano gli avvenuti contatti tra le compagnie telefoniche tramite l'associazione Asstel.

L'associazione di categoria aveva fatto da tramite alle società nell'impugnare dinanzi al Tar la Delibera 121/17/CONS, e aveva gestito l'interlocuzione tra le associate, l'Agcom e il Ministero dello Sviluppo economico in occasione dell'avvio dei procedimenti sanzionatori seguiti al mancato adeguamento delle società agli obblighi imposti dal regolatore¹²⁰.

I citati operatori, poi, in previsione dell'obbligo di tariffazione su base mensile o di multipli del mese che sarebbe seguito all'approvazione della legge n.172 del 4 dicembre 2017, avevano iniziato a discutere in sede Asstel delle modalità di adeguamento delle proprie tariffe. Indiscrezioni riportate da una nota testata giornalistica¹²¹ affermavano poi che l'operatore TIM in particolare sarebbe stato il primo ad annunciare che all'introdotta l'obbligo di rimodulazione delle offerte sarebbe conseguito un repricing di circa il 10%, e sostenevano l'esistenza di un "fronte" composto da TIM, Fastweb e Vodafone finalizzato all'allineamento dei rincari sulle tariffe.

Successivamente all'entrata in vigore della legge, le quattro compagnie di telefonia hanno inviato quasi contestualmente una comunicazione di identico contenuto ai propri clienti, informandoli del fatto che la fatturazione delle offerte e dei servizi sarebbe stata effettuata su base mensile, e che la distribuzione della "spesa annuale complessiva" su 12 mesi anziché 13 comportava un repricing dei singoli canoni dell'8,6%.

L'Agcm ha ritenuto la comunicazione indice di coordinamento strategico fra le società: né l'approvata legge, né tantomeno le Linee Guida Agcom contenevano riferimenti al

¹²⁰ Cfr. Comunicati stampa di Asstel del 14 settembre 2017 e 24 ottobre 2017.

¹²¹ Cfr. Il Messaggero, 24 Ottobre 2017, "Tim studia il rincaro delle tariffe sul fisso".

parametro della “spesa complessiva annuale” accennato nel messaggio informativo inviato agli utenti; né tantomeno tale parametro era mai stato indicato quale elemento contrattuale al momento della sottoscrizione delle offerte di telecomunicazione, avendo invece queste sempre fatto riferimento ad un corrispettivo periodale e mai annuale.

Alla luce di tali evidenze è stato dato avvio all’attività istruttoria.

2.3.2 I mercati rilevanti

Ai fini della valutazione dell’intesa, l’Agcm ha fornito indicazioni circa i mercati rilevanti, poiché “funzionali alla decifrazione del suo grado di offensività”¹²². Lo scopo che viene perseguito attraverso la definizione del mercato rilevante, nei casi relativi a intese restrittive della concorrenza, è quello di determinare gli elementi caratterizzanti il contesto economico e giuridico in cui si è sviluppato il coordinamento tra imprese concorrenti. In tal modo è possibile individuare l’ambito merceologico e territoriale destinatario degli effetti derivanti dall’illecito concorrenziale.

Nel caso di specie, i mercati rilevanti individuati hanno tutti dimensione geografica nazionale e sono:

1. *mercato dei servizi al dettaglio di telecomunicazione mobile*, che consiste in quei servizi che fanno uso di tecnologie cd. wireless, permettendo ai consumatori di comunicare in mobilità attraverso servizi voce, dati e SMS.
2. *mercato dei servizi al dettaglio di telecomunicazioni su rete fissa a banda stretta*, che comprende i servizi che consentono agli utenti di soddisfare prevalentemente le proprie esigenze di chiamata vocale (a livello nazionale e internazionale), nonché di avere una connettività dati a banda stretta.
3. *mercato dei servizi al dettaglio di telecomunicazioni su rete fissa a banda larga e ultralarga*, che viene invece definito dal punto di vista del prodotto come l’insieme dei servizi voce e dati di rete fissa a banda larga e ultralarga.

¹²² Cfr. Agcm, Provvedimento n. 27025, 7 febbraio 2018.

Per ciò che riguarda il primo mercato, nel 2016 la stima del fatturato per i servizi al dettaglio di telecomunicazione mobile ammontava a 13,90 miliardi di euro¹²³, mentre nel settembre del 2017 la distribuzione delle quote di mercato tra le citate compagnie può essere rappresentata dalla seguente tabella¹²⁴:

Operatore	Numero di SIM (mln)	Quota di mercato
Wind Tre	29,8	35,5%
TIM	24,0	28,7%
Vodafone	22,6	26,9%
Poste Mobile (MVNO)	3,7	4,4%
Fastweb (MVNO)	1,4	1,7%
Altri MVNO	2,4	2,9%
Totale	83,9	100,0%

Quanto invece alla dimensione dei due mercati rilevanti della telecomunicazione fissa, secondo le stime riportate dall'AGCOM nella *Relazione annuale 2017*, nel 2016 il fatturato per i servizi al cliente finale ammontava a 12,35 miliardi di euro. Le quote di mercato, stimate in questo caso sulla base degli accessi totali, a banda larga e ultralarga e a banda stretta nel settembre 2017 erano le seguenti:

Operatore	Accessi totali		Accessi a banda larga e ultralarga		Accessi a banda stretta	
	Numero di accessi (mln)	Quota di mercato	Numero di accessi (mln)	Quota di mercato	Numero di accessi (mln)	Quota di mercato
TIM	11,1	54,1%	7,5	45,6%	3,7	87,3%
Fastweb	2,7	13,0%	2,4	14,8%	0,3	6,1%
Wind Tre	2,5	12,3%	2,4	14,7%	0,1	2,7%
Vodafone	2,5	12,1%	2,3	14,1%	0,2	4,3%
Altri	1,8	8,5%	1,8	10,8%	0,0	0,0%
Totale	20,6	100,0%	16,4	100,0%	4,2	100,0%

125

¹²³ Cfr. Agcom, Relazione annuale 2017.

¹²⁴ Cfr. Agcom, Osservatorio delle Comunicazioni n. 4/2017.

¹²⁵ Cfr. Agcom, Osservatorio delle Comunicazioni n. 4/2017.

2.3.3 Le risultanze procedurali e il sub-procedimento cautelare

La documentazione esaminata durante l'attività ispettiva svolta presso le sedi degli accusati ha in prima analisi avvalorato l'ipotesi dell'Autorità circa la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'articolo 101 del TFUE.

Le evidenze raccolte e sintetizzate di seguito, hanno dato conto di uno scambio di informazioni sensibili tra gli operatori circa le proprie politiche commerciali, sia con riferimento al repricing dell'8,6% seguito alla modifica del ciclo di fatturazione, sia riguardo alle modalità e alle tempistiche di applicazione degli obblighi legislativi nelle successive offerte da proporre alla clientela.

Oltre ad aver confermato il ruolo svolto da Asstel circa il coordinamento delle posizioni da tenere nei confronti della Delibera dell'AGCOM e dell'impugnazione del provvedimento, le ispezioni hanno rinvenuto un'intensificazione dei contatti tra gli operatori a partire dalla diffusione della notizia del futuro intervento legislativo. In particolare, si è evidenziato che le parti hanno coordinato in sede Asstel l'attività di lobbying presso il Governo, la comunicazione ai media, gli interventi televisivi e nelle manifestazioni pubbliche, al fine di mantenere compatto il fronte non rilasciando dichiarazioni contrastanti.

Tale obiettivo è stato perseguito anche attraverso la redazione di un c.d. position paper delineante la posizione di Asstel e dei suoi associati circa la loro libertà di iniziativa economica, realizzato mediante un fitto scambio di comunicazioni tra le parti che evidenziava l'intenzione comune degli operatori di mantenere l'aumento dell'8,6% delle tariffe nonostante la modifica della periodicità della fatturazione, al fine di minimizzarne i danni.

Peraltro, gli operatori, in varie comunicazioni interne e non, rammentavano la loro indipendenza in relazione alle politiche commerciali, a riprova della loro consapevolezza circa l'illegittimità del coordinamento in corso.

Ulteriori email rinvenute e l'estrema attenzione alle dichiarazioni pubbliche dei concorrenti mostrata dalle società in più occasioni ha evidenziato la comune volontà di far trapelare all'esterno le decisioni assunte in materia di aumento del costo della

fatturazione, al fine di lanciare un messaggio al mercato.

A riprova del coordinamento, in un documento rinvenuto in sede Fastweb, si evinceva la sorpresa della società nel verificare che Telecom dal 1° gennaio 2018 aveva già comunicato la decorrenza della rimodulazione di alcuni piani tariffari. Inoltre, uno scambio di mail interne a Fastweb riportava una sintesi delle posizioni dei concorrenti, ulteriore elemento probatorio dell'avvenuto scambio di informazioni sensibili tra gli operatori circa le tempistiche e le modalità di adeguamento dei sistemi di fatturazione - poi di fatto culminato, oltre che nel mantenimento dell'aumento delle tariffe dell'8,6%, nel quasi contestuale invio del messaggio comunicativo agli utenti.

Le evidenze raccolte hanno indotto l'Autorità a ritenere sussistenti i requisiti necessari ad avviare un intervento cautelare, strumentale a una diffida eventualmente intimata a conclusione del procedimento, ossia il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*.

Innanzitutto, i documenti raccolti hanno confermato gli elementi su cui si fondava il provvedimento di avvio dell'istruttoria; ciò ha indotto l'Autorità a ritenere sufficienti i presupposti per l'avvio dell'intervento (il *fumus boni iuris* o "parvenza di buon diritto"). Lo scambio di informazioni, anche alla luce delle decisioni commerciali assunte poi dagli operatori, è parso chiaramente finalizzato all'eliminazione dell'incertezza sui comportamenti dei competitors e al mantenimento di una linea comune circa l'attuazione delle previsioni legislative. La concertazione delle condotte ha permesso agli operatori di favorire l'inerzia del consumatore facendo sì che questi percepisse come analoghe le offerte presenti sul mercato, limitando la possibilità che i propri clienti migrassero verso altri operatori.

Anche la sussistenza del *periculum in mora*, inteso come pericolo di un danno grave e irreparabile alla concorrenza, è affermata dall'Autorità. Primaria rilevanza assume la valutazione della quota detenuta congiuntamente dagli operatori nei mercati di telefonia fissa e mobile, pari a circa il 90%. La condotta contestata, alla luce di una siffatta posizione di controllo sul mercato, sarebbe stata sicuramente in grado di incidere con effetti istantanei sugli equilibri competitivi, fortemente lesi in caso di perpetuazione dell'intesa presunta.

Permettere alle imprese di sottrarsi al gioco concorrenziale innescato dal riconoscimento ai consumatori del diritto di recesso, la cui ratio risulterebbe ovviamente vanificata dalla concertazione delle condotte, avrebbe implicato permettere all'intesa di compromettere irrimediabilmente le dinamiche concorrenziali dei mercati rilevanti, non suscettibili di essere ristorate ad esito del procedimento istruttorio con l'adozione del provvedimento

finale da parte dell’Autorità.

In mancanza di misure cautelari, poi, l’aumento delle tariffe si sarebbe consolidato nel mercato della telefonia, con la conseguenza che il repricing dell’8,6% avrebbe costituito la base di partenza di ogni futura rimodulazione tariffaria.

Ancora, l’analisi delle quote di mercato degli operatori ha evidenziato che l’impatto dell’aumento delle tariffe, se attuato nella percentuale e nelle tempistiche annunciate, avrebbe inciso su circa 8-12 milioni di utenti di linee fisse e 40-60 milioni di utenti di linee mobili. Tale numerosità, insieme alla dinamicità caratteristica dei mercati rilevanti, avrebbe reso estremamente complesso individuare successivamente gli utenti danneggiati dalla condotta, nonché quantificare l’eventuale risarcimento del danno.

È importante sottolineare l’eccezionalità dell’utilizzo dello strumento dell’intervento cautelare in un caso di intesa restrittiva della concorrenza. L’Autorità ha evidentemente ritenuto sussistenti ragioni di estrema gravità che rendevano necessaria l’adozione di misure provvisorie inaudita altera parte.

L’urgenza era sicuramente determinata dal fatto che l’implementazione dell’intesa fosse ancora in corso, e quindi si considerava indispensabile un intervento che potesse bloccare la produzione e il consolidamento degli effetti del comportamento contestato. La rimodulazione del ciclo di fatturazione sarebbe avvenuta nella quasi totalità dei casi tra il 24 marzo 2018 e il 5 aprile 2018, e non sussisteva pertanto la finestra temporale necessaria a una preventiva instaurazione del contraddittorio.

Per tutte queste ragioni, il 21 marzo 2018 l’Autorità ha disposto una misura cautelare provvisoria ai sensi dell’articolo 14-bis della legge n. 287/90, finalizzata a sospendere, nelle more del procedimento avviato con Delibera del 7 febbraio 2018, l’intesa tra Assotelecomunicazioni – Asstel, Telecom Italia S.p.A., Vodafone Italia S.p.A., Fastweb S.p.A. e Wind Tre S.p.A., e ha ordinato agli operatori di definire i termini delle loro offerte di servizi in modo indipendente dai concorrenti, assumendosi il rischio connaturato all’adozione di autonomi comportamenti commerciali.

2.3.4 Le argomentazioni difensive delle parti

Nei propri scritti difensivi, nonché in sede di audizione dinanzi al Collegio, le Parti hanno contestato la sussistenza dei presupposti per l’adozione di misure cautelari inaudita altera

parte, e dunque l'esistenza dell'intesa stessa.

I quattro punti principali su cui si è basata la difesa delle parti in causa sono brevemente riportati di seguito:

1. *L'insussistenza di una intesa restrittiva della concorrenza e il presunto uso strumentale della documentazione acquisita in sede ispettiva.*

Le società hanno sostenuto che gli elementi probatori raccolti durante l'istruttoria sarebbero stati utilizzati in maniera strumentale da parte dell'Autorità, e pertanto erano insufficienti a provare la presenza di un'intesa restrittiva della concorrenza. Innanzitutto, non erano stati considerati i numerosi documenti che testimoniano gli autonomi processi valutativi posti in essere dagli operatori nel definire le proprie strategie commerciali, e il contenuto di alcuni documenti era stato riportato solo parzialmente al fine di enfatizzare messaggi non desumibili da una lettura unitaria e globale dei testi in cui erano contenuti. Peraltro, lo scambio di informazioni non era altro che il risultato di "un'attività di intelligence"¹²⁶ svolta dalle imprese in maniera indipendente e finalizzata alla raccolta di informazioni circa il comportamento futuro dei competitors.

2. *Le caratteristiche competitive dei mercati oggetto del procedimento.*

Le società hanno poi sostenuto che l'estrema dinamicità e varietà dei mercati di telefonia fissa e mobile, caratterizzato dalla presenza di numerosi operatori e offerte diversificate in continuo mutamento, non avrebbe permesso la presenza di un'intesa di prezzo, né tantomeno il repricing avrebbe comportato l'imposizione di un prezzo talmente gravoso da generare un danno irreversibile al funzionamento del mercato. Sempre con riferimento al contesto competitivo del mercato, Fastweb sostiene di essere stato l'ultimo operatore a passare alla fatturazione quadrisettimanale, e di aver maturato la decisione dopo aver notato che i consumatori non percepivano la differente periodicità della fatturazione "né, soprattutto, il minor prezzo di periodo praticato da quei pochi operatori che ancora non avevano modificato il proprio sistema di fatturazione"¹²⁷, come elemento di differenziazione concorrenziale.

3. *La definizione di repricing e la razionalità economica delle condotte.*

Le Parti hanno affermato che le considerazioni svolte dall'Autorità si fondavano

¹²⁶ Vedi Agcm, Provvedimento n. 27112 dell'11 aprile 2018, punto 69.

¹²⁷ Vedi provvedimento n. 27112, punto 71.

su un assunto sbagliato, ovvero un incremento di prezzo inesistente. La manovra di repricing avrebbe costituito infatti semplicemente l'adeguamento matematico al nuovo obbligo di rimodulazione al periodo mensile del costo prima calcolato su 28 giorni, quindi l'aumento di prezzo sarebbe di fatto già avvenuto in precedenza, nel passaggio dalla tariffazione mensile a quella quadrisettimanale. Il costo giornaliero sarebbe rimasto quindi invariato, così come la spesa annuale.

Peraltro, le società sostengono che la decisione di incrementare il prezzo delle offerte dell'8,6% ha rappresentato l'unica soluzione razionale da perseguire nell'adeguamento agli obblighi di legge introdotti, oltre che la più prudente, poiché l'unica in grado di non incidere sull'equilibrio contabile delle aziende, essendo mantenuti invariati i ricavi. Inoltre, il parametro della "spesa annuale" era un criterio dal cui utilizzo le società non potevano prescindere nel definire i loro obiettivi di budget, e il repricing l'unica strategia in grado di rispettarli.

Le parti hanno poi sostenuto l'autonomia e la non uniformità delle condotte di repricing, che risultavano in vario modo differenziate rispetto ai concorrenti. Elementi di differenziazione sarebbero state le deroghe all'aumento dell'8,6% introdotte dalle società in alcune offerte, che quindi non sarebbe stato applicato a tutta la base clienti, o ancora l'aumento dei contenuti (minuti, sms, dati) disponibili nei bundle.

4. *Il contenuto della misura cautelare e la sua proporzionalità*

Ultima argomentazione è la non proporzionalità della misura cautelare nel bilanciamento di interessi tra il presunto periculum in mora e i danni che l'ottemperanza alla misura sarebbe suscettibile di causare agli operatori. Infatti, secondo le società, il provvedimento cautelare sarebbe stato inteso come una riduzione dei prezzi dall'opinione pubblica e quindi la sua ottemperanza avrebbe generato abnormi danni agli operatori; se queste avessero applicato la misura cautelare aumentando i prezzi, avrebbero subito un danno reputazionale.

Infine, le parti hanno sostenuto l'inesistenza del presupposto logico che giustifica la misura cautelare, in quanto la sua ottemperanza avrebbe significato implicitamente ammettere che il repricing sia il frutto di un'intesa che, appunto, non esiste.

2.3.5 Le valutazioni dell'Antitrust e la conferma delle misure cautelari

Le ragioni addotte dalle parti in loro difesa sono state confutate dall'AGCM, la quale ha stabilito che la documentazione esaminata dimostrasse la sussistenza di tutti i requisiti indicativi di una pratica concordata, che il riferimento alla spesa annuale fosse “un mero artificio volto a giustificare il repricing”, e che infine i quattro operatori avessero coordinato le proprie condotte con specifico riferimento all'incremento dell'8,6% delle tariffe¹²⁸.

L'Autorità ha posto l'attenzione sul particolare contesto di mercato; in un mercato quale quello dei servizi di telefonia, tendenzialmente concorrenziale, anche un solo contatto tra le parti o l'adeguamento concertato ad un unico parametro concorrenziale poteva essere sufficiente per raggiungere l'obiettivo di distorsione delle dinamiche concorrenziali perseguito dalle imprese coinvolte. L'estrema complessità del mercato delle telecomunicazioni ha infatti richiesto che le parti stabilissero i termini del loro coordinamento attraverso l'individuazione di “un punto focale”, quale appunto il repricing.

Alla luce di queste ulteriori specificazioni, l'Autorità ha concluso che il comportamento delle società fosse suscettibile di configurare un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'articolo 101 del TFUE, e ha deliberato la conferma della misura cautelare provvisoria, stabilendo che ogni operatore definisse i termini della propria offerta di servizi in modo indipendente dai concorrenti.

¹²⁸ Nel provvedimento n.27112 si legge però che «La presente fase cautelare si limita a valutare il coordinamento tra le Parti con specifico riferimento al repricing, ma ciò non esclude che l'intesa abbia una portata e una durata più ampia, come già ipotizzato nel provvedimento di avvio dell'istruttoria. Le determinazioni circa l'oggetto, la qualificazione e la durata dell'intesa effettuate in questa sede lasciano, pertanto, impregiudicata la possibilità di giungere a differenti conclusioni in esito al completamento dell'istruttoria.»

Conclusioni

Il presente lavoro ha inteso indagare le modalità con cui i legislatori comunitario e nazionale hanno perseguito nel tempo l'obiettivo di tutela dei consumatori, e analizzare i vari tasselli di volta in volta introdotti in virtù del riconoscimento dell'importanza che tale fine riveste nel funzionamento dei mercati. Il riconoscimento giuridico del consumatore è stato il risultato di un percorso di lungo periodo, inaugurato dall'affermarsi del movimento del consumerism e scandito dalla progressiva crescita della consapevolezza circa il ruolo che l'informazione dei consumatori assume all'interno dei processi di acquisto.

Lo sviluppo del lavoro ha preso origine dall'analisi dei primi interventi normativi che hanno caratterizzato la politica in materia di consumatori, inizialmente funzionali alla creazione di un mercato comunitario unico, ed ha progressivamente evidenziato come gli ulteriori tasselli aggiunti a completamento del quadro normativo risultassero da un cambiamento radicale delle ragioni a questo sottese. Il primo testo normativo dettagliatamente analizzato è il Codice del consumo che, nonostante i vari difetti evidenziati, ha sicuramente il merito di aver dotato i consumatori di un'unica e organizzata opera a loro dedicata.

Tuttavia, si ritiene che il primo intervento che realmente evidenzia tale modifica di intenzioni sia la Direttiva 2005/29/CE, in cui il legislatore comunitario ha introdotto una definizione di pratica commerciale sleale così generale da poter ricomprendere un vastissimo panorama di comportamenti vietati in quanto direttamente lesivi del benessere del consumatore. Nonostante dalla definizione generale di consumatore "medio" traspaia l'intenzione di rendere la tutela non eccessivamente rigida, in modo tale da consentire il gioco della concorrenza, il riferimento al consumatore "vulnerabile" ha consentito di non sacrificare gli interessi dei soggetti bisognosi di una maggiore protezione.

L'analisi condotta ha dunque voluto puntare l'attenzione in particolare sulla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, al fine di analizzarne le ragioni, l'origine e la positivizzazione. Ad oggi si ritiene di poter affermare che il quadro di tutela in materia di pratiche commerciali scorrette appare pressoché completo, pur tenendo in

considerazione la natura evolutiva del diritto.

I decreti legislativi di recepimento della direttiva hanno confermato l'impostazione della direttiva e riproposto la distinzione tra pratiche commerciali ingannevoli e aggressive, dotando i consumatori, anche attraverso le liste nere, di una tutela completa in quanto rafforzata nei confronti di quelle pratiche commerciali ritenute più pericolose.

A seguire e in linea con l'obiettivo dell'elaborato sono stati analizzati gli strumenti di tutela riconosciuti dall'ordinamento nazionale ai consumatori in forma individuale e collettiva; dalla lettura di questi sono emersi dei problemi interpretativi e applicativi derivanti dal c.d. doppio binario di tutele che è venuto a crearsi, seppur si ritiene adeguata l'assegnazione esclusiva all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato della legittimazione a vigilare sul rispetto della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette.

Questo alla luce del fatto che l'analisi condotta si è parallelamente focalizzata sul legame sussistente tra tutela del consumatore e tutela della concorrenza, rivelatosi chiave di lettura della disciplina esposta che, pur ponendo in posizione preminente il consumatore ed i suoi interessi economici, persegue l'ulteriore e indiretta finalità di contribuire allo sviluppo del mercato comune, tutelando i concorrenti da coloro che non rispettano le regole del gioco. Si è giunti quindi alla conclusione che le due discipline si implicano vicendevolmente, poiché se le imprese coordinano le loro condotte sul mercato e limitano la concorrenza, al pari delle imprese concorrenti anche i consumatori ne risultano direttamente danneggiati; per tale ragione si è ritenuto necessario completare l'analisi normativa con la disciplina dei comportamenti lesivi della concorrenza, e più in particolare delle intese restrittive.

Per portare avanti la tesi proposta e verificare quanto affermato si è scelto di analizzare un caso di estrema notorietà mediatica. La modifica del periodo di rinnovo delle offerte di telefonia fissa e mobile da 30 a 28 giorni attuata dai principali operatori telefonici attivi sul territorio nazionale e Sky Italia ha, sin dagli albori della sua realizzazione, mostrato le sue implicazioni negative sulle condizioni di benessere dei consumatori. Oltre a determinare nei consumatori l'insorgere di un'oggettiva situazione di incertezza e confusione, tale da incidere sulla libertà degli utenti di valutare le diverse offerte presenti sul mercato e di compiere scelte consapevoli, il celato aumento della spesa annuale derivante dal passaggio alla fatturazione quadrisettimanale (e il mantenimento di detto aumento nel riadeguamento alla fatturazione mensile) ha imposto a più riprese l'intervento delle Autorità competenti.

La tariffazione a 28 giorni e le sue implicazioni hanno impegnato le Agcm e l'Agcom per più di due anni, ma per le finalità che si perseguono in tale sede si è ritenuto di focalizzare l'analisi su due provvedimenti dell'Autorità antitrust. La scelta è infatti ricaduta su due provvedimenti con cui tale Autorità ha perseguito la tutela il consumatore dalle pratiche commerciali scorrette e dalle restrizioni della concorrenza generate da un'intesa.

Il primo provvedimento analizzato si è concluso con una sanzione di 1.000.000 di euro irrogata dall'Agcm a Vodafone per la pratica commerciale scorretta, in particolare aggressiva, posta in essere nei confronti dei consumatori che intendevano esercitare il diritto di recesso in quanto non intenzionati ad accettare la contrazione del periodo di fatturazione unilateralmente predisposto dalla compagnia telefonica. Una spontanea riflessione scaturisce dalla valutazione della quantificazione della sanzione, che si ritiene forse troppo ridotta per costituire un deterrente alla reiterazione dei comportamenti scorretti da parte di simili colossi economici. Ciò è peraltro testimoniato dalla numerosità dei procedimenti sanzionatori per pratiche scorrette indirizzati agli operatori telefonici negli ultimi anni.

Sul tema della tariffazione a 28 giorni è poi intervenuta l'Agcom che con la delibera n.121/17/CONS ha stabilito che l'unità temporale per la cadenza di rinnovo e fatturazione dei contratti di rete fissa dovesse essere il mese, e non i 28 giorni, affinché i consumatori potessero correttamente percepire il prezzo offerto da ciascun operatore ed essere adeguatamente informati sul costo indicato in bolletta. Il mancato adeguamento degli operatori a tale delibera ha dato il via ad una serie di provvedimenti sanzionatori nei confronti di ciascun operatore da parte dell'Agcom, che ha inoltre intimato questi a rimborsare ai consumatori quanto illegittimamente loro sottratto a causa del disallineamento fra ciclo di fatturazione quadrisettimanale e ciclo di fatturazione mensile. L'intervento legislativo seguito a tali provvedimenti ha introdotto infine l'obbligo legislativo di ripristinare la cadenza di rinnovo delle offerte di telefonia fissa e mobile, e della fatturazione dei servizi erogati, su base mensile o di multipli del mese.

Tuttavia, l'adeguamento degli operatori a tali obblighi normativi è avvenuto secondo modalità considerate dall'Autorità Antitrust rivelatrici della sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza tra gli operatori. Si è ritenuto dunque di approfondire nell'ultima parte del lavoro la pronuncia Antitrust in materia, dedicando particolare attenzione alle evidenze raccolte e alle valutazioni dell'Autorità.

Le società Wind Tre, Vodafone, Fastweb, Telecom Italia e Asstel sono state accusate di aver coordinato la propria strategia commerciale connessa al ripristino della mensilità della cadenza di fatturazione, comunicando ai propri clienti quasi simultaneamente un aumento del canone mensile al fine di mantenere invariata la spesa annuale. Proprio il riferimento a quest'ultima, in considerazione del fatto che la novella legislativa non ne fa menzione, è stato individuato dall'Agcm come l'elemento di coordinamento delle strategie aziendali degli operatori: i "big" della telefonia avrebbero deciso di coordinarsi per imporre ai consumatori aumenti allineati utilizzando l'artificioso parametro della spesa annuale.

Le evidenze hanno quindi spinto l'Agcm ad intraprendere urgenti misure cautelari imponendo agli operatori la cessazione dell'intesa e la definizione delle offerte di servizi in modo autonomo rispetto ai contendenti.

In conclusione, si ritiene di poter affermare che le evidenze testimoniano in prima analisi la sussistenza di un'intesa orizzontale di prezzo tra gli operatori telefonici citati. Seppur vero che la fase cautelare si è limitata a valutare il coordinamento tra le parti con riferimento al repricing, gli elementi raccolti fanno prevedere che il prosieguo dell'istruttoria potrà mettere in luce che l'intesa ha una portata e una durata più ampia. In un settore complesso e tradizionalmente concorrenziale quale quello delle telecomunicazioni, gli effetti di tale intesa sarebbero notevoli e genererebbero notevoli distorsioni delle dinamiche concorrenziali, con danni diretti ai consumatori e alla loro libertà di scelta.

BIBLIOGRAFIA

A. BARCA, *Scioglimento del vincolo contrattuale nel codice civile e nel Codice del Consumo*, in *Diritti dei consumatori. Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, t. 3.1, p. 367-428, 2009

A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, 2017

A. BUSACCA, G. D'AMICO, *La riforma del codice del consumo: commentario al D. lgs. n.21/2014*, 2015

A. GAMBINO, G. NAVA, *I nuovi diritti dei consumatori: commentario al d.lgs. n. 21/2014*, 2014

F. DENOZZA, *Antitrust - Leggi monopolistiche a tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, 1988

F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, 2010

G. ALPA, S. PATTI, F. BUSNELLI, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, 2003

G. ALPA, *Codice del consumo, Commentario a cura di Alpa e Rossi Carleo*, Napoli, 2005

G. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, 2015

G. CASSANO, M. DI GIANDOMENICO, *Il diritto dei consumatori-Tomo primo*, 2010

G. DE CRISTOFARO, E. BARGELLI, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo: il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn.145 e 146 del 2 agosto 2007)*, 2008

G. VETTORI, *Contratto e responsabilità. Il contratto dei consumatori, turisti, clienti, investitori e imprese deboli (Tomo primo,)*, 2013

M. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del consumo*, gennaio 2018

M. GOBBATO, *La tutela del consumatore: clausole vessatorie, commercio elettronico e Codice del consumo*, 2007

N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, 2012

A. DAVOLA, *Bias cognitivi e contrattazione standardizzata: quali tutele per i consumatori*, in *Contr. Impr.*, 2017, 2

A. GENOVESE, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2008, 4

A. GENTILI, V. CINTIO, *I nuovi "vizi del consenso"*, in *Contr. imp.*, 2018, 1

A. TIZZANO, *Il ruolo dei consumatori nel diritto antitrust alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista Italiana Antitrust*, 2015, vol.2, n.1

F. ADDIS, *Il "codice" del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. e contr.*, 2007

C. ALVISI, *Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali*, in *Contr. Impr.*, 2008, 3

C. GRANELLI, *Il codice del consumo a cinque anni dall'entrata in vigore*, in *Obbl. e Contr.*, 2010, 11, 731

C. GRANELLI, *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori: L'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 10

G. DE NOVA, *La disciplina della vendita dei beni di consumo nel "Codice" del consumo*, in *I Contr.*, 4, 2006

E. GUERINONI, *I regolamenti sulle pratiche commerciali scorrette*, in *PMI.*, 2008, 7

G. BAROZZI REGGIANI, *Pratiche commerciali scorrette, regolazione e affidamento delle imprese*, in *Dir. Amm.*, 2016, 4

G. BAROZZI REGGIANI, *Pratiche commerciali scorrette, regolazione e affidamento delle imprese*, in *Dir. Amm.*, 2016, 4

G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra tra professionisti e consumatori*, in *Le nuove leggi commentate*, 2008, 5

G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 1

G. VISCONTI, *Le pratiche commerciali scorrette verso le microimprese e i consumatori*, in *PMI*, 2017, 12

L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 3

M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001*, in *Moneta e credito*, 2015, 68

M. MALAGUTI, *I valori della concorrenza e del mercato nell'Unione Europea: da Roma, a Maastricht, a Lisbona*, in *Moneta e credito: rivista trimestrale della Banca nazionale del lavoro*, 2015, 68

P. FABBIO, *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel processo civile, con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Concorrenza e Mercato*, 2013, 1

R. PENNISI, *Considerazioni in merito alle pratiche commerciali ingannevoli*, in *Giur. comm.*, 2012, 5

R. RORDORF, *L'azione di classe nel novellato art. 140 bis cod. consumo: considerazioni (e qualche interrogativo)*, in *Foro italiano*, 2010, 5

V. CUFFARO, A. BARENGHI, A. BARBA, *Codice del consumo e norme collegate*, 2015

V. DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, in *Giur. comm.*, 2011, 6

COMMISSIONE EUROPEA, COM(2001)531, *Libro verde sulla protezione dei consumatori nell'Unione europea*, Bruxelles, 2 ottobre 2001.

COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione, COM(2004)293 def., *Una politica della concorrenza proattiva per un'Europa competitiva*, Bruxelles, 20 aprile 2004.

COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, COM(2002)208 def., sulla *Strategia della politica dei consumatori 2002-2006*, Bruxelles, 8 giugno 2002.

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, 10-05-2005, AS299, *Riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori – Codice del consumo*, in *Bollettino Autorità Garante*, 2005, n. 18, Roma.

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, I820, Provvedimento n. 27112, *Fatturazione mensile con rimodulazione tariffaria*, Adunanza dell'11 aprile 2018.

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, I820, Provvedimento n. 27025, *Fatturazione mensile con rimodulazione tariffaria*, Adunanza del 7 febbraio 2018.

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, 1820, Provvedimento n. 27087, *Fatturazione mensile con rimodulazione tariffaria*, Adunanza del 21 marzo 2018.

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, PS10497, Provvedimento n. 26307, *Vodafone-Rimodulazione tariffaria da 30 a 28 giorni*, Adunanza del 21 dicembre 2016.

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2017*, 31 marzo 2018.

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2018*, 31 marzo 2017.

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 1993*, 31 marzo 1993.

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 1992*, 31 marzo 1992.

AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, *Osservatorio delle Comunicazioni* n. 4/2017, 11 gennaio 2018.

AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2017*, 11 luglio 2017.

AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2018*, 11 luglio 2018.

AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, Comunicato stampa, *Agcom: sanzioni agli operatori di telefonia che non rispettano l'obbligo di cadenza mensile della fatturazione*, 14 settembre 2017

AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, Comunicato stampa, *Agcom interviene sulla riduzione a 28 giorni della durata delle offerte ricaricabili degli operatori TIM, Wind e Vodafone*, 30 luglio 2015

ASSOTELECOMUNICAZIONI – ASSTEL, *Comunicato stampa*, 14 settembre 2017

ASSOTELECOMUNICAZIONI – ASSTEL, *Comunicato stampa*, 24 ottobre 2017

SITOGRAFIA

<http://giustiziacivile.com/obbligazioni-e-contratti/approfondimenti/consumatore-professionista-e-mercato>

<http://giustiziacivile.com/societa-e-concorrenza/approfondimenti/pubblicita-ingannevole-e-rimedi-applicativi>

http://www.adnkronos.com/soldi/economia/2016/12/29/vodafone-rinnovo-offerte-giorni-multa-antitrust-mln_1oIJiQBItiwnwGibwDdNL.html

<http://www.affaritaliani.it/economia/tim-verso-il-rincaro-delle-tariffe-bolletta-su-del-10-su-fisso-dati-rumors-506151.html>

<http://www.agcm.it/concorrenza-competenza/sanzioni.html>

<http://www.agcm.it/segnalazioni/audizioni/4254-indagine-conoscitiva-sul-settore-delle-telecomunicazioni-sp-1072491751.html>

<http://www.altalex.com/documents/news/2005/11/10/consumatore-e-diritto-dei-consumatori-linee-di-evoluzione-e-codice-del-consumo>

<http://www.ilgiornale.it/news/economia/4-sorelle-non-sarrendono-arrivo-altri-rincari-bolletta-1510649.html>

<https://codacons.it/antitrust-a-vodafone-pratiche-scorrette-multa-da-un-milione/>

<https://www.altroconsumo.it/organizzazione/in-azione/azioni-in-corso/nuova-legge-in-vigore-fatturazione-mensile>

<https://www.altroconsumo.it/vita-privata-famiglia/servizi-e-contratti/news/fatture-a-28-giorni>

<https://www.consumatori.it/telefonia/tutto-su-fatturazione-28-giorni/>

<https://www.consumatori.it/telefonia/tutto-su-fatturazione-28-giorni/>

<https://www.corrierecomunicazioni.it/telco/bollette-a-28-giorni-rimborsi-per-gli-utenti-entro-il-31-dicembre/>

<https://www.ilfattoquotidiano.it/2017/07/26/sky-da-ottobre-fatturazione-ogni-28-giorni-invece-che-mensile-costo-abbonamento-aumentera-dell86/3755610/>

<https://www.ilfattoquotidiano.it/2018/03/21/bollette-telefoniche-lantitrust-sospende-gli-aumenti-delle-compagnie-dopo-lo-stop-a-fatturazione-a-28-giorni/4242441/>

<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=791266e0-a195-482b-b30c-eeb38d93bbf0>

https://www.repubblica.it/economia/2018/03/21/news/bollette_a_28_giorni_nuovo_stop_del_garante_aumenti_non_possono_essere_uguali_-191876368/