



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE ED AZIENDALI
"M.FANNO"**

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E CRITICA DEL DIRITTO

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN ECONOMIA E DIRITTO

TESI DI LAUREA

**"LE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE DEL WEB 3.0- LE
FALSE RECENSIONI E LA TUTELA DEL PICCOLO
IMPRENDITORE"**

RELATORE:

CH.MO PROF. MARCO SPERANZIN

LAUREANDA: SIMONA AMATORE

MATRICOLA N. 1104263

ANNO ACCADEMICO 2017 – 2018

Il candidato dichiara che il presente lavoro è originale e non è già stato sottoposto, in tutto o in parte, per il conseguimento di un titolo accademico in altre Università italiane o straniere.
Il candidato dichiara altresì che tutti i materiali utilizzati durante la preparazione dell'elaborato sono stati indicati nel testo e nella sezione "Riferimenti bibliografici" e che le eventuali citazioni testuali sono individuabili attraverso l'esplicito richiamo alla pubblicazione originale.

Firma dello studente

*Alla mia famiglia, che mi ha sostenuto e sostenuto,
a Tommaso, mio compagno di vita,
che ha sorriso con me ad ogni traguardo,
e che mi ha insegnato a sorridere anche dopo una sconfitta.*

INDICE

Introduzione	1
Capitolo 1 - Pratiche commerciali scorrette	1
1.1 – La direttiva 2005/29/Ce	3
1.2 – Struttura della direttiva	4
1.3 – Ambito di applicazione della direttiva	6
1.4 – Attuazione della direttiva 2005/29/Ce nell'ordinamento italiano	7
1.5 – La nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori-Definizioni	9
1.5.1 – Pratiche commerciali	9
1.5.2 – I destinatari della normativa-Consumatore e Professionista	12
1.5.3 – Prodotto	16
1.5.4 – La diligenza professionale	17
1.5.5 – L'idoneità della pratica a <<falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore>>	18
1.6 – Pratiche commerciali scorrette-Tipologie	22
1.6.1 – Pratiche ingannevoli	22
1.6.2 – Pratiche aggressive	26
1.7 – L'estensione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette alle <<microimprese>>-I novellati art. 18 e 19 del Codice del Consumo	28
1.7.1 – I destinatari della normativa	30
Capitolo 2 – Strumenti di tutela	32
2.1 – L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato	32
2.2 – Procedimento avanti all'AGCM-Procedure istruttorie	33
2.3 – La tutela collettiva sul piano civilistico	39
2.3.1 – Le azioni inibitorie	39
2.3.2 – Le azioni risarcitorie e restitutorie-La <i>class-action</i>	40
2.4 – La tutela individuale sul piano civilistico	46
2.4.1 – Risoluzione extragiudiziale delle controversie	47
2.4.2 – Tutela giudiziale-L'azione inibitoria	48
2.4.3 – Le azioni individuali risarcitorie	49

2.5 – L'interdipendenza tra tutela collettiva e individuale.....	50
2.6 – I codici di condotta e l'autodisciplina.....	50
Capitolo 3 – Il caso di TripAdvisor.....	52
<i>Premessa</i>	52
3.1 – La " <i>Web reputation</i> ".....	53
3.2 – Aspetti legali della gestione della reputazione.....	55
3.3 – Responsabilità del recensore.....	55
3.4 – TripAdvisor: modello imprenditoriale e funzionamento.....	56
3.5 – Responsabilità della piattaforma.....	60
3.5.1 – Il caso di TripAdvisor avanti all'AGCM.....	60
3.5.2 – L'annullamento del provvedimento dell'AGCM da parte del TAR.....	65
3.5.3 – TripAdvisor dinanzi al Tribunale di Grosseto.....	69
3.5.4 – La vittoria del "Do Forni".....	71
Conclusioni.....	73
Bibliografia	

INTRODUZIONE

Sono lontani i tempi in cui si passeggiava per le strade del centro di Padova, Roma, Venezia, Parigi, New York o qualsiasi altra città del mondo, alla scoperta di quel ristorantino nascosto nel tipico vicolo in cui ci si finisce per caso; sono lontani i tempi in cui si entrava in libreria e ci si stava chiusi per ore alla ricerca del libro che avrebbe potuto intrattenerci durante la vacanza estiva; altrettanto lontani sono i pomeriggi al centro commerciale con la famiglia per cercare il computer, l'aspirapolvere, o qualsiasi altro prodotto che il mercato possa offrire, a confrontare prezzi, qualità ed offerte.

Tutto questo, ormai, è possibile farlo da casa, seduti "comodamente" sul nostro divano dal nostro smartphone di ultima generazione.

Ed allora prima di andare a cena fuori o di partire in vacanza si fa una rassegna di tutti i ristoranti, hotel, B&B (che abbiano un buon rapporto qualità-prezzo, un buon servizio e magari anche personale gentile e simpatico) che secondo altra gente hanno tutto quello che noi stiamo cercando; prima di acquistare un libro si va nella sezione "Libri" di *Amazon* e si scorre per ore a leggere quale libro, ad altre persone sia piaciuto di più; ed infine per acquistare il nuovo computer si trascorrono interi pomeriggi davanti al vecchio computer (che è ormai pronto ad abbandonarci da un momento all'altro) a confrontare le offerte di Amazon, Euronics, Mediaworld il tutto rigorosamente misurato in stelline.

Insomma, questi sono i tempi dell'Era digitale, del web 3.0¹, in cui è possibile avere accesso ad un gran numero di informazioni anche solo navigando in Internet, in cui si può leggere di esperienze di acquisto altrui allo scopo di non fare lo stesso sbaglio di Tizio, se

1 http://www.treccani.it/enciclopedia/web-3-0_%28Lessico-del-XXI-Secolo%29/: <<Approccio a Internet di ulteriore integrazione rispetto al web 2.0; è caratterizzato da una maggiore consapevolezza, e conseguente superiore controllo, dei fruitori riguardo i contenuti e dall'evoluzione grafica dal 2D al 3D. Il termine, introdotto nel 2006 dal web designer Jeffrey Zeldman, ha alimentato un dibattito che ha avuto per protagonisti storiche figure di Internet (da Tim Berners-Lee a Reed Hastings sino a Jerry Yang). I principali aspetti evolutivi del web 3.0 possono essere individuati come segue: web semantico, in cui i contenuti non sono più costituiti da pagine HTML ma da un database sottostante che permetta ricerche più approfondite e accurate; intelligenza artificiale, associata a una più strutturata archiviazione dei dati per cui si intravede la possibilità di sviluppare motori di ricerca che consentano l'interrogazione attraverso il linguaggio naturale e il reperimento delle informazioni secondo approcci orientati a sfruttare l'intelligenza artificiale per meglio individuare le necessità e i gusti degli utenti secondo il loro comportamento in rete; maggiore capacità di calcolo e nuovi algoritmi volti alla costruzione di ambienti 3D realmente utilizzabili >>>

l'esperienza è negativa, o di fidarsi del consiglio di Caio se quel prodotto si è rivelato ottimo; ed è proprio qui che entrano in gioco le "Recensioni".

Recensioni, dal latino *recensere* 'esaminare'; "esame critico, in forma di articolo più o meno esteso, di un'opera di recente pubblicazione"; ma questa è la definizione offerta dal dizionario Treccani.

Quando si sente la parola recensione si pensa subito a quei commenti che si trovano in fondo alla pagina di un qualsiasi sito Internet dopo la descrizione del prodotto/servizio che stiamo cercando; esse costituiscono, ormai, un elemento molto importante, alle volte fondamentale, della nostra esperienza di acquisto ed è proprio per la loro rilevanza che si è deciso di dedicare questo lavoro alle recensioni, più precisamente alle false recensioni.

In una puntata di *Report* del 24-04-2017, intitolata *Food Influencer*, di Bernardo Iovene, è stato trattato l'argomento dei *food influencers* appunto, e del *business* delle recensioni online, nel caso specifico relativo all'ambito della ristorazione.

Dalla puntata emerge che le false recensioni a scapito di un'attività, o a favore di un'altra, non costituiscono un "pericolo" solamente per il consumatore che è in tal modo condizionato, o richiamando il neologismo di cui sopra, influenzato nella propria scelta d'acquisto, ma rappresentano un nemico per gli stessi professionisti/ristoratori che a causa di false recensioni possono subire dei cali negli incassi non indifferenti (dal 5% al 9%).

Da qui la domanda: << Può essere considerato il piccolo imprenditore un contraente debole al pari del consumatore? Se sì, in che modo è tutelato dalla normativa vigente, sempre che una normativa esista?>>.

Nel lavoro che segue è stata innanzitutto analizzata la disciplina delle pratiche commerciali scorrette con tutte le sue sfaccettature ed interpretazioni.

Nel secondo capitolo si è voluto approfondire l'argomento relativamente all'espansione della disciplina anche alle microimprese, quindi a quei piccoli imprenditori che possono trovarsi a rappresentare un contraente debole al pari di un consumatore.

Successivamente, nel terzo capitolo si sono voluti analizzare gli strumenti di tutela dei consumatori e dei "microimprenditori", analizzando dapprima l'azione dinanzi all'Antitrust, e a seguire gli strumenti di tutela individuale e collettiva messi a loro disposizione dalla legge.

Nel quarto ed ultimo capitolo, si è voluto affrontare il caso specifico delle false recensioni su TripAdvisor, riportando alcune vicende giudiziarie che hanno riguardato la piattaforma negli ultimi anni proprio a causa dell'impossibilità di controllare il fenomeno e il *business* che da esso è derivato danneggiando i piccoli imprenditori turistici.

CAPITOLO 1

PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

1.1 LA DIRETTIVA 2005/29/CE

Prima di parlare di definizioni e tipologie di pratiche commerciali scorrette è bene individuare quali sono le normative di riferimento, stabilendone la finalità.

La direttiva del Parlamento Europeo n. 29 dell'11 maggio 2005 è stata adottata dalle istituzioni europee a seguito di un articolato dibattito avviato dal Libro Verde sulla tutela dei consumatori all'interno dell'Unione Europea, e ha, infatti, lo scopo di offrire una maggiore protezione dei consumatori tutelando i loro interessi economici contro gli atti sleali posti in essere dal professionista, delineando al contempo una disciplina uniforme per il mercato interno.

La direttiva, che rappresenta una traduzione sul piano normativo dello stesso Libro Verde, è una misura relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri al fine di assicurare il corretto funzionamento del mercato interno, che trova la sua base giuridica nell'ex art. 95 Ce, oggi art. 114 TFUE.

L'esigenza della direttiva 29/2005 nasce dalla volontà del legislatore di placare il clima di incertezza diffuso tra i consumatori e tra gli stessi professionisti, i quali si sono trovati ad operare in un mercato non normato e altamente frammentato nel quale era possibile mettere in atto pratiche commerciali sleali, senza temere ritorsione alcuna, con il risultato che i consumatori erano altamente sfiduciati e poco propensi a sfruttare le potenzialità del mercato integrato. Di seguito si riporta il testo esatto del <<considerando>> n. 4 della direttiva 29/2005 : << *Queste differenze sono fonte di incertezza per quanto concerne le disposizioni nazionali da applicare alle pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori e creano molti ostacoli sia alle imprese che ai consumatori. Questi ostacoli rendono più oneroso per le imprese l'esercizio delle libertà del mercato interno, soprattutto ove tali imprese intendano effettuare attività di marketing, campagne pubblicitarie e*

promozioni delle vendite transfrontaliere. Tali ostacoli causano inoltre incertezze circa i diritti di cui godono i consumatori e compromettono la fiducia di questi ultimi nel mercato interno >>.

In sostanza queste differenze da un lato impedivano ai professionisti di adottare prassi commerciali e campagne pubblicitarie uniformi costringendoli a modificare ed adattare ad ogni singolo Paese i contenuti delle stesse con tutti i rischi e i costi che ne conseguivano; dall'altro rappresentavano motivo di "diffidenza" per i consumatori che dovevano interfacciarsi con una lingua e leggi differenti.

Gli organi comunitari hanno così individuato nella rimozione di questi ostacoli lo strumento più efficace per il raggiungimento del fine ultimo: lo sviluppo del mercato interno attraverso l'armonizzazione dei prezzi, relativi ai medesimi beni e servizi, e l'ampliamento e la differenziazione dell'offerta per stimolare la concorrenza.

In tal modo i professionisti potrebbero sentirsi liberi di commercializzare e pubblicizzare i propri prodotti in altri Paesi della comunità europea senza temere che la pratica commerciale messa in atto possa essere considerata illecita nel Paese di destinazione e di conseguenza non dovrebbero più preoccuparsi di sostenere i rischi e i costi che ne deriverebbero; d'altro canto i consumatori (superato l'ostacolo linguistico) non si troverebbero più davanti ad un quadro normativo frammentato e potrebbero concludere contratti con professionisti aventi la propria sede in altri Paesi.²

1.2 STRUTTURA DELLA DIRETTIVA

All'interno della direttiva possono individuarsi due parti distinte, la prima parte, che va dall'art. 2 all'art. 13, contiene la nuova regolamentazione delle pratiche commerciali sleali poste in essere nell'ambito di un rapporto instaurato tra consumatore e professionista, prima durante e dopo la conclusione di un contratto. La seconda parte, dall'art. 14 a seguire, prevede l'introduzione di una serie di modifiche a provvedimenti comunitari già vigenti.

In particolare la direttiva si apre con l'art. 1, all'interno del Capo 1 intitolato "**DISPOSIZIONI GENERALI**", che recita così: << *La presente direttiva intende contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori mediante l'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori* >> che definisce lo scopo della direttiva.

2 Cfr. il <<considerando>> n. 12 della direttiva.

Segue poi l'art. 2, intitolato '*Definizioni*', all'interno del quale il legislatore ha voluto esplicitare il significato delle singole espressioni utilizzate all'interno della direttiva al fine di ovviare a qualsiasi dubbio interpretativo. Così ad esempio l'espressione operazione commerciale è stata utilizzata come sinonimo di contratto stipulato tra professionista e consumatore, mentre il termine prodotto sta ad indicare qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni così come indicato all'art. 2 lettera c)

L'art. 3, intitolato '*Ambito di applicazione*' delinea i confini entro i quali la direttiva può essere applicata, stabilendo che gli artt. 2-13 della direttiva medesima possono essere applicati solamente alle condotte che rientrano nella definizione di "pratiche commerciali" così come inteso dall'art. 2 lettera d)³ e poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto⁴.

A chiusura del Capo 1 c'è l'art. 4, '*Mercato interno*' che conferma la libera circolazione di beni e servizi nella Ce.

L'art. 5 apre il Capo 2 dedicato alle "**PRATICHE COMMERCIALI SLEALI**"; il legislatore ha voluto inserire un primo divieto generale di ricorrere a pratiche commerciali sleali (art. 5, § 1) per poi stabilire in modo puntuale i criteri ed i parametri che permettono di stabilire se una pratica possa considerarsi sleale o meno; al § 2 infatti, è indicata una definizione di carattere generale secondo cui una pratica commerciale per essere considerata sleale deve essere <<contraria alle norme di diligenza professionale>> nonchè idonea a << falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio >> al quale è diretta, o, se rivolta ad un gruppo di consumatori, al membro medio di quel gruppo. Al § 4, inoltre, la direttiva individua specifiche tipologie di pratiche commerciali sleali quali le pratiche commerciali ingannevoli e quelle aggressive, trattate rispettivamente agli artt. 6-7 e agli artt. 8-9.⁵

Del Capo 3, "**CODICI DI CONDOTTA**", fa parte l'omonimo articolo 10 che si limita a precisare che la direttiva non intende precludere agli Stati membri la possibilità di ammettere che il controllo sulle pratiche commerciali sleali venga esercitato anche dai responsabili dei codici e di conseguenza che coloro i quali vedessero intaccato un proprio diritto possono

3 Direttiva 2005/29/Ce, art. 2, lettera d): "<< Pratiche commerciali tra imprese e consumatori>>: 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".

4 Direttiva 2005/29/Ce, art.2, lettera c) "<<prodotto>>: qualsiasi bene o servizio , compresi i beni immobili i diritti e le obbligazioni".

5 Altre fattispecie concrete di pratiche commerciali considerate in ogni caso sleali, 31 per l'esattezza, sono elencate nell'allegato 1 (quella che nel gergo viene definita "lista nera") della direttiva come specificato dall'art. 5, § 5.

rivolgersi anche agli stessi responsabili.

Infine il Capo 4, intitolato "**DISPOSIZIONI FINALI**" comprende gli artt 11-13 che impongono agli Stati membri di fornire mezzi efficaci ed adeguati al fine di garantire l'osservanza di quanto stabilito dalla direttiva (art. 11), e di irrogare sanzioni "effettive, proporzionate e dissuasive" allo scopo di disincentivare il compimento di atti sleali.

Come sopra anticipato la parte della direttiva che va dall'articolo 14 in poi contiene una serie di modifiche di provvedimenti comunitari e nello specifico relativamente alla direttiva 84/450/Cee⁶ in tema di pubblicità ingannevole e comparativa (art. 14), alle direttive 97/7/Ce e 2002/65/Ce⁷ riferite ai contratti conclusi a distanza tra consumatore e professionista (art. 15), ed infine alla direttiva 98/27/Ce e al Regolamento Ce n. 2006/2004 rispettivamente in tema di provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori e ed in tema di cooperazione per la tutela dei consumatori (art. 16).

1.3 AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVA

L'articolo 3 della direttiva 2005/29/Ce, come si evince dallo stesso titolo, è interamente dedicato all'ambito di applicazione; l'articolo 3 esordisce così: << *La presente direttiva si applica alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori [...], poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto* >>.

Ebbene cosa si intenda per pratica commerciale è ben chiarito dalla definizione di cui all'art. 2 della medesima direttiva lettera *d*), ovvero una qualsiasi azione od omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale posta in essere da un professionista.

Dal punto di vista strutturale il concetto di pratica commerciale è piuttosto ampio ed elastico; l'espressione, probabilmente, è stata usata come sinonimo di "contratto" stipulato tra professionista e consumatore e come tale ricomprende tutti i comportamenti tenuti dai professionisti che siano direttamente connessi alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori.

Non è necessario che la pratica messa in atto dal professionista sia qualificata come atto di concorrenza sleale; si può trattare di dichiarazioni (dotate o meno di natura negoziale), di comportamenti materiali privi di contenuto dichiarativo o addirittura di mere omissioni; può

6 Direttiva 84/450/Cee del 10 settembre 1984, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole, come modificata dalla direttiva 97/55/Ce del 6 ottobre 1997 che ha in essa incluso la disciplina della pubblicità comparativa.

7 Direttiva 2002/65/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva 90/619/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/Ce e 98/27/Ce.

trattarsi altresì di condotte tenute nei confronti di un gruppo indeterminato di soggetti oppure nei confronti dei singoli consumatori messe in pratica continuativamente o solo in maniera sporadica. È chiaro che all'interno del concetto di pratica commerciale rientrano le comunicazioni commerciali quali pubblicità e marketing di beni e servizi⁸. Altrettanto irrilevanti sono la causa o l'oggetto del contratto stipulato dal professionista, per cui qualsiasi contratto che abbia ad oggetto un obbligo di fare/dare nei confronti di un consumatore, può essere passibile di sanzione, se giudicato sleale.

L'unica cosa realmente rilevante ai fini della disciplina è la diretta connessione tra la condotta tenuta dal professionista e la promozione del bene/servizio; non è chiaro cosa si intenda per <<diretta connessione>>, probabilmente essa sussiste quando vi è una oggettiva destinazione della condotta alla commercializzazione del prodotto ai consumatori.

È da aggiungersi, inoltre, che può esservi diretta connessione anche quando si parla di contratti stipulati tra professionisti; difatti gli articoli della direttiva (artt. 2-13) si applicano in via generale alle comunicazioni commerciali direttamente connesse alla promozione di beni e servizi e quindi sono rivolte contemporaneamente e indistintamente sia ai professionisti che ai consumatori; è facilmente deducibile, dunque, che le medesime condotte, in assenza di diretta connessione con la promozione, vendita o fornitura di beni, non rientrano nel campo di applicabilità della direttiva 2005/29/Ce.

Le pratiche commerciali che possono essere considerate sleali, dunque, sono quelle lesive degli interessi economici dei consumatori, ma non in via esclusiva, d'altro canto si sottraggono al divieto imposto dall'art. 5, § 1, della direttiva le pratiche commerciali che risultino lesive esclusivamente di interessi economici di professionisti o di interessi 'non economici' dei consumatori.

1.4 ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA 2005/29/CE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Con la legge 29 del 25 gennaio 2006 il legislatore aveva incaricato il Governo ad adottare, entro il termine di diciotto mesi dalla sua entrata in vigore, i decreti legislativi recanti le disposizioni necessarie per dare attuazione nell'ordinamento italiano ad una serie di direttive Ce, tra cui, appunto, la direttiva 2005/29/Ce <<sulle pratiche commerciali sleali fra

⁸ Essendo, la direttiva, priva delle definizioni di <<comunicazione commerciale>>, di <<pubblicità>> e di <<marketing>>, è necessario fare riferimento alla direttiva 2000/31/Ce, art. 2 lettera *f*) per la nozione di comunicazione commerciale, e alla direttiva 84/450/Ce art. 2, n. 1(v. ora art. 2, lettera *a*) della direttiva 2006/114/Cee) per la definizione di pubblicità.

imprese e consumatori>>⁹.

Questa delega quasi "in bianco"¹⁰ è stata esercitata dal Governo con i d. lgs n. 145 e n. 146 pubblicati nella Gazzetta Ufficiale il 6 settembre 2007.

Per il recepimento della direttiva 2005/29/Ce, dunque, il legislatore ha voluto optare per uno sdoppiamento della normativa in due distinti decreti; da un lato infatti il d. lgs 145 dà attuazione al solo articolo 14 della direttiva e contiene la disciplina di tutela dei professionisti (definiti come "qualsiasi persona fisica o giuridica che agisca nel quadro della sua attività commerciale, artigianale, industriale o professionale; e chiunque agisca in nome e per conto di un professionista") dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali, insieme alle condizioni di liceità della pubblicità comparativa nei rapporti tra concorrenti. Dall'altro il d. lgs 146 provvede a recepire la nuova disciplina comunitaria, con cui sono state uniformate le regole di tutela dei consumatori europei nelle transazioni commerciali, anche transfrontaliere.

Il titolo del d. lgs n. 145, '*Pubblicità ingannevole*', potrebbe, in effetti, essere limitante in quanto potrebbe indurre a pensare che in questo provvedimento si trovino tutte e soltanto le norme strettamente indispensabili per dare attuazione nell'ordinamento italiano all'art. 14 della direttiva 2005/29/Ce relativo alle pratiche commerciali sleali fra imprese e consumatori, disposizione che ha apportato una serie di innovazioni a taluni articoli della direttiva 84/450/Cee (come modificata dalla direttiva 97/7/Ce), in materia di pubblicità ingannevole e comparativa. In realtà i contenuti del decreto in questione sono molto più ampi poichè riporta per intero il *corpus* normativo originariamente inserito nel d. lgs n. 74/1992 (attraverso il quale fu inizialmente recepita nell'ordinamento italiano la direttiva 84/450/Cee concernente la pubblicità ingannevole) e successivamente trasfuso negli attuali artt. 18-27 del codice del consumo, sancendo l'integrale abrogazione del d.lgs n. 74/1992. Nell'attuare tale trasposizione, il Governo ha apportato a questo *corpus* normativo le innovazioni necessarie per adeguarlo alle modifiche introdotte nella direttiva 84/450/Cee dell'art. 14 della direttiva 2005/29/Ce, sicchè dovrebbe in realtà affermarsi che il d. lgs n. 145 reca la disciplina di recepimento della direttiva 84/450/Cee, come modificata dalla direttiva 97/55/Ce e dall'art. 14 della direttiva 2005/29/Ce (oggi peraltro abrogata e sostituita dalla direttiva 2006/114/Ce).

Quanto al d. lgs n. 146 del 2007, esso si compone di 6 articoli.

L'art. 1 ha integralmente sostituito i contenuti del Titolo III della Parte II del codice del consumo e riporta quasi letteralmente quanto contenuto negli artt. 1-13 della direttiva

9 La l. n. 29/2006 non aveva però provveduto a dettare principi e criteri specificatamente riferiti alla direttiva 2005/29/Ce, per cui nell'esercitare la delega, il Governo, si è dovuto limitare a rispettare i principi e i criteri direttivi generali, comuni cioè a tutte le direttive per la cui attuazione non è stata imposta al Governo la necessità di rispettare, nell'esercizio della delega, principi e criteri direttivi dettati *ad hoc*.

10 Cfr. nota 10.

2005/29/Ce.

Gli artt. 2 e 3 del d. lgs 146/2007 hanno apportato, rispettivamente all'art. 57 c. cons. e all'art. 14 del d.lgs 190/2005, le modificazioni ritenute necessarie per adeguare tali due disposizioni alle innovazioni apportate all'art. 15 della direttiva 2005/29/Ce alle norme comunitarie cui danno attuazione.

L'art. 4, intitolato "Regolamento di attuazione", stabilisce che il regolamento previsto dall'art. 27, comma 11 del d. lgs n. 206 del 6 settembre 2005, deve essere emanato entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del seguente decreto legislativo.¹¹

L'art. 5 invece contiene una serie di disposizioni che abrogano parzialmente l'art. 5 comma 1, della legge n. 173/2005 allo scopo di coordinare la disciplina delle vendite piramidali con il nuovo regime normativo generale delle pratiche commerciali scorrette.¹²

Infine l'art. 6 stabilisce il principio della "neutralità finanziaria" secondo cui dal decreto in questione non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

1.5 LA NUOVA DISCIPLINA DELLE PRATICHE COMMERCIALI TRA PROFESSIONISTI E CONSUMATORI - DEFINIZIONI

"Una pratica commerciale è sleale se:

a) è contraria alle norme di diligenza professionale

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 ad un determinato gruppo di consumatori".¹³

Di seguito si andranno ad analizzare le principali definizioni offerte dall'art. 2 della direttiva 2005/29/Ce.

1.5.1 PRATICHE COMMERCIALI

Per "pratica commerciale", secondo quanto riportato nell'art. 18, lettera d) del d.lgs 206/2005, si intende qualsiasi azione, omissione, condotta, dichiarazione o comunicazione

¹¹ Termine che è stato effettivamente rispettato: cfr. la Deliberazione dell'AGCM n. 17589 del 15 novembre 2007-*Procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette* (in G.U. n. 283 del 5 dicembre 2007).

¹² Sul punto cfr. C IURILLI, *Le vendite piramidali della nuova disciplina delle pratiche commerciali sleali. Dal business to consumer al business to business*, in *Studium iuris*, 2008, pp. 656-664 e 792-796.

¹³ Direttiva 2005/29/Ce, art. 5, comma 2.

commerciale, ivi compresa la pubblicità diffusa con ogni mezzo [...], che un professionista pone in essere in relazione alla promozione, alla vendita o alla fornitura di beni o servizi ai consumatori¹⁴, definizione che ricalca esattamente quella contenuta nell'art. 2, lettera d) della direttiva comunitaria 29/2005, scelta coerente con l'obiettivo di armonizzazione del legislatore comunitario.

Ferma restando, dunque, la limitazione alle operazioni di tipo economico, può ritenersi pratica commerciale rilevante ai fini della disciplina ogni forma di contatto, effettivo o potenziale, collettivo o individuale, tra il professionista e i consumatori. La pratica commerciale può essere anche una singola azione purchè essa non risulti del tutto occasionale.

La definizione offerta dall'art. 18 lettera d), c. cons. offre, in effetti, una nozione molto ampia di pratica commerciale sia sotto il profilo della natura giuridica della condotta vietata che può consistere tanto in dichiarazioni quanto in comportamenti materiali, tanto in azioni quanto in omissioni, sia sotto il profilo sostanziale poichè richiede che vi sia una "diretta connessione", e quindi una relazione, tra la condotta e la promozione, vendita o fornitura di un prodotto. Nonostante i confini di pratica commerciale siano molto estesi, il d. lgs 146/2007 come lo stesso codice del consumo tipizza alcune fattispecie concrete di pratiche sleali vietate che possono essere individuate al loro interno, quali ad esempio le pratiche commerciali ingannevoli o aggressive dirette ai consumatori e finalizzate a condizionarne o alterarne la capacità di decisione e di scelta.

Rientrano certamente nell'ambito di operatività dell'art. 18 tutte le vecchie e nuove forme di promozione e commercializzazione di prodotti (anche diverse dalle comunicazioni commerciali e dalla pubblicità); vi rientrano altresì tutte le condotte che portano ad una prima presa di contatto fra le parti, fino ad arrivare, eventualmente, al perfezionamento dell'accordo; ed infine sono comprese quelle pratiche che incidono sui comportamenti economici successivi ad un'operazione commerciale.¹⁵

Non ricadono, sicuramente, nell'ambito di applicazione della disciplina quelle pratiche volte ad orientare i consumatori nella scelta del prodotto e che effettivamente incidono sulle loro decisioni, ma che tuttavia non sono in relazione (o non sono "direttamente connesse") con la commercializzazione di un prodotto e che si inscrivono, piuttosto, entro la generale libertà di manifestazione del pensiero.¹⁶

14 <http://www.agcm.it/consumatore-competenza/pratiche-commerciali-scorrette.html>.

15 Direttiva 2005/29/Ce, art. 3, comma 1.

16 Si pensi ad esempio a soggetti del tutto estranei al gioco concorrenziale quali organi di stampa, istituti di ricerca, associazioni di consumatori, ecc. che pubblichino risultati errati di prove comparative.

Il termine "relazione" o "diretta connessione", che sono state qui utilizzate come sinonimo, hanno in realtà fonti e significati non del tutto sovrapponibili.

Si parla di "relazione" nell'art. 18 del Codice del Consumo intendendo tutte quelle attività che per via mediata o immediata abbiano a che fare con la promozione, vendita o fornitura di beni o servizi, inglobando al proprio interno tipologie di pratiche commerciali più generiche.

La "diretta connessione", di cui all'art. 2, lettera *d*) della direttiva 2005/29/Ce, invece, restringe nettamente il campo di applicazione della disciplina in quanto, quando si parla di diretta connessione, si fa riferimento a tutte quelle azioni od omissioni messe in atto da un professionista e che siano oggettivamente indirizzate a commercializzare un prodotto destinato (anche o esclusivamente) ai consumatori; ciò può verificarsi sia nel caso in cui il prodotto sia specificatamente rivolto a certe categorie di consumatori che lo useranno per scopi non professionali, sia nel caso in cui la promozione sia indirizzata a soggetti che utilizzeranno quel prodotto, oltre che per scopi privati, anche per scopi professionali o misti.

Sono, quindi, fuori da questa sfera i rapporti contrattuali o precontrattuali instaurati con altri professionisti che agiscano o abbiano agito in tale veste, le attività finalizzate a promuovere prodotti destinati esclusivamente ai professionisti e le condotte rivolte ad altri imprenditori concorrenti e prive di una diretta efficacia sui contratti in seguito stipulati con consumatori. Sono parimenti esclusi i casi in cui il collegamento finalistico fra la pratica e la promozione, vendita o fornitura di un prodotto sia realizzato in via mediata.

Si comprende facilmente che la terminologia utilizzata dal Codice del Consumo all' art. 18 e dalla direttiva 2005/29/Ce, all' art. 2, in merito al collegamento che deve sussistere tra la pratica e la promozione, vendita o fornitura del prodotto siano in parte contrastanti; per stabilire quale delle due interpretazioni debba prevalere sull'altra basta fare una considerazione: la direttiva 29/2005 è ad armonizzazione massima o completa e, pertanto, non consente agli Stati membri di introdurre disposizioni di attuazione capaci di ridurre, aumentare o di migliorare il livello di tutela dei consumatori. Di conseguenza non sono legittime letture della normativa che in qualche modo abbiano come risultato quello di ampliare il raggio di applicazione della nozione di <<pratica commerciale>> deducibile dalla direttiva comunitaria, per cui risulta decisamente più appropriato, ai fini della disciplina, assumere come parametro la "diretta connessione".

La pratica commerciale deve definirsi, però, anche sul piano temporale; l'art. 3 della direttiva 29/2005, come l'art. 19 c. cons., afferma che la pratica commerciale può essere posta in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto.

Le pratiche commerciali poste in essere anteriormente o contestualmente ad un'operazione commerciale relativa ad un prodotto sono quindi quelle volte a far acquistare il prodotto, indipendentemente dal fatto che ciò si realizzi o meno. Sono situazioni precedenti all'instaurarsi dell'eventuale contratto tra le parti, purchè suscettibili di indurre il consumatore a prendere decisioni che non avrebbe altrimenti preso.¹⁷

Le pratiche poste in essere posteriormente, invece, prendono di mira le scelte del consumatore successive alla conclusione del contratto purchè direttamente collegate o conseguenti all'operazione commerciale già effettuate. Si annoverano a questa categoria le pratiche finalizzate ad influenzare slealmente la scelta di un consumatore di esercitare un certo diritto o di far valere una certa tutela come ad esempio il diritto di recesso o la sostituzione/riparazione del bene acquistato.

1.5.2 I DESTINATARI DELLA NORMATIVA-CONSUMATORE E PROFESSIONISTA

La normativa in questione, e nello specifico l'art. 18 del c. cons., offre la definizione di due posizioni contrapposte nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette, quella del consumatore e quella del professionista e la cui definizione coincide con quella dell'art. 3 del codice del consumo.

CONSUMATORE

Il **consumatore**, è *qualsiasi persona fisica che nelle pratiche commerciali [...], agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale*¹⁸. Egli è sostanzialmente "qualsiasi individuo che operando per fini privati, estranei alla sua occupazione (personale o professionale) , potrebbe essere fuorviato da una pratica commerciale scorretta. Tra gli altri, in base a tale definizione, risulta "consumatore", qualsiasi pubblico destinatario dei messaggi pubblicitari trasmessi dai media".¹⁹

E' facilmente intuibile che il consumatore rappresenta il contraente "debole" del binomio professionista-consumatore che necessita di tutela in tutte le fasi del rapporto commerciale.

Questo perchè le strategie commerciali messe in atto dai professionisti possono condizionare, orientare o ribaltare le scelte del consumatore in fase di acquisto, e addirittura hanno il potere di creare in esso nuovi bisogni. Il consumatore, insomma, è maggiormente suggestionabile rispetto ad un altro professionista poichè in fase di acquisto, il primo, è spinto

17 L'art. 18 lettera d), c. cons. parla espressamente di pubblicità e commercializzazione di un prodotto.

18 art. 18, comma 2, c. cons., *Divieto delle pratiche commerciali scorrette*.

19 http://www.legaconsumatori.it/risparmio/pratiche_scorrette.

o potrebbe essere spinto da fattori emotivi, il secondo, invece, compie delle scelte razionali e sceglie un prodotto o un servizio in relazione al costo, all'efficienza o all'utilità dello stesso per lo svolgimento della propria attività.

Nella clausola generale però non si parla di semplice consumatore, bensì si fa riferimento al 'consumatore medio'²⁰ (art. 20, comma 2, c. cons.), riferendosi ad una persona dotata di un buon livello di istruzione e di capacità critica nelle decisioni di consumo²¹. La proposta della direttiva presentata dalla Commissione nel 2003 conteneva un'apposita definizione di <<consumatore medio>>, distinta ed autonoma rispetto a quella di <<consumatore>>: nell'art. 2, lettera b), si stabiliva infatti che per <<consumatore medio>> si sarebbe dovuto intendere <<il consumatore normalmente informato e ragionevolmente avveduto>>. La Commissione assumeva in tal modo come parametro di riferimento non il modello di consumatore "debole e vulnerabile" (sprovvisto cioè delle conoscenze e delle informazioni indispensabili per agire con piena consapevolezza della portata e della convenienza delle proprie decisioni, nonché privo della razionalità e del senso critico necessari per operare scelte ponderate), bensì il modello del consumatore "critico e consapevole" in quanto <<normalmente>> informato ed avveduto.

Difatti, lo standard del "consumatore più debole" (quindi meno istruito e con capacità critiche ridotte), obbligherebbe il legislatore a vietare l'utilizzo di molti messaggi che però stimolano l'interesse del consumatore e quindi la domanda.

A dire il vero il parametro del <<consumatore medio>> ha destato non poche perplessità relativamente alla sua capacità di tutela nei confronti di una vasta e variegata categoria di consumatori.

Invero, al fine di rendere tale concetto il più possibile elastico e adattabile alle peculiarità specifiche delle concrete fattispecie, il Parlamento europeo aveva proposto di inserire, accanto alla definizione di consumatore medio, un'ulteriore integrazione e cioè: <<tenuto conto delle circostanze sociali, culturali e linguistiche>>, espressione che in effetti non si ritrova né nell'articolo 2 (in cui in effetti manca per intero una lettera dedicata alla definizione di "consumatore medio"), né nell'art. 5 della direttiva. Tale integrazione è stata piuttosto confinata in un apposito considerando, evitando di consacrarlo in una definizione *ad hoc* inserita nel testo normativo.

20 Di <<consumatore medio>>, e non semplicemente di <<consumatore>>, si parla altresì nei commi 1 e 2 dell'art. 21 (azioni ingannevoli), nei commi 1 e 2 dell'art. 22 (omissioni ingannevoli) nonché nell'art. 24 (pratiche aggressive) c. cons..

21 A. SACCOMANI, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE*, in E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, p. 151.

Il considerando in questione è il n. 18 che dopo aver ricordato che «la Corte di Giustizia ha ritenuto necessario, nel deliberare in cause relative alla pubblicità dopo l'entrata in vigore della direttiva 84/450/Cee, esaminare l'effetto su un vulnerabile consumatore tipico», statuisce che «conformemente al principio di proporzionalità²², e per consentire l'efficace applicazione delle misure di protezione in essa previste, la presente direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia [...]»>. Se ed in che misura le affermazioni contenute nel considerando n. 18 dovranno considerarsi vincolanti per le autorità giudiziarie ed amministrative in sede di interpretazione della normativa è una questione molto delicata che troverà una soluzione solo a seguito di una decisione della Corte di Giustizia.

Occorre tuttavia approfondire ulteriormente la questione poichè quand'anche si volesse riconoscere alle affermazioni contenute nel «considerando» n. 18 un certo grado di vincolatività simile a quello che avrebbe avuto un'apposita definizione normativa di «consumatore medio», la questione dell'esatto significato di tale nozione non potrebbe dirsi risolta²³.

In primo luogo bisogna tener conto della terminologia utilizzata dallo stesso «considerando» nel quale si fa riferimento ad un consumatore "normalmente" informato e "ragionevolmente" avveduto ed attento; ciascuno di questi termini ha a dire il vero una portata molto ampia e generica ed in ogni caso un "normale livello di informazione" ed un "ragionevole grado di avvedutezza ed attenzione" sono parametri che difficilmente si prestano ad essere rigidi e prefissati e che piuttosto tendono a variare in relazione a quegli stessi fattori sociali culturali e linguistici di cui al «considerando» n. 18.

Un'altra cosa di cui bisogna tener conto è che la stessa nozione di consumatore medio può assumere diversi significati a seconda che la pratica commerciale sleale si rivolga indistintamente a tutti gli utenti oppure ad uno specifico gruppo di consumatori.

Nel primo caso, nel momento in cui si andrà a valutare l'idoneità di una pratica

22 Analogamente al principio di sussidiarietà, il principio di proporzionalità regola l'esercizio delle competenze esercitate dall'Unione europea. Esso mira a inquadrare le azioni delle istituzioni dell'UE entro certi limiti. In virtù di tale regola, l'azione dell'UE deve limitarsi a quanto è necessario per raggiungere gli obiettivi fissati dai trattati. In altre parole, il contenuto e la forma dell'azione devono essere in rapporto con la finalità perseguita. Il principio di proporzionalità è illustrato nell'articolo 5 del trattato sull'Unione europea. Il protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, allegato ai trattati, specifica i criteri di applicazione di questo principio;

23 E. BARGELLI, R. CALVO, A. CIATTI, G. DE CRISTOFARO, L. DI NELLA, R. DI RAIMO, ' *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)*' a cura di G. De Cristofaro. G. GIAPPICHELLI EDITORE-TORINO, 2008, p. 165.

commerciale, diretta alla generalità dei consumatori, a falsarne in "misura apprezzabile" il comportamento economico, si potrà ricorrere al parametro del consumatore medio solo ove non sia ravvisabile, all'interno della cerchia dei potenziali destinatari della pratica, un gruppo di consumatori particolarmente vulnerabili al bene/servizio offerto o alla pratica suddetta.

Laddove, invece (e qui si rientra nel secondo caso) sia individuabile un gruppo di consumatori particolarmente vulnerabili, o più in generale uno specifico gruppo di consumatori, l'idoneità a falsarne in misura apprezzabile il comportamento economico dovrà essere misurato in relazione al membro medio del medesimo gruppo. Quando la pratica è rivolta ad una cerchia ristretta bisogna inoltre tenere conto delle peculiari caratteristiche medie dello specifico gruppo di consumatori cui il professionista indirizza i propri messaggi e comunicazioni pubblicitarie finalizzate alla promozione del proprio bene o servizio; ed è proprio in considerazione di tali caratteristiche che potrà stabilirsi quale livello qualitativo di informazione possa reputarsi "normalmente" posseduto dai destinatari della pratica commerciale e quale grado di attenzione e avvedutezza ci si possa da essi "ragionevolmente" attendere.

Secondo la dottrina, il problema sta nel fatto che la nozione di <<consumatore medio>> è stata concepita più avendo riguardo ai messaggi pubblicitarie e alle comunicazioni commerciali, e più in generale alle condotte promozionali di natura standardizzata rivolte da una pluralità indistinta di soggetti. Essendo le pratiche commerciali molto diversificate e comprendendo al loro interno una molteplicità di condotte imprenditoriali con caratteristiche diverse dalla semplice pubblicità, si può dedurre che il parametro del consumatore medio risulta a tratti inadeguato o comunque bisognoso di adattamenti in relazione al caso concreto.

Si può concludere dunque che il parametro del consumatore medio dovrebbe essere adottato quando la comunicazione commerciale o la promozione del bene/servizio si rivolga ad una grande varietà di utenti; viceversa, se le caratteristiche del consumatore sono ben delineate, allora dovrebbe usarsi il criterio del consumatore tipico in modo da garantire un certo grado di tutela indistintamente a tutte le categorie di consumatori.

PROFESSIONISTA

Il **professionista** è "la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario"²⁴

La definizione di professionista è certamente più chiara rispetto a quella di

²⁴ art. 3, comma 1, lettera c), c. cons. .

consumatore, posto che la legge specifica che si possa trattare di un soggetto pubblico o privato, riferito tanto al professionista, quale il prestatore d'opera manuale di cui all'art 2222 c.c. e/o intellettuale ex art 2229 c.c., quanto all'imprenditore. La Corte di Cassazione²⁵ ha specificato che perchè si possa parlare di professionista non è necessario che il contratto venga posto in essere nell'esercizio dell'attività d'impresa o della professione, essendo sufficiente uno scopo connesso al loro esercizio.

L'aggettivo imprenditoriale, totalmente assente nel testo della direttiva, è stato aggiunto dal legislatore italiano per il significato che assume il termine professionista nel nostro ordinamento secondo cui è considerato professionista il prestatore d'opera intellettuale c.d. protetto, con la conseguenza che se il legislatore si fosse limitato ad un mero recepimento della direttiva comunitaria, l'imprenditore sarebbe rimasto escluso dalla sfera di applicazione della disciplina consumeristica. Nella categoria di imprenditore rientrano anche i piccoli imprenditori (art. 2083 c.c.) gli imprenditori agricoli (art. 2135 c.c.) e gli enti senza scopo di lucro che svolgono attività d'impresa.

La nozione contenuta nel Codice del Consumo chiarisce che la disciplina in esame si applica non soltanto agli imprenditori e professionisti che agiscono in prima persona, ma anche ai loro intermediari. Su quest'ultimo punto è necessario fare una precisazione; tra la definizione di professionista di cui all'art. 3 c. cons, e quella riportata dall'art. 18 del medesimo codice vi è una lieve differenza: nell'art. 3 lettera *c*), viene utilizzato il termine intermediario, mentre nell'art. 18, comma 1, lettera *b*), viene utilizzata la locuzione <<chiunque agisca in nome o per conto di un professionista>>. Tra le due espressioni non vi è una sostanziale differenza, tuttavia è preferibile quella utilizzata dall'art. 18, comma 1, lettera *b*) in quanto più tecnica del sostantivo intermediario.

Egli rappresenta la parte più forte del rapporto ed è quello che non deve porre in essere pratiche commerciali che possano, in qualche modo, trarre in inganno il consumatore; è colui che deve mantenere un certo grado di diligenza professionale per far sì che l'utente finale sia messo nella condizione di fare una scelta consapevole ed è anche lo stesso che non deve mettere in atto comportamenti sleali nei confronti della concorrenza.

1.5.3 PRODOTTO

La normativa sulle pratiche commerciali offre diverse definizioni anche di prodotto.

Vi è quella di cui all'art. 3, lettera *e*) del codice del consumo secondo cui <<fatto salvo

²⁵ Cass., 25 luglio 2001, n. 10127.

quanto stabilito nell'articolo 18, comma 1, lettera c), e nell'articolo 115, comma 1, qualsiasi prodotto destinato al consumatore, anche nel quadro di una prestazione di servizi, o suscettibile, in condizioni ragionevolmente prevedibili, di essere utilizzato dal consumatore, anche se non a lui destinato, fornito o reso disponibile a titolo oneroso o gratuito nell'ambito di un'attività commerciale, indipendentemente dal fatto che sia nuovo, usato o rimesso a nuovo [...]>>.

Una seconda definizione, da un lato meno precisa in quanto omette di precisare che il prodotto debba essere destinato al consumatore, e che dall'altro però fa riferimento alla natura giuridica dei prodotti, informazione di cui difetta l'articolo 3, è quella offerta dall'art. 18, lettera c) in base al quale rientra nella definizione di prodotto <<qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni>>.

Su questa seconda definizione sono sorti alcuni dubbi in merito al riferimento a diritti ed obbligazioni poichè è naturale pensare ad un bene o ad un servizio quando si parla di promozione, vendita o fornitura, ma è certamente meno naturale pensare che queste stesse attività possano riguardare diritti ed obbligazioni. È piuttosto plausibile che, nell'ambito di un'operazione commerciale, il professionista possa interferire con l'esercizio di un diritto, legato all'acquisto del bene/servizio; e ciò potrebbe consistere ad esempio nell'omettere di informare il consumatore dell'esistenza di un diritto di recesso, o in minacce nei confronti del consumatore per indurlo a pagare regolarmente il corrispettivo dovuto. Sarebbe più corretto, quindi, che i diritti e le obbligazioni venissero collocate nella definizione di "decisione di natura commerciale" di cui all'art. 2, lettera k) della direttiva 2005/29/Ce²⁶.

1.5.4 LA DILIGENZA PROFESSIONALE

Senza dubbio un'altra definizione chiave della disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette è quella di <<diligenza professionale>>, nozione dotata di piena autonomia rispetto a quelle di diligenza nell'adempimento delle obbligazioni e di colpa, più di natura civilistica.

La diligenza professionale di cui all'art. 18 lettera h) è da intendersi come un insieme di regole oggettive di comportamento corrispondenti ad un determinato livello di conoscenze specialistiche e di attenzione che il professionista è tenuto ad osservare nell'ambito di

²⁶ art. 2, lettera k), direttiva 2005/29/Ce :<< una decisione presa da un consumatore relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto. Tale decisione può portare il consumatore a compiere un'azione o ad astenersi dal compierla>>.

un'operazione commerciale posta in essere nei confronti dei consumatori ed è totalmente slegata sia dal concetto di diligenza intesa come parametro di valutazione della regolarità dell'adempimento di un'obbligazione sia dalla diligenza, prudenza e perizia la cui mancata adozione, ai sensi dell'art. 2043 c.c., consente di qualificare la condotta del soggetto che ha causato un danno ingiusto come colposa.

È chiaro che quale sia il livello di conoscenze e di attenzione al di sotto del quale una pratica commerciale, posta in essere dal professionista, possa essere considerata scorretta è un confine molto labile; per far sì che non si finisca per dare un giudizio non corretto è necessario valutare *in primis* il tipo di attività esercitata dal professionista per poter stabilire in secondo luogo «il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista [...] rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede [...]»²⁷.

I principi generali di correttezza e buona fede, dunque, servono solo ad individuare quel giusto livello di cura, competenze ed attenzione che, in quello specifico settore di attività, il consumatore dovrà/potrà attendersi dal professionista e al di sotto del quale, ribadendo il concetto di cui sopra, un'operazione commerciale può giudicarsi scorretta.

I principi generali di correttezza e buona fede cui fa riferimento l'art. 18, c. cons. derivano certamente dalla correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 ('*Comportamento secondo correttezza*'), 1337 ('*Trattative e responsabilità contrattuale*'), 1375 c.c. ('*Esecuzione di buona fede*'); questi principi generali necessitano però di alcuni adeguamenti dovuti alla speciale natura della fattispecie delle pratiche commerciali e devono quindi tener conto non solo del tipo di attività svolta dal professionista, ma anche dei destinatari della pratica commerciale.

1.5.5 L'IDONEITÀ DELLA PRATICA A «FALSARE IN MISURA RILEVANTE IL COMPORTAMENTO ECONOMICO DEL CONSUMATORE»

Un altro elemento costitutivo della nozione di pratica commerciale scorretta è rappresentato dall'idoneità della pratica a falsare in misura rilevante²⁸ o apprezzabile (i due termini vengono utilizzati superficialmente in maniera indistinta) il comportamento economico del consumatore.

²⁷ Art. 18, lettera h), c. cons..

²⁸ Nell'art. 20, comma 2, c.cons., il legislatore italiano ha preferito utilizzare l'aggettivo "apprezzabile" al posto dell'aggettivo "rilevante", senza però utilizzare il medesimo aggettivo in sede di formulazione dell'art. 18, lettera e) del medesimo codice, recante la definizione del significato dell'espressione «falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori» da ciò può dedursi che a tale differenza lessicale sia in effetti di scarso rilievo.

È da notare che in questo requisito trova piena espressione l'assunto fondamentale della nuova disciplina; nell'art. 1 della direttiva si legge infatti che lo scopo è quello di contribuire al corretto funzionamento del mercato tutelando i consumatori mediante l'armonizzazione delle disposizioni degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori. Può notarsi, in effetti, che nessuna delle disposizioni inserite nel c. cons. dal d. lgs n. 146/2007 riconnette in modo altrettanto esplicito la <<scorrettezza>> di una pratica commerciale alla sua attitudine a ledere (soltanto) interessi economici dei consumatori.

È lecito chiedersi, per comprendere appieno il significato di quanto affermato nell'art. 18, lettera *e*), cosa si intenda per decisione di natura commerciale; una prima spiegazione è data dallo stesso art. 18, lettera *m*) secondo cui per <<decisione commerciale>> deve intendersi <<la decisione presa da un consumatore relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto; tale decisione può portare il consumatore a compiere un'azione o all'astenersi dal compierla>>. Si tratta di una nozione molto ampia, comprensiva non soltanto della scelta se accettare o meno di instaurare un certo rapporto contrattuale con un professionista, ma anche delle scelte relative al tenore delle singole clausole del regolamento negoziale che regolerà il rapporto tra le parti, nonché della stessa scelta dei modi con cui manifestare la volontà di stipulare il contratto.

Al di là dell'ampiezza del concetto di <<decisione di natura commerciale>> , può affermarsi con certezza che una pratica commerciale è idonea ad indurre un consumatore a prendere una decisione che non avrebbe altrimenti preso quando spinge un consumatore ad accettare di concludere un contratto o a rifiutare una proposta contrattuale, a sciogliere un rapporto contrattuale o ad astenersi dal porre fine ad un rapporto contrattuale precedentemente instaurato, ad esercitare un diritto di cui egli stesso è titolare a favore della controparte o ad astenersi di far valere un suo diritto; lo stesso può dirsi quando la pratica commerciale spinge il consumatore ad accettare l'inserimento di determinate clausole nel regolamento negoziale destinato a disciplinare il rapporto contrattuale, oppure ancora a stipulare il contratto con determinate modalità o in specifici luoghi.

Un altro aspetto importante da tenere in considerazione è anche l'idoneità della pratica a limitare la libertà di scelta o di comportamento dei consumatori, e ciò ad esempio distorcendo o omettendo alcune informazioni che potrebbero rivelarsi fondamentali per far sì che il consumatore faccia una scelta libera e soprattutto consapevole. Di conseguenza le pratiche commerciali che non si prestano ad essere ricondotte ad alcuna delle previsioni specifiche

degli elenchi contenuti negli artt. 23 e 26 c. cons. nè ad essere qualificate come <<ingannevoli>> ai sensi degli artt. 21 e 22 o come <<aggressive>> ai sensi dell'art. 24 c. cons. possono essere considerate scorrette , in applicazione dell'art. 20, comma 1, c. cons., soltanto se influiscono sulle informazioni di cui i consumatori abbisognano per decidere con cognizione di causa. Per contro le pratiche commerciali che incidono soltanto sulla libertà di scelta del consumatore senza compromettere la completezza e l'esattezza delle informazioni di cui egli dispone, se non rientrano in una delle previsioni della lista "nera" (art. 26 c. cons.) nè si prestano ad essere qualificate come <<aggressive>> a norma dell'art. 24 c. cons. non possono mai essere considerate scorrette , dovendosi ritenere preclusa a priori l'applicabilità della nozione generale di cui all'art. 20, comma 2, c. cons.²⁹, riducendo drasticamente gli spazi di operatività della nozione generale di cui all'art. 20, comma 2, c. cons.

Un altro fattore che ridurrebbe ulteriormente l'ambito di operatività dell'articolo 20 attiene ad alcuni dubbi interpretativi derivanti dal confronto tra le varie versioni linguistiche della definizione di cui all'art. 2, lettera e) della direttiva.

In particolare tali dubbi riguardano la rilevanza o meno del profilo soggettivo della condotta; in altri termini è chiaro che per far sì che una condotta possa essere giudicata scorretta, essa deve essere oggettivamente in grado di alterare sensibilmente la capacità dei consumatori di prendere decisioni consapevoli, ma è altresì necessario che tali condotte, sul piano soggettivo, siano state intenzionalmente poste in essere dal professionista al solo scopo di alterare la decisione del consumatore?

La versione italiana parrebbe dare rilevanza al solo profilo oggettivo (ciò si evince dalla scelta del legislatore italiano di mantenere inalterata la formulazione utilizzata nella versione italiana della lettera e) dell'art. 2 della direttiva) e ciò probabilmente per ragioni di coerenza con il regime normativo dettato per le azioni e le omissioni ingannevoli degli artt. 21 e 22 c.cons., che richiedono che la pratica abbia una un'oggettiva attitudine ad ingannare i consumatori, ma non richiedono al contempo che essa sia concepita dal professionista al solo scopo di ingannare i consumatori.

Un recente caso di giurisprudenza, avente come parti protagoniste ATAC Spa, in qualità di professionista, e ALTROCONSUMO (una delle associazioni maggiormente rappresentative sul territorio nazionale) a tutela del consumatore, chiarirà queste definizioni, fin'ora solo teoriche.

Il caso riguarda nello specifico una decisione dell'Agcm relativa al procedimento istruttorio n. PS10666, avviato il 30 novembre 2016, nei confronti della già citata ATAC Spa.

²⁹ *Contra v. KOCH, Die Richtiline*, cit., p. 39.

In particolare ATAC gestisce, in regime di monopolio, i servizi di trasporto pubblico locale in alcune zone del comune di Roma trasportando giornalmente circa duecentomila utenti; il procedimento ha riguardato la condotta posta in essere da ATAC consistente nella prospettazione, attraverso l'orario pubblico diffuso presso le stazioni e nel sito internet ufficiale dell'azienda, di un'offerta di servizi di trasporto frequente e cospicua, a fronte della sistematica e persistente soppressione delle corse programmate. Ulteriore oggetto di osservazione ha riguardato la mancata – o non adeguata - informazione agli utenti circa l'impossibilità di effettuare determinate corse, pur essendo, l'azienda, a conoscenza delle ragioni sistematiche che avrebbero potuto causare la soppressione di alcune corse e la rimodulazione degli orari di quelle contigue.

Poiché la pratica commerciale oggetto del provvedimento riguarda il settore del trasporto pubblico locale, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 27 comma 1-bis, del Codice del Consumo, durante la fase istruttoria è stato inoltre richiesto il parere all'Autorità di Regolazione dei Trasporti, la quale ha svolto alcune considerazioni preliminari di carattere generale, individuando e illustrando la specifica regolazione di settore applicabile alla fattispecie in questione, nonché fornendo elementi di contesto volti ad una migliore valutazione dello *standard* di diligenza professionale richiesto ad un professionista del settore.

Le risultanze istruttorie hanno mostrato come il professionista abbia costantemente e sistematicamente disatteso gli orari ufficiali delle corse programmate, creando gravi disagi all'utenza, ed ingannandola circa gli orari e la frequenza delle corse, alterando in tal modo la loro libera e consapevole scelta economica sulle modalità di trasporto da utilizzare. Se, d'altro canto, ATAC fosse stata più efficiente in termini di informazioni rese all'utenza, e avesse preventivamente e tempestivamente informato i consumatori dell'elevata possibilità che alcuni treni sarebbero stati soppressi, questi avrebbero avuto la possibilità di scegliere consapevolmente che tipo di mezzo di trasporto utilizzare.

Ciò considerato, la condotta posta in essere da ATAC è risultata idonea ad ingannare i consumatori in merito all'effettiva disponibilità del servizio e a falsarne il comportamento economico³⁰, in violazione dell'art. 21 del Codice del Consumo; inoltre la mancata diffusione preventiva ed in tempo utile di informazioni riguardo all'impossibilità di effettuare determinate corse, o comunque di effettuarle in orari diversi da quelli programmati, integra un comportamento non corrispondente al normale grado di competenza ed attenzione che ci si

³⁰ La disciplina sulle pratiche ingannevoli è dunque applicabile anche ad aziende che, come nel caso in questione, operano in condizioni di monopolio legale. Sebbene si potrebbe pensare che non vi siano concorrenti in grado di essere danneggiati, bisogna far presente che potrebbero comunque esservi beni o servizi sostituibili a quelli del monopolista, tenendo conto altresì che tale pratica danneggerebbe i consumatori illecitamente indotti all'acquisto del bene/servizio.

può attendere da una società come ATAC, avuto riguardo alle caratteristiche dell'attività svolta, violando quanto previsto dall'art. 20, comma 2 e dall'art. 22 del Codice del Consumo.

Tali condotte, che hanno interessato un periodo abbastanza ampio (dal 2010 al 2017), sono state sanzionate dall'Autorità in quanto ingannevoli ed omissive in violazione degli artt. 20, 21 e 22 del Codice del Consumo, applicando una sanzione di 3 milioni e 600 mila euro.

1.6 PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE - TIPOLOGIE

Il codice del consumo individua due categorie di pratiche commerciali scorrette: le **pratiche ingannevoli** e le **pratiche aggressive**; le prime (di cui agli artt. 21- 22-23 del codice del consumo) idonee ad indurre in inganno il consumatore, possono consistere in azioni od omissioni ingannevoli; le seconde, (di cui agli artt. 24-25-26 del medesimo codice) invece, possono limitare la libertà di scelta dello stesso consumatore con molestie o comportamenti coercitivi. Per quanto diverse, queste due tipologie di pratiche scorrette hanno il medesimo fine: quello di falsare il libero gioco della concorrenza e spingere il consumatore all'acquisto di uno specifico prodotto o servizio esaltandone caratteristiche non veritiere.

1.6.1 LE PRATICHE INGANNEVOLI

Come appena detto sopra le pratiche ingannevoli si trovano all'interno del Codice del Consumo agli articoli 21-22-23; scorrendo gli articoli si può leggere che il Codice distingue tre tipologie di pratiche ingannevoli rispettivamente 'Azioni ingannevoli' (art. 21, c. cons.), 'Omissioni ingannevoli' (art. 22, c. cons.) cui segue uno specifico articolo dedicato alle pubblicità marittime (art. 22-bis, c. cons.), ed infine 'Pratiche commerciali considerate "in ogni caso" ingannevoli' (art. 23, c.cons.).

Per quanto riguarda la prima fattispecie è considerata azione ingannevole quella pratica che contiene informazioni non veritiere, o seppur vere, tali informazioni sono idonee ad indurre in errore il consumatore medio relativamente a specifici elementi come ad esempio la natura o le caratteristiche principali del prodotto, la portata degli impegni del professionista , il prezzo.

E' inoltre considerata ingannevole la pratica che induce, o che sia idonea ad indurre, il consumatore a prendere una decisione che non avrebbe altrimenti preso e che a ciò segua un'attività di commercializzazione di un prodotto che genera confusione con i prodotti o i

segni distintivi di altri produttori concorrenti, oppure che il professionista non rispetti i codici di condotta che lo stesso si è impegnato a rispettare.

Sono altresì considerate pratiche ingannevoli le circostanze in cui il professionista ometta di mettere in guardia il consumatore riguardo ad un uso prudente del prodotto commercializzato in quanto suscettibile di mettere in pericolo la salute e la sicurezza dello stesso.

Altre pratiche che sono considerate scorrette ai sensi dell'art. 21 sono quelle messe in atto da banche o istituti di credito, i quali obblighino l'utente a stipulare un contratto di qualsivoglia genere o ad aprire un conto presso la banca o istituto medesimo; altrettanto scorrette sono le pratiche che, suscettibili di raggiungere un pubblico non adulto possa intaccare la loro sicurezza.

All'art. 22, Omissioni ingannevoli, si legge invece << E' considerata ingannevole una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o e' idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.>>.

Secondo quanto scritto nel comma 2 si parla di omissione ingannevole quando un professionista occulta o presenta in modo incomprensibile o ambiguo le informazioni rilevanti per far sì che il consumatore faccia delle scelte consapevoli. Al comma 4 è presente invece un elenco delle informazioni che vengono considerate rilevanti, e che quindi devono essere messe a disposizione del consumatore da parte del professionista, nel caso in cui si tratti di "invito all'acquisto", tali informazioni sono:

- a) le caratteristiche principali del prodotto in misura adeguata al mezzo di comunicazione e al prodotto stesso;
- b) l'indirizzo geografico e l'identità del professionista quando quest' informazione sia pertinente;
- c) il prezzo comprensivo dell'imposta o comunque le modalità di calcolo dello stesso, con eventuali spese aggiuntive e, nel caso in cui queste vengano addebitate in un secondo momento, la comunicazione del futuro addebito;
- d) le modalità di pagamento, consegna, esecuzione e trattamento dei reclami;
- e) l'esistenza di un eventuale diritto di recesso o di scioglimento del contratto per le operazioni che lo prevedano.

Questa seconda fattispecie di difetto di informazione risulta più complessa tanto che il legislatore invita l'interprete a considerare le circostanze del caso concreto quali ad esempio i limiti del mezzo di comunicazione impiegato o i limiti di tempo e di spazio lasciando interpretare che tale ingannevolezza sarebbe di scarsa rilevanza qualora le suddette informazioni omesse possano essere reperite attraverso altri canali informativi.

A riguardo, però, l'Agcm e la successiva giurisprudenza amministrativa è stata più inflessibile tanto da affermare che, se pur di facile reperimento, non è ammesso che elementi essenziali della comunicazione possano essere ricavati per rinvio ad altre fonti.

Ci sono infine le pratiche considerate in ogni caso ingannevoli ed il cui elenco è presente all'art. 23 del codice del consumo. Il termine "in ogni caso ingannevoli" *sembrerebbe escludere la possibilità di prova contraria e quindi impedisce ogni valutazione in ordine alle circostanze concrete dell'offerta e agli effetti del consumatore.*³¹

Tali pratiche sono:

- a) affermazione non rispondente al vero, da parte di un professionista, di essere firmatario di un codice di condotta;
- b) esibire un marchio di fiducia, un marchio di qualità o un marchio equivalente senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione;
- c) asserire, contrariamente al vero, che un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura;
- d) asserire, contrariamente al vero, che un professionista, le sue pratiche commerciali o un suo prodotto sono stati autorizzati, accettati o approvati, da un organismo pubblico o privato o che sono state rispettate le condizioni dell'autorizzazione, dell'accettazione o dell'approvazione ricevuta;
- e) invitare all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo senza rivelare l'esistenza di ragionevoli motivi che il professionista può avere per ritenere che non sarà in grado di fornire o di far fornire da un altro professionista quei prodotti o prodotti equivalenti a quel prezzo entro un periodo e in quantità ragionevoli in rapporto al prodotto, all'entità della pubblicità fatta del prodotto e al prezzo offerti;
- f) invitare all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo e successivamente: 1) rifiutare di mostrare l'articolo pubblicizzato ai consumatori, oppure 2) rifiutare di accettare ordini per l'articolo o di consegnarlo entro un periodo di tempo ragionevole, oppure, 3) fare la dimostrazione dell'articolo con un campione difettoso con l'intenzione di promuovere un altro prodotto

31 M. CIAN, *Diritto Commerciale*, vol. I, G. Giappichelli Editore, 2014, p. 180.

- g) 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;
- h) impegnarsi a fornire l'assistenza post-vendita a consumatori con i quali il professionista ha comunicato prima dell'operazione commerciale in una lingua diversa dalla lingua ufficiale dello Stato membro in cui il professionista è stabilito e poi offrire concretamente tale servizio soltanto in un'altra lingua, senza che questo sia chiaramente comunicato al consumatore prima del suo impegno a concludere l'operazione;
- i) affermare, contrariamente al vero, o generare comunque l'impressione che la vendita del prodotto è lecita;
- j) presentare i diritti conferiti ai consumatori dalla legge come una caratteristica propria dell'offerta fatta dal professionista;
- k) salvo quanto previsto dal decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, e successive modificazioni, impiegare contenuti redazionali nei mezzi di comunicazione per promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati sostenuti dal professionista senza che ciò emerga dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore;
- l) formulare affermazioni di fatto inesatte per quanto riguarda la natura e la portata dei rischi per la sicurezza personale del consumatore o della sua famiglia se egli non acquistasse il prodotto;
- m) promuovere un prodotto simile a quello fabbricato da un altro produttore in modo tale da fuorviare deliberatamente il consumatore inducendolo a ritenere, contrariamente al vero, che il prodotto è fabbricato dallo stesso produttore;
- n) avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti;
- o) affermare, contrariamente al vero, che il professionista è in procinto di cessare l'attività o traslocare;
- p) affermare che alcuni prodotti possono facilitare la vincita in giochi basati sulla sorte;
- q) affermare, contrariamente al vero, che un prodotto ha la capacità di curare malattie,

- disfunzioni o malformazioni;
- r) comunicare informazioni inesatte sulle condizioni di mercato o sulla possibilità di ottenere il prodotto allo scopo d'indurre il consumatore all'acquisto a condizioni meno favorevoli di quelle normali di mercato;
 - s) affermare in una pratica commerciale che si organizzano concorsi o promozioni a premi senza attribuire i premi descritti o un equivalente ragionevole;
 - t) descrivere un prodotto come gratuito o senza alcun onere, se il consumatore deve pagare un supplemento di prezzo rispetto al normale costo necessario per rispondere alla pratica commerciale e ritirare o farsi recapitare il prodotto;
 - u) includere nel materiale promozionale una fattura o analoga richiesta di pagamento che lasci intendere, contrariamente al vero, al consumatore di aver già ordinato il prodotto;
 - v) dichiarare o lasciare intendere, contrariamente al vero, che il professionista non agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, o presentarsi, contrariamente al vero, come consumatore;
 - w) lasciare intendere, contrariamente al vero, che i servizi post-vendita relativi a un prodotto siano disponibili in uno Stato membro diverso da quello in cui è venduto il prodotto .

La disciplina appena esposta comprende al suo interno un'altra tipologia di pratica commerciale scorretta ovvero le 'Pratiche commerciali non trasparenti', divieto frammentato tra le varie disposizioni. L'ingannevolezza per difetto di trasparenza è contemplata dall'art. 22, comma 2, c. cons. , che considera ingannevole la circostanza in cui il professionista non esplica l'intento commerciale della pratica stessa, qualora questo non risulti già evidente.

Si passa, adesso, a descrivere le tipologie di pratiche aggressive.

1.6.2 LE PRATICHE AGGRESSIVE

Anche gli artt. 24-25-26 individuano le tipologie di pratiche aggressive, in particolare l'art. 24 offre una definizione di pratica commerciale aggressiva, l'art. 25 invece è dedicato alla fattispecie di pratiche aggressive in senso stretto, ed infine l'art. 26 parla di 'pratiche considerate in ogni caso aggressive'.

L'art. 24 stabilisce che: « E' considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita

o e' idonea a limitare considerevolmente la liberta' di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o e' idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso >>.

Secondo la giurisprudenza, ciò che distingue le pratiche aggressive da quelle ingannevoli è il rapporto diretto che, nella prima tipologia, si instaura tra consumatore e professionista, il quale, approfittando della propria posizione di forza rispetto al primo, lo induce a prendere decisioni che non avrebbe altrimenti preso. *"Le pratiche commerciali aggressive si caratterizzano, dunque, per un elemento di carattere sestrutturale, rappresentato da quegli atti che consistono in molestie, coercizioni, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, e per uno di carattere funzionale, rappresentato dalla capacità della pratica di indurre attualmente o potenzialmente il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che egli non avrebbe altrimenti preso"* ³²

Ma cosa si intende per indebito condizionamento o per molestie, coercizione e forza fisica? Procediamo per ordine a chiarirne il significato.

- **Molestia**: sensazione di disagio che provoca anche una reazione stizzita o sofferenza;

- **Coercizione**: imposizione operata sulla volontà altrui, specialmente con l'uso della forza o del ricatto;

- **Forza fisica**: può rappresentare un mezzo di costrizione, di oppressione per gli altri ad agire o a cedere contro la propria volontà;

- **Indebito condizionamento**: << sfruttamento di una posizione di potere rispetto al 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; >>³³.

Quest'ultima nozione esprime l'essenza delle pratiche commerciali aggressive.

In ogni caso l'aggressività deve essere valutata in base agli elementi presenti all'art. 25 c. cons. ovvero:

- a) tempi, luogo, natura o persistenza della molestia (ad esempio continue sollecitazioni telefoniche);
- b) ricorso a minacce fisiche o verbali;
- c) sfruttamento di situazioni tragiche o di circostanze gravi tali da alterare le capacità decisionali e critiche del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto;

32 L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali sleali "aggressive*, in G. DE CRISTOFARO, a cura di *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit. 230.

33 art. 18, comma 1, lettera l), c. cons..

- d) qualsiasi ostacolo oneroso o sproporzionato posti dal professionista qualora il consumatore voglia esercitare un diritto o risolvere il contratto.

Infine, l'art. 26 individua le pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive (anche in questo caso si tende ad escludere una valutazione specifica del caso concreto) quali:

- a) trattenere il consumatore nel locale commerciale fino a che non concluda il contratto;
- b) accesso nell'abitazione del consumatore;
- c) contattare ripetutamente il consumatore per telefono, fax o email o altro mezzo di comunicazione a distanza;
- d) porre degli ostacoli al consumatore che abbia richiesto la liquidazione dei danni nell'ambito di un contratto di assicurazione;
- e) inserire nei messaggi pubblicitari esortazioni rivolte direttamente ai bambini;
- f) pretesa di pagamento o restituzione o di prodotti non richiesti;
- g) informare il consumatore esplicitamente che il mancato acquisto metterà in pericolo il lavoro del professionista;
- h) falsa promessa di vincite.

1.7 L'ESTENSIONE DELLA DISCIPLINA DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE ALLE <<MICROIMPRESE>> - I NOVELLATI ARTT. 18 E 19 DEL CODICE DEL CONSUMO

Il decreto legislativo n.1 del 24 gennaio 2012, recante <<disposizioni per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività>>, come modificato dalla legge conversione n. 27 del 24 marzo 2012, contiene un capo intitolato <<Tutela dei consumatori>>, composto di quattro articoli. In particolare, l'art. 7, rubricato <<Tutela delle microimprese da pratiche commerciali ingannevoli e aggressive>>, contiene due norme atte ad estendere l'ambito di applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette di cui al Titolo III del Codice del consumo in funzione di tutela delle c.d. microimprese, il cui significato è già stato chiarito nel capitolo precedente.

La prima parte (art. 7, comma 1) è di carattere definitorio e va a modificare l'art. 18, comma 1, c. cons., prevedendo, l'inserimento del punto d-bis) che reca la definizione di "microimprese" nei seguenti termini: << 'microimprese': entità, società o associazione che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'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, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione 2003/361/Ce della Commissione, del 6 maggio 2003>>.

La seconda parte dell'art. 7, invece, novella l'art. 19, stabilendo che dopo le parole: "*relativa a un prodotto*" dovrà seguire << *nonchè alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese. Per le microimprese la tutela in materia di pubblicità ingannevole e di pubblicità comparativa illecita è assicurata in via esclusiva dal decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145*>>³⁴.

Tuttavia, potendo configurarsi, le microimprese, come professionista e al tempo stesso come cliente-consumatore, parte debole del rapporto contrattuale, sorgono alcuni problemi interpretativi.

In *primis* è bene stabilire che la nozione di microimpresa vale ad individuare esclusivamente il destinatario, ovvero il soggetto cui è indirizzata una pratica commerciale posta in essere dal professionista, e non anche il soggetto che pone in essere una pratica commerciale.

In secondo luogo, la nozione di pratica commerciale cui fa riferimento la disciplina, ricomprende sia le p.c. poste in essere dai professionisti nei confronti delle microimprese, sia quelle realizzate dalle microimprese, in quanto rientranti anch'esse nella nozione di professionista, nei confronti di altre microimprese, riferendosi altresì a quelle pratiche poste in essere *prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto*.

Alla luce di quanto detto sopra, infatti, essendo le microimprese soggetti che esercitano un'attività economica, che promuovono e commercializzano prodotti nei confronti dei loro clienti o potenziali clienti (che possono essere a loro volta microimprese), possono sicuramente porre in essere comportamenti idonei a falsare il loro comportamento.

Per cui, ove le microimprese agiscano nel quadro della loro attività, esse devono senz'altro essere qualificate come professionisti ai sensi dell'art. 18, comma 1, con la conseguenza che le p.c. da loro poste in essere rientreranno tra le p.c. tra professionisti e consumatori; per tale ragione esse potranno essere possibili destinatarie di provvedimenti e sanzioni secondo quanto previsto dalla disciplina in commento.

Deve pertanto ritenersi che le pratiche commerciali tra professionisti e microimprese, assoggettate all'art. 19, c. cons., siano le pratiche commerciali poste in essere dai professionisti nei confronti delle microimprese, e che tali p.c. comprendano anche quelle

³⁴ Si nota quindi che l'equiparazione delle microimprese ai consumatori avviene solamente per la tutela da prassi commerciali aggressive, e ciò rappresenta un'unicità italiana.

poste in essere dai professionisti che abbiano i caratteri delle microimprese nei confronti di altre microimprese. Quindi, può dirsi che i soli professionisti tutelati sono i professionisti qualificabili come microimprese e che la tutela è accordata alle microimprese nei confronti delle p.c. scorrette poste in essere da ogni professionista, anche eventualmente avente i caratteri dimensionali di una microimpresa, in quanto il professionista è sempre preso in considerazione dalla disciplina del Titolo III del Codice del consumo come il soggetto che pone in essere pratiche commerciali.

1.7.1 I DESTINATARI DELLA NORMATIVA

Con questa innovazione, tutta italiana, il legislatore ha voluto quindi riconoscere l'esistenza di un problema di tutela anche per i rapporti contrattuali c.d. B2B, coerentemente con il dichiarato obiettivo della direttiva 2005/29/Ce di "*contribuire al corretto funzionamento del mercato interno*".

In effetti la previsione di tutela per i soli consumatori, appariva in qualche modo limitante, poichè non teneva in considerazione il fatto che nei rapporti contrattuali che si instaurano nel mercato interno non solo è solo il consumatore a rappresentare il contraente debole, ma possono altresì presentarsi dei casi in cui, anche in un rapporto instaurato tra professionisti, uno dei due possa avere meno capacità contrattuale, configurando, di conseguenza, la parte debole del rapporto.

L'estensione della tutela anche alle microimprese induce, quindi, a fare una considerazione relativamente al significato di "destinatario della pratica commerciale". Tale appellativo può essere convenzionalmente usato per riferirsi tanto ai consumatori, quanto alle microimprese interessate dalle pratiche commerciali poste in essere dai professionisti.

La validità di tale nozione non è negata dal fatto che la legge richiede di operare distinzioni quanto all'individuazione dei criteri necessari per stabilire le condizioni medie di vulnerabilità decisionale a fronte di una pratica commerciale scorretta. Anzi, tali distinzioni sono doverose anche per la figura del consumatore, che come destinatario di pratiche commerciali, non è uguale a se stesso nemmeno nella sua dimensione di <<consumatore medio>>, posto che la legge ha opportunamente ritenuto rilevante l'individuazione di diversi *target* o gruppi di consumatori interessati dalle pratiche commerciali dei professionisti.³⁵

In conclusione, in assenza di riferimenti letterali alle microimprese, oltre a quelli già

35 v. G. VETTORI, *Contratto e responsabilità: il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli, oltre il consumatore*, CEDAM, 2013, p. 188.

indicati di cui agli artt. 18 e 19, al fine di applicare la disciplina del Titolo III del Codice del consumo, alle pratiche commerciali tra professionisti e microimprese, l'interprete dovrà prendere come riferimento le norme degli artt. 20-26 c. cons. e interpretare la legge come se accanto alla parola "consumatore" fosse specificato anche il riferimento alle microimprese.

Così, impiegando la nozione di "destinatario della pratica commerciale", egli andrebbe a sostituire idealmente le parole "consumatore" e "consumatore medio" con le parole "destinatario" e "destinatario medio" della pratica commerciale, e l'espressione "gruppo di consumatori" con l'espressione "gruppo di destinatari", per riferirsi tanto ai consumatori quanto alle microimprese, e procedere poi alle doverose distinzioni sul piano dell'individuazione dei criteri applicativi rilevanti in punto di individuazione delle condizioni medie di vulnerabilità decisionale, in relazione alle specifiche caratteristiche dei destinatari della pratica commerciale in esame.

CAPITOLO 2

STRUMENTI DI TUTELA

2.1 L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è un'Autorità amministrativa indipendente, istituita con la legge n. 287 del 10 ottobre 1990, che svolge la sua attività e prende decisioni in piena autonomia rispetto al potere esecutivo.

L'AGCM è un organismo, conosciuto anche con il nome di Antitrust, nato per reprimere la pubblicità ingannevole diffusa con qualsiasi mezzo ed è quindi chiamata a garantire un interesse primario costituzionalmente protetto, quale la libera concorrenza.

Dal 2000 il legislatore gli ha conferito la competenza di valutare la pubblicità comparativa, sino ad allora non ammessa nell'ordinamento nazionale.

Solo dal 2005, però, all'Autorità è stato concesso il potere di sanzionare con multe le imprese che non rispettano la regolamentazione nazionale.

Nel 2007 all'AGCM è stato demandato il potere di vigilare e controllare le pratiche commerciali scorrette delle imprese nei confronti del Consumatore, in attuazione della direttiva 29/2005/Ce; l'art. 11 della direttiva infatti recita così: «<Gli Stati membri assicurano che esistano mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali al fine di garantire l'osservanza delle disposizioni della presente direttiva nell'interesse dei consumatori>>; L'articolo prosegue poi affermando che : «<Tali mezzi includono disposizioni giuridiche ai sensi delle quali le persone o le organizzazioni [...], possono a) promuovere un'azione giuridiziarria contro tali pratiche commerciali sleali e 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>>».

Introducendo una normativa antitrust nazionale il legislatore ha voluto, tra l'altro, dare attuazione all'articolo 41 della Costituzione, che riconosce espressamente la libertà di iniziativa economica privata, e adeguare il nostro ordinamento a quello comunitario. I

principali obiettivi che persegue sono: assicurare le condizioni generali per la libertà di impresa, che consentano agli operatori economici di poter accedere al mercato e di competere con pari opportunità; tutelare i consumatori, favorendo il contenimento dei prezzi e i miglioramenti della qualità dei prodotti che derivano dal libero gioco della concorrenza.

L'Autorità ha il potere di procedere ad istruttorie o indagini conoscitive che possono concludersi con una diffida o una sanzione amministrativa. Nei procedimenti avviati per presunta violazione della disciplina in materia di concorrenza, le sanzioni possono arrivare fino al 10% del fatturato dell'impresa. In caso di violazione della normativa posta a tutela del consumatore, l'Autorità può irrogare sanzioni fino ad un massimo edittale di cinque milioni di euro. Qualora ravvisi particolari situazioni di necessità e urgenza, l'Autorità può emettere, inoltre, provvedimenti cautelari, anche *inaudita altera parte*, per la tutela degli interessi generali. L'AGCM inoltre collabora con la Guardia di Finanza per tutte le indagini che ne ravvisino l'occorrenza.

2.2 PROCEDIMENTO AVANTI ALL'AGCM - PROCEDURE ISTRUTTORIE

ISTANZA DI INTERVENTO

La legittimazione a ricorrere avanti all'Autorità è riconosciuta, dall'art. 27 c. cons. (e dall'art. 5 del Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette, adottato con Provvedimento n. 17589 del 15 novembre 2007) ad ogni soggetto o organizzazione.

L'art. 4 del Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette, in particolare, stabilisce che può richiedere l'intervento dell'Autorità nei confronti di pubblicità che ritenga ingannevole o illecita, ovvero nei confronti di pratiche commerciali che ritenga scorrette, ai sensi del Codice del consumo, ogni soggetto di cui all'art. 18, comma 1, lettera a), b), d-bis) del Codice del consumo, od organizzazione che ne abbia interesse.

La richiesta può essere effettuata in forma cartacea o elettronico tramite il portale dell'AGCM o tramite PEC.

L'istanza deve contenere le indicazioni minime necessarie per identificare le parti, consumatore e, se noto, professionista che ha posto in essere la pratica, ed ogni altro elemento ritenuto utile alla valutazione dell'Autorità. Nello specifico ai sensi dell'art. 4, comma 2, del medesimo Regolamento, la richiesta deve contenere:

a) nome, cognome, denominazione o ragione sociale, residenza, domicilio o sede del richiedente nonché recapiti telefonici, indirizzi di posta elettronica o eventuale numero di fax;

b) elementi idonei a consentire una precisa identificazione del professionista, della pubblicità o della pratica commerciale oggetto dell'istanza (in particolare data o periodo di diffusione del messaggio o dell'iniziativa promozionale, mezzo di comunicazione utilizzato, luogo e modalità di attuazione della pratica), nonché del bene o del servizio interessato;

c) ogni elemento ritenuto utile alla valutazione dell'Autorità, copia eventuali reclami già inoltrati al professionista e l'esito degli stessi, nonché copia della corrispondenza intercorsa con il medesimo professionista o/e copia della documentazione contrattuale; inoltre, ove disponibile, copia dei messaggi oggetto dell'istanza d'intervento.

Gli elementi di cui alla lettera b) nonché i dati identificativi del soggetto denunciante, sono elementi essenziali affinché l'istanza possa essere considerata valida; tuttavia, nel caso di non ricevibilità della domanda al denunciante è data la possibilità di ripresentare la domanda completa. <<Resta ferma in ogni caso la possibilità per l'Autorità di procedere d'ufficio a ulteriori approfondimenti ai fini di un eventuale avvio di istruttoria ai sensi dell'articolo 6>>³⁶.

Inoltre ad eccezione di casi particolarmente gravi o urgenti, nel caso in cui l'AGCM individui fondati motivi tanto da ritenere che siano state messe in atto pratiche commerciali scorrette o che un certo messaggio pubblicitario costituisca pubblicità ingannevole, dopo averne informato il Collegio, può richiedere per iscritto al professionista di rimuovere le presunte condizioni di scorrettezza o ingannevolezza.

FASE PRE-ISTRUTTORIA

La fase detta pre-istruttoria precede l'apertura formale di un procedimento ed è quella in cui l'Autorità si “attiva” ai fini della repressione di un illecito. In questa fase, ricevuta la notizia di una presunta violazione delle regole della concorrenza, essa verifica, sulla base di una deliberazione sommaria, se tale notizia sia sufficientemente fondata da giustificare l'instaurazione di un procedimento istruttorio. Nel caso di esito positivo si apre la fase di istruttoria, in caso contrario il procedimento si chiude.

Questa fase, a dire il vero, può essere chiusa per svariati motivi uno dei quali è, come già anticipato sopra, la non ricevibilità in mancanza di uno o più elementi essenziali secondo quanto disposto dall'art. 4, comma 4 del Regolamento. Altre ragioni che possono portare alla chiusura della fase pre-istruttoria sono:

- archiviazione per inapplicabilità della legge per assenza dei presupposti richiesti dal decreto legislativo sulla pubblicità ingannevole o dal Codice del Consumo;
- archiviazione per manifesta infondatezza per assenza di elementi di fatto idonei a

³⁶ art. 4, comma 4, Delibera AGCM 1 aprile 2015, n. 25411: REGOLAMENTO SULLE PROCEDURE ISTRUTTORIE IN MATERIA DI PUBBLICITÀ INGANNEVOLE E COMPARATIVA, PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE, VIOLAZIONE DEI DIRITTI DEI CONSUMATORI NEI CONTRATTI, VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONI, CLAUSOLE VESSATORIE (*G.U. del 23 aprile 2015, n. 94*).

giustificare ulteriori accertamenti;

- archiviazione a seguito dell'avvenuta rimozione da parte del professionista dei possibili profili di ingannevolezza o scorrettezza;
- archiviazione a seguito della verificata non idoneità del messaggio pubblicitario o della pratica scorretta a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio al quale è diretta;
- non luogo a provvedere per sporadiche richieste di intervento relative a condotte isolate che non rientrano tra le priorità d'intervento dell'Autorità in ragione degli obiettivi di razionalizzazione, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

L'Autorità non è obbligata a dare comunicazione dell'avvenuta archiviazione o chiusura del procedimento pre-istruttorio. Infine qualora il procedimento non venga avviato entro 180 giorni dall'avvenuta ricezione dell'istanza di intervento, la fase pre-istruttoria si intende chiusa ai sensi della lettera f), comma 1, art. 5. Resta comunque aperta la possibilità per l'Autorità di acquisire l'istanza d'intervento successivamente, per procedere d'ufficio ad un approfondimento istruttorio, fondato su elementi sopravvenuti o su una diversa valutazione della priorità d'intervento.

FASE ISTRUTTORIA

Verificato che la notizia della presunta pratica commerciale scorretta o dell'esistenza di pubblicità illecita o comparativa sia fondata, si apre la c.d. fase istruttoria che deve essere avviata entro 180 giorni dall'avvenuta ricezione dell'istanza d'intervento.

Possono partecipare a questa fase i soggetti portatori di interessi privati e pubblici, ovvero i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati ai quali viene consentito di presentare memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri e di accedere agli atti nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 11 del regolamento stesso.³⁷

Quest'ultimo punto relativo all'accesso ad atti e documenti rappresenta un argomento molto delicato poichè la conoscenza degli atti istruttori può prestarsi ad essere utilizzata strumentalmente dai concorrenti del professionista, sottoposto all'indagine dell'Autorità, al fine di conoscerne tecniche di vendita, strategie di comunicazione e segreti professionali, o addirittura per screditare l'immagine commerciale, rendendo nota la sussistenza del procedimento. Per tale ragione lo stesso articolo 11 si preoccupa di porre dei limiti a tale

³⁷ Questa facoltà deve essere comunque esercitata mediante richiesta scritta e motivata sulla quale il responsabile del procedimento è chiamato a deliberare entro trenta giorni. Si ricorda, inoltre, che il diritto d'accesso al procedimento è un diritto tutelato costituzionalmente in quanto rappresenta l'espressione del diritto d'informazione, di cui all'art. 21 della Costituzione, e dei principi di imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.); pertanto secondo la giurisprudenza le norme che ne limitano o escludono l'operatività devono ritenersi di natura eccezionale.

strumento in *primis* stabilendo che hanno diritto ad accedere a tali atti solamente i soggetti che hanno ricevuto comunicazione dell'avvio del procedimento (art. 6, comma 2) nonchè ai soggetti ammessi ad intervenire (art. 10). Inoltre, qualora tali documenti contengano informazioni riservate di tipo personale, commerciale, industriale o finanziario. L'accesso è consentito solo nei limiti in cui risulta utile al fine del contraddittorio. Alcuni documenti particolarmente riservati, come ad esempio quelli che contengono segreti commerciali, sono sottratti all'accesso.

I soggetti che intendono partecipare all'istruttoria devono inoltrare apposito atto scritto indicando alcuni dati personali quali nome, cognome, denominazione o ragione sociale, residenza, domicilio nonchè il proprio recapito telefonico, indirizzo di posta elettronica ed eventuale fax; l'interessato deve inoltre indicare il procedimento al quale intende partecipare motivando il proprio interesse ad intervenire.³⁸

Successivamente, il responsabile del procedimento comunica alle parti l'avvio dell'istruttoria e ne informa i soggetti che abbiano presentato istanza d'intervento ai sensi dell'art. 4.³⁹

Nel corso dell'istruttoria, affinché il responsabile del procedimento possa acquisire gli elementi utili al fine della valutazione, può richiedere informazioni e documenti a tutti i soggetti pubblici e privati, può inoltre richiedere che le parti o i terzi vengano sentiti in apposite audizioni nel rispetto del principio del contraddittorio, fissando un termine inderogabile per il loro svolgimento.⁴⁰ Il Collegio può altresì richiedere perizie, analisi statistiche ed economiche, nonchè la consultazione di esperti, proposte dal responsabile del procedimento dandone apposita comunicazione alle parti del procedimento⁴¹.

L'art. 8 del regolamento, inoltre, prevede che « In caso di particolare urgenza, ai sensi dell'art. 8, comma 3, del decreto legislativo sulla pubblicità ingannevole e dell'art. 27, comma 3, del Codice del consumo, l'Autorità può disporre, d'ufficio e con atto motivato, la sospensione della pubblicità ritenuta ingannevole o della pubblicità comparativa ritenuta

38 art. 10, comma 1, Delibera AGCM 1 aprile 2015, n. 25411: REGOLAMENTO SULLE PROCEDURE ISTRUTTORIE IN MATERIA DI PUBBLICITÀ INGANNEVOLE E COMPARATIVA, PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE, VIOLAZIONE DEI DIRITTI DEI CONSUMATORI NEI CONTRATTI, VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONI, CLAUSOLE VESSATORIE (*G.U. del 23 aprile 2015, n. 94*).

39 A causa del numero elevato di istanze tale comunicazione spesso viene effettuata anche tramite avviso sul bollettino pubblicato sul sito internet istituzionale dell'Autorità, oppure tramite diffusione di un comunicato stampa.

40 art. 12, comma 2, Delibera AGCM 1 aprile 2015, n. 25411: REGOLAMENTO SULLE PROCEDURE ISTRUTTORIE IN MATERIA DI PUBBLICITÀ INGANNEVOLE E COMPARATIVA, PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE, VIOLAZIONE DEI DIRITTI DEI CONSUMATORI NEI CONTRATTI, VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONI, CLAUSOLE VESSATORIE (*G.U. del 23 aprile 2015, n. 94*).

41 art. 13, comma 1 e 3, Delibera AGCM 1 aprile 2015, n. 25411: REGOLAMENTO SULLE PROCEDURE ISTRUTTORIE IN MATERIA DI PUBBLICITÀ INGANNEVOLE E COMPARATIVA, PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE, VIOLAZIONE DEI DIRITTI DEI CONSUMATORI NEI CONTRATTI, VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONI, CLAUSOLE VESSATORIE (*G.U. del 23 aprile 2015, n. 94*).

illecita ovvero della pratica commerciale ritenuta scorretta>>. Il responsabile del procedimento deve poi assegnare un termine (non inferiore a cinque giorni) entro il quale le parti possono presentare memorie scritte e documenti; decorso tale termine la decisione è rimessa al Collegio il quale può decidere di adottare misure cautelari provvisorie stabilendo, ad esempio, la sospensione temporanea della pratica commerciale scorretta, della pubblicità ingannevole ovvero della pubblicità comparativa illecita, misure che devono essere immediatamente adottate dal professionista.

Entro sette giorni dalla ricezione del provvedimento con il quale è stata adottata la misura cautelare, il professionista può presentare memorie scritte e documenti che verranno valutati dal Collegio; a seguito di detta valutazione ed entro trenta giorni dalla notifica del provvedimento cautelare il Collegio dovrà deliberare la conferma o la revoca della sospensione provvisoria.

In ogni caso, secondo quanto previsto dall'art. 9, entro e non oltre il termine di 45 giorni, il professionista può proporre all'Autorità di eseguire una serie di obbligazioni di fare e di non fare, dirette a epurare i profili di illegittimità della pratica, sul modello dell'art. 14-ter, l. 10 ottobre 1990, n. 287, inserito dall'art. 14, d.l. 4 luglio 2006 n. 223, convertito in legge dall'art. 1, l. 4 agosto 2006, n. 248⁴². Se l'Autorità ritiene che i predetti impegni siano idonei a ripristinare la legalità e la correttezza dell'azione del professionista sul mercato, ordina l'archiviazione del procedimento senza perciò irrogare sanzioni, previa acquisizione del conforme parere⁴³ dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nei casi previsti dall'art. 27, comma 6 del Codice del consumo.

Al professionista inoltre potrà essere formulata una controproposta, con la quale lo si inviti ad assumere ulteriori o differenti obbligazioni, di fare o di non fare, al fine di ricondurre la pratica ai requisiti di correttezza stabiliti dagli artt. 20 ss. c. cons.: in simili casi, la vincolatività degli impegni è tuttavia subordinata all'accettazione dell'oblato, non trovando applicazione l'art. 1333, c.c.⁴⁴.

Si ritiene, inoltre, che l'Autorità possa rifiutare gli impegni quando ravvisi l'opportunità di estendere gli accertamenti a profili ulteriori ancora da approfondire, oppure quando ritenga

42 La disposizione indicata è a sua volta ispirata all'art. 9 del reg. 1/2003/Ce: LIBERTINI, *La decisione di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust a seguito impegni delle imprese interessate (art. 14-ter, l. 10 ottobre 1990, n. 287)*, in AA.VV., *I nuovi strumenti di tutela antitrust, Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, a cura di Cintioli e Olivieri, Milano 2007, p. 12.

43 Parere che, nonostante l'omessa indicazione testuale, deve ritenersi obbligatorio.

44 art. 1333 c.c.: *'Contratto con obbligazione del solo proponente'*: << La proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata. Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso>>.

necessario adottare una decisione che possa valere come precedente.

Il procedimento è riaperto, ed il provvedimento di archiviazione revocato, quando il professionista non rispetti gli impegni assunti, quando mutino le condizioni di fatto secondo le quali l'accordo è stato raggiunto o quando le informazioni trasmesse dalle parti non siano veritiere o possono in qualche modo indurre in errore. È necessario comunque che l'intero procedimento con assunzione di impegni risulti "coperto" dai provvedimenti inibitori in modo da evitare il vuoto di tutela tra il momento in cui viene comunicata l'assunzione di impegno, l'esame di questa e la successiva attuazione delle obbligazioni da parte del professionista.

FASE DECISORIA

La fase istruttoria si conclude con la decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che può deliberare l'adozione di uno dei seguenti provvedimenti finali:

- la pratica commerciale non risulta scorretta o la pubblicità non risulta ingannevole/illecita, oppure il procedimento è chiuso per mancanza di elementi probatori, o per una delle ragioni di cui all'art. 5, comma 1 del medesimo regolamento;
- la pratica commerciale è scorretta o il messaggio pubblicitario ingannevole/illecito per cui viene intimata ed irrogata una sanzione;
- la proposta con assunzione di impegni (obbligatoria per il professionista) viene accettata dall'Autorità che non accerterà la sussistenza dell'infrazione⁴⁵.

Infine, il provvedimento finale dell'Autorità è comunicato alle parti, ed eventualmente anche ai soggetti intervenuti nel procedimento. Inoltre, al fine di assicurare la più ampia conoscenza della propria attività istituzionale, l'Autorità dovrà pubblicare la propria decisione nel bollettino pubblicato sul proprio sito istituzionale (entro venti giorni dalla sua adozione), nonché potrà rendere note le proprie decisioni attraverso un comunicato stampa.

IMPUGNAZIONE DEI PROVVEDIMENTI DELL'AGCM DAVANTI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO

Contro i provvedimenti e le decisioni dell'AGCM è possibile proporre ricorso al giudice amministrativo, che ha giurisdizione esclusiva (art. 27, comma 13, c. cons.). In alternativa al ricorso giurisdizionale deve ritenersi ammissibile anche l'impugnazione dei provvedimenti dell'AGCM con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, entro il termine di 120 giorni.

Il processo dinanzi al giudice amministrativo segue le norme e i principi generali, disciplinati dal Codice del processo amministrativo.

⁴⁵ art. 17, comma 1, Delibera AGCM 1 aprile 2015, n. 25411: REGOLAMENTO SULLE PROCEDURE ISTRUTTORIE IN MATERIA DI PUBBLICITÀ INGANNEVOLE E COMPARATIVA, PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE, VIOLAZIONE DEI DIRITTI DEI CONSUMATORI NEI CONTRATTI, VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONI, CLAUSOLE VESSATORIE (*G.U. del 23 aprile 2015, n. 94*).

Sono certamente legittimati a ricorrere, in caso di provvedimento sanzionatorio o cautelare, i professionisti destinatari della sanzione. La recente giurisprudenza inoltre prevede che sarebbero legittimati a ricorrere anche soggetti terzi quali consumatori e concorrenti in quanto titolari di un interesse, particolare e differenziato, leso dal provvedimento dell'AGCM, per cui sono legittimati a ricorrere anche i concorrenti e le associazioni dei consumatori purchè titolari di questo genere di posizioni soggettive.

In ogni caso resta ferma l'impossibilità del giudice amministrativo di sostituirsi all'AGCM nel determinare il contenuto del provvedimento, se non per quanto riguarda l'entità della sanzione.

2.3 LA TUTELA COLLETTIVA SUL PIANO CIVILISTICO

2.3.1 LE AZIONI INIBITORIE

Negli artt 18 ss., non si fa espresso riferimento agli strumenti di tutela dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria. È stato osservato tuttavia che ogni qualvolta la violazione assuma una dimensione collettiva, le associazioni di consumatori ed utenti iscritte nell'elenco di cui all'art. 137, nonché gli organismi pubblici indipendenti nazionali, le organizzazioni riconosciute in altro Stato dell'Unione europea, inseriti nell'elenco degli enti legittimati a proporre azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, possono, appunto, agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori contro il professionista che abbia posto in essere il fatto illecito.

Tali organismi dunque possono promuovere davanti all'autorità giudiziaria ordinaria, a norma dell'art. 140 c. cons., un procedimento volto ad ottenere la pronuncia di un provvedimento che inibisca al convenuto la continuazione della pratica della quale venga riconosciuta la natura scorretta; essi possono richiedere altresì di adottare misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi che essa abbia prodotto come ad esempio la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale o locale se ciò può servire a tale scopo.

Ai sensi dell'art. 140, comma 2, il procedimento può essere attivato, in una prima fase, anche avanti alla Camera di commercio, industria, artigianato, agricoltura competente⁴⁶, ovvero avanti un altro organismo di composizione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo. La Camera di commercio competente è quella nel cui territorio ha sede il

46 Secondo quanto disposto dall'art. 2, comma 4, lettera a) della legge n. 580 del 29 dicembre 1993.

professionista al quale si addebita la pratica commerciale scorretta.

Il verbale, che è sottoscritto dalle parti e dal rappresentante dell'organismo di composizione extragiudiziale adito, ha efficacia di titolo esecutivo purchè venga omologato dal tribunale, in composizione monocratica, che ne accerti la regolarità formale.

Tuttavia, prima di procedere dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria le associazioni o qualsiasi altro soggetto legittimato ad agire nei confronti del professionista devono richiedere a quest'ultimo, a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento, la cessazione del comportamento ritenuto lesivo; solo dopo che siano decorsi quindici giorni dalla data in cui tale richiesta è avvenuta, le associazioni possono proporre l'azione davanti al tribunale⁴⁷.

Il giudizio finale si svolge avanti al tribunale, in composizione monocratica, con rito ordinario; se la domanda esperita è accolta, il giudice fissa un termine entro il quale il professionista dovrà adempiere agli obblighi stabiliti; in caso di inadempimento il giudice potrà condannare il responsabile della pratica scorretta al pagamento di una somma di denaro da 516 a 1.032 euro, per ogni inadempimento ovvero ogni giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto. In caso di inadempimento degli obblighi risultanti dal verbale di conciliazione le parti possono adire il tribunale con procedimento in camera di consiglio, affinché, accertato l'inadempimento, disponga il pagamento di dette somme di denaro⁴⁸.

2.3.2 LE AZIONI RISARCITORIE E RESTITUTORIE – LA CLASS-ACTION

LEGITTIMAZIONE AD AGIRE E CRITERI DI AMMISSIBILITÀ

Secondo quanto previsto dall'art. 140-bis del codice del consumo, introdotto dall'art. 2, comma 246, l. 24 dicembre 2007, n. 244, le associazioni dei consumatori e degli utenti di cui all'art 137, possono promuovere la c.d. azione di classe (la cui espressione anglosassone è *class-action*), uno strumento di tutela dei diritti individuali omogenei dei consumatori nonché degli interessi collettivi⁴⁹. Con l'azione di classe ciascun componente della classe, anche attraverso l'associazione o i comitati a cui partecipa, può richiedere l'accertamento della responsabilità e la condanna del professionista al risarcimento e alle restituzioni.

47 art. 140, comma 5, c. cons..

48 art. 140, comma 7, c. cons..

49 Il precedente art. 140-bis c. cons. attribuiva la legittimazione ad agire a tutela degli interessi collettivi e degli utenti. L'attuale formulazione normativa, che è rivolta alla tutela dei diritti individuali omogenei, rappresenta invece una serie di situazioni giuridiche attribuite ai membri di una classe, in cui i diritti dei singoli sono diversi e distinti tra di loro, ma dipendono tutti da una comune questione di fatto o di diritto capace di rendere possibile un provvedimento giurisdizionale di contenuto uniforme e i cui elementi caratterizzanti, ai fini della tutela collettiva, sono i requisiti dell'origine comune e dell'omogeneità, come preminenza delle questioni comuni e collettive su quelle individuali, v. G. CONTE, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis c. cons.*, 2010, p.200.

È bene, comunque, fare un'ulteriore precisazione: nel caso in cui l'azione non sia attuata attraverso un'associazione o un ente a rappresentanza di una collettività, l'attore per essere legittimato a tale azione, deve essere titolare in proprio e personalmente, del diritto individuale omogeneo che caratterizza la classe che intende rappresentare e tale legittimazione sussiste non perchè il proponente intende rappresentare gli interessi della classe, ma perchè il suo interesse coincide con quello della classe essendo egli portatore del medesimo diritto individuale omogeneo di cui sono titolare gli appartenenti alla classe.

La class-action permette, dunque, ai consumatori o utenti che hanno subito danni derivanti da prodotti difettosi/pericolosi, oppure da comportamenti commerciali scorretti i contrari alle norme sulla concorrenza, di unire le proprie forze per ottenere il risarcimento quando, ad esempio, il ricorso individuale al giudice sarebbe troppo oneroso.

L'azione di classe, che, si ribadisce, ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti, tutela in particolare:

- a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341-1342 c.c.⁵⁰;
- b) i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale⁵¹;
- c) i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali⁵².

I punti di cui sopra rappresentano la versione aggiornata dell'art. 140 bis, difatti rispetto alla versione precedente si abbandona il riferimento ai soli contratti stipulati ex art. 1342 c.c. e si estende il risarcimento di natura contrattuale anche ai contratti che contengono "condizioni generali di contratto", sicchè l'azione di classe è esperibile a prescindere dalle modalità di conclusione del contratto. Del resto la dottrina aveva già manifestato delle perplessità riguardo all'irragionevole limitazione dell'applicazione del rimedio in questione ai soli contratti predisposti mediante moduli o formulari⁵³ ed i tentativi per giustificare

50 Rispettivamente '*Condizioni generali di contratto*' e '*Contratto concluso mediante moduli o formulari*'.

51 Lettere modificata dall'art. 6, comma 1, lettera d) del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni, dalla legge 25 marzo 2012, n. 27.

52 Lettere modificata dall'art. 6, comma 1, lettera e) del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni, dalla legge 25 marzo 2012, n. 27.

53 v. G. ALPA, *Class-action: note sull'art. 140 bis c. 1 del Codice del consumo*, in www.atalex.com; R. CAPONI, *Litisconsorzio <<aggregato>>. L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit. il quale auspica che i giudici <<estendano il campo di applicazione sic et simpliciter ai contratti dei consumatori>>, anche per

un'interpretazione estensiva sono stati autorevoli e convincenti.⁵⁴

Inoltre, come si legge al punto b), l'azione di classe è limitata ai "diritti spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore[...], si tratta della responsabilità per danno da prodotti difettosi. Legittimato passivo è quindi il produttore, del quale però non viene fornita una definizione; secondo la dottrina, con tale indicazione, ci si riferisce non solo al produttore originario, ma anche ai soggetti che si inseriscono nei passaggi intermediari della catena commerciale⁵⁵.

In riferimento all'ultimo punto, si osserva che l'ordinamento prevede, accanto ai mezzi ordinari di tutela di tipo giurisdizionale, un sistema di repressione affidato all'AGCM.

È ragionevole ritenere che le azioni di classe relative agli ambiti in oggetto saranno avviate solo dopo che l'Antitrust avrà adottato un provvedimento di accertamento della violazione di disposizioni. Queste valutazioni effettuate dall'Autorità, sebbene prive di carattere vincolante, sono fondamentali per il convincimento del giudice ed hanno altresì rilevanza probatoria. In questo senso si è recentemente espressa la Corte di Cassazione precisando come la decisione dell'Autorità costituisca "prova privilegiata" dell'esistenza della violazione antitrust⁵⁶, agevolando così l'onere probatorio dell'attore.⁵⁷

Secondo la dottrina, quindi la legittimazione a ricorrere a questo strumento di tutela, è più ampia rispetto a quella riconosciuta dall'art. 140 c. cons. Oltre alle associazioni di cui all'art. 137 c. cons., possono promuovere un'azione di classe anche le associazioni e i comitati non iscritti nell'elenco ministeriale purchè essi rappresentino in maniera adeguata gli interessi collettivi che intendono tutelare⁵⁸.

Un'azione collettiva, tuttavia, potrebbe essere considerata come una semplice sommatoria di singoli interessi dei diversi consumatori che confluiscono tutti insieme nello stesso processo. L'aspetto su cui però ci si deve concentrare è che la *class-action* va ad agire a protezione di interessi superindividuali come la salute, l'informazione, la correttezza, la trasparenza e l'educazione del consumatore. Quest'ultimo punto risulta fondamentale per far si

superare problemi di compatibilità con i principi costituzionali.

54 Nel senso della ingiustificata restrizione, v. A. PALMIERI, *Campo di applicazione, legittimazione ad agire e controllo preliminare sull'ammissibilità*, in Foro.it, 2008, V, col. 185, il quale propone l'estensione della norma al di là del riferimento letterale; P.F. GIUGGIOLI, *L'azione collettiva risarcitoria: una prima lettura*, in Corr. giur., 2008, p. 433 il quale, esprimendo le proprie perplessità accoglie un'interpretazione letterale della norma.

55 F. BUSONI, *Commento sub artt. 114 ss. Codice del Consumo. Commentario* (a cura di) G. Vettori, Padova, 2009.

56 Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640. In tema v. M. SCUFFI, *Tutela antitrust del consumatore e azione di classe*, *Dir. industriale*, 2009, 4, 341 ss.

57 v. S. MEUCCI, *Aspetti problematici della nuova azione di classe (art. 140 bis cod. Cons.): posizioni giuridiche tutelate e ambito di applicazione del rimedio*, p. 238 ss.

58 v. G. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140-bis c.cons.*, in Foro it., 2008, c.20.

che l'azione descritta si distingue da un cumulo di domande promosse con lo stesso atto processuale. Ed è proprio per tale ragione che ogni domanda dovrà indicare nella *causa petendi*, a pena di inammissibilità, la violazione di uno dei diritti riconosciuti dall'art. 2 c.cons.; in assenza di questo requisito, ed anche in caso di illegittimità ad agire dell'associazione o ente che ha promosso l'azione collettiva, la domanda è dichiarata inammissibile. Ciò nonostante, coerentemente con l'azione descritta nell'art. 140-bis e con il carattere superindividuale degli interessi che essa congiunge, il giudice, adito collettivamente, non dovrà considerare le domande singolarmente.

Si ricorda, comunque che l'azione collettiva ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni, per cui, affinché questa possa avere un'effettiva utilità, sarebbe necessario verificare che la pratica commerciale scorretta abbia realmente prodotto un danno che possa giustificare la pretesa restitutoria; la forma condizionale non è stata utilizzata a caso poichè l'art. 11, comma 2, lettera b) della direttiva 2005/29/Ce prevede che gli organi giurisdizionali o amministrativi possano assumere provvedimenti «anche in assenza di prove in merito alla perdita o al danno effettivamente subito». Tuttavia è molto probabile che una pratica commerciale scorretta coincida con alcune fattispecie di reato già previste dal codice penale, quali ad esempio truffa, estorsione, minaccia, ed in quanto tale provocare un danno risarcibile al consumatore.

Oltre ai casi di inammissibilità sopra citati, il procedimento si arresta qualora il tribunale, in composizione collegiale, giudichi la domanda proposta manifestamente infondata, oppure quando ravvisi un conflitto d'interessi tra l'ente che assume su di sé la rappresentanza degli interessi individuali e collettivi dei consumatori e il convenuto, ovvero quando il giudice non ravvisi l'omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2, nonchè quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe.

Il primo requisito (la non manifesta infondatezza) è sostanzialmente volto ad eliminare il rischio che lo strumento possa essere utilizzato per finalità diverse da quella principale: la tutela dei diritti individuali omogenei.

Il secondo elemento che il tribunale deve vagliare in funzione del giudizio di ammissibilità è direttamente derivato dalla normativa statunitense, in cui tale previsione è posta al fine di scongiurare tutti quei casi tratti dalla prassi americana in cui l'utilizzo dello strumento della *settlement class-action*, era attuato per fini fraudolenti, in cui erano le stesse imprese a spingere il consumatore, vittima della condotta, a promuovere una *class-action* per poi giungere ad una transazione che sarebbe poi divenuto vincolante anche per tutte le altre

"vittime" sia attuali che future. A dire il vero, una tale eventualità risulta di difficile realizzazione nel nostro ordinamento in quanto l'art. 140-*bis*, comma 15, prevede espressamente che «Le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito[...]»>>. In ogni caso, pur in presenza di tale previsione, l'eventualità che sia l'impresa a selezionare l'attore collettivo per garantirsi una controparte più "docile", è giustamente contemplata dal legislatore italiano, il quale, appunto, esclude l'ammissibilità dell'azione di classe nel caso di un possibile conflitto di interessi.

Il terzo elemento, la necessaria omogeneità dei diritti individuali⁵⁹ tutelabili in sede collettiva, è stato sostituito con la legge n. 27 del 24 marzo 2012, appunto con il criterio di omogeneità degli stessi, con lo scopo di introdurre un criterio maggiormente elastico e conseguentemente allargare la possibilità di ricorso all'azione di classe ad un numero maggiore di casi, considerato che la maggior parte delle cause di inammissibilità dell'azione di classe si è appuntata in passato proprio sulla mancanza del criterio dell'identità dei diritti.

Pur con questa modifica, rimane fermo il requisito di comunanza di questioni di fatto e di diritto, in assenza delle quali l'azione collettiva è impossibilitata a conseguire sia la finalità di economia processuale, sia gli obiettivi di offrire un adeguato supporto ai componenti della classe, con il rischio che la vicenda contenziosa possa complicarsi eccessivamente per l'eterogeneità oggettiva delle posizioni soggettive dedotte in giudizio. È previsto, infatti, che il giudice definisca, nel provvedimento di ammissibilità dell'azione, i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiederanno di aderirvi siano inclusi nella classe o debbano, al contrario, ritenersi esclusi dall'azione⁶⁰.

L'ultimo criterio, il giudizio di adeguatezza del proponente, è volto essenzialmente a verificare che l'azione di classe sia attivata solo da parte di un soggetto che possa garantire di avere la capacità di coltivarla e portarla a termine con le energie e le competenze che il ruolo ricoperto richiede. Proprio al fine di scongiurare una possibile dichiarazione di inammissibilità dell'azione per la riscontrata non adeguata rappresentatività dell'attore, la prassi seguita fino ad oggi in Italia mostra come le azioni di classe siano sempre state proposte da enti rappresentativi dei consumatori.

⁵⁹ Con l'espressione "diritti omogenei" il legislatore ha voluto intendere una serie di posizioni giuridiche soggettive che risultano caratterizzate dalla comunanza della maggior parte degli elementi costitutivi (le circostanze di verificazione del fatto dannoso, la tipologia di danno subito, il nesso causale tra comportamenti e danno e la lesione dell'interesse tutelato), ma non necessariamente di tutti e quindi non si richiede che vi sia la piena identità dei diritti.

⁶⁰ art. 140-*bis*, comma 9, lettera a).

Le caratteristiche di un'azione di classe possono, quindi, essere riassunte così: a) oggetto di tutela sono i diritti individuali, risarcitori o restitutori, di più consumatori e utenti di carattere omogeneo che rinvergono il proprio titolo nell'illecito plurioffensivo del convenuto⁶¹; b) il modello adottato è quello c.d. *opt-in*: la classe è individuata da colui che propone l'azione e dalla manifestazione di volontà di coloro che aderiscono, per cui la sentenza produce effetti solo nei confronti del promotore e degli aderenti stessi e non pregiudica i diritti dei soggetti che non vi hanno aderito. A riguardo la dottrina italiana si è interrogata sul modello astrattamente preferibile e ne sono emersi orientamenti diversi: alcuni hanno segnalato il contrasto del sistema *opt-out* rispetto ai principi costituzionali a presidio del diritto di difesa⁶²; altri hanno individuato le norme costituzionali incompatibili negli artt. 41 e 42⁶³; altri ancora hanno evidenziato la compatibilità del modello statunitense dell'*opt out* anche per il nostro ordinamento⁶⁴.

Altra caratteristica dell'azione di classe è c) la legittimazione ad agire ha carattere individuale ed è attribuita a ciascun componente della classe anche mediante associazione cui dà mandato o comitati cui partecipa; d) struttura bifasica del procedimento che si articola in una prima fase di verifica dell'ammissibilità e in una seconda fase di trattazione del merito; e) è espressamente sancito il divieto di proposizione di ulteriori domande di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa; f) il tribunale, in caso di accoglimento della domanda, pronuncia condanna con la quale liquida, ai sensi dell'art. 1226 c.c., le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce criteri omogenei di calcolo per la liquidazione di dette somme.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

61 "Se nel testo iniziale dell'art. 140 *bis* non era chiaro quale fosse l'oggetto del processo nell'azione risarcitoria, nella versione modificata la norma si muove nella sicura direzione dell'aggregazione *ab initio* delle pretese individuali" I. PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140 bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, Riv. dir. civ., 2010, 4, p. 355.

62 In particolare il contrasto è rilevato nell'estensione della decisione a soggetti che non hanno partecipato al procedimento. Manifesta dubbi di compatibilità anche S. MENECHINI, *Azioni seriali a tutela giurisprudenziale: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, in www.judicium.it, con particolare riferimento ai principi dell'ordine pubblico processuale.

63 C. CONSOLO, *Fra nuovi riti civili e riscoperta delle class actions, alla ricerca di una giusta efficienza*, in *Corr. giur.*, 2004, 5, p. 565 ss. L'autore segnala come le *class actions* non si concretizzino nell'estensione dei limiti soggettivi del giudicato, violando così i principi costituzionali a tutela del diritto di difesa e del contraddittorio. L'individuazione di una *class representative*, fa della classe una nuova entità, un soggetto a sè stante per cui la sentenza è resa nei confronti di tale soggetto. Di contro si ravvisa un'incompatibilità con gli artt. 41 e 42 Cost. stante la costrizione del singolo all'esercizio del proprio diritto all'interno della classe.

64 A. GIUSSANI, *Modelli extraeuropei di tutela collettiva risarcitoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 4, p. 1257 ad avviso del quale « la possibilità di includere anche i componenti passivi del gruppo non appare incompatibile [...] nè con l'art. 24 della Costituzione (a meno di ritenere incostituzionali anche le varie ipotesi di sostituzione processuale già ora previste dalla legge), nè con l'art. 41 Cost. (a meno di ritenere incostituzionali le procedure concorsuali), nè con l'art. 101 Cost., finchè essi risultano individuati o almeno descritti in maniera tale da essere individuabili[...]; sembra quindi ovvio dedurre che il sistema dell'*opt out* sia complessivamente preferibile».

Il comma 11 dell'art. 140-bis c. cons. stabilisce che <<con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale determina altresì il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo. Con la stessa o con successiva ordinanza, modificabile o revocabile in ogni tempo, il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio>>.

Il legislatore ha voluto introdurre un procedimento molto elastico che possa adattarsi alle peculiarità dei diversi casi concreti. Questo tipo di procedimento, per quanto in linea con il rito ordinario⁶⁵, non pone termini e in generale preclusioni predeterminate, nè tanto meno sono previsti particolari mezzi istruttori, prove scientifiche o statistiche e, dunque, da questo punto di vista non emergono particolari differenze rispetto a un'ordinaria azione con pluralità di partecipanti. Ciò probabilmente è legato alla previsione legislativa di rinvio all'art. 1226 c.c.⁶⁶, per la determinazione del danno.

L'accoglimento della domanda proposta comporta, quindi, una condanna generica con cui liquida, ai sensi dell'articolo 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme. In questo ultimo caso il giudice assegna alle parti un termine non superiore a novanta giorni per raggiungere un accordo in merito alla liquidazione del danno. Se non viene raggiunto un accordo entro il termine stabilito, il giudice, su istanza di almeno una delle parti, liquida le somme dovute ai singoli aderenti.

La sentenza comporta quindi, oltre che l'accertamento del carattere scorretto della pratica, anche l'accertamento della sussistenza e consistenza del danno, ed anche la pronuncia di inefficacia del contratto, per l'accertata nullità o per il dichiarato annullamento, con la conseguente determinazione del carattere indebito delle prestazioni già eseguite dai consumatori.

2.4 LA TUTELA INDIVIDUALE SUL PIANO CIVILISTICO

L'art. 139 non dice nulla circa la legittimazione dei singoli consumatori ed utenti, lasciando all'interprete le criticità già emerse in relazione alla legge 281/1998. Come allora l'unico riferimento alle azioni giudiziali individuali dei consumatori è contenuto nell'art. 140,

⁶⁵ v. art. 183, c.p.c..

⁶⁶ art. 1226 c.c., 'Valutazione equitativa del danno': <<se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con liquidazione equitativa>>.

comma 9 secondo cui *fatte salve le norme sulla litispendenza, sulla continenza, sulla connessione e sulla riunione dei procedimenti, le disposizioni dell'art. 140 non precludono il diritto ad azioni individuali dei consumatori che siano danneggiati dalle medesime violazioni*, riportando esattamente il testo dell'art. 3, comma 7 della legge 281/1998.

Tuttavia, a di là della previsione di cui all'art. 140, la legittimazione ad agire individualmente trova già le sue basi nell'art. 24 della Costituzione secondo cui *tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*, ed ogni altra previsione potrebbe essere considerata ridondante.

Ne consegue che quanto previsto dall'art. 139 serve solo a legittimare le associazioni e gli organismi già menzionati e non anche il singolo consumatore in quanto già titolare di un simile diritto. In tal modo il legislatore ha voluto affiancare alla tutela individuale, forme di tutela collettiva al fine di rafforzare la protezione dei singoli e dare piena attuazione al diritto comunitario, che riconosce alle azioni collettive un ruolo essenziale per consolidare la protezione dei consumatori.

Il vero problema, dunque, non sta nella effettiva legittimazione ad agire del singolo, bensì nel tipo di percorso che deve intraprendere e dinanzi a quale autorità.

2.4.1 RISOLUZIONE EXTRAGIUDIZIALE DELLE CONTROVERSIE

La previsione di strumenti alternativi al processo per la risoluzione delle controversie in materia di consumo era già stata prevista dalla direttiva 98/27/Ce.

In Italia, oggi, ci sono i servizi cd. *Alternative Dispute Resolution*, d'ora in poi semplicemente ADR, che sono erogati principalmente da soggetti pubblici. L'ADR può essere esercitata da un giudice o venire da questi affidata ad un terzo. Questo genere di procedimento può concludersi o con l'emissione di una decisione vincolante per una delle parti, oppure con una semplice raccomandazione, senza però vincolare le parti. Oltre ai classici ADR, in tempi recenti, al passo con lo sviluppo tecnologico, sono nati i cd. ODR, *Online Dispute Resolution*, utilizzati perlopiù nelle controversie in tema di internet e commercio elettronico, settori nei quali la velocità è essenziale.

Il vantaggio di tali procedure è che hanno dei costi tendenzialmente contenuti e sono molto rapide; all'art. 140, comma 2, infatti, il legislatore stabilisce che la procedura è definita entro sessanta giorni. Sempre all'art. 140, comma 3, si richiede che il processo verbale di conciliazione, sottoscritto dalle parti e dal rappresentante dell'organismo di composizione extragiudiziale adito, venga depositato per l'omologazione presso la cancelleria del tribunale,

una volta omologato tale verbale ha titolo esecutivo.

2.4.2 TUTELA GIUDIZIALE – L'AZIONE INIBITORIA

In alternativa agli strumenti di cui si è appena detto, i consumatori ed utenti possono promuovere un'azione giudiziale.

Uno dei primi strumenti che il legislatore mette a disposizione dei soggetti di cui all'art. 139 è l'azione inibitoria.

L'azione inibitoria è lo strumento più utilizzato per garantire la tutela preventiva di situazioni giuridiche per le quali la tutela risarcitoria o restitutoria risultano insufficienti o comunque inadeguate.

Essa è rivolta al futuro perchè è volta ad impedire la reiterazione o la prosecuzione di un illecito già commesso o ancora in atto. In tal senso, quindi, non può prescindere dalla sussistenza di un illecito già perpetrato o ancora in atto e ciò trova conferma nell'obbligo della previa diffida con la quale si chiede al professionista, prima di avviare il giudizio, la cessazione del comportamento ritenuto lesivo⁶⁷. Non solo, ma l'efficacia di tale strumento è stata incrementata nel 2002, in attuazione di quanto disposto dalla direttiva 98/27/Ce, con la previsione di uno strumento di coercizione indiretta: l'*astreinte* (di cui al comma 7), che ha lo scopo di incentivare l'ottemperanza del comando inibitorio.

Sono sorti, tuttavia, alcuni problemi interpretativi in merito alla possibilità di applicare l'art. 140 anche ai singoli, in quanto al suo interno non vi è un espresso riferimento in questo senso. Se si tenesse conto della volontà del legislatore di creare un "doppio binario di tutela", allora, l'interpretazione dovrebbe evolversi in senso positivo, considerando che azioni individuali e collettive sarebbero poste sullo stesso piano.

Oltre al fatto che la dottrina è in linea di massima concorde nell'ammettere un'azione inibitoria atipica⁶⁸, a favore di questa tesi ricorre, nondimeno, l'art. 24, quale garanzia costituzionale, intesa come norma generale diretta a garantire la disponibilità di adeguati strumenti di protezione giurisdizionale per ogni situazione sostanziale giuridicamente rilevante.

67 Diverso è il discorso relativo all'azione inibitoria cautelare che è volta ad impedire l'illecito prima ancora che si realizzi e che inoltre richiede la sussistenza di giusti motivi d'urgenza.

68 Il nodo centrale del dibattito teorico e applicativo sull'azione inibitoria è, difatti, quello della sua possibile esperibilità in via generale e atipica, cioè al di là dei casi espressamente regolati. Le difficoltà che ha sempre incontrato e che tutt'ora incontra la soluzione positiva sono da mettere in relazione con l'assoluta prevalenza di cui ha sempre goduto la cd. funzione repressiva che interviene *ex post* a rimuovere le conseguenze della violazione, ed anche il modello risarcitorio in ossequio all'assunto per cui è il risarcimento del danno la vera forma di tutela contro l'illecito, indipendentemente dalla natura dell'illecito e della situazione giuridica violata.

Tenendo conto delle considerazioni appena svolte, si può quindi ammettere l'esperibilità del rimedio inibitorio anche nel caso di azioni individuali. In quest'ottica anche il singolo consumatore o utente potrebbe rivolgersi ad un giudice al fine di far cessare o impedire per il futuro la reiterazione del comportamento lesivo, a prescindere dall'esistenza del danno. Ne consegue che optando per la non estensione dell'applicabilità dell'art. 140 alle azioni individuali, i singoli consumatori/utenti, mentre potrebbero agire per ottenere una pronuncia inibitoria, non potrebbero, e questo sarebbe un grave limite, utilizzare gli strumenti di coercizioni indiretta come le *astreintes* di cui al comma 7 dell'art. 140.

2.4.3 LE AZIONI INDIVIDUALI RISARCITORIE

Il bisogno di tutela del singolo sembra maggiormente orientato verso il consueto sistema risarcitorio e restitutorio, cioè piuttosto con la tutela successiva (di accertamento di condanna e costitutiva) che con quella preventiva inibitoria, la quale però viene perlopiù considerata come complementare alle due precedenti nel caso in cui queste non fossero sufficienti.

Per quanto riguarda in particolare la tutela restitutoria si tratta di determinare se la scorrettezza della pratica commerciale posta in essere in occasione della conclusione del contratto possa comportare la nullità o l'annullabilità del contratto e, se così non fosse, al consumatore verrebbe riconosciuta esclusivamente la pretesa risarcitoria.

Non essendovi nella dottrina una soluzione unitaria è necessario verificare caso per caso.

In linea generale il consumatore avrà l'onere di provare il danno subito, la riconducibilità eziologica alla pratica commerciale scorretta, e il suo carattere doloso o colposo.

Inoltre, l'azione proposta dal consumatore rientra nella giurisdizione del giudice ordinario e non è proponibile dinanzi all'AGCM. Tale previsione va in qualche modo a vantaggio del consumatore, sia in termini economici, in quanto dovrà affrontare minori spese per contributo unificato, diritti ed onorari di avvocato, sia per quanto riguarda l'accesso alla giustizia; infatti, considerata la maggiore diffusione dei giudici ordinari sul territorio, e la maggiore vicinanza del giudice stesso alle fonti di prova, pare che il livello di protezione del consumatore, sia più elevato rispetto a quello raggiungibile davanti alle sezioni specializzate (art. 153 Trattato Ce⁶⁹).

⁶⁹ Difatti, dopo aver sottolineato l'esigenza di garantire una più adeguata promozione degli interessi economici dei consumatori, del loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei

La prescrizione delle domande di risarcimento del danno provocato durante le trattative deve con ogni probabilità ritenersi decennale, e decorre dal giorno in cui chi assume di averlo subito ne abbia avuta ragionevole e adeguata conoscenza, restando a carico del professionista di provare la decorrenza anteriore del termine legale⁷⁰.

2.5 L'INTERDIPENDENZA TRA TUTELA COLLETTIVA ED INDIVIDUALE

In conclusione per la moderna politica dei consumatori oltre alla tutela individuale, è richiesta una coordinata integrazione con la parallela e complementare via della tutela collettiva. Difatti «ciascuna delle due trova nell'altra non solo collegamento funzionale, ma altresì presupposto per esplicare pienamente la propria funzione. Esse sono mutuamente interdipendenti senza che l'una sia vicaria rispetto all'altra o viceversa».⁷¹

La tutela individuale è quindi necessaria ma non sufficiente, nel senso che, accanto ad essa, deve essere considerato il ricorso a strumenti di tutela collettiva che l'ordinamento nazionale e sovra-nazionale sembra volere sempre più considerare.

Entrambe le forme di tutela, interdipendenti e reciproche, sono assolutamente necessarie affinché il cittadino-consumatore possa vedere efficacemente realizzato il fine di un elevato livello di protezione che gli è stato riconosciuto dall'Unione europea.

A tal fine è necessario tener conto del fatto che il cittadino-consumatore non è più visto, nella società odierna, come singolo in quanto persona, bensì è considerato come individuo appartenente ad una comunità, è insomma una figura che si sta evolvendo e con essa anche il diritto consumeristico.

2.6 I CODICI DI CONDOTTA E L'AUTODISCIPLINA

Il Codice del consumo, come anche la Direttiva 2005/29/Ce, dedicano uno spazio assai significativo dedicando una parte significativa ai codici di condotta e alle regole di autodisciplina, quali strumenti alternativi di risoluzione delle controversie.

In particolare la Direttiva, nel considerando n. 20, sottolinea l'opportunità di ricorrere ai codici di condotta in quanto permettono l'adozione di regole specifiche in relazione ai diversi

propri interessi, l'art. 153 sottolinea che la Comunità provvederà a garantire un alto livello di protezione dei consumatori nella definizione e nell'attuazione di ogni sua politica.

70 Cass., 2 febbraio 2007, n.2305, in Resp. civ. prev., 2007, p. 1605 ss.

71 U. RUFFOLO, *La tutela individuale e collettiva del consumatore*, Giuffrè, Torino, 1979, pp. 5 ss., 119-154, 241 ss.

settori economici e consentono di raggiungere obiettivi di economicità non essendo necessario ricorrere al giudice ordinario o all'autorità amministrativa.

I codici possono consistere in un accordo tra professionisti, in una normativa predisposta unilateralmente alla quale i professionisti possono aderire volontariamente o anche in una normativa predisposta unilateralmente dal singolo professionista che si impegna a rispettarla.

In ogni caso, tali codici hanno natura negoziale e volontaria, e pertanto risultano vincolanti solo per coloro che li hanno sottoscritti; ciò nonostante, nel rispetto del diritto all'informazione, tali codici devono essere accessibili a tutti i consumatori e quindi essere redatti sia in italiano che inglese, ed essere accessibili anche per via telematica.

Relativamente ai contenuti, essi devono garantire in ogni caso la protezione dei minori e la salvaguardia della dignità umana⁷². Inoltre, pur potendosi adattare alla specificità del settore professionale in questione, devono dettare regole conformi ai principi delle norme del Codice del consumo in tema di pratiche commerciali scorrette. Possono così esemplificare e specificare precetti normativi con riferimento a specifici settori, richiamare obblighi di legge settoriali, prevedere meccanismi di controllo e sanzione, innalzare il livello di tutela dei consumatori.

Possono quindi imporre regole più severe rispetto a quelle legislative, ma non possono di certo diminuire lo standard di tutela già garantito dalla legge al consumatore.

Nel caso di violazione dei codici di condotta è possibile presentarsi in giudizio dinanzi al responsabile del codice o davanti all'organismo di controllo appositamente previsto; tutt'al più, se fosse già stato avviato un procedimento davanti all'AGCM, le parti potrebbero richiedere la sospensione di tale procedimento e rimettere la procedura all'organo di controllo adito⁷³.

Tuttavia, la loro applicazione non è limitata al solo procedimento avviato davanti all'organismo di autodisciplina, bensì vanno ad integrare la normativa sulle pratiche commerciali scorrette. Si ricorda infatti che lo stesso art. 21, comma 2, lettera *b*), costituisce una pratica ingannevole il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni assunti con un codice di condotta; oppure anche sono da considerarsi in ogni caso scorrette le pratiche consistenti nell'affermazione, falsa, da parte del professionista, di essere firmatario di un codice di condotta⁷⁴.

72 art. 27-bis, comma 3, c. cons.

73 v. art. 20 Regolamento AGCM 23788/2012.

74 art. 23, c.cons.

CAPITOLO 3

IL CASO DI TRIPADVISOR

PREMESSA

Da quando Internet è entrato a far parte della nostra quotidianità si sono cominciate a fare recensioni su tutto: prodotti merceologici, tecnologici, indumenti, ma senza dubbio quando si parla di recensioni immediatamente si pensa ad un ristorante, ad un hotel o ad una destinazione; il settore turistico è difatti quello che ha potuto sfruttare al meglio questo incredibile strumento di diffusione.

Il ruolo informativo delle "vecchie guide di carta", oggi viene supplito da siti che aggregano contenuti generati direttamente dagli utenti attraverso le recensioni. Uno dei più famosi portali che svolge questa funzione di metasearch è certamente TripAdvisor attraverso cui è possibile ricercare voli, hotel o ristoranti in base alla zona d'interesse, basandosi anche sui contributi dati dagli altri utenti.

Se da un lato questo portale può rappresentare un vantaggio per il consumatore, rendendolo un utente più attivo, tramite il rilascio di recensioni che esplicitano il suo grado di soddisfazione, e per le aziende che possono avere in tal modo più informazioni riguardo alla propria clientela, dall'altro può rappresentare uno svantaggio soprattutto quando si parla di false recensioni. Il problema delle false recensioni non rappresenta una minaccia per il solo consumatore che può vedere alterate le proprie scelte d'acquisto di un bene o un servizio, bensì anche per le stesse aziende ed in particolare per i piccoli imprenditori la cui reputazione online risulta totalmente in balia del giudizio positivo o negativo rilasciato dagli utenti.

Il problema deriva proprio dall'importanza che TripAdvisor ha acquisito sotto l'aspetto commerciale, con effetti collaterali negativi come ad esempio ricatti da parte del cliente allo scopo di ottenere degli sconti, frodi da parte dell'impresa sotto forma di auto recensioni, oppure anche attività di distruzione di massa di un locale o un hotel a seguito dell'acquisto di

pacchetti di recensioni (che per loro natura dovrebbero rappresentare un'opinione totalmente spontanea).

In questo quarto ed ultimo capitolo, partendo dal significato di "web reputation", passando poi a definire l'importanza che la stessa ricopre per la "sopravvivenza" di una piccola impresa in un mercato altamente competitivo e in continua evoluzione, fino ad arrivare al caso giudiziario che ha investito la compagnia statunitense TripAdvisor, si vuole analizzare l'impatto che le false recensioni possono avere sul destino di una piccola azienda, come un ristorante o un hotel, e individuare i possibili strumenti di tutela a disposizione delle microimprese.

3.1 LA "WEB REPUTATION"

La reputazione per una struttura ricettiva è stata da sempre un elemento fondamentale per essere appetibili sul mercato e continuare ad attrarre nuovi clienti. La reputazione, che fino a qualche decennio fa, faceva affidamento sulle guide turistiche o sul semplice passaparola, oggi si diffonde a macchia d'olio attraverso i siti internet ad una velocità inimmaginabile. Essa dipende non solo da quello che l'impresa, o nel nostro caso la struttura ricettiva, vuole comunicare di sé, ma è anche e soprattutto il risultato di commenti, scambio di opinioni, di esperienze presenti in rete. Per tale ragione l'esperienza del turista/cliente diventa fondamentale ai fini della reputazione; infatti, se egli vede soddisfatte le proprie aspettative, consiglierà di ripetere la medesima esperienza, attivando un meccanismo di passaparola positivo che avrà un effetto positivo anche sui ricavi.

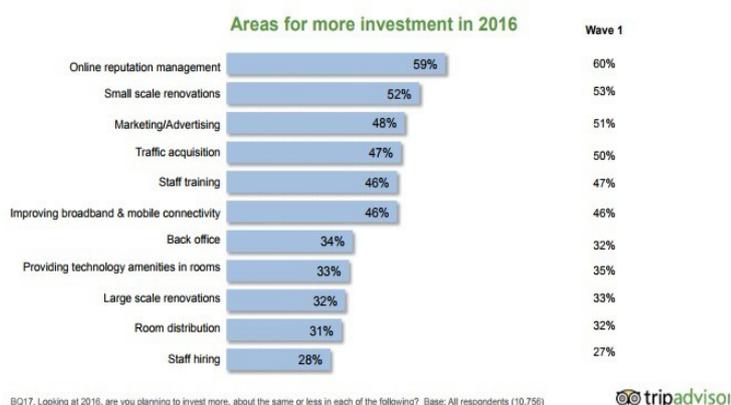
Per un'impresa turistica avere una buona reputazione *online* è quindi indispensabile in quanto influenza i fattori critici di successo quali la visibilità, la riconoscibilità *online* e di conseguenza i risultati finali che permettono di incrementare i flussi turistici in arrivo e i conseguenti guadagni che da essi derivano.

Oggi, dunque, il principale luogo di creazione della reputazione è in rete e ciò si evince anche dal *report* fatto da TripAdvisor intitolato "*6 key travel trends for 2016*". Dalle interviste (ben 44.000 tra albergatori e viaggiatori) è emerso che le strutture ricettive investono sempre più risorse nella gestione della reputazione online; in particolare il 93% degli albergatori (comprese quindi le strutture di piccole e medie dimensioni) ha affermato di essere consapevole dell'importanza delle *online reviews* per il futuro del loro *business*, tanto da voler investire il 59% in più rispetto all'anno precedente nell'area dell'*Online Reputation*.

Può dirsi, quindi, che la quasi totalità degli albergatori, compresi i titolari di strutture di

piccole e medie dimensioni, che caratterizzano maggiormente la realtà italiana, hanno cominciato ad assumere un atteggiamento proattivo nei confronti dei più importanti siti di viaggio, al fine di instaurare un dialogo con gli utenti, raccogliere in maniera rapida informazioni sul loro grado di soddisfazione, adottando quindi un processo di miglioramento basato su un'analisi regolare delle recensioni pubblicate *online*.

 **Business owners continue to prioritise online reputation management in 2016**



Fonte: <https://www.tripadvisor.com>

Tuttavia non tutte le recensioni pubblicate su questi siti sono genuine. I proprietari delle strutture ricettive si sono dovuti confrontare con "auto-recensioni", scritte dagli stessi ristoratori/albergatori, false recensioni a pagamento rilasciate dalle cd. agenzie di ottimizzazione specializzate nel migliorare il posizionamento dei siti web aziendali sui motori di ricerca, e giudizi fasulli scritti per dispetto ad opera di concorrenti sleali.

Tali false recensioni rappresentano, dunque, un pericolo per tutti: utenti, esercenti e per la stessa piattaforma, nel nostro caso TripAdvisor. Attorno ad essa si è addirittura creata un'economia parallela; le agenzie di ottimizzazione, infatti, accanto a servizi del tutto legali, offrono anche pacchetti di finte recensioni a pagamento (positive per scalare le classifiche di TripAdvisor e negative per danneggiare i concorrenti). Ci sono anche aziende nate unicamente per offrire questi servizi illegali, ma (qui entriamo nel *clou* dell'argomento) come dovrebbero proteggersi le piccole imprese turistiche da tutto ciò? A tale scopo si analizzeranno gli aspetti legali della gestione della reputazione e le possibili vie che un piccolo ristoratore o albergatore può intraprendere per tutelare la propria immagine sul *web*.

3.2 ASPETTI LEGALI DELLA GESTIONE DELLA REPUTAZIONE

Per affrontare le *fake reviews* dal punto di vista legale è necessario individuare quali fattispecie producono la violazione di norme o danni economici tra le parti. Tali comportamenti, infatti, permettono di accedere a quegli strumenti di tutela ampiamente trattati nel terzo capitolo del presente elaborato e quindi consentire richieste risarcitorie o sanzioni amministrative.

I soggetti che possono trovarsi coinvolti in questi procedimenti civili o anche penali, sono certamente il recensito, il recensore, la piattaforma nella quale è stata pubblicata la recensione, le agenzie di ottimizzazione e i consumatori. Schematicamente, le macro-tipologie di azioni che hanno potenziali risvolti legali sono:

- profili di responsabilità del recensore;
- profili di responsabilità dell'impresa che altera la propria *brand reputation*;
- profili di responsabilità della piattaforma di pubblicazione;
- responsabilità di chi genera e commercializza false recensioni;
- responsabilità di chi acquista e pubblica false recensioni;
- individuazione del recensore anonimo;
- interesse collettivo rispetto alla reiterata pubblicazione di false recensioni.⁷⁵

In questo capitolo verranno affrontati solo due di questi profili, quello che attiene alla responsabilità del recensore e quello relativo alla responsabilità della piattaforma, in quanto solo in questi due casi ha senso agire giuridicamente.

3.3 RESPONSABILITÀ DEL RECENSORE

La maggior parte delle recensioni rappresentano una mera espressione del giudizio personale dell'ospite che decide di condividere la propria esperienza e le proprie valutazioni personali. In questo caso possono esserci recensioni vere nei contenuti ma per le quali non si condivide il parere, ed in questo caso l'unico strumento disponibile per il proprietario della struttura ricettiva è rispondere alla recensione evidenziando i motivi per i quali non si è d'accordo, oppure possono esservi recensioni false nei contenuti. In questo secondo caso la direzione della struttura può richiedere alla piattaforma di rimuovere la falsa recensione

⁷⁵ F. TAPINASSI, N. ZOPPI, *Web marketing delle recensioni, Guida di sopravvivenza a Tripadvisor & co. per albergatori e ristoratori*, p 261.

dimostrandone la falsità; cosa altrettanto importante, ai fini di tutelare la propria reputazione, è rispondere segnalando a tutti i lettori che quanto scritto non è corretto o non è veritiero. La segnalazione della falsa recensione alla piattaforma permette a quest'ultima di effettuare ulteriori controlli e verificare l'affidabilità del recensore (vedi il paragrafo dedicato ai "Sistemi di controllo delle recensioni"). È chiaro che in questo senso si potrebbe ipotizzare un danno economico subito dall'impresa, legato appunto alla pubblicazione della falsa recensione, ma tra ipotizzare il danno e dimostrarlo c'è una bella differenza, con la conseguenza che un'eventuale azione risarcitoria risulterà molto ardua.

Per una questione di esaustività si considera brevemente anche il caso in cui la recensione contenga elementi diffamatori, che riguardano ad esempio aspetti sanitari o legati all'igiene della struttura ricettiva. In questo caso si va oltre il mero giudizio soggettivo e si prefigura, piuttosto, una responsabilità dell'impresa in violazione delle norme igienico-sanitarie connesse all'erogazione del servizio. Il fatto in questione ha una connotazione più penale che civilistica e ciò autorizza l'intervento delle forze dell'ordine al fine di accertare il fatto.

Per quanto riguarda la responsabilità della piattaforma, per avere un quadro completo, prima è bene spiegare cos'è TripAdvisor, come funziona e quali sono gli strumenti da esso utilizzati per combattere il problema delle false recensioni.

3.4 TRIPADVISOR: MODELLO IMPRENDITORIALE E FUNZIONAMENTO

MODELLO IMPRENDITORIALE

TripAdvisor è un portale web di viaggi, fondato, nel febbraio del 2000, dallo statunitense Stephen Kaufer, e poi acquistato da InteractiveCorporation nel 2004.

Il sito vuole rappresentare un servizio per gli utenti in quanto offre loro consigli relativi a hotel, resort, pensioni, vacanze, pacchetti di viaggio, guide di viaggio, voli, case vacanze; al contempo esso raccoglie recensioni che gli utenti registrati al sito possono lasciare per raccontare la propria esperienza e condividere la propria opinione con altri viaggiatori per aiutarli a decidere dove soggiornare, dove mangiare, come volare o cosa fare,

TripAdvisor offre opinioni relative ad oltre 7,3 milioni di alloggi, compagnie aeree, attrazioni e ristoranti, con quasi 260 milioni di visitatori al mese e più di 150 milioni di recensioni, reappresentando, soprattutto negli ultimi anni, una delle più grandi *community* di viaggiatori in tutto il mondo. Il sito mette a disposizione dei consumatori una banca dati contenente informazioni turistiche relative a strutture di tipo alberghiero, ristorativo, nonché a

quelle ricomprese nella categoria delle "attrazioni turistiche". I profili delle strutture presenti nella banca dati contengono informazioni aziendali più o meno dettagliate a seconda che sia stato attivato un profilo aziendale a pagamento, ed anche le recensioni degli utenti registrati.

Il suddetto *database*, con particolare riferimento alle strutture alberghiere, rende il sito di TripAdvisor assimilabile a quelli che svolgono la funzione di *metasearch*⁷⁶ in quanto consente ai visitatori di acquisire informazioni turistiche comparative, anche relativamente al prezzo e alla disponibilità delle camere, grazie alla presenza dei link e delle informazioni resi dalle agenzie di viaggio online (OTA⁷⁷).

TripAdvisor ha adottato un modello imprenditoriale nel quale parte dell'attività commerciale consiste nella vendita di spazi pubblicitari all'interno del proprio sito; le relazioni che sorgono in questo modo sono regolate da accordi pubblicitari che prevedono forme di remunerazione basate sui cc.dd. *click-based*⁷⁸ e *display-based*; anzi, è stato lo stesso professionista ad affermare che la sua principale fonte di guadagno deriva dai contratti pubblicitari *pay per click*, in forza dei quali la società applica un prezzo ai propri partners commerciali, il cui ammontare è calcolato in relazione al volume di click generato dai visitatori sui link pubblicitari presenti nel sito.

Una seconda fonte di guadagno è costituita dalla vendita di spazi pubblicitari, la cui remunerazione è accordata anche in questo caso sulla base del cd. *display-based*.

CREAZIONE DI UN PROFILO

TripAdvisor prevede differenti forme di creazione dei profili, infatti possono esserci:

- profili che sono stati creati direttamente da un rappresentante della struttura (che può essere ad esempio il gestore, il proprietario, l'agenzia di marketing o il franchising);
- profili di utenti che hanno segnalato o recensito la struttura;
- profili di partner commerciali di TripAdvisor, in questo caso è lo stesso professionista a creare il profilo;

76 Il *metasearch*, o metamotore, è un'interfaccia informatica che svolge la sua interrogazione su più motori di ricerca contemporaneamente. L'utente digita il testo da cercare nel *metasearch*, che lancia la ricerca collegandosi a Google, Yahoo e altri i quali inviano una risposta. I metamotori usano visualizzare i risultati senza processarli, oppure operano un'analisi e forniscono un'interpretazione personale dei listati forniti dai vari motori, creando una lista unificata; inoltre esso filtra i risultati forniti da più motori di ricerca per eliminare eventuali ripetizioni.

77 Le Online Travel Agencies (acronimo OTA) sono agenzie di intermediazione online (IDS) del settore turistico e giocano un ruolo fondamentale nel mondo del web marketing turistico. Si tratta di portali di prenotazione su cui il turista può confrontare diverse offerte di ospitalità sul territorio di suo interesse ed inserire una prenotazione. Il turista non cerca più le camere su motori di ricerca generici, ma si affida a siti specializzati. Alcuni dei più importanti sono Booking.com, Expedia, HRS, Agoda, ecc..

78 Molto intuitivamente, la remunerazione è direttamente proporzionale al numero di click e di visualizzazioni rispettivamente del link e della pagina.

- profili di editori di TripAdvisor che abbiano conosciuto la struttura grazie ad un articolo o ad una guida.

La procedura di registrazione del profilo può consistere o nella creazione *ex novo* un account utente sul sito di TripAdvisor, oppure nel collegare un preesistente account di Facebook o Google+.

LA RECENSIONE

Gli utenti che intendono rilasciare una recensione, devono selezionare la struttura che intendono recensire e compilare il relativo modulo.

La recensione si compone di una parte in cui l'utente è chiamato ad assegnare un punteggio complessivo alla struttura nell'ambito di un *range* che oscilla da un minimo di 1 a un massimo 5 pallini, ed un'altra parte relativa alla descrizione della propria esperienza turistica. Le recensioni non vengono pubblicate immediatamente, bensì vengono approvate dopo 24-48 ore dall'invio e pubblicate solo se conformi al regolamento di TripAdvisor. Inoltre, gli utenti possono pubblicare più recensioni per la medesima struttura ma solo che siano trascorsi tre mesi dall'ultima recensione, e per i ristoranti dopo un mese dalla pubblicazione dell'ultima recensione.

Al momento del rilascio di una recensione, TripAdvisor informa gli utenti sulla politica adottata per contrastare la pubblicazione di recensioni non veritiere, chiedendo di aderire ad una specifica dichiarazione.

Infine, i rappresentanti ufficiali delle strutture hanno la facoltà di replicare alle recensioni pubblicate dagli utenti, benchè tali repliche hanno solo natura informativa e non hanno una diretta incidenza sul controllo delle recensioni nè incidono sul posizionamento delle strutture nell'indice di popolarità⁷⁹.

IL SISTEMA DI CONTROLLO DELLE RECENSIONI

TripAdvisor dichiara di avvalersi di svariati strumenti di controllo delle recensioni che intervengono sia nella fase di rilascio delle recensioni, che nella fase successiva alla pubblicazione. La società si avvale sia di risorse umane, sebbene molto scarse⁸⁰, che tecnologiche.

Come appena detto, il controllo viene effettuato sia in una fase anteriore alla pubblicazione della recensione, sia in fase successiva. Il controllo manuale delle recensioni

⁷⁹ La posizione che le strutture ricoprono all'interno dell'area geografica di riferimento viene denominata "*Popularity Index Ranking*". Questo strumento serve a confrontare le strutture ubicate nella stessa località, offrendo ai viaggiatori una misura della loro popolarità. L'algoritmo che il professionista utilizza per calcolare il *ranking* delle strutture si basa essenzialmente sulla quantità (cioè il numero di recensioni rilasciate per ogni singola struttura) qualità (cioè il carattere negativo o positivo delle recensioni determinato dal "*Bubble Rating*", cioè il punteggio a pallini) e attualità delle recensioni.

⁸⁰ Il dipartimento "*Content Integrity*" conta oltre 300 dipendenti in tutto il mondo.

ancora non pubblicate, è svolto dai dipendenti del "Content Integrity", i quali, se ritenute fraudolente o sospette, possono decidere di respingere le recensioni, o, viceversa, pubblicarle sul sito. Tuttavia, non vengono effettuati controlli sui fatti riportati poichè, è lo stesso TripAdvisor ad affermarlo, con la mole di recensioni e di strutture presenti sul sito, sarebbe impossibile verificare ogni dettaglio.

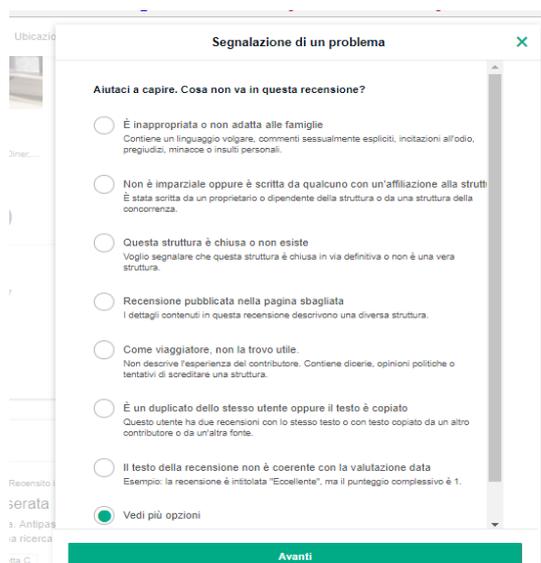
Le recensioni respinte vengono poi collocate all'interno di due macrocategorie di recensioni non conformi cioè "Suspicious Removal" (recensioni sospette) e "Fraud Removal" (recensioni false o fraudolente). Le recensioni sono considerate a) **false**: quando esiste una chiara serie di attività sospette in relazione ad una determinata struttura; b) **sospette**: quando non esiste un'evidenza diretta circa la realizzazione di una frode, ma la recensione mostra caratteristiche tali da ingenerare un rischio sufficiente a giustificare la rimozione.

Per quanto riguarda il controllo manuale che viene svolto successivamente alla pubblicazione delle recensioni, per la maggior parte dei casi, esso viene attivato in seguito alla segnalazione degli utenti o dei proprietari delle strutture. Le segnalazioni possono essere fatte tramite la funzione "Problemi con questa recensione?" che è posto al di sotto di ogni singola recensione.



Fonte: <https://www.tripadvisor.com>

Cliccando sulla funzione è poi possibile scegliere tra diverse opzioni come si vede dall'immagine che segue.



Fonte: <https://www.tripadvisor.com>

Per le false recensioni che hanno origine da organizzazioni più strutturate, ad esempio agenzie che forniscono recensioni false a pagamento, TripAdvisor si è dotato di un sistema di controllo più complesso che mette in relazione i locali recensiti, gli utenti che hanno inviato la recensione e i rapporti che esistono tra loro. La rappresentazione grafica di questi rapporti permette poi al team di verifica di valutare l'attendibilità delle segnalazioni ricevute. Il limite di tale sistema di controllo è che esso riesce ad essere efficiente solo con un numero significativo di segnalazioni. A rischiare di più sono più che altro i proprietari di locali che hanno poche recensioni e per le quali dimostrare il carattere fraudolento delle recensioni negative create *ad hoc* dalle agenzie di ottimizzazione diventa più difficile. TripAdvisor, inoltre, prevede un sistema di penalizzazione delle strutture coinvolte nell'attività di rilascio di false recensioni; queste ultime infatti subiscono una penalizzazione⁸¹ sull'indice di popolarità, che verrà incrementata nel caso in cui la struttura medesima prosegua con il proprio atteggiamento fraudolento anche dopo che TripAdvisor abbia notificato che un'attività contraria al regolamento è stata riscontrata. Diversamente non viene applicata nessuna penalizzazione sull'indice di popolarità, nel caso in cui la recensione sia ritenuta meramente sospetta, oppure se la falsa recensione non è ascrivibile alla struttura.

3.5 RESPONSABILITÀ DELLA PIATTAFORMA

Il problema della responsabilità della piattaforma è un argomento molto complesso che ha rappresentato, nella storia della giurisprudenza, motivo di disaccordo.

La società TripAdvisor, nel corso degli anni, si è trovata più volte coinvolta in vicende giudiziarie che hanno portato ora alla sua condanna in qualità di professionista, ora alla sua assoluzione sempre in qualità di professionista ed anche a non essere condannata in quanto qualificata come *hosting provider*. Le vicende giudiziarie a cui si fa riferimento sono rispettivamente il procedimento istruttorio n. PS934 dell'AGCM, la sentenza del TAR del 20 maggio 2015 relativa al ricorso n. 3118 del 2015, e la sentenza n. 46/2016 del Tribunale di Grosseto.

3.5.1 IL CASO TRIPADVISOR DAVANTI ALL'AGCM

In data 19 maggio 2014 è stato avviato il procedimento istruttorio n. PS934 nei confronti di TripAdvisor, in qualità di professionista, a seguito della denuncia da parte

⁸¹ Penalizzazioni più severe possono consistere, ad esempio, nell'apposizione di un contrassegno, cd. *red badge*, sul profilo e nella retrocessione della posizione ricoperta nel *ranking* pari a 40 posizioni.

dell'Unione Nazionale Consumatori, Federazione delle Associazioni Italiane Alberghi e Turismo (d'ora in poi semplicemente Federalberghi) e l'Agriturismo L.V., in qualità di segnalanti, per possibile violazione degli artt. 20, 21 e 22 del Codice del consumo.

In particolare il procedimento riguardava i comportamenti posti in essere dal professionista, consistenti nella diffusione di informazioni ingannevoli sulle fonti delle recensioni pubblicate, rispetto alle quali gli strumenti e le procedure adottati non risultavano adeguati per contrastare il fenomeno delle false recensioni.

Nello specifico, secondo i segnalanti TripAdvisor utilizzava informazioni particolarmente assertive, idonee ad accrescere la fiducia dei consumatori sul carattere autentico e genuino delle recensioni pubblicate dagli utenti, pur sapendo che sul sito venivano pubblicate anche recensioni false (di carattere positivo o negativo), da utenti che non avevano realmente goduto del servizio. Le informazioni diffuse dal professionista in particolare erano le seguenti:

a. <<Non importa se preferisci le catene alberghiere o gli hotel di nicchia, su TripAdvisor puoi trovare tante recensioni vere e autentiche, di cui ti puoi fidare. Milioni di viaggiatori hanno pubblicato online le proprie opinioni più sincere su hotel b&b, pensioni e molto altro>>;

b. << Vuoi organizzare un viaggio? Passa prima da TripAdvisor. I viaggiatori della community di TripAdvisor hanno scritto milioni di recensioni sulle loro vacanze migliori e peggiori che ti aiuteranno a decidere cosa fare. Nelle nostre guide gratuite puoi trovare i preziosi consigli e le foto dei viaggiatori per guidarti alla scoperta delle più importanti mete di viaggio>>;

c. << Scarica le nostre guide di viaggio gratuite e scoprirai i consigli dei viaggiatori su attrazioni turistiche, hotel, ristoranti e luoghi di divertimento>>;

d. << TripAdvisor offre consigli di viaggio affidabili, pubblicati per i veri viaggiatori>>;

e. << Ottieni le recensioni e le opinioni di viaggiatori sugli hotel delle città più visitate>>.

A confermare la presenza di false recensioni sul sito www.tripadvisor.it, sono state una serie di recensioni palesemente non veritiere, apparse sul sito tra il 27 agosto e il 9 settembre 2014, rilasciate da diversi utenti che, con il medesimo *account* avevano recensito diverse strutture collocate in differenti aree geografiche. Inoltre, dai rilievi svolti d'ufficio, era altresì emerso che nell'area geografica di Firenze erano presenti almeno dieci profili di strutture che avevano cessato la propria attività commerciale da 10 anni, senza che ciò risultasse scritto da nessuna parte.

A favore della propria tesi e a conferma di quanto detto sopra, Federalberghi aveva

riportato alcuni episodi inerenti al rilascio di recensioni non veritiere, dimostrando che fosse possibile lasciare delle recensioni anche per attività chiuse da anni e che il controllo millantato da TripAdvisor non fosse poi così efficiente.

TripAdvisor, d'altro canto, si era difeso ribadendo l'impossibilità di controllare i contenuti di tutte le recensioni rilasciate dagli utenti, considerata la notevole quantità che viene rilasciata giornalmente sul sito; ciò nonostante, continuava TripAdvisor, le recensioni false permarrebbero sul sito per poco tempo, grazie ai controlli successivi alla pubblicazione e che in ogni caso quelle recensioni false ancora presenti rappresenterebbero un caso isolato e non sarebbero in grado di influenzare le scelte dei consumatori (anche perchè TripAdvisor considera i propri consumatori esperti, in grado di fare un raffronto tra le varie recensioni e distinguere quelle palesemente false). Inoltre, secondo la società statunitense, il fatto di dover dedicare del tempo per la registrazione ai fini del rilascio di una recensione, scoraggerebbe l'utente che "per gioco" vuole rilasciare false recensioni⁸².

Il professionista, inoltre, non si riteneva responsabile delle recensioni rilasciate dagli utenti sul proprio sito in quanto si identificava come *hosting provider*⁸³, ai sensi del decreto legislativo n. 70/2003 attuativo della Direttiva sul commercio elettronico (Direttiva 2000/31/Ce), piuttosto che come professionista ai sensi dell'art. 18 del Codice del consumo.

Infine, TripAdvisor eccepiva anche che le condotte in questione non erano in contrasto con il canone nella diligenza professionale essendosi munito di efficaci strumenti di controllo (v. *supra*).

Insomma, il professionista contestava *in toto* il contenuto della memoria di Federalberghi, <<eccependo l'inammissibilità e l'infondatezza di tutte le misure richieste, con particolare riferimento a quelle volte ad identificare gli utenti in fase di registrazione e a far sì che gli stessi provino di aver effettivamente avuto un'esperienza turistica presso le strutture per le quali lasciano una recensione>>⁸⁴.

L'AGCM, dopo aver valutato il modello imprenditoriale di TripAdvisor, il suo funzionamento, nonché il sistema di controllo delle recensioni e le sue argomentazioni difensive, dopo aver chiesto il parere dell'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, la quale, a sua volta, ha ritenuto la pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 21 e 22 del codice del consumo, ha stabilito che la diffusione di informazioni ingannevoli sulle fonti

82 Con questa affermazione TripAdvisor non tiene in considerazione il business delle false recensioni (cd. *Astroturfing*) che ha preso piede negli ultimi anni, di cui si parlerà nei prossimi paragrafi.

83 Hosting provider, sono società che forniscono spazio su un server di loro proprietà o di locazione per l'utilizzo da parte dei loro clienti, oltre a fornire connettività Internet, in genere in un data center o Housing .

84 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Provv. n. 25237, Adunanza del 19 dicembre 2014 – TripAdvisor LLC, TripAdvisor Italy S.r.l., Rel. Rebecchini, p. 82.

delle recensioni pubblicate, correlata alla non idoneità degli strumenti utilizzati per contrastare il fenomeno delle false recensioni, integrano una pratica commerciale scorretta.

Per quanto riguarda invece la contestazione fatta da TripAdvisor circa la propria qualifica di professionista, l'AGCM rileva che il servizio da questi offerto consiste nel mettere a disposizione degli utenti informazioni turistiche attraverso un *database* di strutture ricettive consultabili gratuitamente e che la sua principale fonte remunerativa consiste nel vendere spazi pubblicitari agli inserzionisti e nella sottoscrizione di contratti per l'attivazione di profili aziendali. Ciò considerato, può dirsi che TripAdvisor agisce nell'ambito della sua attività commerciale e quindi è qualificabile come professionista ai sensi dell'art. 18, lettera b) del Codice del consumo.

Nelle valutazioni conclusive, inoltre l'Autorità conferma che *claim* utilizzati dal professionista per promuovere il proprio sito, lasciano intendere ai consumatori che possono fidarsi delle recensioni presenti sul portale, in quanto sono più volte rimarcate l'attendibilità, l'affidabilità e la genuinità delle recensioni medesime. In considerazione di ciò l'Antitrust stabilisce che le condotte e le comunicazioni commerciali messe in atto da TripAdvisor assumono un ruolo centrale nelle decisioni dei consumatori i quali *<<affidandosi all'asserito carattere genuino e autentico, le utilizzano per orientare le proprie preferenze e scegliere tra i servizi offerti dalle strutture turistiche presenti sul database>>*⁸⁵

In aggiunta di ciò, per quanto attiene al sistema di controllo utilizzato dal professionista, l'Autorità ha stabilito che TripAdvisor non è effettivamente in grado di vagliare in maniera efficace la genuinità delle recensioni, nè tantomeno la veridicità del loro contenuto, ovvero se questo sia effettivamente frutto di un'esperienza turistica o il risultato di attività fraudolente anche perchè le risorse umane destinate al controllo delle recensioni, sono, a parere dell'Autorità molto limitate. Dalle risultanze istruttorie è altresì emerso che il rilascio di false recensioni risulta molto facile in quanto in sede di registrazione il professionista non adoperava strumenti come il *captcha*⁸⁶, non invia alcuna email per verificare l'indirizzo di posta elettronica ed inoltre consente di rilasciare recensioni in forma anonima mediante il semplice utilizzo di un *nickname*; in aggiunta è stato constatato che tale *modus operandi*, aumentando sia il numero di recensioni che quello dei visitatori del sito, risulta funzionale al sistema di remunerazione dell'attività di TripAdvisor.

Inoltre, la possibilità di replica da parte dei rappresentanti ufficiali delle strutture ha

85 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Prov. n. 25237, Adunanza del 19 dicembre 2014 – TripAdvisor LLC, TripAdvisor Italy S.r.l., Rel. Rebecchini, p. 83.

86 Con l'acronimo inglese CAPTCHA si denota nell'ambito dell'informatica un test fatto di una o più domande e risposte per determinare se l'utente sia un umano (e non un computer o, più precisamente, un bot).

natura meramente informativa e non incide sugli effetti provocati dall'eventuale falsa recensione, nè comporta l'automatica eliminazione della stessa.

Infine, <<Contrariamente a quanto affermato dal professionista, che ritiene che i consumatori siano implicitamente consapevoli del fenomeno delle false recensioni e sufficientemente esperti per riconoscerle, va osservato che la diffusione della pratica commerciale a mezzo internet rafforza il carattere decettivo delle informazioni diffuse dal professionista, in quanto le stesse sono suscettibili di investire una vastissima platea di consumatori, non tutti necessariamente a conoscenza del fenomeno delle false recensioni e, quindi, non tutti in grado di orientare consapevolmente le proprie scelte di consumo dinanzi ad un quadro informativo alterato>>⁸⁷. L'AGCM continua affermando che << Del resto, l'assertività delle comunicazioni commerciali del professionista rende impossibile una diversa decodifica del messaggio da parte dei consumatori. Gli stessi dinanzi allo slogan in esame, alcuni dei quali presenti già sulla homepage del sito, quindi in occasione del primo contatto che si instaura tra i consumatori e TripAdvisor, non possono che ritenere attendibili le recensioni pubblicate sul database. In questo senso si pensi agli effetti delle false recensioni positive acquistate dalle strutture presenti sul database, allo scopo di innalzare l'indice di popolarità, del cui contenuto informativo e della cui veridicità il consumatore non ha ragione di dubitare>>. Si evince quindi che l'AGCM considera particolarmente grave il fatto che queste recensioni false, comprese quelle che il professionista considera "inventate" o rilasciate "per scherzo", abbiano una diretta incidenza sia sul *ranking* delle strutture, che sul *rating* complessivo che concorre a determinare la posizione delle strutture nell'indice di popolarità ; ciò anche in considerazione del fatto che era stato lo stesso TripAdvisor ad affermare che se in una determinata area geografica ci sono molte strutture, con punteggi simili e ravvicinati nell'indice di popolarità, anche una lieve riduzione nel punteggio complessivo della struttura sarebbe in grado di influire sulla sua posizione. Ciò posto, è ragionevole secondo l'Antitrust dedurre che la medesima alterazione in termini di *rating* e di *ranking*, a maggior ragione, si verifichi anche in caso di pubblicazione di poche false recensioni.

In conclusione l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, qualifica le pratiche commerciali messe in atto da TripAdvisor come scorrette in violazione degli artt. 20, 21 e 22 c. cons. in quanto idonee ad indurre in errore una vasta platea di consumatori e ad alterarne il comportamento economico.

Per quanto attiene, invece, la contrarietà alla diligenza professionale l'Antitrust

87 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Prov. n. 25237, Adunanza del 19 dicembre 2014 – TripAdvisor LLC, TripAdvisor Italy S.r.l., Rel. Rebecchini, p. 84

stabilisce che il professionista, pur consapevole dei limiti intrinseci del proprio sistema di controllo, non ha presentato al consumatore un quadro informativo esaustivo, facendo venir meno il normale grado di attenzione che ragionevolmente ci si può attendere in relazione all'attività svolta. Infine, in considerazione del modello di *business* adottato dal professionista, che svolge soprattutto un'attività di classificazione e sistematizzazione delle informazioni, l'Autorità ha ritenuto che egli non può essere qualificato come *hosting provider*, e che quindi non è sottratto alla sua responsabilità nei confronti del consumatore.

Per tutte le motivazioni sopra analizzate, l'Antitrust ha condannato TripAdvisor LLC e TripAdvisor Italy al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 500.000 euro, vietando la continuazione della pratica commerciale scorretta.

3.5.2 L'ANNULLAMENTO DEL PROVVEDIMENTO DELL'AGCM DA PARTE DEL TAR

A seguito della condanna da parte dell'AGCM, le società condannate, TripAdvisor LLC e TripAdvisor Italy, hanno proposto ricorso dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, al fine di ottenere l'annullamento della condanna.

In tale sede TripAdvisor Italy ha contestato il proprio effettivo potere di controllo e di gestione del sito. Difatti la sopra citata società asseriva che il sito è interamente gestito da TripAdvisor LLC, come si evince dai termini e condizioni di utilizzo, per cui essa non ne ha la proprietà, né la gestione e non esercita alcun controllo, limitandosi alla sola assistenza clienti e all'attività di consulenza di "*marketing offline*" senza avere alcun potere decisionale sulle pratiche commerciali, richiedendo, in qualità di filiale di vedere riconosciuta la propria estraneità, com'era già successo nel caso di TripAdvisor France.

Entrambe le società, inoltre, mettevano in evidenza il fatto che non vi era stata alcuna lamentela o denuncia da parte dei consumatori benchè la normativa ritenuta violata miri a tutelare tali soggetti. Infatti tra gli atti dell'istruttoria non erano presenti segnalazioni di consumatori che contestavano la pratica sanzionata, ma solo denunce avverso comportamenti di proprietari di hotel e ristoranti, per cui secondo TripAdvisor il provvedimento impugnato era anche carente di motivazione in ordine all'effettiva lesione diretta per l'utente.

Altro punto di contestazione nel ricorso riguardava la consistenza dei "claims" evidenziati⁸⁸; secondo il professionista solo due di questi contenevano riferimenti alla veridicità/affidabilità delle recensioni e, questi stessi, erano posti in posizione marginale nel

88 v. paragrafo 4.3 del seguente elaborato

sito. Erano poi presenti diversi "*disclaimer*"⁸⁹ che evidenziavano la presa di distanza di TripAdvisor dalle opinioni degli utenti. Di conseguenza, non c'era alcuna possibilità di influenzare le scelte dei consumatori. Inoltre a parere del professionista era stato trascurato un aspetto molto importante relativamente alla natura e capacità di giudizio del "consumatore che naviga su internet" molto diverso dal consumatore "tradizionale". In tal senso, infatti, coloro che si servono del sito in questione sono perfettamente coscienti, navigando abitualmente nel web per organizzare il proprio tempo libero, che ci possa essere il rischio di trovare indicazioni non veritiere o comunque non del tutto affidabili. Senza contare che le medesime espressioni ritenute decettive, sono presenti in altri siti, come quelli bancari o finanziari,⁹⁰ senza che ciò abbia comportato denunce da parte di utenti o associazioni; comunque solo una percentuale irrisoria delle recensioni risultano non genuine e l'utente ha comunque modo di verificarle, provvedendo a leggere le altre sulla medesima struttura, la risposta del proprietario, la storia del recensore.

Per quanto attiene ai sistemi di controllo adoperati, TripAdvisor, in totale disaccordo con l'AGCM, ritiene che sia uno dei migliori sistemi antifrode disponibili sul mercato paragonabili addirittura a quelli utilizzati nel settore bancario. Infatti, una volta individuata una falsa recensione, esso provvede alla sua rimozione e alla comunicazione entro 48 ore al proprietario della struttura. Il ricorrente fa notare altresì di avere effettuato una diligente informazione circa i limiti dei propri sistemi di controllo, tramite l'inserimento dei suddetti "*disclaimer*", ben visibili, secondo un canone di ragionevolezza valido per l'utente medio di internet.

Altro punto fondamentale ai fini dell'annullamento della condanna è, secondo TripAdvisor, il fatto che non è tanto la società che gestisce il sito a poter indurre il consumatore a fare determinate scelte al posto di altre, bensì è colui che scrive la recensione; anche perchè la società non può che essere danneggiata da una simile condotta, poichè, se si diffondesse tra gli utenti l'idea che le recensioni presenti sul sito sono false, esso perderebbe credibilità e affidabilità e di conseguenza non verrebbe più consultato, fermo restando che il prodotto finale degli utenti rimane comunque la struttura ricettiva e non il sito TripAdvisor.

Infine il ricorrente contestava l'importo della sanzione in quanto ritenuta non proporzionale alla pratica sanzionata e al comportamento da loro adottato.

Al termine del procedimento, il Collegio ha rilevato che, come condivisibilmente osservato dall'AGCM, in applicazione dell'art. 18, comma 1, lettera b) del Codice del

89 Letteralmente "disconoscimento", è una clausola di esonero della responsabilità.

90 Ad esempio, sui questi siti è facile trovarsi davanti ad espressioni come "pagamenti sicuri", anche se in effetti non sono considerate atte a garantire il 100% delle transazioni

consumo, si intende professionista "*qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista*". Data l'ampia previsione della norma che accomuna sia chi agisce direttamente sia chi agisce per conto di professionista, il Collegio non può riconoscere l'estraneità di TripAdvisor Italy all'attività svolta da TripAdvisor LLC, nè può far valere il richiamo ad una pronuncia del Tribunale di Parigi, legata evidentemente all'applicazione della legge francese in materia.

Per quanto riguarda il richiamo all'assenza di segnalazioni dirette da parte di singoli consumatori il Collegio fa notare che ai fini della configurazione di un illecito da parte del professionista, non è necessario che tale condotta abbia concretamente danneggiato il consumatore, poichè è sufficiente accertarne anche la sola potenzialità lesiva⁹¹ ; non è altrettanto necessario che il procedimento derivi dall'iniziativa di un consumatore, considerato che la stessa disciplina prevede che le segnalazioni possono essere veicolate da associazioni di settore⁹².

Relativamente ai *claim* utilizzati dal professionista e la diffusione di informazioni ingannevoli, il Collegio si dilunga molto in quanto ritenuti punti fondamentali della contestazione.

L'AGCM in una parte del provvedimento impugnato aveva dichiarato che TripAdvisor aveva diffuso informazioni ingannevoli, pur cosciente che sul proprio sito venissero pubblicate recensioni false, e in special modo aveva utilizzato informazioni particolarmente assertive tali da accrescere la fiducia del consumatore sul carattere autentico delle recensioni. In particolare tale carattere decettivo si desumeva dai *claim* utilizzati e cioè: **a.** “Non importa se preferisci le catene alberghiere o gli hotel di nicchia: su tripadvisor puoi trovare tante recensioni vere e autentiche, di cui ti puoi fidare. Milioni di viaggiatori hanno pubblicato online le proprie opinioni più sincere su hotel, bed & breakfast, pensioni e molto altro”; **b.** “Vuoi organizzare un viaggio? Passa prima su TripAdvisor. I viaggiatori della community di TripAdvisor hanno scritto milioni di recensioni sulle loro vacanze migliori e peggiori che ti aiuteranno a decidere cosa fare. Nelle nostre guide gratuite puoi trovare i preziosi consigli e le foto dei viaggiatori per guidarti alla scoperta delle più importanti mete di viaggio”; **c.** “Scarica le nostre guide di viaggio gratuite e scoprirai i consigli dei viaggiatori su attrazioni turistiche, hotel, ristoranti e luoghi di divertimento”; **d.** “TripAdvisor offre consigli di viaggio affidabili, pubblicati da veri viaggiatori”; **e.** “Ottieni le recensioni e le opinioni dei viaggiatori sugli hotel

91 artt. 24 e 26, c. cons.

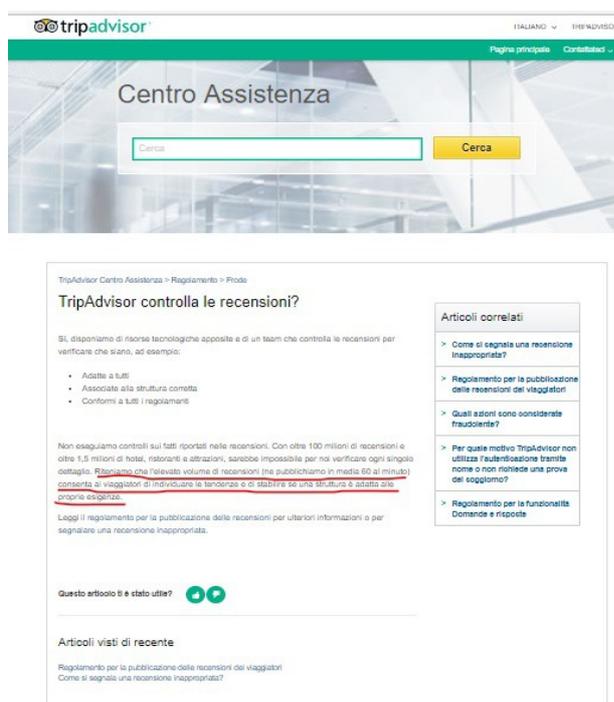
92 art. 139 c. cons.

delle città più visitate”; f. “(numero) persone hanno scritto una recensione su questo hotel”, “Cosa dicono i viaggiatori di (Città).

In proposito il Collegio osserva che solamente nei *claim a.* e *d.* può individuarsi un carattere assertivo laddove si parla di "tante recensioni vere e autentiche" o di "consigli di viaggio affidabili", pur tuttavia restando alcuni dubbi, poichè essi rappresentano dei semplici messaggi promozionali normalmente ammessi (come anche ricordato dallo stesso TripAdvisor in riferimento a siti bancari o finanziari).

Il Collegio non conferma altresì l'ingannevolezza asserita dall'Autorità, in quanto il *claim* parla di "tante recensioni vere e autentiche" potendosi dedurre che lo stesso gestore del sito non lascia ad intendere che "tutte" le recensioni siano vere e autentiche; solo in quel caso, forse, avrebbe potuto parlarsi di ingannevolezza. Nei restanti *claim*, invece non stati riscontrati particolari profili di ingannevolezza intravedendo piuttosto normali espressioni descrittive del servizio offerto. A ciò si aggiunga, come rilevato dagli stessi ricorrenti che i suddetti *claim* non sono immediatamente visibili ai visitatori del sito, allo scopo di attirarne l'attenzione, bensì sono posti solo in alcune pagine del sito.

Il Collegio fa leva sul fatto che è lo stesso TripAdvisor ad invitare i propri utenti, attraverso messaggi ampiamente visibili sul sito, a leggere più recensioni e non una singola per comprendere il reale stato della struttura ricettiva che si intende consultare, mettendo in evidenza in un'apposita sezione del regolamento, la propria difficoltà di verifica dato l'altissimo numero di contributi, come si evince dall'immagine che segue.



Fonte: <https://www.tripadvisor.com>

Il Collegio quindi rileva che nel sito è chiaramente presente una sorta di "istruzioni per l'uso" che illustra agli utenti, anche quelli inesperti, la corretta modalità di utilizzo, che prevede che la raccolta di informazioni <<deve essere collegata alla quantità e alla media ponderale delle stesse al fine di verificarne l'efficacia>>⁹³, previsione che a parere del Collegio non è stata debitamente presa in esame dall'Autorità sebbene considerata decisiva.

Inoltre, punto rilevante ai fini del presente elaborato, secondo il Collegio non appare rilevante il fatto che la registrazione al sito risulti alquanto facile (potendo utilizzare anche nomi di fantasia), << in quanto non è il singolo giudizio a dover indirizzare l'utente ma l'insieme delle opinioni espresse sulla singola struttura, come evidenziato, apparendo inverosimile che uno stesso utente utilizzi molteplici accessi "di fantasia" per recensire, in maniera positiva o negativa, una medesima struttura. In tal caso, comunque, le ricorrenti hanno dimostrato in giudizio che operano controlli manuali e automatici che rilevano l'anomalia, riconducendosi la fattispecie alle ipotesi più probabili di "boosting" o "vandalism", legate a organizzazioni professionali che cercano di lucrare nel favorire o sfavorire le singole imprese attraverso il meccanismo legato alle false recensioni a scopo economico>>⁹⁴; a ciò si aggiunga il fatto che comunque una falsa recensione potrebbe essere inserita usando un account preesistente o una email di uso comune in considerazione che TripAdvisor, come più volte affermato, non effettua un controllo sulle singole recensioni, poichè considerato impossibile data la mole di recensioni rilasciate sul sito. Su quest'ultimo punto le ricorrenti hanno altresì presentato diversi elementi a dimostrazione del fatto che viene effettuato un attento controllo in particolare sulle 'sofisticazioni organizzate a scopo economico' che sono le uniche effettivamente in grado di influire sul *ranking* della struttura.

In conclusione, per tutte le motivazioni sopra riportate, il Collegio non ha rilevato alcun profilo di ingannevolezza, nè di mancanza di diligenza professionale, annullando la condanna dell'Antitrust.

3.5.3 TRIPADVISOR DINANZI AL TRIBUNALE DI GROSSETO

Un più recente caso ha riguardato una struttura ricettiva dell'Argentario che aveva ricevuto una recensione dal contenuto diffamatorio; il parere, ritenuto dall'albergatore falso e diffamatorio, è stato poi portato all'attenzione del Tribunale di Grosseto con una denuncia civile nei confronti di TripAdvisor, ritenuto a suo parere corresponsabile della diffamazione in

93 Sentenza del TAR n. 9355/2015, p. 21.

94 Sentenza del TAR n. 9355/2015, p. 22.

quanto non avrebbe impedito la pubblicazione della recensione, non avrebbe agito con sufficiente tempestività a seguito della segnalazione e non avrebbe acconsentito a consegnare i dati del recensore. Il proprietario dell'hotel inoltre richiedeva che fosse risarcito del danno con una somma pari a 5.400.000 euro (un euro a visitatore, stimato che dal 16 al 23 luglio la recensione fosse stata visualizzata da 5.400.000 persone).

Il Tribunale di Grosseto, analizzate le istanze delle parti, ha respinto tutte le richieste dell'albergatore, definendole infondate.

Il punto di partenza è molto diverso da due casi sopra citati (dell'AGCM e del TAR), poichè secondo il Tribunale di Grosseto TripAdvisor non ricade nella definizione di professionista ai sensi dell'art. 18, comma 1, lettera b) del Codice del consumo, bensì esso può essere definito *hosting provider* ai sensi dell'art. 16 del D. Lgs n. 70 del 2003.

Il *provider* è una persona fisica o giuridica che svolge un'attività economica online consistente nell'erogazione di servizi della società dell'informazione in favore di destinatari che agiscono per scopi professionali o no, e che possono essere tenuti o meno a corrispondergli una remunerazione; si tratta di una definizione molto ampia, idonea a ricomprendere al suo interno i più diversi operatori della rete, tra cui appunto i fornitori di *hosting*.

Questa figura, come ben spiegato dall'articolo non è responsabile dei contenuti caricati dai propri utenti a meno che non sia al corrente del fatto che l'informazione è illecita e non provveda alla rimozione nonostante l'ordine dell'autorità giudiziaria; inoltre ai sensi dell'art. 17 del decreto il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, nè ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che infidichino la presenza di attività illecite⁹⁵. Pertanto, secondo il Tribunale di Grosseto, configurandosi come *h.p.* TripAdvisor rappresenta un semplice e neutrale intermediario fra i cittadini della rete che pubblicano i contenuti e quelli che li consultano.

Inoltre, secondo il Tribunale, TripAdvisor si qualifica come *hosting provider* nonostante abbia adottato dei filtri automatizzati per scongiurare la pubblicazione di recensioni esplicitamente inopportune o fraudolente, come previsto dalle proprie policy. Per quanto attiene i filtri, il Tribunale si richiama anche alla giurisprudenza europea, e in particolare alla sentenza della Corte di Giustizia dei giudici di Lussemburgo sul caso SABAM-Scarlet,

95 Questa assenza di obblighi generali di sorveglianza e di ricerca di illeciti esprimono la volontà del legislatore comunitario e poi anche di quello italiano di favorire la figura del *provider* nell'ottica di una politica di intenso sviluppo del commercio elettronico, anche se ciò comporta evidentemente, un tendenziale sacrificio degli opposti interessi dei titolari di diritti lesi attraverso internet.

che stabilisce che l'obbligo all'implementazione di filtri lederebbe la libertà d'impresa della piattaforma e il fondamentale diritto alla libertà di espressione e di informazione a favore della società civile. La piattaforma dispone, altresì, di sistemi di filtraggio adottati in maniera volontaria, soluzioni "atte a migliorare l'offerta del servizio di hosting" ma per loro natura imperfette, incapaci di "selezionare i contenuti da pubblicare nella piattaforma, anche sulla base di un controllo di veridicità e di continenza": per questo motivo non comportano il decadimento della neutralità del ruolo di TripAdvisor, e delle relative esenzioni di responsabilità.

Nemmeno la possibilità di cancellare dei contenuti caricati da terzi determina la natura editoriale e "attiva" della piattaforma: il tribunale di Grosseto osserva che si tratta di una attività "di carattere demolitivo e non costruttivo", che non interferisce con il contenuto delle recensioni. Anche in questo caso si tratta di una attività che l'intermediario opera in maniera volontaria, come avvenuto a seguito della segnalazione dell'albergatore toscano: la piattaforma, dopo due giorni lavorativi dalla segnalazione, aveva provveduto a rimuovere la recensione da cui è scaturito il caso. Il tribunale di Grosseto ricorda che TripAdvisor "non aveva alcun obbligo di rimozione del contenuto asseritamente illecito, in assenza di una decisione dell'autorità giudiziaria (unica competente a farlo) accertante la natura diffamatoria dello stesso". Ha agito in maniera volontaria, sulla base delle proprie condizioni d'uso, che l'utente ha accettato di sottoscrivere: "ove si ipotizzasse un obbligo di rimozione per ogni richiesta ricevuta dal titolare della struttura recensita - sottolinea il tribunale - si sconfesserebbe il senso del servizio in oggetto, che è quello di dare una panoramica di tutte le opinioni, a 360 gradi (e non solo di quelle positive)". La piattaforma ha dunque accettato di assumersi la responsabilità della rimozione, come spesso gli intermediari scelgono di fare sulla base delle proprie policy e per venire incontro ai soggetti che si dichiarano lesi, senza appesantire il sistema giudiziario e attenderne i tempi.

Il tribunale, respingendo così tutte le rivendicazioni dell'albergatore toscano, compresa la sostanziosa richiesta di risarcimento, ha riaffermato la natura di neutro intermediario di TripAdvisor.

3.5.4 LA VITTORIA DEL "DO FORNI"

L'ultimo caso che si vuole analizzare in questa sede, di proposito non in ordine cronologico, è quello del famoso ristorante veneziano "Do Forni". È un caso di fondamentale importanza e di "speranza" per tutti quei proprietari di strutture che vedono, inermi, la propria

reputazione danneggiata dalle false recensioni su TripAdvisor.

La prima recensione al ristorante veneziano risale al 2014; un utente identificato da un nickname aveva infatti rilasciato questa recensione :<<Sporchi, cari e maleducati [...] solo se i camerieri vi conoscono e sanno che riceveranno una buona mancia allora eviteranno di lasciare i vostri piatti a freddarsi sulla mensola della cucina [...] Ho trovato persino uno scarafaggio nella pasta [...] è la faccia più brutta che Venezia possa offrire...>>.

Il titolare del ristorante, che non aveva accettato il tono diffamatorio del commento, aveva così deciso di rivolgersi a dei legali, Anna Paola Klinger e Marianna de Giudici, le quali, una volta appurata l'impossibilità di individuare lo scrivente, si erano rivolte direttamente alla piattaforma richiedendo la rimozione del commento in quanto non in linea con lo stesso regolamento del sito, che prevede appunto che i commenti << non possono travalicare i limiti dell'ingiuria>>; la piattaforma aveva deciso di accogliere la richiesta e rimuovere la recensione.

Il problema sorge qualche tempo più tardi quando la stessa recensione riappare sul sito nonostante fosse stata rimossa a seguito di esplicita richiesta e resta online. I legali del ristorante decidono così di rivolgersi al Tribunale di Venezia contestando non tanto il mancato controllo preventivo, che come abbiamo visto nel paragrafo precedente non è obbligatorio per il *provider* ai sensi dell'art. 17 del d. lgs 70/2003, quanto piuttosto il fatto di non aver rimosso la recensione nonostante lo stesso sito avesse accettato di rimuoverla in un periodo antecedente. Il Tribunale decide così di accogliere l'istanza ritenendo la recensione diffamatoria perchè "non frutto di una reale esperienza da parte del recensore e quindi preordinata a danneggiare il ricorrente , e in particolare, a fornire agli occhi del pubblico un'artefatta rappresentazione delle caratteristiche dello stesso".

Per la prima volta in Italia, così un giudice, attraverso un'ordinanza cautelare richiesta con provvedimento d'urgenza, intima TripAdvisor a rimuovere la recensione; la vicenda avrebbe potuto avere anche un "lieto fine" con la condanna di TripAdvisor al risarcimento del danno all'immagine subito dal ristorante, tuttavia un lieto fine non si è avuto in quanto il sito ha raggiunto un accordo con il titolare del "Do Forni", rimborsandogli le spese legali, e il procedimento si è concluso.

CONCLUSIONI

È abbastanza chiaro che riguardo al caso TripAdvisor ci siano esiti contrastanti, questo probabilmente perchè la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, nella sua forma tradizionale, non è sufficiente a tutelare tutti i soggetti coinvolti nel fenomeno delle false recensioni.

In questo caso il problema non è tanto il consumatore che può essere definito mediamente informato o meno o che può essere in grado di distinguere (questo il parere del TAR e dello stesso TripAdvisor) le false recensioni da quelle derivanti da una reale esperienza presso la struttura ricettiva; non è nemmeno stabilire se la piattaforma in questione rientri nella definizione di professionista ai sensi dell'articolo 18 del codice del consumo oppure in quella di *hosting provider* ai sensi dell'art. 16 del d. lgs n. 70/2003 poichè questo è un problema di attribuzione di responsabilità successiva al compimento della pratica commerciale scorretta.

Piuttosto il reale problema è il business delle più volte citate agenzie di ottimizzazione che lucrano sul rilascio di false recensioni positive o negative, senza che l'impegno, la dedizione e il sacrificio di una vita del titolare di un ristorante possa influire in qualche modo sulla propria reputazione. Il reale problema è quindi la mancanza di normative che "preventivamente" possano agire per evitare che la pratica commerciale scorretta venga posta in essere.

In fondo i giudizi positivi o negativi a pagamento sono sempre esistiti anche quando la reputazione di un ristorante o di un hotel dipendeva da quanto scritto nelle guide gastronomiche o turistiche. Il fatto è che Internet, rivolgendosi ad una vasta platea di utenti ha amplificato l'effetto che un giudizio negativo o positivo può avere sul destino delle strutture ricettive, mettendo in crisi tutti quei ristoratori o albergatori che si vedono sommersi da una marea di commenti, opinioni e critiche che non riescono a gestire tramite una semplice email di scuse o spiegazioni.

È chiaro che l'ultimo caso presentato, relativo al ristorante veneziano "Do Forni" può fare da apripista a tutta una serie di richieste simili avanzate da migliaia di ristoratori italiani

ma non è detto che queste vicende giudiziarie si concludano sempre a favore del ristoratore e che questi possa riuscire ad ottenere "almeno" il rimborso delle spese legali. Si ricorda che i ristoranti o gli hotel maggiormente colpiti sono quelli di piccole dimensioni per i quali intraprendere un'azione legale contro un colosso quale è TripAdvisor risulterebbe troppo oneroso.

La strada più conveniente sembra quindi quella in cui l'unione fa la forza: una *class-action*.

Un'azione di classe, oltre ad avere una maggiore portata mediatica portando il problema della "inaffidabilità delle recensioni" agli occhi di tutti, permetterebbe alle strutture ricettive interessate di far sentire la propria voce, magari attraverso un'associazione che rappresenti i loro interessi omogenei (vedi 3.3.2)

In realtà la Federazione Italiana Enti Pubblici (FIPE) si è interessata alla questione e ha avviato una collaborazione con TripAdvisor e con TheFork(sito acquisito da TripAdvisor al fine di favorire le prenotazioni *online* e quindi la tracciabilità del soggetto che rilascia la recensione).

Dall'intervista, che ho personalmente fatto a Luciano Sbraga, direttore del Centro Studi della Federazione, è emerso che guardando al mercato delle piattaforme che offrono il medesimo servizio di TripAdvisor, non esiste in effetti un'alternativa altrettanto valida che possa offrire una scelta tanto variegata ai consumatori, e una vetrina altrettanto ampia ai proprietari delle strutture ricettive. La strada, secondo la FIPE, sarebbe quindi di migliorare questo strumento tanto utile quanto dannoso per i piccoli imprenditori turistici, riducendo al minimo le falle presenti nel sistema di controllo e migliorare alcuni aspetti dello stesso sito. Bisogna altresì lavorare molto per educare sia l'utente a leggere le recensioni, sia i proprietari delle strutture al fine di limitare al minimo (o magari anche annullare) il danno alla loro reputazione, tanto che la stessa federazione ha organizzato corsi di formazione al fine di insegnare ai proprietari-gestori a conoscere il web e ad utilizzarlo per promuovere la propria attività.

Una combinazione di impegno da parte di TripAdvisor, utenti e gestori, e di volontà da parte del legislatore ad adattare la normativa vigente in tema di pratiche commerciali scorrette al progresso tecnologico sembra quindi essere l'unica formula vincente.

Bibliografia

- C IURILLI, *Le vendite piramidali della nuova disciplina delle pratiche commerciali sleali. Dal business to consumer al business to business*, in *Studium iuris*, 2008, pp. 656-664 e 792-796
- A. SACCOMANI, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE*, in E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, p. 151
- E. BARGELLI, R. CALVO, A. CIATTI, G. DE CRISTOFARO, L. DI NELLA, R. DI RAIMO, *'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)'* a cura di G. De Cristofaro. G. Giappichelli Editore-Torino, 2008, p. 165
- M. CIAN, *Diritto Commerciale*, vol. I, G. Giappichelli Editore, 2014, p. 180
- L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali sleali "aggressive"*, in G. DE CRISTOFARO, a cura di *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit. 230
- S. ORLANDO, *L'estensione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori alle pratiche commerciali tra professionisti e microimprese*, p. 181, p. 235
- G. VETTORI, *Contratto e responsabilità: il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli, oltre il consumatore*, Cedam, 2013, p. 188
- G. ALPA, *I diritti dei consumatori*, Tomo II, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009.
- P. DEL CHIAPPA, A. BARCA, *La tutela individuale e collettiva dei consumatori*, G. Giappichelli editore, 2009, p. 123-159
- P.F. GIUGGIOLI, *L'azione collettiva risarcitoria : una prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 433
- I. PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140 bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, *Riv. dir. civ.*, 2010, 4, p. 355
- C. CONSOLO, *Fra nuovi riti civili e riscoperta delle class actions, alla ricerca di una giusta efficienza*, in *Corr. giur.*, 2004, 5, p. 565 ss
- *Codice del consumo* a cura di G. VETTORI, Cedam, 2007

- G. ALPA, *Class-action: note sull'art. 140 bis c. 1 del Codice del consumo*
- M. DE CRISTOFARO, *L'azione collettiva risarcitoria di classe: profili sistematici e processuali*, in *Resp. civ. e prev.*, 10, 2011
- G. CONTE, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'articolo 140 bis del Codice del Consumo*, Giappichelli, 2010, p. 200
- U. RUFFOLO, *La tutela individuale e collettiva del consumatore*, Giuffrè, Torino, 1979, pp. 5 ss., 119-154, 241 ss.
- F. TAPINASSI, N. ZOPPI, *Web marketing delle recensioni, Guida di sopravvivenza a Tripadvisor & co. per albergatori e ristoratori*, p 261

Altra documentazione

- Direttiva 2005/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005
- Direttiva 84/450/Cee del Consiglio del 10 settembre 1984
- Direttiva 2002/65/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, 23 settembre 2002
- Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000
- Deliberazione dell'AGCM n. 17589 del 15 novembre 2007-*Procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette* (in G.U. n. 283 del 5 dicembre 2007)
- Cass., 25 luglio 2001, n. 10127
- Delibera AGCM 1 aprile 2015, n. 25411
- Legge n. 580 del 29 dicembre 1993
- Regolamento AGCM 23788/2012
- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Provv. n. 25237, Adunanza del 19 dicembre 2014 – TripAdvisor LLC, TripAdvisor Italy S.r.l., Rel. Rebecchini, p. 84
- G. GATTEI, *Considerazioni sulla responsabilità dell'internet provider*, INTERLEX, 2001
- G. BUONOMO, *La responsabilità del gestore del sistema informatico per omessa adozione di misure di sicurezza*, in *Forum Multimediale, La società d'informazione, in Memicrocomputer*
- Sentenza del TAR n. 9355/2015

Sitografia

- <http://www.codicedelconsumo.it/>
- <http://www.agcm.it/consumatore-competenza/pratiche-commerciali-scorrette.html>
- <http://www.agcm.it/stampa/comunicati/8890-ps10666-per-cancellazione-corse-e-mancata-informazione-ai-consumatori-nelle-ferrovie-suburbane,-sanzione-da-3,6-milioni-di-euro-ad-atac.html>
- <http://www.italiaatavola.net/>
- <http://www.fipe.it/>
- <https://www.tripadvisor.it/>