

L'INCIDENZA DELLA DILIGENZA PROFESSIONALE NELLA VALUTAZIONE DELLE AZIONI INGANNEVOLI

SOMMARIO: I. Introduzione. – II. La decisione della Corte di Giustizia. – III. Le azioni ingannevoli e l'elemento soggettivo della pratica vietata. – IV. Giurisprudenza. – V. Conclusioni.

I. Introduzione.

Le pratiche commerciali scorrette sono disciplinate a livello comunitario, in base della normativa di cui alla Direttiva 2005/29/Ce, con una conformazione definita, da parte della dottrina, “a piramide”¹.

All'apice vi è il divieto generale di intraprendere pratiche scorrette, poi si hanno due specificazioni concernenti le pratiche ingannevoli e quelle aggressive, infine vi sono due *black lists*, riguardanti pratiche considerate illecite in quanto tali.

Tale conformazione “a piramide”, tuttavia, non ci rende edotti sulla disciplina caratterizzante ogni settore della stessa.

Analizzando il testo della Direttiva 2005/29/Ce, si nota come non sussista tra i principi all'apice e le applicazioni alla base, un rapporto di “norma generale-norme applicative”, ma piuttosto, come sostenuto da autorevole dottrina, un principio, con portata generale, concernente le pratiche scorrette, che, però, non dovrà applicarsi nel momento in cui ci troviamo dinnanzi alle pratiche ingannevoli ed a quelle aggressive².

Ergo, in questi casi, cade il contemperamento conseguente alla valutazione delle peculiarità del caso di specie, e si va a configurare una responsabilità particolarmente esosa per il

¹ M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 73.

² G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione*, in *Pratiche commerciali scorrette e Codice del consumo*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2008, p. 141.

professionista, qualora siano soddisfatti i requisiti fissati *ex artt.* 6 e 7 della Direttiva.

Quindi, aderendo a tale ipotesi, concernente una presunzione di contrarietà alla diligenza professionale, si dovrà dedurre che la relativa valutazione della diligenza del professionista nel caso concreto viene meno.

Il presente elaborato mira ad analizzare la categoria delle cd. azioni ingannevoli, approfondendo i requisiti che le specificano e l'incidenza dell'elemento della diligenza professionale, al fine di verificare in qual modo la Corte di Giustizia, nell'esaminare l'art.6 della Direttiva 2005/29/Ce, prenda in considerazione il comportamento del professionista.

Si ha un'azione ingannevole, quando venga posta in essere una pratica commerciale capace di trarre in inganno un consumatore medio, affinché lo stesso sia indotto ad assumere una decisione di natura commerciale, concernente l'acquisto di beni o servizi, che altrimenti non avrebbe preso.

Ai fini della presente disamina, si prenderà in esame la recente decisione della Corte di Giustizia del 19 settembre 2013, che si inserisce in una contesa avente proprio ad oggetto la definizione dei requisiti necessari per valutare la sussistenza di un'azione ingannevole ai sensi dell'art. 6 della direttiva 2005/29/CE. Tale controversia vede come parti due società che gestiscono agenzie di viaggi concorrenti: la Team4Travel e la CHS.

La Team4Travel stipula, con delle strutture alberghiere, un rapporto contrattuale al fine di poter qualificare tali strutture come "esclusive" ed impedire che altri operatori turistici possano avvalersene nelle date pattuite.

Quest'ultima, quindi, nella *brochure* di vendita, pubblicizzava la propria attività, evidenziando la possibilità di prenotare soggiorni in determinate date in specifiche strutture alberghiere, in regime di esclusiva.

All'atto di conclusione di tali contratti, la direttrice della Team4Travel aveva verificato che, presso dette strutture

alberghiere, non fossero state effettuate altre prenotazioni da parte di altre agenzie.

Per quanto concerne i contratti in questione, dette strutture alberghiere non avrebbero potuto recedere dagli impegni presi senza il consenso scritto della Team4Travel.

Tuttavia, tali alberghi, in violazione di suddetti obblighi, accettavano prenotazioni per *stock* di camere da parte della CHS, agenzia concorrente, per le medesime date.

La Team4Travel, non al corrente delle prenotazioni effettuate dalla CHS, diffonde le proprie *brochure* di vendita e il relativo listino prezzi.

La CHS, ritenendo che la dichiarazione di esclusività contenuta in tali documenti violasse il divieto di pratiche commerciali sleali, procedeva contro la Team4Travel, dato che le stesse strutture alberghiere potevano essere parimenti oggetto di prenotazione con l'intermediazione della CHS.

Per contro, la Team4 sosteneva di aver rispettato la diligenza professionale richiesta nella redazione delle proprie *brochure*, e di essere stata all'oscuro dei contratti stipulati dalla CHS con gli alberghi in questione, non rendendosi colpevole di aver attivato una pratica commerciale sleale.

Dopo due gradi di procedimento, nei quali la domanda della CHS veniva respinta, si procedeva a ricorrere in cassazione ("Revision") dinanzi all'*Oberster Gherichtshof*.

Detto giudice rilevava come gli artt. 6-9 della Direttiva 2005/29/Ce, nell'elencare i requisiti necessari per integrare una pratica ingannevole, non menzionassero anche il requisito del mancato rispetto delle norme di diligenza professionale.

Pertanto, sospeso il procedimento, si sottoponeva alla Corte di Giustizia dell'UE la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'articolo 5 della [direttiva sulle pratiche commerciali sleali] debba essere interpretato nel senso che, in caso di pratiche commerciali ingannevoli ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 4, della direttiva, sia inammissibile un esame specifico dei criteri di

cui all'articolo 5, paragrafo 2, lettera a), [della direttiva medesima]».

II. La decisione della Corte di Giustizia.

Per valutare il sentiero logico-giuridico percorso dalla Corte di Giustizia europea, occorre analizzare la definizione di “*pratica commerciale*”, così come delineata dall’art.2, lett. d) della Direttiva 2005/29/CE, quale

“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”;

pertanto, l’informazione circa l’esclusività che la Team4Travel sostiene di possedere per determinate strutture alberghiere in specifiche date, va qualificata come “pratica commerciale” ex art. 2, lettera d) della Direttiva in parola. La Corte UE, inoltre, valutando l’informazione contenuta nella *brochure* quale inesatta, quindi mendace, definisce tale attività della Team4Travel “ingannevole”, e perciò rientrante nel novero delle “*azioni ingannevoli*” ex art. 6 della Direttiva stessa.

La Corte, perciò, procede ad esaminare se, nell’applicazione dell’art. 6 della Direttiva 2005/29/CE, vada anche valutata la contrarietà alle norme di diligenza professionale da parte del professionista.

Nel caso in esame, tale requisito sarebbe stato perfettamente soddisfatto dall’agenzia di viaggi convenuta.

Tuttavia, se si guarda all’art. 5, par. 4, si nota come il legislatore comunitario abbia esplicitato che, rispetto alle azioni ingannevoli, si rimanda specificatamente all’art. 6, perciò la determinazione del carattere ingannevole di una pratica commerciale dipende esclusivamente dalla valutazione dei criteri ivi indicati.

Tale interpretazione restrittiva dell’art. 6, par.1, può avere una sola conseguenza, specificata al punto 45 della sentenza in esame:

“una pratica commerciale deve essere considerata «ingannevole» [...] ove ricorrano cumulativamente i criteri ivi elencati, senza necessità di verificare se sia parimenti soddisfatto il requisito relativo al contrasto di tale pratica con le norme di diligenza professionale, previsto dall’articolo 5, paragrafo 2, lettera a), della direttiva”.

Alla luce di quanto esposto, questa sentenza chiarifica definitivamente la portata del rispetto delle norme sulla diligenza professionale nella valutazione di una azione ingannevole³.

III. Le azioni ingannevoli e l’elemento soggettivo della pratica vietata.

Ciò premesso, risulta interessante disporre un paragone tra l’elemento soggettivo nella responsabilità precontrattuale del professionista e l’elemento soggettivo nelle pratiche commerciali ingannevoli.

A parere della dottrina, per esaminare l’alterazione del procedimento di formazione della volontà nella conclusione di un contratto, si ritiene che sia necessario accertare la sussistenza dell’elemento soggettivo, costituito dal *Vorsatzdogma*, ovvero sia la consapevolezza e l’intento di mistificare la verità, con l’obiettivo di trarre in errore la vittima della frode in tal modo perpetrata. Pertanto, all’ingannato è data la possibilità di difendersi tramite l’art. 1439 c.c., che commina l’annullabilità del contratto per dolo. Si noti come nell’ambito delle pratiche commerciali scorrette, il legislatore europeo abbia sostituito alla frode civile la categoria giuridica delle azioni ingannevoli, nella quale, come detto, l’elemento soggettivo non rientra tra i requisiti da tenere in considerazione. Parte della dottrina, perciò, ammette di trovarsi davanti ad una nuova fattispecie, ed esaminandone forma e contenuto, indica che *“siamo prossimi a scorgere una fattispecie*

³ Per mero esercizio filologico si può sostenere che è insita nella stessa parola “inganno” l’intenzione di ledere il terzo, *ergo*, ci si chiede come sia possibile trascendere dalla valutazione di tale volontà.

di illecito, alterante la volontà della persona normalmente avveduta (consumatore medio), imputabile oggettivamente al professionista a titolo di rischio d'impresa"⁴.

Quindi, se la premessa maggiore indica che l'obiettivo della tutela al consumatore, apprestata dall'Ue, è regolare un rapporto contrattuale non equilibrato, e la premessa minore dimostra che il consumatore appartiene ad una categoria caratterizzata da intrinseca debolezza⁵, allora la conclusione andrà formulata in tali termini: *"la parte che ha il sostanziale monopolio delle informazioni utili a manovrare il consenso della controparte deve sopportare gli effetti implicati dall'erroneità dei dati trasmessi anche nel caso in cui l'induzione in errore non sia intenzionale"*⁶.

Ad un simile esito era già approdato un provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 2008.

Nel caso di specie, un consumatore segnalava che un numero di telefono di una società, qualificato "numero verde", corrispondeva in realtà ad un numero a pagamento. La società oppone di essere stata a sua volta aggirata dal gestore telefonico, poiché confidava sulla gratuità dello stesso numero.

La valutazione dell'AGCM, prendendo le mosse dalla lettera degli artt. 21 e 22 del Codice del Consumo, sanziona la società che ha divulgato il numero telefonico, sulla scorta del fatto che *"il pregiudizio economico arrecato ai consumatori prescinde dalla concreta dimostrazione del dolo o della colpa del professionista, posto che il Codice del consumo mira a realizzare una tutela oggettiva dei consumatori"*⁷.

⁴ R. CALVO, *Le pratiche commerciali «ingannevoli»*, in *Pratiche c commerciali scorrette e Codice del consumo* a cura di G. DE CRISTOFARO, *cit.*, p. 219.

⁵ In tal senso G. ALPA, *Interpretazione del contratto*, in *Contratto e Impresa*, 1987, pp. 313 e ss.

⁶ R. CALVO, *op. cit.*, p. 219.

⁷ PS 51 – AQUILUS PISCINE-NUMERO VERDE *Provvedimento n. 18625 del 7-7-2008*, in A. F. GAGLIARDI, *Pratiche commerciali scorrette*, Torino, 2008, pp. 286 – 287.

IV. Giurisprudenza.

L'iter logico-giuridico di tale orientamento giurisprudenziale è rilevantemente difforme rispetto a quello della sentenza della Corte di Giustizia Europea del 23 aprile 2009, *VTB-VAB e Galatea*, C-261/07 e C-299/07. Il punto 55 di tale sentenza, difatti, recita che: *“l'art. 5, n. 4, della direttiva definisce due categorie precise di pratiche commerciali sleali, e cioè le «pratiche ingannevoli» e le «pratiche aggressive» che soddisfano i criteri specificati, rispettivamente, dagli artt. 6 e 7 nonché 8 e 9 della direttiva. In forza di tali disposizioni, siffatte pratiche sono vietate quando, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, inducano o siano idonee ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”*⁸.

Ciò che è mutato è l'odierna esclusione di tutte le caratteristiche e circostanze della fattispecie, che, nel caso in parola, sarebbero state nettamente a favore dell'agenzia convenuta.

Con la sentenza del 9 novembre 2010, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*, C-540/08, avviene una mutazione importante. Il punto 33 di questa sentenza dispone: *“l'art. 5, n. 4, della direttiva definisce due categorie precise di pratiche commerciali sleali, vale a dire le «pratiche ingannevoli» e le «pratiche aggressive» che soddisfano i criteri specificati rispettivamente agli artt. 6 e 7 nonché 8 e 9 della direttiva”*⁹.

Si eclissa l'apprezzamento degli elementi del caso di specie, tra i quali, pertanto, anche la valutazione del rispetto delle norme di diligenza professionale, in favore dei soli specifici requisiti *ex artt.* 6 e 7 della Direttiva 2005/29/CE. E' giocoforza rilevare che, nel duello tra professionista e consumatore, è quest'ultimo a prevalere,

⁸ Sentenza (della Corte di Giustizia dell'UE) del 23 aprile 2009, *VTB-VAB e Galatea*, C-261/07 e C-299/07, Racc. pag. I-2949, punto 55.

⁹ Sentenza (della Corte di Giustizia dell'UE) del 9 novembre 2010, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*, C-540/08, Racc. pag. I-10909, punto 33.

giacché i requisiti per valutare un'azione ingannevole vengono plasmati esclusivamente nell'ottica del secondo.

V. Conclusioni.

Sulla scorta di quanto sin qui riportato, l'aspetto maggiormente problematico sta nel fatto che la responsabilità nascente dalla disamina effettuata non trova riscontro nel panorama giuridico italiano, giacché non fondata su fatto proprio, bensì su fatto altrui. Tale impostazione, rischiosa per il professionista, ridimensiona fortemente l'elemento del legittimo affidamento sull'operato altrui, ed onera il professionista di un fardello pesante e di complessa gestione.

Pertanto, quanto detto sin qui, è a riprova che, invero, “l'uropeizzazione del contratto”¹⁰ ha portato e porterà ancora risultati inaspettati e di rottura rispetto alla tradizione giuridica che conosciamo.

E ciò a conferma del fatto che il settore dei contratti, laboratorio costantemente all'opera, è non solo “*lo specchio del mercato, ma anche lo specchio di una società complessa, mutevole, estremamente vitale*”¹¹.

¹⁰ G. ALPA, *L'uropeizzazione del diritto contrattuale*, in *Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori. L'integrazione europea e il processo civile, Materiali del seminario del 12 luglio 2002*, Milano, 2003, p. 13.

¹¹ G. ALPA, *op. cit.*, p. 13.