



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MACERATA

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E DEL LAVORO, ITALIANO E
COMPARATO

**CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO PRIVATO COMPARATO E
DIRITTO PRIVATO DELL'UNIONE EUROPEA
CICLO XXVI**

TITOLO DELLA TESI DI DOTTORATO

**LA REVISIONE DELL'*ACQUIS COMMUNAUTAIRE* ED I LIVELLI DI
UNIFORMAZIONE**

DOTTORANDO

Dott.ssa Gaia Fauttilli

TUTOR DEL PROGETTO DI RICERCA

Chia.mo Prof. Guido Alpa

DIRETTORE DEL CORSO

Chia.mo Prof. Ermanno Calzolaio

ANNO 2014

INDICE

INTRODUZIONE - La direttiva 2011/83/UE: un ulteriore passo verso la uniformazione del diritto contrattuale europeo	4
---	----------

CAPITOLO I - La revisione dell'acquis communautaire alla luce della direttiva 2011/83/UE sui "diritti dei consumatori"	33
---	-----------

1. La direttiva 2011/83/UE: osservazioni introduttive.	33
2. L'ambito di applicazione della direttiva.	38
2.1. I limiti oggettivi: le diverse estensioni dell'ambito di applicazione delle singole discipline inserite nella direttiva.	44
2.2. Le fattispecie contrattuali a cui si applica la disciplina della direttiva e le esclusioni prescritte.	48
2.3. Gli obblighi informativi precontrattuali: le innovazioni introdotte dalla nuova direttiva.	61
3. Il termine entro il quale gli obblighi informativi debbono essere adempiuti e la "chiarezza e comprensibilità" delle informazioni.	64
4. Gli obblighi informativi gravanti sui professionisti che propongono ai consumatori di concludere contratti non qualificabili né come "contratti a distanza" né come "contratti fuori dei locali commerciali"	69
4.1. Il contenuto degli obblighi di informazione.	74
4.2. L'inadempimento dell'obbligo informativo e le sue conseguenze.	79

5. Gli obblighi informativi gravanti sui professionisti che propongono ai consumatori di concludere contratti “a distanza” o “fuori dei locali commerciali”.....	82
5.1. La disciplina del recesso.	86

CAPITOLO II - Profili comparatistici tra la disciplina sui “contratti a distanza” e sui “contratti conclusi fuori dei locali commerciali” nel Codice del consumo e nella Direttiva 2011/83/UE..... 98

6. Il superamento dei problemi di coordinamento tra la disciplina in materia di contratti a distanza e quella in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali nella direttiva 2011/83/UE.	98
7. Affinità e differenze tra le esigenze di protezione emergenti in materia di contratti a distanza e quelle emergenti in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali.....	107
8. I contenuti delle informazioni preliminari e la loro “contrattualizzazione”: a confronto la disciplina dei “contratti a distanza” e dei “contratti conclusi fuori dei locali commerciali” nel Codice del consumo e nelle disposizioni della direttiva 2011/83/UE.....	111
8.1. La conferma dell’obbligo di esplicitazione dello scopo commerciale.....	116
8.2. La mancata conferma del principio di buona fede e lealtà delle transazioni commerciali.	117
8.3. I rimedi in caso di inosservanza degli obblighi informativi.....	119

CAPITOLO III - La disciplina del “commercio elettronico” alla luce della direttiva 2011/83/UE.....	134
9. I contenuti digitali ed il diritto dell’Unione europea.....	134
10. La proposta di regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita.....	136
11. Il commercio in rete dei contenuti digitali nella direttiva sui diritti dei consumatori.....	139
11.1. Gli obblighi di informazione nel commercio in rete di contenuti digitali.....	140
11.2. Il diritto di recesso nel commercio in rete di contenuti digitali.....	144
11.3. Le conseguenze della violazione degli obblighi informativi nel commercio elettronico.....	150
12. L’art. 8, par. 2, direttiva 2011/83/UE e la non vincolatività per il consumatore del contratto o dell’ordine.....	154
12.1. Il recepimento della c.d. “ <i>Button solution</i> ” nel sistema tedesco.....	164
13. Le conseguenze della “non vincolatività” per il consumatore del contratto e dell’ordine: le forniture non richieste.....	167
14. Obblighi di informazione, Internet cost traps e pratiche commerciali scorrette.....	173
CONCLUSIONI	181
BIBLIOGRAFIA	192

INTRODUZIONE

La direttiva 2011/83/UE: un ulteriore passo verso la uniformazione del diritto contrattuale europeo.

Il presente progetto di ricerca ha preso le mosse dalla presentazione da parte della Commissione Europea, nel mese di ottobre 2008, della proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio COM (2008) 614, quale risultato del riesame dell'*acquis* riguardante i diritti contrattuali dei consumatori, poi cristallizzata nella direttiva 2011/83/UE¹.

La direttiva 2011/83/UE, pur migliorando l'impianto originariamente contemplato nelle direttive 85/577/CEE e 97/7/CE ed offrendo sensibili aggiornamenti, anche con riferimento al nuovo contesto tecnologico, appare lacunosa là dove rinuncia a realizzare, in questa fase, più ambiziosi progetti di armonizzazione e coordinamento in materia di diritto dei consumi, che

¹ Per un'analisi compiuta sul significato di *acquis*, cfr. AZOULAI, *The Acquis of European Union and International Organizations*, in *European Law Journal*, vol. 11, n. 2, pp. 196-231; ALPA, *Il quadro comune di riferimento e le nuove prospettive di diritto contrattuale europeo*, in *I Contratti*, n. 3, 2005; ALPA, *I Principles of European contract law predisposti dalla Commissione Lando*, in *Rivista civile di diritto privato*, 2000, pp.483-497. ALPA, *L'armonizzazione del diritto contrattuale europeo ed il codice civile europeo*, in *Economia e diritto del terziario*, 1, 2004; DE POLI, *Politica del diritto e drafting nell'attuazione delle direttive comunitarie in materia di consumatore*, in G. Sicchiero, "Autonomia contrattuale e diritto privato europeo", Padova, 2005; LINDAHL, "Acquiring a community: the *acquis* and the institution of European legal order", in *European law journal*, vol. 9, n. 4, September 2003, pp 433-450; LOOS, "The influence of European consumer law on general contract law and the need for spontaneous harmonization", Centre for study of European contract law, working paper series, n. 2, 2006; SCULTE – NOLKE, *The review of the consumer acquis and the Common frame of reference – progress, key issues and prospective*, Viennaconference,maggio2006,http://ec.europa.eu/consumer/cons_int/safe_shop/fairbuspract/cont_law/index_en.ht.

comunque trapelano dalla struttura normativa e dall'introduzione di disposizioni concernenti contratti diversi da quelli rientranti nell'ambito di applicazione delle direttive citate.

Il progetto iniziale, che nell'ottobre del 2008 ha sorretto l'emanazione della Proposta di direttiva comunitaria [COM (2008) 614]², era in realtà più ambizioso, in quanto la Commissione europea intendeva perseguire l'obiettivo di definire – attraverso la rivisitazione di quattro fondamentali direttive “consumeristiche” (*rectius*, dir. n. 577 del 1985 sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali; dir. n. 13 del 1993 sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori; dir. n. 7 del 1997 sulla protezione dei consumatori nei contratti a distanza; dir. n. 44 del 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo) – una sorta di statuto europeo dei diritti del consumatore.

² Sulla proposta di direttiva in commento, si veda, ampiamente, CARBONARA – PARISI, *The paradox of legal harmonization*, JEL Classifications: K10, K33, D70, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=870519; DONA, *La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori: luci ed ombre nel futuro della tutela contrattuale*, <http://www.personaemercato.it/editoriale/la-proposta-di-direttiva-sui-diritti-dei-consumatori>; HOWELLS - SCHULZE (a cura di), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier European Law Publishers, 2009; HONDIUS, *The Proposal for an European Directive on Consumer Rights: A Step Forward*, in *European Review of Private Law*, 2010, p. 103 ss; MICKLITZ - REICH, *Crònaca de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a “Directive on consumer rights”*, in *Common Market Law Review*, 2009, pp. 471-519; RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2011, p. 754 ss; ROTT - TERRY, *The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules*, in *Zeitschrift fur europaisches Privatrecht*, 2009, p. 456 ss; SMITS, *Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights*, in *European Review of Private Law*, 2010, p. 5 ss.

Addirittura, nel Libro Verde reso in materia di Revisione dell'acquis relativo ai consumatori [COM (2006) 744 def. Dell'8 febbraio 2007]³, il progetto di riforma normativa comprendeva ben otto direttive, dovendosi sommare alle quattro previste nella Proposta di direttiva sopra menzionata, anche la direttiva 314/90/CE in materia di viaggi, vacanze e circuiti "tutto compreso", la direttiva 1994/47/CE sulla multiproprietà, la direttiva 1998/6/CE in tema di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori e, infine, la direttiva 1998/27/CE, concernente i provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori.

L'esigenza dell'intervento riformatore era da ravvisare, in particolare, nella necessità di dare maggiore coerenza ai testi normativi comunitari che, emanati di volta in volta per soddisfare specifiche esigenze, presentano notevoli discrasie tra loro. Si tratta di testi che hanno dato luogo a discipline non sistematicamente coordinate, spesso settoriali, incapaci di soddisfare ad un unitario ed armonioso disegno legislativo.

Vi era poi la esigenza ulteriore di elevare il livello di armonizzazione nel diritto interno, dato che le direttive comunitarie già esistenti nel diritto comunitario ed in quello interno non sono state oggettivamente recepite nel medesimo modo da un ordinamento interno all'altro, creando significativi casi di distorsione del mercato, ragion per cui le stesse direttive sorte per armonizzare il diritto tra i singoli Paesi membri hanno finito per dare luogo

³ LIBRO VERDE- Revisione dell'*acquis* relativo ai consumatori- Bruxelles, 08.02.2007 disponibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/.

ad un fenomeno di “ri-differenziazione” dei diritti nazionali, per via della discrezionalità lasciata in sede di attuazione e della specificità dei diritti interni, all’interno dei quali le nuove norme (emanate in occasione del recepimento delle norme comunitarie) devono pur sempre essere sistematicamente inquadrare.

Si comprende allora perché si sia optato per una armonizzazione massima, nella direttiva 2011/83/UE. Il livello di armonizzazione deve seguire uno *standard* di gran lunga più elevato, verso la direzione di una vera e propria “uniformità” dei sistemi giuridici nazionali su scala europea.

Si pensi in proposito che, a seguito della emanazione della Proposta di direttiva sul diritto dei consumatori (che rispetto al Libro Verde riduceva da otto a quattro le direttive da armonizzare) veniva elaborato dalla Commissione giuridica del Parlamento europeo un apposito “Documento di lavoro sui diritti del consumatore” del 15 aprile 2009, nel quale veniva rimarcato che il proposto strumento della direttiva orizzontale basata sull’armonizzazione massima avrebbe in pratica gli effetti di un regolamento. Le disposizioni del diritto contrattuale nazionale diverrebbero inapplicabili entro l’ambito delle regole di armonizzazione massima. Per effetto della piena armonizzazione gli Stati membri non avrebbero più alcun margine di discrezionalità normativa in questo campo”⁴.

⁴ WENDEHORST (a cura di), *Perspectives for European Consumer Law. Towards a Directive on Consumer Rights and Beyond*, Sellier European Law Publishers, 2010.

La Commissione giuridica del Parlamento europeo ha poi espresso il suo Parere sulla Proposta di Direttiva sui diritti dei consumi in data 24 gennaio 2011, destinato alla Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori, competente per il merito. Nel parere, oltre alle motivazioni, venivano esternati gli emendamenti suggeriti alla Proposta di direttiva.

Il “Documento di lavoro” del 15 aprile 2009 ed il successivo “Parere” del 24 gennaio 2011, emessi dalla Commissione giuridica del Parlamento europeo in relazione al testo della Proposta di direttiva comunitaria sui diritti dei consumatori risultano di rilievo al fine di comprendere il delicato equilibrio venutosi a creare tra il progetto di un diritto europeo uniforme sul diritto contrattuale generale e un “codice” europeo sistematico in materia di diritto dei consumatori.

In particolare, dalla lettura dei documenti citati si rileva l’esigenza, per il Parlamento europeo, di comprendere quale sia il rapporto tra la (proposta di) direttiva quadro sul diritto dei consumatori e il “Progetto di Quadro Comune di Riferimento del diritto contrattuale europeo” (DCFR).

Ebbene, secondo la Commissione giuridica del Parlamento europeo, il processo di revisione dell’acquis comunitario in materia di diritto contrattuale dei consumatori (successivamente culminato con la direttiva 2011/83/UE) e quello di elaborazione del DCFR, sembrano abbiano intrapreso due strade differenti. Pare cioè che il progetto sul quadro comune

di riferimento in materia contrattuale sia stato temporaneamente accantonato dalle istituzioni europee, in vista della previsione di un rafforzamento del diritto dei consumatori.

La Commissione giuridica infatti ha registrato, negli atti comunitari in materia di rivisitazione del diritto dei consumatori, una sorta di spontanea presa di distanza dalle posizioni inneggianti il Progetto sul *Common Frame of Reference*⁵; e così, nonostante le convinte esternazioni contenute nell'*Action Plan* del 2003 (con cui si è voluto dare “maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo”), solamente pochi anni più tardi la Commissione europea ha annunciato “il suo intendimento di dare priorità alle questioni di diritto contrattuale dei consumatori”, lasciando in secondo piano il DCFR. Basti pensare che quest’ultimo addirittura non viene nemmeno menzionato tanto nel Libro Verde dell’8 febbraio 2007, dedicato al riesame dell’acquis relativo al consumatore, quanto nella proposta di direttiva sui diritti dei consumatori.

Ebbene, il difetto di menzione concernente il DCFR è apparso, alla Commissione giuridica del Parlamento europeo, del tutto “curioso, visto

⁵ Sul quadro comune di riferimento, si veda, ALPA, *Il quadro comune di riferimento e le nuove prospettive di diritto contrattuale europeo*, in *I Contratti*, n. 3, 2005; CANNALIRE, *La Commissione europea lancia una consultazione pubblica su una serie di proposte volte a semplificare la normativa contrattuale relativa ai consumatori e adattarla alle moderne tecniche d’acquisto on line*, in *I contratti*, n. 4, 2007, pp. 393-398; DE POLI, *Politica del diritto e drafting nell’attuazione delle direttive comunitarie in materia di consumatore*, in G. Sicchiero, “*Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*”, Padova, 2005.

che scopo del Quadro comune altro non era che di dare alla Commissione uno strumento da utilizzare in sede di revisione dell'acquis comunitario nel campo del diritto contrattuale.

Si è inoltre ritenuto che la circostanza non fosse occasionale, ma rispondesse ad una precisa scelta strategica e politica, in una logica di alternanza tra riforma del diritto dei consumi, con revisione dell'acquis comunitario secondo principi di armonizzazione massima, e codificazione del diritto contrattuale europeo generale uniforme.

Nel citato “Documento di lavoro sui diritti del consumatore”, la Commissione giuridica del Parlamento europeo rimarca, infatti, come la proposta di direttiva comunitaria (poi divenuta, in via definitiva, direttiva 2011/83/UE), non si fosse premurata di spiegare le ragioni sulla base delle quali “non si è manifestamente tenuto conto delle soluzioni proposte nel DCFR. Se si considera l'accuratezza e l'inclusività del metodo utilizzato per la loro preparazione ed elaborazione, dette soluzioni sarebbero probabilmente più idonee ad essere applicate negli ordinamenti nazionali di diritti civile”.

Sviluppando i rilievi già mossi da diversi ordinamenti nazionali, la Commissione giuridica del Parlamento europeo si è posta in maniera piuttosto critica rispetto al testo della proposta di direttiva, rimarcando le proprie perplessità.

In primo luogo ha ritenuto non congruo il richiamo all'art. 95 del Trattato CE, posto a base della emanazione della proposta di direttiva in parola da parte della Commissione europea.

La Commissione giuridica rilevava, al riguardo, che secondo “la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee (CGCE), le misure di armonizzazione ex 95 CE devono autenticamente contribuire all'instaurazione e al funzionamento del Mercato interno, eliminando ostacoli alla libera circolazione o distorsioni di concorrenza. L'esistenza pura e semplice di differenze nelle legislazioni nazionali non basta dunque a giustificare l'intervento legislativo comunitario”.

Le conseguenze delineate dalla Commissione giuridica sarebbero di non poco conto, in quanto, contrariamente agli intenti del legislatore comunitario, si avrebbe addirittura un aumento della «frammentazione normativa a libello nazionale», così come un accrescimento delle «incoerenze giuridiche».

Un settimo ed ultimo appunto mosso dalla Commissione giuridica attiene invece al rapporto con altre normative comunitarie. La proposta di direttiva quadro sul diritto dei consumatori, infatti, pur proponendosi di intervenire in un ambito esteso di normazione, prevedendo la revisione di quattro diverse direttive tutte particolarmente rilevanti nel settore del consumo, non curerebbe di esaminare adeguatamente il rapporto con le altre normative di emanazione europea, con particolare riferimento, tra le altre, a

quelle contenute nella direttiva sul commercio elettronico nella direttiva resa in materia di pratiche commerciali sleali, nella direttiva sui servizi e, infine, nel regolamento Roma I.

Tali preoccupazioni di carattere sistematico, contenute nel «Documento di lavoro» della Commissione giuridica, vanno lette unitamente al profilo per cui la proposta di direttiva sui diritti dei consumatori contiene numerosi «aspetti che allontanano ulteriormente il diritto contrattuale dei consumatori CE dal diritto contrattuale generale e che le consentiranno di sciversi in un quadro che potrebbe condurre a un «Codice europeo del consumatore»⁶.

Si tratta in realtà di uno scenario non particolarmente sconvolgente come dimostra l'esperienza italiana, nella quale il Codice del consumo, che nasce proprio per l'esigenza di coordinare l'insieme delle disposizioni normative di origine comunitaria emanate a tutela dei consumatori in origine estranee alla nostra tradizione giuridica, convive con il diritto contrattuale interno. La Commissione giuridica, tuttavia, lanciava un allarme, irrigidendo il percorso di approvazione della proposta di direttiva quadro sul diritto dei consumatori, osservando che lo scenario sopra delineato «sposterebbe quasi interamente il diritto dei consumatori dal livello nazionale a quello europeo e condurrebbe anche un'effettiva e netta distinzione fra contratti *business-to-consumer* e *business-to-business* (e

⁶ ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corriere giuridico*, 2009, 2, 267 ss.

consumer-to-consumer). Un approccio di questo tipo potrebbe essere giustificabile sul piano politico, tuttavia la scelta politica fondamentale di andare verso un Codice europeo del consumatore deve essere fatta in modo consapevole e trasparente: occorre chiedere alla Commissione di dare chiare indicazioni circa i suoi progetti per il futuro e circa il posto che occupa la proposta in esame in tali progetti».

La Commissione giuridica del Parlamento europeo reclama dunque una maggiore trasparenza e un maggiore dibattito nell'introduzione di un processo di codificazione europeo nel settore dei consumi, al fine di armonizzare le scelte con quelle di carattere più generale, legate al processo di codificazione sul diritto contrattuale europeo uniforme.

Nel documento di lavoro viene pertanto proposto di orientare le scelte del legislatore comunitario verso l'adozione di uno «Strumento opzionale» in materia di diritto dei consumi, permettendo «in tal modo alle imprese di offrire al consumatore la possibilità di far applicare ai loro acquisti il diritto europeo in materia di contratti e di vendita al dettaglio e di essere pertanto coperti dalle disposizioni che lo tutelano. Il consumatore potrebbe fare questa scelta semplicemente cliccando su un “tasto blu”. Tale sistema avrebbe il pregio di poter essere esteso oltre i contratti *business-to-consumer* con l'opportunità di utilizzare appieno il Quadro comune di riferimento».

L'impostazione della Commissione giuridica del Parlamento europeo approntata nel «*Documento di lavoro sui diritti del consumatore*» recante data 15 aprile 2009 è stata poi ripresa anche nel «Parere» della medesima Commissione giuridica destinato alla «Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori», reso in data 24 gennaio 2011 sulla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori.

Nel Parere citato, la Commissione giuridica del Parlamento europeo, sempre per mano della relatrice Diana Wallis, ritiene certamente lodevole l'intenzione della Commissione di arrivare ad un incremento delle transazioni transfrontaliere attraverso l'eliminazione della frammentazione giuridica esistente nei singoli orientamenti nazionali, ma considera al contempo tale obiettivo pressoché impossibile da realizzare «oggi (...) alla luce dello stato in cui versa l'acquis relativo ai consumatori». Nel citato Parere si dice chiaramente che «abbiamo infatti l'impressione che non avremmo iniziato dal punto in cui ci troviamo in questo momento se questo fosse stato l'obiettivo originario, dal momento che è ormai assolutamente chiaro che le norme proposte non possono funzionare indipendentemente dai regimi nazionali di diritto privato».

I rilievi si legano alle scelte di politica legislativa che accompagnano l'introduzione di norme uniformi in materia di diritti generale dei contratti, dato che «la proposta inevitabilmente e involontariamente provocherebbe

ripercussioni sulle legislazioni nazionali giacché non prevede un'armonizzazione complessiva del diritto contrattuale. Anzi, l'armonizzazione completa così come proposta produrrebbe in molti casi effetti paradossali, poiché le disposizioni interamente armonizzate del diritto contrattuale dei consumatori entrerebbero in contrasto con altre disposizioni parzialmente armonizzate e relative alla normativa concernente i contratti *business-to-business* e *business-to-consumer* a livello di Stato membro. Ne consegue che l'obiettivo di creare un "corpus unico di regole" è difficilmente realizzabile, mentre è ovvio prevedere discussioni interminabili in merito alle questioni di definizione».

La Commissione giuridica del Parlamento europeo, dunque, ritiene di concludere proponendo il mantenimento di un'armonizzazione minima per il diritto dei consumatori con norme contenenti un livello elevato di tutela a cui affiancare un'armonizzazione completa, di livello massimo, solamente per alcune norme specifiche, con particolare riferimento all'istituto del recesso. Veniva proposto invece di sottrarre all'armonizzazione massima il regime delle informazioni, nonché la disciplina comunitaria resa in materia di clausole abusive, di vendite di beni ai consumatori e di tutele in caso di inadempimento.

Le resistenze al progetto iniziale hanno poi portato a ridurre l'ambito oggettivo di normazione della direttiva 2011/83/UE, che ha ridimensionato l'ambizione di costituire una "direttiva quadro" in materia di diritto dei

consumatori, mantenendo però il livello di armonizzazione massima sul minor numero di norme in essa rimaste.

A seguito del travagliato *iter* di approvazione della direttiva in questione, dunque, si è assistiti ad un vero e proprio *révirement* da parte della Commissione europea⁷, che ha finito per recepire quasi pedissequamente le indicazioni esplicitamente provenienti dai Pareri formula alla Proposta di direttiva⁸, limitando «l'oggetto della direttiva sui diritti dei consumatori (e la progettata “armonizzazione massima”) alla revisione, essenzialmente, della direttiva sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali e di quella sui contratti a distanza lasciando fuori dal campo dell'intervento la direttiva sulle clausole vessatorie e quella sulle garanzie nella vendita di beni di consumo»⁹, riprendendo altresì «l'idea della introduzione di uno “strumento opzionale” profilata come una soluzione di minor impatto sui diritti nazionali, almeno nel senso che essa sarebbe servita a fugare il dubbio di alimentare (e rendere irreversibile) un processo di “differenziazione” del diritto contrattuale, con contestuale attrazione al livello comunitario (e correlativa sottrazione al livello nazionale) di una parte significativa di quest'ultimo, vale a dire di quella

⁷ D'AMICO, *Il diritto comune europeo della vendita. Direttiva dei consumatori e regolamento comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *Contratti*, 2012, 7, 611 ss.

⁸ D'AMICO, *Il diritto comune europeo della vendita. Direttiva dei consumatori e regolamento comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, cit., 611 ss.

⁹ D'AMICO, *Il diritto comune europeo della vendita. Direttiva dei consumatori e regolamento comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, cit., 611 ss.

(parte) che abbiamo sopra identificato con la formula dello “statuto del consumatore (contraente)»¹⁰.

La Commissione agisce però su fronti differenti coordinando strumenti diversi per raggiungere il medesimo obiettivo finale di creazione progressiva di un diritto uniforme su scala europea, abbattendo progressivamente le resistenze provenienti dai Parlamenti e dai Governi nazionali (che temono l’erosione ineliminabile delle proprie competenze), nonché dagli organi europei che più direttamente le recepiscono, dandone voce¹¹.

I compromessi esistenti tra le diverse forze politiche e legislative che si confrontano a diversi livelli, nazionale ed europeo, per l’affermazione delle soluzioni normative e degli strumenti volti a raggiungere gli obiettivi programmati nell’ambito dell’UE, hanno prodotto dunque una direttiva che ha deluso le aspettative iniziali. Si tratta però, a ben vedere, di una delusione apparente ed effimera, se si considerano diversi rilievi:

- si è avuta l’affermazione del processo di armonizzazione massima per l’area del diritto dei consumi, strategicamente importante, qual è quella relativa ai contratti conclusi con tecniche speciali di contrattazione (contratti conclusi a distanza e contratti conclusi fuori dei locali commerciali). Si tratta di un’affermazione importante, perché costituisce un

¹⁰ D’AMICO, *Il diritto comune europeo della vendita. Direttiva dei consumatori e regolamento comune europeo della vendita: quale strategia dell’Unione europea in materia di armonizzazione?*, cit., 611 ss.

¹¹ BRAVO, *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE – Verso un codice europeo del consumo*, Milano, 2013, 277 ss.

modello replicabile con altre direttive, volte ad armonizzare, in maniera altrettanto piena, altri settori del diritto dei consumi e del diritto dei contratti. Non si è registrato un passo indietro, dunque, da parte della Commissione europea, ma un passo avanti, che preclude ad ulteriori sviluppi nella medesima direzione con il medesimo metodo;

- il ridimensionamento dell'ambito di normazione risultante dalla versione finale della direttiva 2011/82/UE è in realtà meno significativo di quanto possa sembrare *prima facie*. La portata dell'intervento normativo rimane pur sempre considerevole. Va tenuto conto, infatti, che il legislatore comunitario ha sì ridotto l'ambito principale di intervento ai soli contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali, ma ha anche utilizzato una tecnica normativa del tutto singolare, tracciando, quanto all'applicazione degli istituti di tutela (*in primis* il recesso), una linea di distinzione che attiene più alla contrapposizione tra contratti di vendita e contratti di servizi che non alla giustapposizione tra contratti a distanza e contratti conclusi fuori dei locali commerciali.

A ciò si aggiunga, come s'è cercato di rimarcare nel corso del secondo capitolo della presente trattazione, che la nuova disciplina introduce una tipizzazione del contratto di vendita e del contratto di prestazione di servizi che sembrano avere la vocazione di una portata di carattere più generale.

La direttiva 2011/83/UE anticipa, con l'armonizzazione massima, la disciplina del contratto di servizi e, in modo ancor più stringente, la disciplina del contratto di vendita (oltre che del contratto di «teleriscaldamento»), fornendo una definizione e un primo significativo *set* di norme, direttamente applicabile nell'ambito *business-to-business*. Proprio l'intervento normativo in materia di «contratti di vendita» sollecita una riflessione ulteriore. È stato infatti evidenziato, ma con riferimento all'adozione della Proposta di regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita [COM(2011)635def.], che la scelta di disciplinare la vendita, in luogo di un impianto normativo di maggior respiro, sia «solo apparentemente (...) “riduttiva” (soprattutto se ci si pone dal punto di vista del legislatore europeo e dei suoi “obiettivi”))»¹², se si pensa che «le direttive comunitarie in materia contrattuale, per quanto declinate in termini sovente “generali” (ossia riferibili a qualsiasi contratto), riguardano di fatto soprattutto (se non esclusivamente) il contratto di vendita (nel senso che di fatto queste normative finiscono per essere applicate per lo più a compravendite, piuttosto che ad altri tipi di contratto))» e che «la vendita – contratto di scambio per eccellenza – è il contratto che più immediatamente risulta connesso alla (se non addirittura “costitutivo” della) idea stessa di “mercato” (inteso, appunto, come “luogo degli scambi”), specie se il riferimento venga fatto ai c.d. “mercati finali” nei quali il contratto di

¹² D'AMICO, *Il diritto comune europeo della vendita. Direttiva dei consumatori e regolamento comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, cit., 611 ss.

vendita (sia pure sempre più “arricchito” da una serie di “servizi” complementari) continua ad essere il “sovrano” incontrastato. E la regolamentazione del mercato (concorrenziale) costituisce – come è noto – una delle finalità originarie ed essenziali dell’azione normativa europea»¹³.

In tale contesto, introduzione di uno «strumento opzionale» volto alla creazione di un diritto europeo uniforme della vendita destinato a fare ingresso nei diritti nazionali mediante lo strumento del regolamento, non ha il significato di una «rinuncia ad affermare una “primizia” (e – in prospettiva – una competenza, se non esclusiva, quanto meno “privilegiata”) del diritto contrattuale europeo rispetto ai diritti nazionali, ma semplicemente di uno strumento meno “eclatante” per perseguire (pure, magari, a seguito di un processo presumibilmente più lungo e meno immediato) il medesimo risultato (di “superamento” delle discipline nazionali). Se si accede a questo tipo di “lettura”, risulta anche più chiaro l’iter che è stato seguito dalla Commissione (...)»¹⁴.

L’approccio innovativo in materia di «contratti di vendita» (nella cui definizione sono significativamente compresi anche quei contratti che hanno ad oggetto sia beni che servizi), seguito dalla direttiva 2011/83/UE, si colloca in questo nuovo colco di affermazione del diritto europeo, che da un lato introduce atti normativi «forti» (i regolamenti), direttamente

¹³ D’AMICO, *Il diritto comune europeo della vendita. Direttiva dei consumatori e regolamento comune europeo della vendita: quale strategia dell’Unione europea in materia di armonizzazione?*, cit., 611 ss.

¹⁴ D’AMICO, *Il diritto comune europeo della vendita. Direttiva dei consumatori e regolamento comune europeo della vendita: quale strategia dell’Unione europea in materia di armonizzazione?*, cit., 611 ss.

applicabili negli ordinamenti nazionali, mitigandone la disciplina attraverso l'introduzione di una normativa di tipo «opzionale» al fine di renderla (progressivamente) più accettabile e che, dall'altro lato, introduce atti normativi formalmente più «deboli» (le direttive, che necessitano, com'è noto, di atti interni di attuazione), i cui contenuti però sottraggono discrezionalità agli Stati membri, per via della scelta di introdurre un'armonizzazione massima. Entrambe le tipologie di intervento, in questa fase del processo di ulteriore armonizzazione, appaiono sorrette più da una scelta di metodo che da una scelta di contenuto, nel senso che sembra di assistere a sperimenti volti all'affermazione, nel medio-lungo periodo, di un diritto europeo uniforme, in materie di diritto dei consumi e di diritto contrattuale generale, capace di scalfire le resistenze, ancora vigorose, che promanano a livello nazionale¹⁵.

La lettura critica della Commissione giustizia del Parlamento, di cui s'è già dato conto *supra*, relativa all'impianto originario della Proposta di direttiva quadro sui diritti dei consumatori, conteneva delle remore circa la paventata introduzione di un Codice europeo del consumo¹⁶.

Le esternazioni critiche mosse nel «Documento di lavoro» del 15 aprile 2009 sono state riproposte anche nel «Parere» del 21 gennaio 2011, nell'ambito del quale la Commissione giuridica rimarca che la direttiva, per

¹⁵ BRAVO, *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE – Verso un codice europeo del consumo*, cit., 277 ss.

¹⁶ BRAVO, *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE – Verso un codice europeo del consumo*, cit., 277 ss.

come era stata proposta, finirebbe per inscrivere la disciplina nell'ambito di un quadro normativo destinato ad introdurre un «Codice europeo del consumatore».

Ciò, si osserva nel riferito Parere, porterebbe: *i)* all'affermazione netta di un diritto contrattuale B2C in contrapposizione di un diritto contrattuale B2B, con allontanamento ulteriore del diritto dei consumatori dal diritto contrattuale generale (e, dunque, all'emersione di problemi di coordinamento tra diritto dei consumi e diritto contrattuale generale, nell'ambito del processo di armonizzazione che sta investendo la creazione del diritto europeo); *ii)* allo spostamento ulteriore del diritto dei consumatori dal livello nazionale di normazione a quello comunitario.

Da qui lo stupore della Commissione giuridica del Parlamento europeo, che, a difesa degli orientamenti nazionali, taccia le manovre della Commissione come un tentativo non trasparente di affermazione delle «competenze» del legislatore europeo a discapito delle prerogative nazionali. Chiarissime, in questo senso, le parole espresse nel Parere citato, ove si legge che un «simile approccio suscita nel relatore riserve di natura politica e legate al processo, a meno che la Commissione non agisca in piena trasparenza, presentando innanzitutto la proposta, consultando poi le parti interessate e specificando che un codice europeo del consumatore è un obiettivo politico a lungo termine»¹⁷.

¹⁷ Sul rapporto tra diritto dei consumi e diritto contrattuale generale, nell'ordinamento comunitario, cfr., *amplius*, HESSELINK, *The consumer rights directive and CFR: two worlds*

La posizione assunta dal Parlamento europeo, invero, appare alquanto bizzarra. L'ordinamento comunitario già da tempo, con la progressiva introduzione di direttive settorialmente incentrate sul diritto dei consumi (strumentalmente utilizzate per governare il mercato concorrenziale ed unico su scala europea), ha creato un frammentato ed articolato quadro normativo nel settore *business-to-consumer*.

Un intervento di risistemazione della materia, che abbia i connotati della *codificazione*, non sembra ardito in assenza di trasparenza, ma appare la naturale evoluzione di un processo normativo che parte da lontano e che è mosso da politiche non nuove, tipicamente riscontrabili negli atti delle istituzioni europee, tanto con riguardo alle politiche di armonizzazione progressiva delle legislazioni nazionali.

Le perplessità non sono da relegare alla compatibilità tra diritto contrattuale generale e diritto dei consumatori, entrambi i quali, come s'è potuto percepire nell'esperienza giuridica italiana (così come in alcuni Paesi membri), convivono ormai da anni e sono soggetti a continui aggiustamenti, tipici del diritto vivente grazie soprattutto all'intervento della dottrina e della giurisprudenza, che ideano, forgianno e plasmano le soluzioni

apart?, Bruxelles, 2009 (PE 410.674); HESSELINK, *A comparison between the provisions of the Draft Common Frame of Reference and the European Commission's proposal for a Consumer Rights Directive. How CFR can improve the Consumer Rights Directive*, Bruxelles, 2009 (PE 419.608). Entrambi i documenti su cui la Commissione giuridica ha basato le proprie riflessioni, sono disponibili sul sito Internet del Parlamento europeo. Cfr. anche D'AMICO, *Il diritto comune europeo della vendita. Direttiva dei consumatori e regolamento sul diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, cit., 611 ss.; CAGGIANO, *L'uniformazione del diritto contrattuale europeo. American perspectives*, in *Annali 2011-2012* (dell'Università degli Studi di Suor Orsola Benicasa), 2012, 1 ss.

necessarie a far defluire la realtà magmatiche che il diritto nazionale presenta, nel suo articolato fondersi con quello comunitario.

L'ordinamento italiano gode, in tale contesto, di una posizione di privilegio, in quanto ha già sperimentato il processo di codificazione della legislazione di provenienza comunitaria resa in materia di diritto dei consumi, nonché quello di coordinamento con il diritto generale dei contratti. La codificazione del diritto generale dei contratti, presente nel codice civile, e quella più recente emanata in materia di diritti dei consumatori non appaiono affatto come antagoniste. Il codice del consumo italiano può ben essere esportato come modello per strutturare l'impianto su cui articolare il codice europeo del consumo, nel quale innestare il processo di revisione normativa¹⁸.

Il problema principale è forse un altro e dipende dal «riemergere (come sistematicamente è avvenuto nel recente passato) di antiche diffidenze e resistenze (evidentemente tutt'altro che svanite, o antiche solo sopite) nei confronti dell'idea stessa di una “codificazione”, fosse pure di un settore soltanto del diritto privato (e per quanto possa trattarsi di un settore già largamente investito dal processo di “armonizzazione” europeo). Se questa spiegazione dovesse risultare plausibile, ecco allora che la soluzione finale adottata dalla Commissione si presenterebbe bensì con lo stigma del

¹⁸ ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Milano, 2012, (Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da Galgano, Vol. LXII).

(solito) “compromesso”, ma senza che ciò escluda che possa e debba riconoscersi in essa il carattere di un (non insignificante) “passo avanti”»¹⁹.

Va però ricordato che, come attenta dottrina ha avuto modo di rimarcare, il vocabolo «Codice» ha una «*intrinseca polisemia*»²⁰ ed ha la vocazione ad essere «unitario, assumendo a denominatore comune la tendenza alla stabilizzazione dell’instabile che è propria di ogni codificazione, con quell’inganno che è tipico di certe impassibili resistenze lessicali, mescola ed accomuna realtà profondamente diverse per origine e per funzione ingenerando confusioni ed equivoci culturalmente perniciosi»²¹. Ciò suggerisce di considerare il lemma in questione rapportandolo alla realtà storica determinata in cui lo stesso viene usato, sicché, svincolandoci dal «tranello lessicale» che può indurre ad una concezione unitaria, deve essere apprezzata la discontinuità con il passato: i moderni «Codici», infatti, hanno connotati profondamente diversi dalla codificazione tradizionale, in quanto volti a disciplinare una realtà più complessa, con vocazione alla universalizzazione e soggetta a rapidi mutamenti sociali, economici e tecnologici²². Cambia l’idea stessa di «codice», che si allontana dalla pretesa di disciplinare in maniera completa, universale e duratura la realtà sociale. Le nuove codificazioni, a differenza di quelle storiche, appaiono contingenti, mutevoli, settoriali,

¹⁹ D’AMICO, *Il diritto comune europeo della vendita. Direttiva dei consumatori e regolamento sul diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell’Unione europea in materia di armonizzazione?*, cit., 611 ss.

²⁰ GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2005, 85.

²¹ GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., 85.

²² GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., 116 ss.

prodotte dalla necessità di coordinare una febbrile e disarmonica attività normativa, nella consapevolezza di approntare un corpo normativo maggiormente organico ma soggetto a continui aggiustamenti²³.

Quando la Commissione giuridica del Parlamento europeo, replicando le riflessioni prodotte dalla dottrina interpellata, guarda con stupore all'introduzione di un Codice europeo del consumo e si pone il problema del coordinamento con il disegno di creazione di un diritto contrattuale europeo, sembra vivere la contraddizione di chi interpreta la nozione di «Codici» in maniera unitaria, anziché privilegiare l'approccio di chi ne rimarca la polisemia. Non un «codice», dunque, ma tanti «Codici». Accanto al Codice sul diritto generale dei contratti possono ben sorgere «Codici» di «settore», come quello dei consumi, in cui far confluire una sistemazione più organica della materia già disciplinata dalle direttive di settore. In altre parole, l'introduzione del Codice europeo dei consumi non mi sembra si collochi nel solco della discontinuità, né con riguardo agli sforzi già prodotti dall'UE – visto che in materia di tutela del consumatore la normativa è abbondante – né con riguardo al diritto contrattuale europeo di carattere più generale, nei cui confronti il diritto dei consumi si colloca in rapporto di *genus a species* e non di antitesi.

Per comporre le critiche sollevate dalla Commissione giustizia del Parlamento europeo, in particolare nel «Documento di lavoro» del 15 aprile 2009, così come quelle provenienti da altre sedi istituzionali (governi

²³ GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., 117 ss.

nazionali) e non (parte della dottrina), la Commissione europea ha rilanciato il tema dell'armonizzazione del diritto dei consumi con il Libro Verde del 1° luglio 2010, «sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese» [COM(2010)348def.], al fine di eliminare i costi di transazione che ostacolano la realizzazione del mercato interno, rappresentati dalle divergenti discipline nazionali, le quali incidono anche sul senso di fiducia nelle transazioni transfrontaliere, per via delle incertezze giuridiche percepite dai consumatori e dalle imprese. La Commissione europea, pertanto, con il desiderio «che i cittadini traggano massimo beneficio dal mercato interno», muove dalla convinzione di dover «agevolare le transazioni transfrontaliere» e, in tale ottica, ha approntato il citato Libro Verde del 2010, con il «duplice obiettivo di (...) prospettare possibili strategie per consolidare il mercato interno facendo progredire il settore del diritto europeo dei contratti, e lanciare una consultazione pubblica in proposito (...)».

Il tentativo di mediazione tra diritto generale europeo dei contratti e diritto europeo dei consumi, proposta di direttiva quadro sui diritti dei consumatori, è rivendibile in molti punti del Libro Verde del 2010. Al paragrafo n. 4, in particolare, la Commissione si pone il problema della scelta dello strumento migliore per il diritto europeo dei contratti e, a tal riguardo, testualmente afferma che «Uno strumento di diritto europeo dei contratti dovrebbe dare una risposta ai problemi di divergenza dei diritti

nazionali di cui si è parlato, senza introdurre oneri aggiuntivi o nuove complicazioni per i consumatori e le imprese. Per giunta, dovrebbe assicurare un elevato livello di protezione dei consumatori. Nel suo settore, dovrebbe essere completo e autonomo, nel senso che dovrebbe ridurre al minimo i riferimenti alle leggi nazionali o agli strumenti internazionali. Sono stati individuate diverse opzioni in ordine alla natura giuridica, all'ambito di applicazione e all'ambito di applicazione materiale del futuro strumento». Si tratta di sette opzioni con gradi di intensità variabile, che culminano con l'ipotesi di istruzione di «Codice civile europeo» con lo strumento del «Regolamento», che trascenda il solo diritto dei contratti ed abbracci anche il diritto delle obbligazioni, quello della responsabilità aquiliana e altri rapporti obbligatori, inclusa la *negotium gestio* e l'arricchimento senza causa.

Il Libro Verde si interroga dunque anche sull'ambito di applicazione dello strumento da adottare e, in particolare, se debba includere sia i contratti B2B che quelli B2C, sia i contratti transfrontalieri che quelli nazionali.

Venivano quindi avviate le consultazioni, fino al termine del 2011, al fine di poterne tenere conto in sede di scelta della soluzione preferibile, tra testi normativi vincolanti e opzionali (facoltativi).

Nel frattempo la Commissione europea ha anche nominato un gruppo di esperti, di provenienza accademica, per portare avanti gli studi in

ordine alla percorribilità del progetto sul *Common Frame of Reference*, per l'uniformazione del diritto contrattuale europeo. All'*Expert Group* la Commissione ha affidato l'incarico di predisporre un *Feasibility Study* (studio di fattibilità), per l'individuazione di uno strumento giuridico volto ad uniformare in area europea il diritto contrattuale. Il Gruppo di Esperti ha così prodotto, nel 2011, una Proposta di Regolamento sul diritto comune europeo della vendita [COM(2011)635def, dell'11 ottobre 2011], che prende in considerazione sia gli scambi transfrontalieri tra le imprese che quelli posti in essere nel settore dei consumi. La scelta è ricaduta sullo strumento del «Regolamento», in grado di rendere immediatamente vincolanti ed operanti le disposizioni normative europee nei singoli ordinamenti nazionali, ma «opzionale» (o «facoltativo»), giacché l'impianto normativo ivi delineato opera solamente qualora le parti decidono di volersene avvalere. Viene pertanto introdotta una sorta di secondo regime in materia contrattuale (e della vendita in particolare), di matrice europea, accanto ai diritti nazionali che persistono senza essere automaticamente pretermessi dalle norme europee.

Si tratta di strumenti di coesistenza tra diritto europeo e diritto nazionale, applicabile tanto nel settore B2B che nel settore B2C, apparentemente circoscritto alla vendita ma dotato di disposizioni di portata più generale, e limitato ai soli casi di scambi interfrontalieri.

La Proposta di Regolamento, come s'è avuto modo di rimarcare, non è andata esente da critiche, *in primis* da parte delle istituzioni nazionali. Nell'attesa di comprendere gli esiti di tale proposta, la Commissione ha ripreso l'altra via, quella del diritto dei consumatori, giungendo faticosamente all'emanazione della direttiva 2011/83/UE, contenente disposizioni di armonizzazione massima e, come già precisato, norme volte ad introdurre comunque, più o meno apertamente, una prima disciplina della vendita in ambito europeo, attraverso la tipizzazione del «contratto di vendita» (la cui disciplina è applicabile anche ai contratti di vendita associati a prestazioni di servizi) e un primo significativo apparato di norme applicabili a tale contratto, quali ad esempio le disposizioni concernenti il passaggio del rischio, l'obbligo di consegna, e così via. Si tratta di apparato normativo che, per la tecnica legislativa utilizzata, finisce per avere una portata ampia. Si applica infatti ai casi di vendita sia nazionale che transfrontaliera, posta in essere tramite strumenti di comunicazione a distanza o tramite *inter praesentes*, ma fuori dai locali commerciali, sia nei rapporti tra «professionista» e «consumatore», sia – ma a discrezione degli Stati membri, secondo quanto suggerito dal considerato n. 13 – nei rapporti non riconducibili ai rapporti con i consumatori (es., nel caso in cui il contraente sia un'impresa o una persona giuridica).

Il legislatore comunitario, per vincere le resistenze al progetto di armonizzazione massima e di edificazione di un diritto europeo uniforme,

sembra abbia voluto adottare la strategia del «doppio binario», percorrendo ove possibile, sia la strada del diritto contrattuale di carattere generale, sia quella del diritto dei consumi, entrambe dirette verso il medesimo obiettivo: la creazione di un diritto uniforme per l'affermazione del quale i legislatori nazionali dovranno assumere un ruolo recessivo. È questo forse il nodo centrale delle resistenze ai progetti europei causa dell'apparentemente incomprensibile moto oscillatorio ed ondivago dell'incedere comunitario²⁴.

Ci si auspica che i tempi non tardino a maturare quantomeno per replicare, in sede comunitaria, il pregevole sforzo di risistemazione organica della materia a cui abbiamo assistito nella nostra esperienza giuridica nazionale, con l'emanazione del codice del consumo, nell'attesa di interventi più concreti sul *acquis communautaire*, che portino fino all'introduzione di un corpo normativo sistematico e di più ampio respiro sul diritto contrattuale europeo uniforme.

Del resto, le stesse parole pronunciate dalla Commissione giustizia del Parlamento europeo nel Parere del 21 gennaio 2011 seppur provocatoriamente e con intenti che appaiono dilatori, intravedono all'orizzonte la formalizzazione del processo di codificazione del diritto dei consumi su cui invocano maggiore trasparenza.

²⁴ BRAVO, *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE – Verso un codice europeo del consumo*, cit., 277 ss.

Accanto al processo di codificazione del diritto dei consumi rimane ovviamente pur sempre auspicabile anche l'idea di realizzazione di un Codice civile europeo, avanzata sin dalla «Risoluzione del Parlamento Europeo aA2-157/89 sull'azione di allineare i diritti privati degli stati membri, pubblicata in G.U.C.E.C. 158 del 26 giugno 1989 p. 400», che può essere considerato il «Primo atto ufficiale riguardante la politica di convergenza dei diritti contrattuali nell'ambito europeo, nell'ambito dei provvedimenti di cooperazione giudiziaria in materia civile».

In tale documento, oltre al «riferimento alla creazione di uno spazio giuridico uniforme di diritto privato sostanziale» nel quale hanno una indiscussa centralità il diritto dei contratti e quello delle obbligazioni, «essenziale per il completamento del mercato interno», il «Parlamento affermava che la forma di un Codice civile europeo sarebbe stato il modo più efficace di effettuare l'armonizzazione funzionale al mercato interno».

Le due codificazioni potrebbero però essere ben coesistenti, non essendo tra loro in rapporto di reciproca esclusione.

CAPITOLO I

La revisione dell'acquis communautaire alla luce della direttiva

2011/83/UE sui “diritti dei consumatori”

Sommario:

1. La direttiva 2011/83/UE: osservazioni introduttive. 2. L'ambito di applicazione della direttiva. 2.1. I limiti oggettivi: le diverse estensioni dell'ambito di applicazione delle singole discipline inserite nella direttiva. 2.2. Le fattispecie contrattuali a cui si applica la disciplina della direttiva e le esclusioni prescritte. 3. Il termine entro il quale gli obblighi informativi debbono essere adempiuti e la “chiarezza e comprensibilità” delle informazioni. 4. Gli obblighi informativi gravanti sui professionisti che propongono ai consumatori di concludere contratti non qualificabili né come “contratti a distanza” né come “contratti fuori dei locali commerciali”. 4.1. Il contenuto degli obblighi di informazione. 4.2. L'inadempimento dell'obbligo informativo e le sue conseguenze. 5. Gli obblighi informativi gravanti sui professionisti che propongono ai consumatori di concludere contratti “a distanza” o “fuori dei locali commerciali”. 5.1. La disciplina del recesso.

1. La direttiva 2011/83/UE: osservazioni introduttive.

Come si è avuto modo di approfondire nella parte introduttiva della presente trattazione, con l'approvazione, da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, della direttiva 2011/83/UE sui “diritti dei consumatori”²⁵, può considerarsi conclusa la prima fase del processo di ammodernamento e completamento della disciplina europea dei contratti dei consumatori, avviatosi con l'approvazione della direttiva 2002/65/CE sulla

²⁵ Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, “sui diritti dei consumatori” in GUUE n. L. 304 del 22 novembre 2011, p. 64. Per un primo commento cfr. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 861 ss; RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2011, p. 754 ss.

commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori e perseguito con la direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno, la direttiva 2008/48/CE sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio.

Secondo il disegno originario della Commissione²⁶, come si è già analizzato, questa nuova direttiva avrebbe dovuto abrogare ben 4 direttive europee di armonizzazione minimale, e segnatamente: la direttiva 85/577/CEE per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali; la direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, la direttiva 97/7/CE sui contratti conclusi dai consumatori mediante tecniche di comunicazione a distanza, la direttiva 99/44/CE sulla vendita dei beni di consumo e sulle garanzie ad essi relative²⁷.

Negli intendimenti della Commissione, le discipline di armonizzazione "minimale" contenute in queste quattro direttive avrebbero dovuto essere integralmente sostituite da nuove discipline – arricchite, integrate ed ammodernate – di armonizzazione "completa" delle

²⁶ Cfr. la Proposta di direttiva sui diritti dei consumatori presentata dalla Commissione UE l'8 ottobre 2008, COM (2008) 614 def.

²⁷ RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2011, 754 ss.

legislazioni nazionali dei Paesi membri, ai quali sarebbe stata in tal modo del tutto preclusa la possibilità, in sede di attuazione, di discostarsi dal tenore e dal contenuto dei precetti dettati dal nuovo provvedimento UE, ancorché in funzione di un incremento e di un miglioramento del livello di tutela assicurato ai consumatori dalle nuove direttive.

Il disegno riformatore ideato dalla Commissione ha tuttavia suscitato forti critiche e considerevoli perplessità, sia a livello di organi dell'UE²⁸, sia nella dottrina europea²⁹, sia in particolar modo all'interno degli Stati membri.

L'impostazione originariamente adottata dalla Commissione è stata così abbandonata dal Consiglio, che nell' "Orientamento generale" assunto nel gennaio del 2011 ha stralciato dal testo della proposta la materia delle clausole abusive e della vendita di beni di consumo ed ha circoscritto l'ambito di operatività del provvedimento alle sole aree tematiche dei

²⁸ Cfr. ad esempio i Pareri fortemente critici nei confronti della proposta di direttiva presentata dalla Commissione, espressi rispettivamente dal Comitato delle Regioni nella sessione del 21-22 aprile 2009 (in GUUE n. C. 200 del 25 agosto 2009, p. 76) e dal Comitato economico e sociale nella sessione plenaria del 15 e 16 luglio 2009 (in GUUE n. C 317 del 23 dicembre 2009, p. 54).

²⁹ Cfr. i contributi inseriti nei volumi collettanei: HOWELLS – SCHULZE (*a cura di*), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier European Law Publishers, 2009; WENDEHORST (*a cura di*), *Perspectives for European Consumer Law. Towards a Directive on Consumer Rights and Beyond*, Sellier European Law Publishers, 2010. Cfr. altresì i saggi di MICKLITZ – REICH, *Crònaca de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a "Directive on consumer rights"*, in *Common Market Law Review*, 2009, pp. 471-519; WHITTAKER, *Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees: the Proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of "Full Harmonisation"*, in *European Review of Contract Law*, 2009, p. 223 ss; ROTT – TERRY, *The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules*, in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2009, p. 456 ss; SMITS, *Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights*, in *European Review of Private Law*, 2010, p. 5 ss; HONDIUS, *The Proposal for an European Directive on Consumer Rights: A Step Forward*, in *European Review of Private Law*, 2010, p. 103 ss.

contratti conclusi a distanza e fuori dei locali commerciali, mantenendo – con riferimento alla regolamentazione di tali fattispecie – il principio dell'armonizzazione "completa", ma allo stesso tempo riducendo la quantità di "aspetti" regolamentati ed introducendo una considerevole serie di eccezioni a tale principio, onde riservare agli Stati membri margini più ampi di discrezionalità in merito alla regolamentazione di taluni profili in merito ai quali si era riscontrata l'impossibilità di pervenire all'adozione di soluzioni condivise³⁰.

La soluzione di compromesso elaborata dal Consiglio ha finito per essere accolta anche dal Parlamento europeo – che pure in prima battuta aveva approvato, sebbene con una serie di emendamenti, la Proposta presentata dalla Commissione³¹ – che nel giugno del 2011 ha adottato in prima lettura un testo in larga misura corrispondente a quello licenziato dal Consiglio nell'Orientamento generale del gennaio 2011, testo che è stato definitivamente discusso e definitivamente approvato dal Consiglio il 25 ottobre 2011.

Ancorché la sua portata ed il suo impatto innovativo si siano ridotti a seguito dello stralcio della disciplina delle clausole abusive e della vendita dei beni di consumo, la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori è e rimane un provvedimento di straordinaria rilevanza e di grande interesse,

³⁰ RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta, op. cit.*, 754 ss.

³¹ In occasione della seduta plenaria del 24 marzo 2011 (P7/TA/2011/116).

configurandosi come una tappa di importanza cruciale nell'evoluzione del diritto europeo dei contratti in generale e dei contratti dei consumatori in particolare, per le ragioni come in appresso indicate.

In primo luogo, perché contiene una disciplina "positiva", organica e connotata da alcuni innovativi profili, degli obblighi di informazione precontrattuale gravanti sui professionisti che offrono beni (mobili) o servizi (non finanziari) ai consumatori, non limitandosi a regolamentare gli obblighi informativi gravanti sui professionisti che propongono ai consumatori di concludere contratti "a distanza" o "fuori dei locali commerciali" (artt. 6-8), ma regolando altresì gli obblighi informativi gravanti sui professionisti che propongono ai consumatori di concludere contratti non qualificabili come "a distanza" né come "fuori dei locali commerciali" (art. 5)³².

In secondo luogo, perché reca una disciplina unitaria, profondamente rinnovata ed arricchita nei contenuti e nelle soluzioni, dello *ius poenitendi* spettante al consumatore che conclude contratti a distanza e fuori dei locali commerciali (artt. 9 – 16).

In terzo luogo, perché nel Capo IV, rubricato "Altri diritti del consumatore" della nuova direttiva si rinvengono, accanto a talune disposizioni volte a tutelare il consumatore nei confronti dell'imposizione abusiva e/o occulta di spese ingiustificate o sproporzionate da parte dei

³² DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in *Annuario del contratto* 2011, 36.

professionisti (artt. 19, 21 e 22), due disposizioni di fondamentale importanza – rispettivamente concernenti l'obbligazione di consegna ed il passaggio del rischio di cui agli artt. 18 e 20 – che hanno essenzialmente la funzione di integrare e completare la disciplina (rimasta inalterata) dei contratti per la fornitura di beni mobili di consumo, inserita nella direttiva 99/44/CE.

In quarto luogo, perché l'attuazione negli Stati membri di questa nuova direttiva costituirà un cruciale banco di prova per il nuovo approccio regolamentare adottato dall'Unione europea, basato sul principio dell'armonizzazione completa, ma nel contempo aperto a deroghe, eccezioni e limitazioni di tale principio, che valutate nella loro globalità consentono ed impongono realisticamente di discorrere di un'armonizzazione completa "temperata" delle normative nazionali³³.

2. L'ambito di applicazione della direttiva.

Sotto il profilo soggettivo, l'ambito di operatività di tutte le disposizioni inserite nella nuova direttiva incontra il medesimo limite. Ciascuna di esse trova infatti applicazione solo a contratti conclusi da un "consumatore" con un "professionista" con i quali il secondo si impegna a fornire al primo, a fronte di un corrispettivo pecuniario, un bene o un servizio.

³³ DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, op. cit., 37.

Sono pertanto sottratti all'intera direttiva i contratti conclusi fra parti entrambe qualificabili come "consumatori" ovvero fra parti entrambe qualificabili come "professionisti", e sono altresì ad essa sottratti i contratti nei confronti di quest'ultimo a fornire un bene o a prestare un servizio.

Le nozioni di "consumatore"³⁴ e "professionista" vengono entrambe fatte oggetto di apposite definizioni normative (contenute nei nn. 1 e 2 dell'art. 2 della direttiva), redatte con modalità pienamente corrispondenti a quelle utilizzate dal legislatore europeo in altre, precedenti direttive di tutela del consumatore. Sotto questo profilo, dunque, non si riscontrano novità significative.

Tuttavia, merita, in primo luogo, di essere segnalata la necessità di non attribuire rilevanza alcuna alla differente formulazione delle due definizioni.

Soltanto nella definizione italiana del provvedimento, infatti, con riferimento al consumatore si afferma che è la persona fisica che "agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività ...", mentre del professionista si afferma – più semplicemente - che è la persona fisica che

³⁴ Sulla definizione di consumatore, cfr. ALPA, *Ancora sulla definizione di consumatore*, in *Contratti*, 2001, p. 205; ALPA, voce *Consumatore (protezione del) nel dir. civ.*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., III, Torino, 2001, pp. 542 e ss; ALPA, *Gli usi del termine "consumatore" nella giurisprudenza*, in *NGCC*, 1999, II, p. 4; ALPA, *I contratti dei consumatori. Diritto comunitario e novellazione del codice civile*, in *Resp. Civ. e prev.*, 1996, pp. 1065 e ss.

“agisce nel quadro della sua attività ...”, senza fare riferimento alle finalità perseguite e inducendo a ritenere che la nozione di professionista sia essenzialmente connotata da oggettività, laddove nella nozione di consumatore parrebbe prevalere la dimensione soggettiva.

Nelle altre versioni linguistiche, invero, sia il consumatore che il professionista vengono definiti come soggetti che agiscono per fini/scopi, rispettivamente estranei o inerenti all'attività imprenditoriale o professionale esercitata. Ed è pacifico che, sia nel caso del professionista che del consumatore, la nozione di “fini” non debba essere inteso in senso squisitamente soggettivo, necessario e sufficiente giacché – per escludere che una persona fisica possa essere qualificata come consumatore – nel momento della conclusione del contratto il bene (o il servizio) in esso dedotto risulti oggettivamente (suscettibile di essere) destinato ad essere utilizzato (o fruito) nell'ambito dell'attività imprenditoriale o della libera professione svolta dalla persona fisica alla quale viene promesso.

Nessuna delle numerose questioni interpretative suscitate dalla definizione tradizionale della nozione di “consumatore” ha trovato espressa soluzione nella formulazione testuale della relativa disposizione.

Occorre tuttavia considerare che nel considerando n. 17 si rinviene una importante indicazione in merito alla problematica classificazione dei contratti che una persona fisica conclude per “scopi misti”, per procurarsi cioè un bene o un servizio destinato ad essere utilizzato sia nell'ambito

della sua attività imprenditoriale o professionale che al di fuori di detta attività, per soddisfare esigenze di natura personale e/o familiare.

Con riferimento a tale ipotesi si afferma espressamente che laddove lo "scopo commerciale" perseguito dalla persona fisica attraverso la stipulazione del negozio sia talmente limitato da non risultare "predominante" nel contesto "generale" – *rectius*, complessivo del contratto, quello così concluso dovrebbe essere qualificato come un "contratto del consumatore", come tale soggetto alla direttiva³⁵.

La formulazione del considerando, pur non essendo del tutto scevra da ambiguità, sembra esprimere con sufficiente nettezza la scelta del legislatore europeo di prendere le distanze dalla soluzione restrittiva accolta dalla Corte di Giustizia³⁶ in sede di interpretazione dell'art. 13 della Convenzione di Bruxelles del 1968 (per cui il contratto stipulato per scopi misti non dovrebbe essere considerato contratto del consumatore nemmeno quando lo scopo privato sia quantitativamente "predominante" su quello professionale, a meno che la proporzione dell'uso relativo all'attività professionale sia del tutto "trascurabile"), per accogliere invece il criterio della (mera) prevalenza, in forza della quale (affinché un contratto possa essere considerato "contratto del consumatore") è sufficiente che lo scopo "privato" sia, seppure poco, preponderante su quello professionale, senza

³⁵ Si veda, ALPA, *I contratti dei consumatori. Diritto comunitario e novellazione del codice civile, op. cit.*, pp. 1065 e ss.

³⁶ Cfr. CGCE, 20 gennaio 2005, (causa C-464/01) *Gruber*, in particolare i punti 37-43 della sentenza.

che si renda indispensabile che quest'ultimo sia – come testualmente riportato dalla Corte di Giustizia – *“talmente marginale da avere un ruolo trascurabile nel contesto globale dell'operazione”*.

Quanto alla nozione di “professionista”, oltre alla opportuna precisazione secondo cui è irrilevante la natura privata o pubblica del soggetto che conclude il contratto per finalità inerenti alla propria attività imprenditoriale o professionale, merita di essere evidenziato che l'art. 2, n. 2, della direttiva espressamente chiarisce che l'imprenditore (individuale o collettivo) o il libero professionista che instaura un rapporto contrattuale con il consumatore è “professionista” anche se, e nelle ipotesi in cui, per contattare il consumatore, avviare e condurre la trattativa e/o per concludere il contratto, si avvale dell'operato di un terzo, che agisca in suo nome ovvero per suo conto.

Ne deriva, che solo l'imprenditore o il libero professionista che diviene controparte contrattuale del consumatore (in virtù di una volontà manifestata direttamente e personalmente ovvero manifestata in suo nome da altri nell'esercizio di un potere rappresentativo) è suscettibile di essere considerato “professionista” (e come tale è gravato dagli obblighi informativi e di condotta previsti dalla direttiva e soggetto alle sanzioni che le legislazioni nazionali commineranno per la violazione di tali obblighi), non invece la persona fisica che opera in suo nome o per suo conto

facilitando e rendendo possibile lo scambio delle dichiarazioni di volontà costitutive del negozio.

Per altro verso, ne deriva altresì che, quando un terzo abbia promosso e reso possibile il perfezionamento dell'accordo contrattuale con il consumatore agendo in nome e/o per conto di un imprenditore o di un libero professionista, la direttiva trova applicazione a prescindere dalla circostanza che tale terzo abbia agito o meno nell'esercizio di una propria attività imprenditoriale o professionale.

Dal considerando n. 13 si ricava inoltre una indicazione di significativa importanza: i legislatori nazionali possono considerarsi legittimati, in sede di recepimento della direttiva, ad assoggettare alle relative regole anche contratti stipulati da professionisti con enti collettivi (dotati o meno di personalità giuridica) o con persone fisiche non qualificabili come consumatori (*id est*, con imprenditori individuali o liberi professionisti che agiscono per fini connessi alla propria attività professionale): tale obiettivo non potrà tuttavia essere perseguito attraverso un ampliamento della portata della nozione di "consumatore", attuato includendo nella relativa definizione normativa anche soggetti non qualificabili come tali ai sensi della direttiva, ma soltanto affiancando ai "consumatori" le ulteriori categorie di soggetti cui si riterrà opportuno estendere la tutela che la direttiva impone di accordare ai consumatori.

La nozione di *consumatore* rientra infatti fra quei concetti giuridici – chiaramente definiti – sui quali, a norma del considerando n. 7, deve basarsi il quadro normativo “unitario ed uniforme” destinato ad essere introdotto nell’Unione in attuazione della nuova direttiva: come tale, essa non può e non deve essere alterata da parte dei legislatori nazionali, che nel recepirla debbono rispettare rigorosamente e puntualmente i confini posti alla sua portata dalla direttiva.

Detto vincolo, imposto ai legislatori nazionali, deve a maggior ragione reputarsi esistente per gli interpreti: nessuna legittimazione potrà avere pertanto qualsivoglia tentativo di allargare in via interpretativa i confini della nozione di consumatore, includendovi soggetti “deboli” diversi dalle persone fisiche che agiscono per fini estranei ad una attività imprenditoriale e professionale.

2.1. I limiti oggettivi: le diverse estensioni dell’ambito di applicazione delle singole discipline inserite nella direttiva.

Come disciplinato nell’art. 3, primo comma, la direttiva si applica a qualsiasi contratto concluso da un professionista con un consumatore.

Parrebbe a prima vista potersi dedurre che la direttiva trova applicazione, almeno in linea di principio, a qualsiasi tipo contrattuale, con la sola eccezione delle fattispecie contrattuali espressamente escluse, come elencate nel par. 3 dell’art. 3.

In realtà, un contratto concluso da un consumatore con un professionista può reputarsi soggetto alla direttiva solo se si presta ad essere ricompreso in una delle seguenti quattro categorie: “contratto di vendita” (art. 2, n. 5), “contratto di servizi” (art. 2, n. 6), “contratto per la fornitura di acqua, gas, elettricità e teleriscaldamento”, contratti per la fornitura di un “contenuto digitale” (art. 2, n. 11) reso accessibile attraverso modalità e strumenti diversi da un supporto materiale consegnato al consumatore³⁷.

Non tutte le disposizioni della direttiva si applicano peraltro sempre e a tutti i contratti appartenenti ad una delle citate categorie. Dal punto di vista oggettivo, l'ambito di operatività delle singole discipline inserite nel provvedimento UE è infatti differenziato.

Invero, soltanto gli artt. 19, 21, 22 e 27 si applicano sempre a tutti questi contratti, a prescindere dal luogo e dalle modalità con cui le parti li abbiano conclusi.

Per contro, delle disposizioni riguardanti gli obblighi di informazione precontrattuale, alcune si applicano ai contratti suddetti solo se vengono conclusi “a distanza” (artt. 6 e 8), altre si applicano solo se vengono conclusi “fuori dei locali commerciali” (artt. 6 e 7), altre infine soltanto se essi non vengono conclusi né a distanza né fuori dei locali commerciali (art. 5).

³⁷ Sulle problematiche suscitate dall'inclusione nell'ambito di operatività della direttiva dei contratti aventi ad oggetto la fornitura di “contenuti digitali”, cfr. in particolare, *SCHMIDT-KESSEL – YOUNG BENNINGHOFF LANGHANKE RUSSEK, Should the Consumer Rights Directive apply to digital content?, in Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht, 2011, p. 7 ss.*

Quanto poi alla disciplina dello *ius poenitendi* (artt. 9-15), sono ad essa soggetti tutti (e soltanto) i contratti riconducibili ad una delle citate quattro categorie che siano suscettibili di essere qualificati "a distanza" o "fuori dei locali commerciali", escluse le fattispecie analiticamente elencate nell'art. 16.

Infine, gli artt. 18 e 20 della direttiva si applicano a tutti e soltanto i "contratti di vendita", a prescindere dalle modalità e dal luogo in cui le parti li abbiano stipulati.

Merita in conclusione di essere evidenziato che un contratto riconducibile ad una delle citate quattro categorie è sicuramente sottratto a tutte le disposizioni della nuova direttiva se è stato concluso tramite distributori automatici o locali commerciali automatizzati (art. 3, lett. 1) ovvero se le parti lo hanno stipulato in presenza e con l'intervento di un pubblico ufficiale (ad es. un notaio) tenuto per legge alla imparzialità e all'indipendenza, a condizione che quest'ultimo abbia fornito al consumatore una informazione giuridica completa ed idonea a garantire che la decisione di concludere il contratto venga assunta sulla base di una adeguata ponderazione e di una piena consapevolezza della portata e delle conseguenze giuridiche di tale decisione (art. 3, lett. i).

Se, ed in che misura, i legislatori nazionali possano considerarsi legittimati ad estendere l'ambito di applicazione oggettivo delle

disposizioni attuative della direttiva al di là dei limiti previsti da quest'ultima, è questione tutt'altro che agevole da risolvere³⁸.

Per un verso, infatti, nel considerando n. 13 si afferma genericamente che i legislatori nazionali possono mantenere o introdurre disposizioni corrispondenti a quelle della direttiva, destinate a trovare applicazione a contratti che non rientrano nell'ambito di operatività di quest'ultima.

Per un altro verso, tuttavia, l'unico esempio di possibile estensione dei limiti oggettivi all'ambito di operatività che viene espressamente menzionato è quello della inclusione nella nozione di "contratto a distanza" dei contratti conclusi mediante tecniche di comunicazione a distanza ma non nell'ambito di un sistema organizzato di fornitura di beni o prestazione di servizi a distanza, mentre non si fa alcun cenno alla possibilità di sottoporre alle norme attuative della direttiva una delle fattispecie espressamente sottratte a tutte le sue disposizioni (art. 3, par. 3) ovvero alle sole disposizioni concernenti lo *ius poenitendi* (art. 16), sicché parrebbe doversi negare che i legislatori possano in sede di recepimento ridurre il novero delle fattispecie contrattuali escluse.

In relazione alla possibilità di escludere i confini della nozione di "contratto a distanza" ovvero di "contratto concluso fuori dei locali

³⁸ Sul punto, cfr. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in *Annuario del contratto* 2011, 35 ss.

commerciali", occorre considerare che, allargando le maglie della nozione di "contratto a distanza" si finirebbe inevitabilmente per incidere non solo sull'ambito di applicazione della disciplina dello *ius poenitendi*, ma anche sull'ambito di applicazione delle regole sull'informazione precontrattuale nei contratti a distanza, che verrebbero così ad essere estese a fattispecie che il legislatore europeo ha invece assoggettato al (meno rigoroso) regime delineato dall'art. 5 della direttiva in parola³⁹.

2.2. Le fattispecie contrattuali a cui si applica la disciplina della direttiva e le esclusioni prescritte.

L'ampiezza della categoria dei "contratti di vendita" si ricava dalle due definizioni di "bene" e di "contratti di vendita" rispettivamente contenute nei nn. 3 e 5 dell'art. 2 della direttiva: essa include qualsiasi contratto con il quale un professionista trasferisce o si impegna a trasferire al consumatore la proprietà di una o più cose mobili materiali (inclusi l'acqua, il gas o l'energia elettrica, se alienati in un volume delimitato o in una quantità determinata) ed il consumatore, per parte sua, si impegna a pagarne il prezzo.

³⁹ DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, op. cit., 35 ss.; ed inoltre, BRAVO, *I contratti a distanza nel Codice del Consumo e nella Direttiva 2011/83/UE*, in *Temi di diritto privato e di diritto pubblico collana diretta da Guido Alpa*, Milano, 2013; AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti e dei consumatori*, Milano, 2003.

Sono pertanto senz'altro ricomprese in questa categoria tutte le compravendite in senso proprio di cose mobili, sia ad efficacia reale che ad efficacia obbligatoria (in particolare, le compravendite di cose generiche e di cose future), nonché i contratti di somministrazione periodica o continuativa di cose mobili (arg. ex art. 9, par. 2, lett. b), iii)).

Parrebbe per contro doversi escludere che possano reputarsi ricompresi i contratti di permuta, stante la circostanza che la controprestazione contrattualmente posta a carico del consumatore viene indicata con il termine "prezzo", normalmente impiegato per designare esclusivamente una controprestazione a contenuto pecuniario⁴⁰.

Per contro, non vale ad impedire che un contratto traslativo della proprietà di un bene mobile debba qualificarsi come "vendita" la circostanza che il professionista, oltre a trasferire (o impegnarsi a trasferire) la proprietà (ed il possesso) della cosa, si obblighi altresì ad eseguire prestazioni aggiuntive ed accessorie di *facere*, ad esempio a fornire determinati servizi post vendita (manutenzione, consulenza per l'utilizzazione del prodotto, ecc.).

È invece assai dubbio se nella nozione di vendita possano essere ricompresi anche i contratti d'appalto o d'opera con i quali il professionista si obblighi a realizzare, utilizzando materiali di sua proprietà ovvero forniti

⁴⁰ Sul punto, cfr. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 41.

dal consumatore, una determinata opera per poi consegnarla e trasferirla in proprietà al consumatore/committente⁴¹.

Invero, anche questi sono a rigore contratti con i quali il professionista si impegna (anche) a trasferire al consumatore la proprietà di una cosa destinata ad essere fabbricata in esito ad un processo produttivo che lo stesso professionista si obbliga a condurre nell'ambito della propria organizzazione aziendale o con lavoro prevalentemente personale.

Qualora tuttavia dovesse ritenersi che "contratti di vendita", nel senso della direttiva, siano tutti e solo quelli in cui la prestazione traslativa costituisce la prestazione essenziale e fondamentale posta a carico del professionista, i contratti d'opera e d'appalto dovrebbero necessariamente qualificarsi non come contratti di vendita, bensì come "contratti di servizio", dal momento che in essi la prestazione traslativa è accessoria e secondaria rispetto alla prestazione di *facere* che l'appaltatore/prestatore si impegna ad eseguire nei confronti del committente⁴².

A ciò si aggiunga che nella nuova direttiva non si rinviene una statuizione paragonabile a quella contenuta nel par. 4 dell'art. 1 della direttiva 99/44/CE, a norma del quale "ai fini della presente direttiva sono considerati contratti di vendita anche i contratti di fornitura di beni di

⁴¹ GANDOLFI, *La vendita nel Codice europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, fasc. 4, 2006, pp. 1229-1234; FADDA, *Il contenuto della direttiva 1999/44/CE: una panoramica*, in *Contratto impresa/Europa*, 2000, p. 410; FALZONE CALVISI, *Garanzie legali della vendita: quale riforma*, in *Contr. Impr./Europa*, 2000, pp. 454 e ss.

⁴² GANDOLFI, *La vendita nel Codice europeo dei contratti*, op. cit., pp. 1229-1234.

consumo da fabbricare e produrre”; statuizione la cui mancanza parrebbe ostativa alla inclusione nella nozione di vendita dei contratti (d'appalto e d'opera), aventi ad oggetto la fabbricazione/produzione di una cosa mobile materiale⁴³.

Stante quanto previsto nel considerando n. 19 della direttiva, debbono reputarsi ricompresi nella categoria dei contratti di vendita anche i contratti con i quali il professionista attribuisca al consumatore il diritto di utilizzare dati prodotti e forniti in formato digitale (il c.d. contenuto digitale: cfr. art. 2, n. 11), accessibili per il tramite di un supporto materiale (ad es. un CD o un DVD) che venga a tal fine consegnato (e trasferito in proprietà) al consumatore stesso.

Fra i contratti di vendita, sono invece eccezionalmente sottratti all'intera direttiva i contratti aventi ad oggetto la fornitura di alimenti, bevande o altri beni destinati al consumo corrente della famiglia che vengono consegnati dal professionista nel corso di giri frequenti presso il domicilio, la residenza o il luogo di lavoro del consumatore (art. 3, par. 3, lett. j)).

Del tutto ovvia è infine, alla luce della nozione di “bene” accolta nell'art. 2, n. 3, della direttiva (circostritta alle sole cose mobile materiali), l'integrale esclusione dall'ambito di operatività della stessa dei contratti di

⁴³ Sul punto, cfr. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in *Annuario del contratto* 2011, 41 ss.

compravendita di terreni e di edifici (già esistenti o da costruire), nonché dei contratti aventi ad oggetto il trasferimento o la costituzione di diritti reali su beni immobili (art. 3, par. 3, lett. e)).

Quanto ai contratti per la prestazione di servizi, la relativa nozione include qualsivoglia contratto con il quale il professionista, verso il pagamento di un corrispettivo pecuniario, si impegna a fornire un servizio al consumatore: stante l'ampiezza della nozione di servizi accolta nel diritto UE, tale categoria deve ritenersi comprensiva di tutti i contratti a titolo oneroso con i quali il professionista si obbliga nei confronti di un consumatore: stante l'ampiezza della nozione di "servizi" accolta nel diritto UE, tale categoria deve ritenersi comprensiva di tutti i contratti a titolo oneroso con il quali il professionista si obbliga nei confronti di un consumatore ad eseguire una o più prestazione di *facere*, materiale, giuridico e/o intellettuale, nonché dei contratti di locazione di cose mobili⁴⁴.

Molti sono tuttavia i contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi che vengono contemplati nell'elenco di fattispecie sottratte all'applicazione della intera direttiva contenuto nell'art. 3, par. 3.

Segnatamente, sono esclusi: i contratti relativi ai servizi sociali, ed in particolare i servizi di assistenza alla infanzia e di sostegno alle famiglie e alle persone che si trovino in stato di bisogno (lett. a) e considerando n. 29);

⁴⁴ Cfr. Sul punto, cfr. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in *Annuario del contratto* 2011, op. cit., 45.

i contratti aventi ad oggetto servizi di assistenza sanitaria (lett. b)) e considerando n. 30); i contratti con i quali il professionista, a fronte del pagamento di una posta in denaro, ammette il consumatore a partecipare a scommesse e giochi di fortuna (lett. c) e considerando n. 31); i contratti per la prestazione di servizi finanziari, per tali dovendosi intendere i servizi bancari e di credito, i servizi di pagamento, le assicurazioni e i servizi di investimento (lett. d) e considerando n. 32); i contratti d'appalto per la costruzione di nuovi edifici o la trasformazione sostanziale di edifici esistenti (lett. f) e considerando n. 26); i contratti di locazione di alloggi destinati a scopo abitativo/residenziale (lett. f) e considerando n. 26); i contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi turistici, rientranti nell'ambito di operatività della direttiva 90/314/CEE concernete i viaggi, le vacanze e i circuiti tutto compreso (lett. g); i contratti di multiproprietà, i contratti relativi ai prodotti per le vacanze a lungo termine ed i contratti di rivendita e di scambio, di cui all'art. 2, lett. a-d della direttiva 2008/122/CE (lett. h); i contratti per la prestazione di servizi di trasporto di persone, ai quali si applicano i soli artt. 8, par. 2, 19 e 22 della direttiva (lett. k) e considerando n. 27); i contratti a titolo oneroso aventi ad oggetto la prestazione di servizi di telecomunicazione che un consumatore conclude con un operatore per utilizzare un telefono pubblico a pagamento ovvero per utilizzare un singolo collegamento tramite fax, telefono o internet (lett. m).

Quanto all'ambito di operatività della nuova disciplina europea dei contratti "conclusi al di fuori dei locali commerciali", non può che rilevarsi che lo stesso è considerevolmente più ridotto rispetto a quello dell'ora abrogata direttiva 85/577/CEE, alla quale venivano sottratte (art. 3, par. 2) soltanto le fattispecie corrispondenti a quelle oggi contemplate dall'art. 3, lett. e), f) e j) della nuova direttiva, nonché i contratti di assicurazione e i contratti relativi a valori mobiliari.

A ciò si aggiunga che, come si vedrà, ulteriori fattispecie contrattuali (nessuna delle quali veniva contemplata nell'elenco di esclusioni inserito nell'art. 3 della direttiva 85/577/CEE) vengono oggi espressamente sottratte dall'art. 16 alla disciplina del *jus poenitendi* (artt. 9 – 15), con la conseguenza che a tali contratti – se conclusi fuori dei locali commerciali – troveranno applicazione i soli precetti concernenti gli obblighi informativi precontrattuali (artt. 6 e 7).

Sotto diverso profilo, si significa comunque che il campo di applicazione del nuovo regime normativo dei contratti conclusi fuori dei locali commerciali è stato tuttavia ampliato, in virtù di un sensibile allargamento dei confini della nozione stessa di "contratto concluso fuori dei locali commerciali".

Innanzitutto, per la nuova direttiva è necessario e sufficiente, ai fini della applicabilità delle regole concernenti i contratti conclusi fuori dei locali commerciali, che il consumatore manifesti la propria volontà

negoziale in un luogo diverso dai locali commerciali del professionista, in presenza del professionista medesimo o di un soggetto che agisce in nome o nell'interesse di quest'ultimo (art. 2, n. 8, lett. a) e b)): è possibile che tale manifestazione di volontà integri gli estremi di una accettazione (nel qual caso, proprio in quanto emessa in presenza del professionista o di un terzo che agisce in suo nome o nel suo interesse), ma è altresì possibile che essa si sostanzi in una mera proposta (nel qual caso il contratto potrà considerarsi stipulato solo se ed in quanto il professionista manifesti la volontà di accettare, nel momento e nel luogo in cui, sulla base dei principi generali in materia di conclusione del contratto valevoli nel diritto nazionale applicabile alla fattispecie, il vincolo contrattuale può considerarsi perfezionato).

Diversamente dalla direttiva del 1985, la cui applicabilità postulava che la volontà negoziale del consumatore venisse manifestata in un luogo individuato in positivo ("il domicilio o il posto di lavoro"), l'applicabilità della nuova direttiva è dunque subordinata alla sola condizione negativa che la volontà del consumatore sia stata manifestata in un luogo – qualsiasi, non necessariamente il domicilio o il posto di lavoro del consumatore – diverso dal "locale commerciale" del professionista, con il quale viene instaurato il rapporto contrattuale, per tale dovendosi intendere, a norma della definizione contenuta nel n. 9 dell'art. 2, il locale adibito alla vendita

al dettaglio nel quale il professionista esercita la sua attività su base permanente ovvero – trattandosi di un locale mobile – in modo abituale⁴⁵.

Ma, soprattutto, non si esclude più (come invece faceva l'art. 1 della direttiva 85/577/CEE) che il contratto possa considerarsi "fuori dei locali commerciali" nelle ipotesi in cui la visita del professionista presso il domicilio o il luogo di lavoro del consumatore (nel corso del quale la volontà di quest'ultimo di concludere il negozio sia stata manifestata) sia avvenuta su "espressa richiesta" del consumatore medesimo.

Ne deriva che gli artt. 6, 7 e 9 – 15 della direttiva trovano applicazione anche quando sia stato il consumatore stesso a sollecitare la "visita" del professionista, chiedendo spontaneamente di incontrarlo in un luogo diverso dai suoi locali commerciale, al fine di negoziare ed eventualmente stipulare un contratto⁴⁶.

In tal modo, è stata accolta dal legislatore UE ed estesa (ed imposta) a tutti gli Stati membri la soluzione che alcuni legislatori nazionali avevano adottato già in sede di recepimento della direttiva 85/577/CEE, avvalendosi della possibilità, accordata da quest'ultima, di introdurre nel diritto interno norme idonee ad assicurare al consumatore in livello di protezione più

⁴⁵ Nel *considerando* n. 22 si precisa che debbono essere considerati "locali commerciali" anche i chioschi di vendita collocati in un mercato o in una fiera, nonché i locali adibiti alla vendita al dettaglio nei quali il professionista eserciti la sua attività a carattere stagionale.

⁴⁶ Il legislatore UE muove infatti dal presupposto che, quando il consumatore si trovi a manifestare la propria volontà negoziale in un luogo diverso dai locali commerciali del professionista, la possibilità che, prima ed in occasione della emissione della relativa dichiarazione, il consumatore sia sottoposto a pressione psicologica o colto di sorpresa, ricorre a prescindere dalla circostanza che la visita del professionista sia stata o meno sollecitata dal consumatore medesimo.

elevato rispetto a quello minimale a suo tempo garantito dalla direttiva stessa.

A ciò si aggiunga che, a norma della lett. c) del n. 8 dell'art. 3 (previsione di cui non vi era traccia nella direttiva abrogata), quando il contratto sia stato concluso nei locali commerciali del professionista ovvero mediante tecniche di comunicazione a distanza, deve ciononostante trovare applicazione il regime normativo proprio dei contratti conclusi fuori dei locali commerciali se il consumatore ha manifestato la propria volontà negoziale immediatamente dopo essere stato avvicinato personale mete ed appositamente dal professionista (o da un suo ausiliario) in un luogo diverso dai locali commerciali di quest'ultimo, luogo nel quale sia stato avviato e condotto, alla presenza fisica e simultanea del consumatore e del professionista, il negoziato poi sfociato nel perfezionamento del contratto⁴⁷.

Tale estensione appare chiaramente influenzata dalla analoga opzione compiuta da legislatore tedesco, che (§ 312 BGB) ha assoggettato al regime normativo dei c.d. *Haustürgeschäfte* anche i casi in cui il consumatore manifesti la volontà negoziale nei locali commerciali del professionista ovvero non in presenza di quest'ultimo, laddove il

⁴⁷ Nel considerando n. 21 si afferma, peraltro che, se il consumatore conclude il contratto nei locali commerciali o mediante tecniche di comunicazione a distanza dopo aver ricevuto una visita nel corso della quale il professionista ha proceduto alla effettuazione di misurazioni ed alla predisposizione di un preventivo senza impegno alcuno per il consumatore, il contratto non è soggetto al regime normativo di contratti fuori dei locali commerciali se il consumatore ha avuto a disposizione una quantità di tempo sufficiente per riflettere sul preventivo fornito dal professionista prima di manifestare la volontà di stipulare il negozio sulla base del preventivo in questione, dal momento che in tali ipotesi non può affermarsi che il consumatore abbia stipulato il negozio immediatamente dopo essere stato avvicinato dal professionista.

consumatore stesso sia stato indotto a stipulare il negozio in seguito (e a causa) di trattative orali svoltesi presso il suo domicilio o il suo luogo di lavoro nel corso di una visita (non previamente sollecitata) del professionista⁴⁸.

Infine con statuizione sostanzialmente corrispondente a quella un tempo inserita nell'art. 1 della direttiva 85/577/CE, l'art. 2, n. 8, lett. d), include nella nozione di "contratto fuori dai locali commerciali" anche il contratto stipulato durante una escursione organizzata dal professionista che abbia lo scopo e/o l'effetto di promuovere la vendita di beni o la fornitura di servizi al consumatore. In proposito, pare meritevole di essere ribadito anche in relazione alla previsione della nuova direttiva l'orientamento interpretativo assunto con riguardo all'art. 1 della direttiva 85/577/CEE dalla Corte di Giustizia, la quale ha ritenuto debba considerarsi concluso durante una escursione organizzata dal commerciante fuori dei locali commerciali anche il contratto stipulato in una situazione nella quale un commerciante abbia invitato un consumatore a recarsi personalmente in un luogo determinato, situato ad una certa distanza da quello in cui tale consumatore abiti, distinto dai locali nei quali lo stesso commerciante esercita abitualmente le proprie attività e non chiaramente individuato come

⁴⁸ Dottrina e giurisprudenze tedesche cfr. PALANDT/GRÜNEBERG, *Bürgerliches Gesetzbuch, München*, 2011, § 312, Rn. 13) ritengono peraltro che il § 312 debba trovare applicazione anche quando non vi sia una stretta successione cronologica fra la trattativa orale svoltasi presso il domicilio del consumatore ed il contratto successivamente concluso, ferma restando la necessità che la stipulazione del contratto sia causalmente imputabile alla trattativa orale svoltasi presso il domicilio del consumatore.

locale di vendita al pubblico, allo scopo di presentarvi prodotti e servizi offerti⁴⁹.

Quanto invece alla nozione di “contratti a distanza”, la relativa definizione corrisponde sostanzialmente a quella contenuta nell’art. 2, nn. 2 e 4 della direttiva 97/7/CE, sicché sotto questo profilo l’ambito di operatività delle disposizioni concernenti i contratti a distanza è rimasto invariato.

In particolare, è stata confermata la necessità – affinché il contratto possa considerarsi “concluso a distanza” – che le parti si servano sempre e soltanto di mezzi di comunicazione a distanza, non solo per emettere le rispettive dichiarazioni negoziali ma anche per instaurare il contratto iniziale e condurre la trattativa poi sfociata nel perfezionamento dell’accordo.

Possono dunque a rigore considerarsi a distanza” soltanto i contratti che siano stati negoziati e stipulati senza la presenza fisica e simultanea del consumatore e del professionista, mediante (una o più) tecniche di comunicazione a distanza.

Ne deriva, ad esempio, che se proposta ed accettazione sono state poste in essere mediante tecniche di comunicazione a distanza dopo che il consumatore abbia effettuato una visita presso i locali commerciali del professionista, il contratto è assoggettato alla disciplina dei “contratti a

⁴⁹ CGCE, 22 aprile 1999, (causa C-423/97), Travel Vac.

distanza” soltanto se nel corso di quella visita il consumatore si è limitato a raccogliere informazioni sui beni o i servizi di suo interesse, non invece se in tali locali il consumatore abbia altresì avviato e condotto un negoziato, successivamente sfociato nello scambio dei consensi mediante tecniche di comunicazione a distanza; ne consegue altresì che le disposizioni concernenti i contratti a distanza non trovano applicazione nelle ipotesi in cui lo scambio dei consensi sia avvenuto all'interno dei locali commerciali del professionista, ancorché esso sia stato provocato e reso possibile da un contratto verificatosi (e da una trattativa eventualmente intercorsa) fra professionista e consumatore mediante tecniche di comunicazione a distanza (considerando n. 20).

È stata inoltre ribadita l'esigenza che il professionista abbia negoziato e poi concluso il contratto nell'ambito di un “sistema organizzato” per la stipulazione a distanza di contratti di vendita di beni o prestazione di servizi.

È invece irrilevante che il sistema a tal fine utilizzato dal professionista sia stato da lui stesso creato e predisposto ovvero sia stato realizzato e messo a sua disposizione da un terzo⁵⁰: quel che conta è che un “sistema organizzato” di tale genere esista; nel caso in cui dovesse mancare, l'utilizzazione da parte del professionista di mezzi di comunicazione a

⁵⁰ Cfr. il considerando n. 20, che fa l'esempio della piattaforma *on-line*, peraltro precisando che non può qualificarsi come sistema organizzato per la stipulazione a distanza di contratti di vendita di beni o prestazione di servizi il sito *web* che si limiti a fornire informazioni sul professionista e sui beni o servizi da lui offerti ai consumatori, nonché a fornire indicazioni utili per contattarlo.

distanza per negoziare e concludere il contratto deve ritenersi occasionale e come tale – nell'ottica del legislatore UE – idonea giustificare l'applicazione dello speciale regime di tutela dei consumatori contemplato dagli artt. 6,8 e 9-15.

2.3. Gli obblighi informativi precontrattuali: le innovazioni introdotte dalla nuova direttiva.

Uno degli aspetti più fortemente innovativi della nuova direttiva è costituito dalla disciplina degli obblighi informativi gravanti sui professionisti nei confronti dei consumatori nella fase precontrattuale⁵¹.

La prima, fondamentale novità è rappresentata dalla circostanza che la direttiva pone obblighi informativi anche a carico dei professionisti che propongono ai consumatori la conclusione di contratti non qualificabili né come “contratti a distanza” né come “contratti fuori dei locali commerciali”: ne deriva che può dirsi attualmente esistente una disciplina

⁵¹ Sulla tematica relativa agli obblighi informativi precontrattuali, si veda in particolare, DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali*, in *Temì di Diritto Privato collana diretta da Guido Alpa*, Milano 2008. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990. mazzamuto, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 861 ss. MARINELLI, *La tutela del contraente debole. Rimedi contrattuali*, in CASUCCI (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Napoli, 2007, pp. 288 e ss. poillot, *Droit Européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Paris, 2006, pp. 176 e ss. raymond, *La protection du consommateur touriste*, *Contrats, conc., consommé.*, octobre 1992, p. 1 e ss., spec. p. 1. RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2011, p. 754 ss.

europea completa ed esaustiva delle obbligazioni informative precontrattuali applicabile a qualsiasi rapporto contrattuale B2C riconducibile ad una delle quattro categorie di negozi rientranti nell'ambito di operatività della direttiva.

La seconda novità consiste nel profondo mutamento della *ratio* e dei contenuti della disciplina degli obblighi informativi precontrattuali gravanti sui professionisti che propongono contratti "fuori dei locali commerciali".

Ed invero, mentre l'art. 4 della direttiva 85/577/CEE imponeva al professionista solo l'obbligo di informare preventivamente il consumatore in merito alla esistenza, ai tempi ed all'esercizio dello *ius poenitendi*, allo scopo precipuo (ed esclusivo) di assicurare che il consumatore, all'atto della conclusione del contratto, avesse piena contezza del rimedio eccezionale accordatogli dalla direttiva stessa, gli artt. 6 e 7 della direttiva 2011/83/UE pongono a carico del professionista un obbligo informativo dai contenuti assai più ampi, niente affatto circoscritti all'istituto dello *ius poenitendi*, sostanzialmente finalizzata a garantire che il consumatore venga messo al corrente di tutti gli elementi indispensabili per scegliere se accettare o meno di concludere l'affare propostogli dal professionista sulla base di una "decisione di natura commerciale" pienamente consapevole e d informata, nonché per conoscere i diritti e le facoltà (*in primis*, lo *ius poenitendi*) che gli competono nei confronti del professionista – e sulla base delle clausole negoziali – nel corso dello svolgimento del rapporto.

La terza novità, relativa specificatamente agli obblighi informativi gravanti sul professionista nella fase che precede la possibile stipulazione di contratti a distanza, è legata alla introduzione di una serie di regole speciali concernenti i contratti conclusi in via telematica (par. 2 e 3 dell'art. 8), quelli conclusi mediante mezzi di comunicazione che concedono uno spazio o un tempo limitato per la visualizzazione di informazioni (par. 4 dell'art. 8) nonché i contratti stipulati per telefono (par. 6 dell'art. 8): regole speciali di cui non vi era alcuna traccia nella ora abrogata direttiva 97/7/CE.

Due ulteriori tratti innovativi comuni alle discipline degli obblighi informativi precontrattuali nei contratti "a distanza" e "fuori dei locali commerciali" sono poi costituiti dalla circostanza che si tratta (almeno in linea di principio) di discipline di armonizzazione "completa" e non meramente minimale, sicché ai legislatori non è a rigore consentito discostarsi in alcun modo dal tenore delle relative previsioni della direttiva in commento (cfr. parr. 7 e 8 dell'art. 7, par. 5 dell'art. 7 e par. 10 dell'art. 8), nonché dalla circostanza che il par. 5 dell'art. 6 – norma di grande impatto sistematico ma assai problematica – statuisce espressamente che le informazioni fornite nella fase precontrattuale "fanno parte integrante del contratto" e "non possono essere modificate se non con l'accordo espresso delle parti", in tal modo attribuendo a tali informazioni l'attitudine ad integrare le lacune del regolamento negoziale destinato a disciplinare il rapporto.

3. Il termine entro il quale gli obblighi informativi debbono essere adempiuti e la "chiarezza e comprensibilità" delle informazioni.

Come previsto dall'art. 5, par. 1 e art. 6, par. 1 della direttiva in commento, gli obblighi informativi gravanti sul professionista devono sempre essere da quest'ultimo adempiuti "prima che il consumatore sia vincolato dal contratto" o dalla "corrispondente offerta", quale che sia il luogo in cui la dichiarazione negoziale del consumatore sia (destinata ad essere) emessa e quali che siano i mezzi di comunicazione impiegati dalle parti per condurre la trattativa e perfezionare l'accordo contrattuale.

Il termine ultimo entro cui le suddette informazioni devono essere fornite al consumatore viene individuato nella data in cui quest'ultimo emette la dichiarazione di volontà (proposta o accettazione) idonea a condurre al perfezionamento del negozio "promosso" dal professionista, dichiarazione alla quale il consumatore è "vincolato" giuridicamente, o perché (trattandosi dell'accettazione) fa sorgere in capo ad esso tutti i diritti e gli obblighi scaturenti dal contratto del quale determina il perfezionamento, o perché (trattandosi di una mera proposta) fa sorgere in capo al professionista il diritto (potestativo) di concludere l'affare con un proprio atto unilaterale di accettazione.

È significativo rilevare che, mentre la direttiva 97/7/CE imponeva al professionista di mettere a disposizione del consumatore le informazioni

obbligatorie “in tempo utile prima della conclusione del contratto”, lasciando in tal senso intendere che fra la messa a disposizione di tali informazioni e l’emissione della dichiarazione negoziale del consumatore dovesse intercorrere un periodo di tempo minimo, di durata tale da offrire al consumatore la effettiva e ragionevole possibilità di comprendere le informazioni onde assumere in modo consapevole le sue decisioni di mercato, la nuova direttiva si limita a richiedere che le informazioni vengano fornite al consumatore “prima” di tale momento, senza però precisare quanto tempo prima e senza imporre (nemmeno implicitamente) la necessità che fra il momento della messa a disposizione delle informazioni e quello della emissione della dichiarazione negoziale intercorra un – seppur minimo – spazio temporale: a rigore, il professionista potrebbe dunque limitarsi a fornire tali informazioni anche pochi istanti prima che la dichiarazione negoziale venga emessa dal consumatore, ad esempio consegnando al consumatore – nel contesto di una unica visita effettuata al suo domicilio – contemporaneamente il documento cartaceo contenente le informazioni e il (separato) documento cartaceo recante il testo della proposta contrattuale ed inducendolo di lì a poco a sottoscrivere quest’ultima.

Questa importante innovazione rispetto alla previgente disciplina dei contratti a distanza ed alle altre direttive CE vigenti in materia dei contratti dei consumatori suscita non poche perplessità, inducendo ad interrogarsi

sulla reale finalità perseguita dal legislatore europeo attraverso l'imposizione degli obblighi informativi di cui agli artt. 5 e 6 della nuova direttiva⁵².

La *ratio* sottesa alla previsione di tali informazioni parrebbe essere in realtà quella di assicurare che venga assunta in modo razionale e consapevole non tanto la decisione se emettere o meno la dichiarazione negoziale (proposta o accettazione), quanto piuttosto la decisione se porre o meno in essere l'atto di esercizio dello *ius poenitendi* spettante al consumatore a norma dell'art. 9 della nuova direttiva: dunque, non tanto la scelta di concludere o meno l'affare, bensì la scelta di cancellare (senza conseguenze giuridiche ed economiche pregiudizievoli) o mantenere un affare già concluso.

Quali che siano l'inquadramento sistematico che si ritenga di dover dare allo *ius poenitendi* e le modalità con le quali si preferisca ricostruire la sua incidenza sul perfezionamento e/o sull'efficacia del contratto, non vi è dubbio infatti che nei contratti a distanza e fuori dei locali commerciali il momento in cui la volontà del consumatore di dar vita ed esecuzione al rapporto contrattuale può considerarsi definitivamente e stabilmente manifestata è quello in cui il termine entro il quale può essere esercitato il

⁵² Cfr. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in *Annuario del contratto* 2011, op. cit., 50.

“diritto di recesso” di cui all’art. 9 della direttiva scade senza che il consumatore abbia manifestato la volontà di avvalersene.

Ne deriva che, con riguardo alle fattispecie negoziali rispetto alle quali non compete al consumatore uno *ius poenitendi* a norma dell’art. 9 – e cioè i contratti non suscettibili di essere qualificati “a distanza” o “fuori dei locali commerciali”, nonché i contratti conclusi a distanza e o fuori dei locali commerciali elencati nell’art. 16, lett. b 1) l’obbligo contrattuale di cui agli artt. 5 e 6 appare scarsamente idoneo ad assicurare che l’assunzione del vincolo contrattuale (al quale il consumatore non può più unilateralmente sottrarsi una volta perfezionatosi l’accordo per effetto dello scambio di proposta ed accettazione) avvenga effettivamente sulla base di una scelta ponderata, consapevole ed informata del consumatore.

Quanto alle modalità con cui le informazioni debbono essere fornite, la direttiva impone che esse siano formulate nel rispetto di quegli stessi precetti di “chiarezza” e “comprensibilità” che l’art. 5 della direttiva 93/13/CEE prescrive per la redazione delle clausole dei contratti dei consumatori (art. 5, par. 1; art. 6, par. 1).

Tali precetti debbono intendersi essenzialmente e precipuamente riferiti al tipo di linguaggio impiegato dal professionista, e quindi alla terminologia ed allo stile utilizzati nella formulazione delle proposizioni attraverso le quali le informazioni vengono comunicate.

Come emerge dal tenore letterale degli artt. 7, par. 1 e 8, par. 1, il requisito della comprensibilità va tenuto ben distinto rispetto a quello della leggibilità, che parrebbe afferire esclusivamente alle dimensioni ed alla grafica dei caratteri e deve essere rispettato in tutte e soltanto quelle ipotesi in cui le informazioni vengono riportate in un supporto cartaceo o in un diverso "supporto durevole" consegnato o comunque messo a disposizione del consumatore.

Con specifico riferimento al precetto della "comprensibilità", deve poi escludersi che esso implichi necessariamente l'esigenza che le informazioni vengano fornite anche nella lingua ufficiale (o in una delle lingue ufficiali) dello Stato in cui risiedono i consumatori cui vengono comunicate o comunque indirizzate. Lo si desume inequivocabilmente dalla circostanza che il par. 7 dell'art. 6 della direttiva autorizza gli Stati membri ad inserire o mantenere – nelle normative nazionali di recepimento della disciplina dei contratti a distanza e fuori dei locali commerciali – norme volte ad imporre ai professionisti il rispetto di particolari "requisiti linguistici" onde "garantire che le informazioni siano facilmente comprese dal consumatore", la sciando così intendere che l'introduzione nei diritti nazionali di norme siffatte, lungi dall'essere imposta dalla direttiva, è interamente rimessa alla discrezionalità dei legislatori dei Paesi UE.

La direttiva non individua espressamente il parametro cui fare riferimento in sede di concretizzazione dei precetti della "chiarezza",

“comprensibilità” e “leggibilità”. Sembra tuttavia scontato che occorra adottare a tal fine il parametro del “consumatore medio”, mediamente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, esplicitamente richiamato dalla direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali, ferma restando però la necessità che il professionista, nel formulare le informazioni, tenga conto delle specifiche esigenze dei consumatori ai quali rivolge la propria offerta, laddove si tratti di consumatori “particolarmente vulnerabili” per ragioni (a lui note o comunque da lui ragionevolmente prevedibili) di età, infermità mentale o ingenuità.

4. Gli obblighi informativi gravanti sui professionisti che propongono ai consumatori di concludere contratti non qualificabili né come “contratti a distanza” né come “contratti fuori dei locali commerciali”.

Come già precedentemente evidenziato, la innovativa disposizione dell'art. 5 contiene (par. 1) un elenco delle informazioni che i professionisti hanno l'obbligo di fornire ai consumatori prima che venga emessa da questi ultimi una dichiarazione negoziale destinata a condurre alla conclusione di un contratto non qualificabile né come “contratto a distanza” né come “contratto fuori dei locali commerciali”.

La norma trova applicazione non solo ai contratti di vendita di beni mobili ed ai contratti per la prestazione di servizi, ma anche (par. 2) ai

contratti relativi ai contenuti digitali non forniti su di un supporto materiale nonché ai contratti di somministrazione di gas, acqua, energia elettrica o riscaldamento.

Si tratta di una norma di "armonizzazione minima": agli Stati membri viene infatti espressamente consentito (par. 4) di mantenere o introdurre nei rispettivi ordinamenti interni disposizioni che impongono ai professionisti l'obbligo di fornire, in aggiunta a quelle contemplate dal par. 1 del citato art. 5, informazioni diverse ed ulteriori rispetto a quelle ivi elencate.

Sotto diverso profilo, agli Stati membri viene accordata (par. 3) la possibilità di escludere dall'ambito di operatività delle norme nazionali di attuazione dell'art. 5, i contratti che si prestino ad essere qualificati come "negozi della vita quotidiana", a condizione che le parti diano ad essi immediata (ed integrale) esecuzione nel momento stesso in cui li concludono.

Quali siano la *ratio* e soprattutto l'ambito di operatività di questa possibile esclusione, non appare molto chiaro.

Da un lato, sono infatti a dir poco oscuri i contorni della nozione di "transazioni della vita quotidiana", nozione che di per sé parrebbe suscettibile di ricomprendere una vastissima serie di "contratti dei consumatori" (che per definizione hanno ad oggetto beni o servizi destinati

ad essere utilizzati per soddisfare esigenze di natura personale o familiare della persona fisica che li acquista).

Dall'altro lato, non si comprende per quale ragione ai consumatori che concludono i negozi in questione "nei locali commerciali" non dovrebbero essere preventivamente a disposizione le informazioni di cui all'art. 5 soltanto in ragione del fatto che le prestazioni vengono eseguite integralmente all'atto stesso della stipulazione (ciò che si verifica di norma, ad esempio, nel caso di contratti aventi ad oggetto generi alimentari o beni mobili di uso domestico stipulati nei locali commerciali della grande, media o piccola distribuzione), mentre dovrebbero essere comunicate in tutte le ipotesi in cui si tratti di contratti di durata ovvero di contratti ad esecuzione istantanea in tutto o in parte differita.

L'obbligo di fornire al consumatore le informazioni elencate nel par. 1 dell'art. 4 sorge in capo al professionista soltanto se ed in quanto esse non siano "già apparenti dal contesto".

Il presupposto è identico a quello contemplato nel par. 4 dell'art. 7 della direttiva 2005/29/CE, che contiene la lista delle informazioni che in tutte le ipotesi in cui un professionista rivolga a consumatori un "invito all'acquisto" debbono considerarsi – appunto se "non risultino già evidenti dal contesto" – "rilevanti" (*rectius*: essenziali), onde la pratica commerciale che le ometta, le occulti o le fornisca in modo ambiguo, oscuro o incomprensibile integra gli estremi di una omissione ingannevole, laddove

si rilevi idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Nell'uno come nell'altro caso, il professionista deve dunque ritenersi obbligato a fornire le informazioni prescritte (inserendole nella comunicazione commerciale costituente un invito all'acquisto ovvero mettendole a disposizione del consumatore prima che quest'ultimo emetta la sua dichiarazione negoziale) soltanto se ed in quanto tali informazioni non si prestino ad essere ricavate dal contesto e dalle circostanze nelle quali la comunicazione commerciale viene effettuata e/o la trattativa funzionale alla possibile conclusione del contratto viene avviata e condotta.

Questo presupposto negativo – non presente nella disposizione dell'art. 6 della direttiva, che disciplina gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti a distanza e fuori dei locali commerciali – dovrebbe essere inteso in modo rigoroso, onde evitare che la portata precettiva dell'art. 5 finisca per essere svuotata: possono considerarsi "apparenti" soltanto le informazioni che il consumatore può ricavare dal contesto e dalle circostanze in cui si trova ad emettere la propria dichiarazione negoziale con uno sforzo di diligenza minimo (si pensi ad esempio alle informazioni sulle caratteristiche e le qualità dei beni che si rinvencono nelle confezioni e nella etichettatura dei prodotti).

Quanto alle modalità ed ai mezzi con cui può e deve essere adempiuto l'obbligo informativo in esso contemplato, l'art. 5 della direttiva

non fornisce alcuna indicazione puntuale, la sciando ai professionisti (ed eventualmente ai legislatori nazionali che volessero regolamentarli con norme di dettaglio) ampia discrezionalità.

Sicuramente, non è indispensabile che il professionista consegni o metta comunque a disposizione del consumatore un supporto cartaceo o un diverso supporto durevole contenente le informazioni dovute, ciò che invece viene espressamente previsto per i contratti a distanza e fuori dei locali commerciali, sicché nulla osta a che le informazioni vengano fornite oralmente.

Altrettanto sicuramente deve escludersi che il professionista sia tenuto ad effettuare volta per volta una comunicazione ad hoc nei confronti di ogni singolo, concreto consumatore con il quale instaura un contatto potenzialmente suscettibile di condurre alla conclusione di un contratto, ben potendo egli limitarsi ad una comunicazione indirizzata genericamente ed indistintamente a tutti i consumatori che entrano con lui in contatto.

Deve, infine, ritenersi che l'obbligo informativo possa considerarsi adempiuto tutte le volte in cui le informazioni siano fornite o comunque possano essere ricavate dalle condizioni generali di contratto predisposte ed utilizzate dal professionista e da quest'ultimo rese adeguatamente conoscibili nei propri locali commerciali ovvero riprodotte nei moduli o formulari – contenenti il testo dell'accordo – sottoposti al consumatore

affinché quest'ultimo, sottoscrivendoli, manifesti il proprio consenso alla instaurazione del rapporto contrattuale.

4.1. Il contenuto degli obblighi di informazione.

In relazione ai contenuti delle informazioni dovute, essi possono essere così suddivisi:

a) Informazioni concernenti il professionista

Al consumatore devono essere necessariamente comunicati soltanto l'identità del professionista, l'indirizzo geografico della sua sede ed un suo recapito telefonico (art. 5, par. 1, lett. b): non è invece indispensabile che, laddove il contatto prenegoziale si sia instaurato fra il consumatore ed una persona che agisce in nome e per conto del professionista, tale persona comunichi la propria identità ed il proprio indirizzo geografico; del pari, non è indispensabile che il professionista comunichi al consumatore il proprio indirizzo di posta elettronica.

b) Informazioni concernenti le prestazioni contrattualmente dovute dal consumatore

Un secondo gruppo di informazioni si riferisce alla prestazione pecuniaria che il consumatore sarebbe obbligato ad eseguire laddove il contratto venisse concluso.

In particolare (art. 5, par. 1, lett. c), il professionista deve indicare l'importo globale (comprensivo delle imposte) della somma di denaro

dovuta a titolo di corrispettivo del bene o del servizio oggetto del contratto ovvero indicare i parametri destinati ad essere adottati per la sua quantificazione tutte le volte in cui risulti ragionevolmente impossibile calcolarlo in anticipo, cioè in occasione della conclusione del contratto.

Deve altresì essere precisato l'importo delle spese di spedizione, consegna o postali, ove tali spese siano "aggiuntive", e cioè non ricomprese nell'importo globale del corrispettivo dovuto dal consumatore.

Infine, come previsto dall'art. 5, par. 1. lett. d) della direttiva, devono essere indicate al consumatore le "modalità di pagamento", espressione questa ultima da intendersi probabilmente in senso ampio, comprensivo sia delle modalità di tempo e luogo del pagamento del corrispettivo pecuniario, sia dei mezzi di pagamento diversi dal denaro contante accettati dal professionista.

Invero, la norma stabilisce che le informazioni sulle "modalità di pagamento" debbano essere fornite soltanto "se applicabili", ovvero – potrebbe affermarsi – soltanto se si tratta di modalità divergenti rispetto a quelle "ordinarie" (*id est*, previste dalle norme giuridiche del diritto dispositivo nazionale destinate a trovare applicazione al rapporto contrattuale).

*c) Informazioni concernenti le prestazioni contrattualmente dovute
dal professionista*

Il consumatore deve innanzitutto art. 5, par. 1, lett. a) essere informato in merito alle caratteristiche principali del bene o del servizio oggetto del contratto, sia in merito agli elementi che identificano la natura, la destinazione d'uso e la categoria merceologica di appartenenza del bene (o del servizio), sia in merito alle sue "qualità" più rilevanti e significative.

Il consumatore deve inoltre essere informato in merito al termine entro il quale ed alle modalità (segnatamente, il luogo ed i mezzi) con le quali deve essere adempiuta l'obbligazione gravante *ex contractu* sul professionista, di consegnare il bene mobile ovvero di prestare il servizio (art. 5, par. 1, lett. d).

Il professionista deve altresì richiamare al consumatore l'esistenza della "garanzia legale di conformità", ovvero ricordargli che il bene mobile che il professionista si obbliga a consegnargli deve essere "conforme al contratto di vendita" (ai sensi dell'art. 2 della direttiva 99/44/CE) e che la manifestazione, nel bene ricevuto in esecuzione del contratto, di un "difetto di conformità" entro i due anni successivi alla consegna lo legittimano inderogabilmente a pretendere, a norma dell'art. 3 della direttiva 99/44/CE, il "ripristino della conformità al contratto" mediante sostituzione o riparazione, ed eventualmente la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto⁵³.

⁵³ Sul significato di garanzia legale e garanzia commerciale, nonché di conformità del bene al contratto, si veda, in particolare, AMADIO, *La conformità del contratto tra garanzia e responsabilità*, in *Contr. Impr./Europa*, 2001, pp. 5 e ss; BIANCA (a cura di), *La vendita dei beni*

Qualora lo stesso professionista ovvero un terzo presti una “garanzia commerciale”⁵⁴ o si impegni a fornire al consumatore “servizi post-vendita” (ad esempio, assistenza e manutenzione), il professionista deve poi rendere nota al consumatore l’esistenza ed i contenuti delle relative prestazioni, nonché i presupposti in presenza dei quali (e le modalità con le quali) il consumatore sia legittimato a pretenderne l’esecuzione.

*d) Informazioni aggiuntive dovute nelle sole ipotesi di contratti
aventi ad oggetto la fornitura di contenuti digitali*

di consumo. Commentario (artt. 128-135 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), in *Nuove leggi civ. commentate*, II, 2006, pp. 317 e ss.; BIGNOLI, *La vendita dei beni di consumo: interrogativi a codice aperto*, in *Resp. comun. e imp.*, 2005, p. 258; BIN, *La non conformità dei beni nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1990, p. 755. BIN, *Per un dialogo con il futuro legislatore dell’attuazione: ripensare l’intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria*, in *Contr. Impr./Europa*, 2002, p. 405; BIN - LUMINOSO, *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. Galgano, XXXI, Padova, 2003; CABELLA - PISU, *Vendita, vendite: quale riforma delle garanzie*, in *Contr. Impr./Europa*, 2001, pp. 34 e ss.; CAPILLI, *La garanzia nella vendita di beni di consumo*, in *Lezioni di diritto privato europeo*, Alpa e Capilli, (raccolte da), 2007, pp. 823 e ss.; CAPILLI, *L’attuazione della direttiva n. 99/44/Ce: il modello francese e il modello spagnolo*, in *Riv. dir. civ. e proc. civ.*, I, 2007, pp. 147 e ss.; CHERTI, *Le garanzie commerciali nella vendita*, Padova, 2004, p. 206; CIATTI, *L’ambito di applicazione “rationae materiae” della direttiva comunitaria sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2000, pp. 434 e ss.; COLANGELO, *Nuove garanzie per i consumatori*, Il Sole 24 ore, 1/5/2005; CORAPI, *La direttiva 99/44/CE e la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: verso un nuovo diritto comune della vendita?*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, p. 655.

⁵⁴ La nozione di “garanzia commerciale” viene definita dall’art. 2, n. 14, della direttiva 2011/83/UE (nella cui versione italiana, incomprensibilmente, si parla soltanto di “garanzia” ed è stato omesso l’aggettivo “commerciale”, presente invece nelle altre versioni linguistiche del testo): tale nozione include qualsiasi impegno – assunto nei confronti del consumatore dal professionista che conclude con lui il contratto di vendita in aggiunta alle obbligazioni su di lui gravanti in forza della direttiva 99/44/CE (e cioè l’obbligazione di consegnare beni conformi al contratto e di riparare o sostituire i beni nei quali si manifestano difetti di conformità) ovvero da un “produttore” (terzo rispetto al contratto di vendita) – di rimborsare il prezzo, sostituire, riparare o prestare un qualsivoglia servizio relativo al bene qualora esso si rilevi non rispondente alle previsioni contenute, o comunque privo delle caratteristiche o delle qualità (diverse da quelle necessarie per essere considerato “conforme al contratto”) specificate nella dichiarazione di garanzia o nella pubblicità ad essa relativa. Si noti che la definizione *de qua* differisce sensibilmente dalla definizione di garanzia contenuta nell’art. 1, lett. e), della direttiva 99/44/CE: diversamente da quest’ultima essa include infatti anche le garanzie a titolo oneroso, che impongono al consumatore costi “supplementari” (rispetto al corrispettivo pattuito per l’alienazione del bene mobile); per altro verso, essa precisa che la garanzia commerciale può riferirsi soltanto a caratteristiche e qualità diverse da quelle indispensabili affinché il bene possa considerarsi “conforme al contratto” a norma della direttiva 99/44/CE.

Con specifico ed esclusivo riguardo alle ipotesi in cui il contratto destinato ad essere concluso dal professionista con il consumatore abbia ad oggetto la fornitura di dati in formato digitale (il c.d. contenuto digitale), l'art. 5, par. 1, lett. g) e h) impone al professionista l'obbligo di fornire indicazioni aggiuntive ed ulteriori relative: alle modalità di funzionamento del contenuto digitale, incluse le misure tecniche di protezione dei relativi dati eventualmente adottate, nonché qualsiasi "interoperabilità pertinente" del contenuto digitale con hardware e software che il professionista conosca o non possa ragionevolmente ignorare⁵⁵.

*e) Informazioni concernenti la durata e le modalità di scioglimento
del rapporto contrattuale*

Quando il contratto non sia ad esecuzione istantanea, il professionista deve innanzitutto chiarire se si tratta di contratto a tempo determinato o indeterminato.

Nel primo caso, deve indicare il termine di durata del rapporto e deve specificare se, alla scadenza di tale termine, il rapporto è destinato a sciogliersi puramente e semplicemente ovvero ad essere prorogato in assenza di tempestiva disdetta, precisando in questa ultima ipotesi le modalità ed i tempi con i quali il consumatore ha l'onere di porre in essere la disdetta necessaria per evitare il rinnovo automatico.

⁵⁵ Il capitolo 3 (al quale si rimanda) del presente progetto analizzerà nello specifico le modifiche apportate dalle disposizioni della direttiva 2011/83/UE al commercio elettronico.

Nel caso di contratti a tempo indeterminato, il professionista deve specificare con quali modalità e conseguenze il consumatore possa porre fine al rapporto (ad esempio specificando se esista un termine di preavviso).

Non è invece indispensabile che il professionista indichi l'eventuale durata minima del rapporto – *id est*, se esista un termine prima del quale il consumatore non è legittimato a recedere dal contratto ovvero può recedere, ma con l'obbligazione di pagare una multa penitenziale: lo si deduce dalla circostanza che tale indicazione viene espressamente richiesta dal solo par. 1, lett. p) del successivo art. 6, che disciplina gli obblighi informativi gravanti sui professionisti nelle ipotesi di contratti conclusi a distanza o fuori dei locali commerciali.

4.2. L'inadempimento dell'obbligo informativo e le sue conseguenze.

L'art. 5 della direttiva 2011/83/UE non specifica quali conseguenze derivino dall'eventuale mancato o inesatto adempimento dell'obbligo informativo gravante sul professionista ai sensi del par. 1 di tale disposizione.

Pertanto, spetta ai legislatori nazionali, in sede di recepimento, decidere se e quali conseguenze giuridiche debbano scaturire da siffatto inadempimento, ed in primo luogo stabilire se esso possa e debba condurre soltanto alla irrogazione di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive nei confronti di quanti dovessero rendersi responsabili della violazione delle

norme interne di recepimento della direttiva, e più in generale ad adottare tutte le misure necessarie per assicurare che esse vengano effettivamente applicate e rispettate⁵⁶.

Dall'altro, merita di essere ricordato che la nuova direttiva (cfr. art. 3, par. 5 e considerando n. 14) non intende "pregiudicare" il diritto nazionale dei contratti con riferimento ad aspetti diversi da quelli che vengono in essa espressamente considerati e disciplinati, ed in particolare con riferimento alla formazione, alla validità ed agli effetti dei contratti.

Ne deriva che la necessità di dare attuazione alla direttiva non impone ai legislatori nazionali di apportare alcuna modificazione ai precetti che concorrono a comporre il diritto interno delle obbligazioni e dei contratti applicabile (anche) ai contratti dei consumatori, ed in particolare non impone di introdurre disposizioni che sanciscano ad esempio, che il contratto non può considerarsi perfezionato, ovvero è (in tutto o in parte) invalido o inefficace per il solo fatto che le informazioni di cui al par. 1 dell'art. 5 non sono state fornite – o sono state fornite in modo tardivo, lacunoso, ambiguo o impreciso – al consumatore che lo abbia concluso.

In ogni caso, il professionista che si renda responsabile del mancato o inesatto adempimento dell'obbligo informativo di cui all'art. 5 pone in essere un "atto contrario" alla direttiva 2011/83/UE, che legittima

⁵⁶ In tal senso si rimanda al capitolo secondo della presente trattazione che analizzerà compiutamente le conseguenze giuridiche relative all'inadempimento degli obblighi informativi da parte del professionista come previste nel codice del consumo italiano.

l'esperimento nei suoi confronti, a tutela degli interessi collettivi dei consumatori lesi dalle sue condotte, delle azioni inibitorie di cui alla direttiva 2009/22/CE, alla quale nel nostro ordinamento danno attuazione gli artt. 139 e 140 c. cons.

Del pari, non vi è dubbio che le informazioni contemplate dal par. 1 dell'art. 5 della direttiva debbano considerarsi "rilevanti" ai sensi ed ai fini di cui all'art. 7 della direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali (cfr. in particolare il paragrafo 5 dell'art. 7).

Ne consegue, che il professionista che rivolge al consumatore un "invito all'acquisto" o comunque tiene nei confronti di un consumatore comportamenti funzionali alla possibile conclusione di contratti non qualificabili né come contratti a distanza, né come contratti fuori dei locali commerciali, senza fornire le informazioni in questione ovvero fornendole in modo oscuro, ambiguo o intempestivo pone in essere una pratica commerciale che può e deve essere qualificata come "omissione ingannevole", se ed in quanto ne venga accertata l'attitudine ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Va da sé, che il professionista – in queste ipotesi – sarà soggetto alle sanzioni comminate ed alle ulteriori misure contemplate dalla legislazione nazionale attuativa della direttiva 2005/29/CE applicabile alla fattispecie (nel caso dell'ordinamento italiano, le sanzioni amministrative pecuniarie e

le ulteriori misure adottabili dall'AGCM nell'ambito dei procedimenti di cui all'art. 27 c. cons.).

5. Gli obblighi informativi gravanti sui professionisti che propongono ai consumatori di concludere contratti "a distanza" o "fuori dei locali commerciali".

La disciplina degli obblighi informativi che debbono essere adempiuti prima che il consumatore emetta una dichiarazione negoziale idonea a condurre alla conclusione di un contratto "a distanza" ovvero "fuori dei locali commerciali" si compone di un insieme di precetti comuni alle due ipotesi (dettati dall'art. 6) e di due gruppi distinti di precetti, rispettivamente concernenti i soli contratti "fuori dei locali commerciali" (art. 7) e "a distanza" (art. 8).

Il paragrafo 1 dell'art. 6 contiene un elenco di informazioni che debbono essere obbligatoriamente fornite al consumatore "in maniera chiara e comprensibile", elenco più ampio rispetto a quello che si rinviene nel par. 1 dell'art. 5: oltre agli elementi elencati in quest'ultima disposizione, debbono essere resi noti al consumatore: il costo dell'utilizzo del mezzo di comunicazione a distanza impiegato per concludere il contratto (lett. f); l'esistenza del diritto di recesso e le condizioni e le modalità del suo esercizio (lett. i); la eventuale circostanza che il consumatore sarà tenuto a farsi carico delle spese di restituzione del bene

ricevuto in consegna laddove decida di avvalersi dello *ius poenitendi* (lett. j); la circostanza che il consumatore, qualora richieda al professionista di avviare la prestazione del servizio o la fornitura di acqua, gas, energia elettrica o riscaldamento prima che sia decorso il termine per l'esercizio dello *ius poenitendi*, sarà tenuto a versare un compenso ragionevole al professionista per i servizi medio tempore prestati o per l'acqua, l'elettricità, il gas ed il riscaldamento già forniti, laddove decida di avvalersi dello *ius poenitendi* (lett. j); l'inesistenza dello *ius poenitendi*, nelle ipotesi in cui tale diritto è escluso a norma dell'art. 16 (lett. k); l'esistenza di codici di condotta pertinenti e l'indicazione delle modalità con le quali possa esserne reperito il testo (lett. n); la durata minima degli obblighi del consumatore prevista dal contratto, *id est* il periodo di tempo (successivo alla instaurazione del rapporto contrattuale di durata) nel corso del quale – sulla base di apposite previsioni contrattuali – la possibilità per il consumatore di sciogliere unilateralmente il rapporto è completamente esclusa ovvero subordinata a condizioni e presupposti (ad es. pagamenti di penali o multe penitenziali ecc.) diversi e più gravosi per il consumatore rispetto a quelli che sussisterebbero qualora operassero le disposizioni del diritto dispositivo nazionale applicabile alla fattispecie (lett. p); l'esistenza di clausole che impongano al consumatore di pagare somme di denaro a titolo di deposito cauzionale ovvero di prestare altre garanzie finanziarie su richiesta del professionista (lett. q); la possibilità di presentare reclami e

ricorsi nell'ambito di procedure extragiudiziali cui il professionista sia soggetto e le modalità e condizioni di attivazione di tali procedure (lett. t).

A rigore, stante la natura "completa" della armonizzazione dei diritti nazionali perseguita dall'art. 6, ai legislatori degli Stati membri dovrebbe ritenersi preclusa la possibilità, in sede di recepimento, l'elenco delle informazioni dovute dai professionisti nella fase antecedente la stipulazione di un contratto a distanza o fuori dei locali commerciali, inserendovi informazioni ulteriori ed aggiuntive rispetto a quelle contemplate dal par. 1 del citato art. 6.

Senonché, il par. 8 dell'art. 6 stabilisce, in primo luogo, che le informazioni precontrattuali dovute a norma del par. 1 dello stesso art. 6 si aggiungono (completandole) a quelle imposte dalla direttiva 200/31/CEE, in materia di commercio elettronico e dalla direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno, specificando che laddove il contenuto di una informazione venga regolato da una di queste due direttive con modalità differenti rispetto a quelle adottate nell'art. 6 della direttiva 2011/83/UE, è questa ultima disposizione in ogni caso a prevalere.

Ne deriva che, oltre a quelle espressamente contemplate dal par. 1 dell'art. 6, direttiva 2011/83/UE, debbono essere fornite obbligatoriamente al consumatore – prima che quest'ultimo manifesti la volontà di concludere con un professionista un contratto "a distanza" o "fuori dei locali commerciali" avente ad oggetto la prestazione di servizi – anche le

informazioni precontrattuali imposte da tali direttive che riguardino elementi diversi ed ulteriori rispetto a quelli espressamente menzionati nel par. 1 dell'art. 6.

Ma soprattutto, il par. 8 dell'art. 6 ed il considerando n. 12 della direttiva 2011/83/UE precisano che gli Stati membri conservano la possibilità di imporre ai prestatori, nel settore del commercio elettronico di "servizi della società dell'informazione" e dei servizi in generale, obblighi informativi aggiuntivi rispetto a quelli previsti dalle disposizioni (segnatamente, gli artt. 6 e 10) della direttiva sul commercio elettronico e dalle disposizioni (segnatamente, l'art. 22) della direttiva sui servizi nel mercato interno, stante la natura "minimale" della armonizzazione delle legislazioni nazionali perseguita da queste due direttive.

Ne consegue, pertanto, che i legislatori nazionali rimangono liberi di imporre, ai professionisti che propongono ai consumatori contratti rientranti nell'ambito di operatività delle due citate direttive, l'obbligo di fornire informazioni precontrattuali ulteriori sia rispetto a quelle in essa contemplate, sia rispetto a quelle elencate nel par. 1 dell'art. 6 della direttiva 2011/83/UE.

5.1. La disciplina del recesso.

Nel testo della direttiva la disciplina del recesso⁵⁷ (così come il regime delle eccezioni) è stata riscritta in modo da renderla omogeneamente applicabile sia ai contratti conclusi a distanza che a quelli negoziati fuori dei locali commerciali⁵⁸.

Da un punto di vista sistematico, le norme sul recesso sono inserite nel Capo II della direttiva, rubricato "Informazioni per il consumatore e diritto di recesso per i contratti a distanza e per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali" e fanno seguito alle disposizioni concernenti gli obblighi informativi e quelli relativi ai requisiti formali da osservare in occasione della conclusione del contratto e della esecuzione delle prestazioni. Nel successivo Capo III della direttiva, le disposizioni sul recesso si rinvengono agli artt. 9 ("Diritto di recesso"), 10 ("Non adempimento dell'obbligo di informazione sul diritto di recesso"), 11 ("Esercizio del diritto di recesso"), 12 ("Effetti del recesso"), 13 ("Obblighi del professionista nel caso di recesso"), 14 ("Obblighi del consumatore nel

⁵⁷ Sulla nozione del diritto di recesso, si rinvia, in particolare, a ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma - Bari, 2002; ALPA, *Regole in aiuto dei consumatori*, in *Il Sole 24 ore*, 30 luglio 2005; GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990; VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999.

⁵⁸ Sul punto, si rinvia a BENEDETTI, *Recesso del consumatore*, in *Studium iuris*, 2005 p. 971 ss.; DE CRISTOFARO, *Il "Codice del Consumo" un'occasione perduta?*, in *Studium iuris* 2005 p. 1161 ss.; BRECCIA, *Contratto e comune quadro europeo. Note introduttive*, in *AdC 2009*, p. 3 ss.; BARGELLI, *Gli effetti del recesso nei principi acquis del diritto comunitario dei contratti*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, I, Cedam 2010, p. 119 ss. Sui principi acquis sul recesso di pentimento vedasi per tutti DE CRISTOFARO, *La disciplina unitaria del "diritto di recesso": ambito di applicazione, struttura e contenuti essenziali*, cit. p. 371 ss.

caso di recesso”), 15 (“Effetti dell’esercizio del diritto di recesso sui contratti accessori”) e 16 (“Eccezioni al diritto di recesso”)⁵⁹.

In particolare, l’art. 9 – rispetto alla analoga previsione della direttiva 97/7/CE – raddoppia il termine breve per l’esercizio del diritto di recesso *ad nutum*, innalzandolo ora a 14 giorni e facendolo decorrere (sia per i contratti a distanza che per i contratti conclusi fuori dei locali commerciali) dalla consegna dei beni, o in caso di servizi, dalla conclusione del contratto.

Ed invero, l’art. 9, al comma 1, stabilisce che “*Fatte salve le eccezioni di cui all’art. 16, il consumatore dispone di un periodo di quattordici giorni per recedere da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali senza dover fornire alcuna motivazione e senza dover sostenere costi diversi da quelli previsti dall’art. 13, paragrafo 2, e all’art. 14*”.

Come è dato rilevarsi dal tenore letterale della suddetta disposizione, la medesima non si riferisce – quanto allo *spatium deliberandi* – a “giorni lavorativi”.

Inoltre, la formula usata per declinare lo *ius poenitendi* chiarisce da subito che il consumatore non è esonerato da tutti i costi, dovendo sostenere quelli supplementari di consegna, nonché quelli ordinari, relativi alla

⁵⁹ Per un commento alle norme dell’istituto del recesso nella nuova direttiva sui diritti dei consumatori, cfr. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Milano, 2012, (*Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da Galgano, Vol. LXII), 427 ss.

successiva restituzione dei beni al professionista, conseguente all'esercizio del diritto di recesso, purché però il professionista non abbia concordato di sostenerli in proprio o abbia omissso di informare il consumatore che tali costi diretti di restituzione dei beni sono a suo carico.

In relazione al *dies a quo* per il computo del termine utile all'esercizio del diritto di recesso, l'art. 9, par. 2, della direttiva in questione offre una articolata statuizione.

Nel caso in cui siano correttamente assolti gli obblighi di informazione a carico del professionista, il termine decorre: a) dal giorno della conclusione del contratto nel caso di contratti di servizi, ovvero nel caso di "contratti per la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, di teleriscaldamento o di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale (...)"; b) nel caso di contratti di vendita, dal giorno in cui avviene la consegna dei beni al consumatore, che lo stesso legislatore comunitario individua testualmente nel "giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico dei beni o: i) nel caso di beni multipli ordinati dal consumatore mediante un solo ordine e consegnati separatamente, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico dell'ultimo bene; ii) nel caso di contratti di consegna di un bene costituito da lotti o pezzi multipli, dal giorno in cui il consumatore o

un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico dell'ultimo lotto o pezzo; iii) nel caso di contratti per la consegna periodica di beni durante un determinato periodo di tempo, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico del primo bene".

Si assiste ad un allungamento dello *spatium deliberandi*, che tuttavia non è *sine die*.

L'art. 10, par. 1 della direttiva 2011/83/UE, infatti, prevede che in caso di omessa informazione, "il periodo di recesso scade dodici mesi dopo la fine del periodo di recesso iniziale, come determinato a norma dell'art. 9, paragrafo 2"⁶⁰.

Si ha dunque un allungamento del periodo di ripensamento ma, per la omessa informazione, si vanno a cumulare i due termini, quello breve e quello lungo, di modo che il consumatore avrà a disposizione il primo termine breve di quattordici giorni ed un ulteriore termine lungo di dodici mesi, che inizierà a decorre proprio con lo spirare del primo termine. Complessivamente, pertanto, il consumatore potrà beneficiare di uno *spatium deliberandi* di dodici mesi e quattordici giorni.

Nel caso invece di ritardo nell'assolvimento degli obblighi informativi da parte del professionista, che trovano comunque esecuzione, l'art. 10, par. 2 della presente direttiva prevede che il diritto di recesso

⁶⁰ Cfr. l'art. 10 della direttiva 2011/83/UE.

debba essere esercitato entro il termine breve di quattordici giorni, che decorreranno tuttavia dal giorno in cui il consumatore riceve le informazioni *de quibus*.

Quanto agli effetti, l'art. 12 della direttiva stabilisce che "l'esercizio del diritto di recesso pone termine agli obblighi delle parti: a) di eseguire il contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali; oppure b) di concludere un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali nei casi in cui un'offerta sia stata fatta dal consumatore".

Gli effetti del recesso si ripercuotono non solo sul contratto principale instaurato tra professionista e consumatore, ma anche sugli eventuali contratti accessori, i quali, ai sensi dell'art. 15 della direttiva "sono automaticamente annullati, senza costi per il consumatore, ad eccezione di quelli previsti dall'art. 13, paragrafo 2, e dall'art. 14 della presente direttiva". Si tratta di un principio volto a garantire la più ampia libertà di recesso al consumatore, dato che lo stesso potrebbe avere remore o condizionamenti qualora non fosse svincolato dai contratti accessori eventualmente stipulati in uno con il contratto principale da cui recede⁶¹.

In caso di rituale e tempestivo esercizio del diritto di recesso, la principale obbligazione del consumatore rimane pur sempre, nel caso di contratti relativi a beni, quella redibitoria, sancita dall'art. 14, par. 1, della direttiva 2011/83/UE, in forza del quale il consumatore è tenuto alla

⁶¹ Sul punto si rinvia a BRAVO, *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE – Verso un codice europeo del consumo*, op. cit., 237.

restituzione dei beni o alla loro consegna al professionista o a un terzo autorizzato dal professionista medesimo a ricevere i beni e ciò a meno che il professionista non si sia offerto di curare egli stesso il ritiro.

Tale obbligazione deve essere adempiuta, da parte del consumatore, “senza indebito ritardo ed in ogni caso entro quattordici gironi dalla data in cui ha comunicato al professionista la sua decisione di recedere dal contratto (...)”⁶².

Gli obblighi posti a carico del professionista si trovano invece declinati all'art. 13 della direttiva. Quello principale ha ad oggetto il rimborso di tutti i pagamenti ricevuti dal consumatore, eventualmente comprensivi delle spese di consegna.

L'obbligazione deve essere adempiuta senza ritardo e comunque entro quattordici giorni dalla data in cui è informato della decisione del consumatore di recedere dal contratto.

Si registra (rispetto al precedente regime), dunque, una compressione dei termini per l'adempimento della obbligazione da parte del professionista.

La riduzione dei termini previsti a carico del professionista per adempiere alla obbligazione di rimborso, tuttavia, sono bilanciati, nella direttiva, dalla facoltà che gli viene accordata dall'art. 13, co. 3, di “trattenere il rimborso finché non abbia ricevuto i beni oppure finché il

⁶² Cfr., art. 14 della direttiva 2011/83/UE.

consumatore non abbia dimostrato di aver rispedito i beni, a seconda di quale situazione si verifica per prima”, ameno che il professionista si sia offerto di curare egli stesso il ritiro dei beni presso il consumatore.

Nell'eseguire il rimborso il professionista è tenuto ad utilizzare lo stesso mezzo di pagamento usato inizialmente dal consumatore, salvo che quest'ultimo abbia convenuto espressamente un diverso mezzo di pagamento e purché tale sistema alternativo non comporti un costo quale conseguenza del rimborso.

Sensibili novità sono apportate dal legislatore comunitario anche con riguardo alle modalità di esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore, dato che al medesimo viene riconosciuta la facoltà di utilizzare, a tal fine, un apposito “modulo tipo di recesso”, allegati I, parte B, alla direttiva 2011/83/UE, che il professionista è obbligato a trasmettere al consumatore unitamente alle informazioni preliminari, ex art. 6 par. 1, lett. h) della suddetta direttiva⁶³.

L'utilizzo della modulistica tipo di cui sopra dovrebbe semplificare la comunicazione del recesso nell'ambito della comunità europea, in particolar modo nel caso di consumatori più “deboli”, che registrano difficoltà nell'uso di strumenti che il diritto pone loro a disposizione,

⁶³ A differenza del regime previgente, viene quindi allegato alla direttiva 2011/83/UE un modello-tipo armonizzato di recesso, attraverso cui poter esercitare con estrema facilità lo ius poenitendi. Ciò, al fine di semplificare le modalità di esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore, ma soprattutto al fine di ridurre i costi per il professionista che vende a livello transfrontaliero (la differenza nel modo in cui il diritto di recesso è esercitato negli Stati membri è, infatti, fonte di costi).

nonché nel caso di operazioni contrattuali transfrontaliere, al fine di far più speditamente fronte alle eventuali remore derivanti da gap culturali, linguistici o legati alle specificità del diritto interno dei singoli Stati membri interessati, le quali ultime si traducono in inutili costi, che la direttiva ha inteso eliminare, per le imprese che operano a livello internazionale.

Ovviamente il consumatore non è vincolato all'uso della modulistica proposta dal legislatore comunitario, potendo presentare anche qualsiasi altra dichiarazione da cui si evince espressamente la volontà di recedere dal contratto.

Al fine di apprezzare la tempestività del recesso, l'art. 11, par. 2 e 3, richiedono che la comunicazione venga "inviata" dal consumatore prima della scadenza dei termini normativamente fissati, tuttavia per l'"invio" non occorre una forma determinata.

Non si richiede, esplicitamente, ad esempio, la forma scritta, né la raccomandata con avviso di ricevimento.

Inoltre, la direttiva – venendo incontro alle esigenze della prassi ed all'evoluzione delle tecnologie informatiche, che hanno ormai diffuso il commercio elettronico – prende in considerazione anche la possibilità di recedere dal contratto tramite comunicazioni *online*.

Ed invero, l'art. 11, par. 3 della direttiva in commento prescrive che il "professionista oltre alla possibilità di cui al paragrafo 1, può offrire al consumatore l'opzione di compilare ed inviare elettronicamente o il modulo

di recesso tipo riportato all'allegato I, parte B, o una qualsiasi altra dichiarazione esplicita sul sito web del professionista. In tali casi il professionista comunica senza indugio al consumatore una conferma di ricevimento del recesso su un supporto durevole".

Tale disposizione conferma senza dubbio la intenzione del legislatore comunitario di allineare le norme relative all'esercizio del diritto di recesso con le esigenze della prassi.

La norma da ultimo citata, non pone un obbligo a carico del professionista, che faccia uso del sito *internet* per concludere contratti a distanza, di predisporre il proprio sito in modo da consentire al consumatore, con tale strumento, l'utile esercizio del *ius poenitendi*; accorda, invece, al professionista una facoltà, corrispondente all'esercizio del proprio "diritto di predisposizione", rimuovendo al contempo gli ostacoli affinché il consumatore possa avvalersene, esercitando a propria volta la facoltà di recedere.

Ciò non toglie che la comunicazione di recesso possa essere inoltrata autonomamente dal consumatore al professionista per via elettronica, senza utilizzare il sito web di quest'ultimo, ma avvalendosi di altri strumenti, come ad esempio la posta elettronica o la PEC (posta elettronica certificata) o qualsiasi altro strumento di comunicazione per via elettronica possa mettere in contatto il consumatore con il professionista.

Il principio della libertà della forma per l'esercizio del diritto di recesso rimane pur sempre bilanciato dalla ripartizione dell'onere della prova, che incombe sul consumatore.

Proprio a tal fine, infatti, la direttiva impone al professionista di confermare su supporto durevole l'avvenuto ricevimento della comunicazione di recesso inoltratagli dal consumatore ove questi abbia utilizzato il sito web del professionista. La conferma provenendo dal professionista medesimo, avrebbe nelle intenzioni del legislatore comunitario l'effetto di fornire un riscontro probatorio in favore del consumatore, al fine di dimostrare sia l'avvenuto esercizio del *ius poenitendi*, sia la sua tempestività.

In ultimo luogo, si consideri che anche il regime delle esclusioni è stato delineato nella direttiva in maniera uniforme sia per i contratti a distanza che per quelli negoziati fuori dei locali commerciali, tanto da amalgamare ed aggiornare le ipotesi di eccezione prima previste in maniera specifica per le due categorie di contratti.

Ai sensi dell'art. 16 della direttiva 2011/83/UE, l'esercizio del diritto di recesso non è previsto nei seguenti casi: i) per i contratti di servizi, dopo che vi sia stata la piena prestazione del servizio, purché l'esecuzione sia iniziata con l'accordo espresso del consumatore e con l'accettazione del fatto che questi perderà la facoltà di recedere a seguito della piena esecuzione delle prestazioni contrattuali da parte del professionista: ii) per i

contratti aventi ad oggetto la “fornitura di beni e servizi il cui prezzo è legato a fluttuazioni del mercato finanziario che il professionista non è in grado di controllare e che possono verificarsi durante il periodo di recesso; iii) per i contratti aventi ad oggetto la fornitura di beni confezionati su misura o chiaramente personalizzati, ovvero soggetti al rischio di deteriorarsi o scadere rapidamente o, ancora, di beni che, dopo la consegna, risultano per loro natura inscindibilmente mescolati con altri beni; iv) per i contratti aventi ad oggetto la “fornitura di beni sigillati che non si prestano ad essere restituiti per motivi igienici o connessi alla protezione della salute e sono stati aperti dopo la consegna”; v) per i contratti relativi alla “fornitura di bevande alcoliche, il cui prezzo sia stato concordato al momento della conclusione del contratto di vendita, la cui consegna possa avvenire solo dopo trenta giorni ed il cui valore effettivo dipenda da fluttuazioni sul mercato che non possono essere controllate dal professionista”; vi) per “i contratti in cui il consumatore ha specificamente richiesto una visita da parte del professionista ai fini della effettuazione di lavori urgenti di riparazione o manutenzione (...)”; vii) per i contratti aventi ad oggetto la fornitura di registrazioni sigillate, siano esse audio o video, ovvero di programmi informatici (*software*) anch'essi sigillati, aperti a seguito della consegna; viii) per i contratti aventi ad oggetto la fornitura di giornali, periodici e riviste non in abbonamento; ix) per i contratti che siano stati conclusi in occasione di un'asta pubblica, intesa ex art. 2, par. 1, n. 13)

della direttiva 2011/83/UE, come quel particolare metodo di vendita in cui beni o servizi sono offerti dal professionista ai consumatori che partecipano o a cui è data la possibilità di partecipare all'asta di persona, attraverso una procedura competitiva di offerte trasparente, gestita da una casa d'aste ed in cui l'aggiudicatario è vincolato all'acquisto dei beni o dei servizi; x) per i contratti aventi ad oggetto "la fornitura di alloggi per fini non residenziali, il trasporto di beni, i servizi di noleggio di autovetture, i servizi di catering o i servizi riguardanti le attività di tempo libero qualora il contratto preveda una data o un periodo di esecuzione specifici"; xi) per i contratti concernenti " la fornitura di contenuto digitale mediante un supporto non materiale se l'esecuzione è iniziata con l'accordo espresso del consumatore e con la sua accettazione del fatto che avrebbe perso il diritto di recesso".

Tra le ipotesi esclusione del diritto di recesso annoverate nella direttiva 2011/83/UE, questa ultima costituisce sicuramente quella più significativa, per una serie di ragioni. Innanzitutto tiene conto dell'ampia diffusione del progresso tecnologico e, in particolare, delle tecnologie di commercio elettronico. In secondo luogo, l'ipotesi di esclusione in parola, fa genericamente riferimento al "contenuto digitale" nella sua accezione più ampia, abbracciando le diverse tipologie di prodotti e servizi digitali commercializzabili.

CAPITOLO II

Profili comparatistici tra la disciplina sui “contratti a distanza” e sui “contratti conclusi fuori dei locali commerciali” nel Codice del consumo e nella Direttiva 2011/83/UE.

Sommario:

6. Il superamento dei problemi di coordinamento tra la disciplina in materia di contratti a distanza e quella in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali nella direttiva 2011/83/UE. 7. Affinità e differenze tra le esigenze di protezione emergenti in materia di contratti a distanza e quelle emergenti in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali. 8. I contenuti delle informazioni preliminari e la loro “contrattualizzazione”: a confronto la disciplina dei “contratti a distanza” e dei “contratti conclusi fuori dei locali commerciali” nel Codice del consumo e nelle disposizioni della direttiva 2011/83/UE. 8.1. La conferma dell’obbligo di esplicitazione dello scopo commerciale. 8.2. La mancata conferma del principio di buona fede e lealtà nelle transazioni commerciali. 8.3. I rimedi in caso di inosservanza degli obblighi informativi. 8.4. L’esercizio del diritto di recesso: termini, modalità e decorrenze.

6. Il superamento dei problemi di coordinamento tra la disciplina in materia di contratti a distanza e quella in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali nella direttiva 2011/83/UE.

A questo punto della trattazione – analizzate in modo analitico le disposizioni della direttiva 2011/83/UE – è opportuno spostare il campo d’indagine sul diritto interno (italiano) in relazione alla disciplina contenuta nel Codice del consumo sui contratti a distanza e quelli stipulati al di fuori dei locali commerciali, al fine di individuare come l’opera di

armonizzazione alla base della direttiva in commento possa effettivamente riorganizzare (anche da un punto di vista sistematico) l’assetto del diritto contrattuale dei consumatori⁶⁴.

Il processo di riesame della disciplina sui contratti a distanza e la sua omogeneizzazione con quella relativa ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali è segnato dal ricorso strumentale alla tipizzazione del “contratto di vendita” e del “contratto di servizi”, necessario per fondare, nella direttiva 2011/83/UE, i tratti distintivi della normativa in parola⁶⁵.

Occorre precisare che la disciplina sui contratti a distanza di attuazione della direttiva 97/7/CE, al pari di quella relativa ai contratti conclusi fuori dei locali commerciali di cui alla direttiva 85/577/CEE, ha introdotto testi normativi di protezione del consumatore vertenti non sull’oggetto o sulla causa del contratto (diversamente da quanto è rinvenibile in materia di multiproprietà o di vendita di pacchetti turistici), ma sulle modalità tecniche e sugli strumenti utilizzati per la insaturazione dell’iniziale contatto, per la instaurazione e la conduzione delle eventuali trattative, nonché per il perfezionamento del contratto.

⁶⁴ Con riferimento all’ordinamento italiano, si significa in data 3.12.2013 è stato approvato dal Consiglio dei Ministri lo schema di decreto legislativo (n. 59) che provvede a recepire la Direttiva europea 2011/83/UE, in virtù di espressa delega legislativa, sancita all’articolo 1, commi 1 e 3, della Legge di delegazione europea 2013, n. 96 del 6 agosto 2013 (in G.U. n. 194 del 20 agosto 2013) e secondo i criteri di delega generali contenuti agli articoli 31 e 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, recante norme generali sulla partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’Unione europea.

⁶⁵ Sul punto, cfr. BRAVO, *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE – Verso un codice europeo del consumo*, Milano, 2013, 40 ss.

Proprio in considerazione delle modalità tecniche di conclusione dei contratti, siano essi a distanza o stipulati fuori dei locali commerciali, il legislatore ha introdotto gli strumenti di tutela volti a riequilibrare la posizione contrattuale del consumatore, primariamente il diritto per il consumatore ad una nutrita serie di informazioni ed al recesso *ad nutum*.

Se in precedenza non si era avvertita la necessità di intervenire sulla struttura del contratto di vendita o di prestazioni di servizi, con la direttiva 2011/83/UE, invece, è stata introdotta una innovazione, giacché il legislatore ha proceduto a definire espressamente, oltre al “contratto a distanza” ed al “contratto concluso fuori dei locali commerciali”, anche il “contratto di vendita” ed il “contratto di servizi”.

Ai sensi dell’art. 2, par. 1, n. 5) della direttiva in commento, infatti, si prevede ora che per “contratto di vendita” debba intendersi “qualsiasi contratto in base al quale il professionista trasferisce o si impegna a trasferire la proprietà di beni al consumatore ed il consumatore ne paga o si impegna a pagarne il prezzo, inclusi i contratti che hanno come oggetto sia beni che servizi”.

Tale tipizzazione si muove nella medesima direzione indicata con l’ambizioso progetto sul diritto comune europeo della vendita, tanto che la direttiva 2011/83/UE introduce talune norme specificamente applicabili ai soli contratti vendita, come ben chiarisce l’art. 17, in cui si trova espressamente annunciato che “gli articoli 18 e 20 si applicano ai contratti

di vendita (...). Gli articolo 19, 21 e 22 si applicano ai contratti di vendita ed ai contratti di servizi (...).”

In tal modo ha preso sostanza una disciplina europea della vendita che trascende i soli contratti conclusi a distanza o fuori dei locali commerciali, avendo una portata applicativa generale, in conformità al dettato dell’art. 3 (“Ambito di applicazione”) della direttiva 2011/83/UE, per il quale “la presente direttiva si applica, alle condizioni e nella misura stabilita nelle sue disposizioni, a qualsiasi contratto concluso tra un professionista e un consumatore (...)”⁶⁶.

Gli artt. 17 e ss. della direttiva, d’altronde, sono posizionati al di fuori del Capo III, specificamente incentrato sulle “Informazioni per il consumatore e diritto di recesso per i contratti a distanza e per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali” ed attengono ad un ambito di formazione che sembra avere la pretesa di una portata normativa più ampia.

Si pensi, inoltre, che al capo II della medesima direttiva viene introdotta la disciplina relativa alle “Informazioni per i consumatori per contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali”, con ciò confermando l’intento del legislatore comunitario di delineare alcuni punti fermi della disciplina generale del contratto di vendita e del contratto di servizio tra consumatori e professionisti, nonché

⁶⁶ Cfr. art. 3 della direttiva 2011/83/UE.

Profili comparatistici tra la disciplina sui “contratti a distanza” e sui “contratti conclusi fuori dei locali commerciali” nel Codice del consumo e nella Direttiva 2011/83/UE.

di somministrazione di acqua, gas, elettricità e teleriscaldamento, costantemente menzionati nel corpo della direttiva⁶⁷.

Sempre nei citati artt. 17 e ss. della direttiva in commento, che si collocano nel Capo IV intitolato “Altri diritti del consumatore”, si trovano delineate le norme sulla consegna e sul passaggio del rischio nel contratto di vendita, unitamente a quelle, applicabili anche ai contratti di servizio, che regolano i pagamenti supplementari (rispetto al prezzo remunerativo della obbligazione principale), le tariffe per l’utilizzo di mezzi di pagamento, nonché l’utilizzo della linea telefonica da parte del professionista al fine di essere contattato dal consumatore in ordine ad un contratto già concluso.

Si compone, dunque, una prima disciplina normativa di valenza generale sul contratto di vendita e, in parte, sul contratto di servizio, anche se ristretta prevalentemente al rapporto tra professionisti e consumatori⁶⁸.

Ciò appare implicitamente confermato anche dalla lettera dell’art. 3, par. 5, della direttiva 2011/83/UE, il quale si premura di precisare che “la presente direttiva non pregiudica il diritto contrattuale nazionale generale, quali le norme sulla validità, formazione o efficacia di un contratto, nella misura in cui gli aspetti relativi al diritto contrattuale nazionale generale non sono disciplinati dalla presente direttiva”.

⁶⁷ Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte nel precedente capitolo.

⁶⁸ Sul contratto di vendita, cfr., in particolare, TORIELLO, *I Contratti di vendita stipulati dai consumatori. Recenti sviluppi*, in *Il Diritto Privato dell’Unione europea*, a cura di Tizzano, Torino, 2000.

La predetta definizione comunitaria del “contratto di vendita” echeggia, con talune significative differenze, la nozione prevista all’art. 1470 c.c., nel quale viene testualmente stabilito che “la vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo”.

Innanzitutto può notarsi come, rispetto al contratto di compravendita di cui all’art. 1470 c.c., il “contratto di vendita” di cui alla disciplina sui diritti dei consumatori contempla sia l’ipotesi in cui l’accordo abbia un immediato effetto reale, sia l’ipotesi in cui abbia unicamente un effetto obbligatorio.

La norma sembra dettata dall’esigenza di tener conto della diversa struttura del contratto di compravendita tra i singoli Paesi membri dell’UE.

Non tutti gli ordinamenti, invero, prevedono che nel contratto di compravendita il consenso abbia un immediato effetto traslativo. Come noto, ad esempio, nell’ordinamento giuridico tedesco la compravendita ha sempre effetti obbligatori e non reali. L’effetto reale si raggiunge attraverso un atto di disposizione separato⁶⁹.

⁶⁹ Cfr., ad esempio, quanto osservato da MILAN, *La proprietà immobiliare nel diritto internazionale privato*, in GRASSELLI (a cura di), *La proprietà immobiliare*, Milano 2010 p. 1024, nella parte in cui si è rimarcato che, quanto alla distinzione “tra titolo d’acquisto e modo di acquisto del diritto (...) con il primo s’intende il rapporto che genera il diritto, la fonte dell’obbligazione (...), e con il secondo le modalità con cui si attuano il negozio di disposizione, o genericamente, le condizioni dell’acquisto (...). Tale distinzione, in quanto volta ad assimilare gli effetti obbligatori al titolo e quelli reali al modo, mal si concilia, in realtà, con i sistemi privatistici come il nostro o quello francese, che, imperniati sul principio consensualistico, riconducono l’acquisto derivativo del diritto reale allo scambio del consenso, senza distinzione tra *titulus* e *modus acquirenti*. La suddetta distinzione ha invece ragione d’essere in quegli ordinamenti, che ispirandosi alla tradizione romanistica, prevedono norme quali il § 433 del codice civile tedesco e

Tuttavia, ove la definizione del contratto di vendita, in sede di attuazione della direttiva 2011/83/UE venisse recepita senza modifiche nel nostro diritto interno, la stessa finirebbe per includere, probabilmente, anche il nostro contratto preliminare di compravendita, oltre a tutte le ipotesi di vendita con immediati effetti obbligatori e non reali⁷⁰.

Si pensi, ad esempio, al caso di vendita di cosa generica, di vendita di cosa futura o di vendita di cosa altrui, ovvero a tutte le ipotesi in cui le parti escludano espressamente l'effetto traslativo immediato della proprietà del bene venduto.

Vi è poi da osservare che la equivoca espressione contenuta nell'ultimo inciso della definizione di cui all'art. 2, par. 1, n. 5), della direttiva in commento (“inclusi i contratti che hanno come oggetto sia beni che servizi”) vada interpretato nel senso che è da intendersi “contratto di vendita” anche il contratto che abbia una causa mista, di trasferimento di beni e di prestazione di servizi o, sotto diverso profilo, un oggetto complesso, che preveda sia i beni che i servizi cumulativamente.

Pertanto, obblighi e rimedi nei contratti aventi ad oggetto sia beni che servizi in via cumulativa sono assoggettati alla disciplina prevista per il

l'art. 184 di quello elvetico che attribuiscono al contratto di compravendita il solo effetto di obbligare il venditore a procurare la proprietà al compratore e di consegnargli il bene. Nel sistema tedesco si distingue, infatti, tra contratto produttivo dei soli effetti obbligatori, e negozio di disposizione, costitutivo o traslativo del diritto, che deve essere integrato mediante la procedura, distinta ed ulteriore rispetto al contratto di compravendita, attributiva del diritto di proprietà sull'immobile”.

⁷⁰ Sul punto si veda, BRAVO, *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE – Verso un codice europeo del consumo*, op. cit., 42.

“contratto di vendita” e non per quella inerente al “contratto di servizi” e ciò anche qualora la fornitura del servizio sia prevalente, per importanza e per valore della prestazione, rispetto al trasferimento del bene.

Ove il contratto abbia ad oggetto la sola fornitura del servizio, invece, siamo nell’ambito del “contratto di servizi”, che – ai sensi dell’art. 2, par. 1, n. 6) della direttiva 2011/83/UE – può essere definito come “qualsiasi contratto diverso da un contratto di vendita in base al quale il professionista fornisce o si impegna a fornire un servizio al consumatore e il consumatore paga o si impegna a pagarne il prezzo”.

Nonostante tale definizione tenti di ricalcare quella sul contratto di vendita, l’effetto che ne deriva è nettamente meno problematico, atteso che per i servizi non sorge la questione relativa al trasferimento dei beni, giacché ove il servizio fosse contestualmente fornito unitamente alla vendita di beni prevalgono sempre le norme sul contratto di vendita rispetto a quelle concernenti il contratto di servizio, giusto quanto previsto nell’ultimo inciso della definizione di contratto di vendita ex art. 2, par. 1, n. 5).

La tipizzazione operata con la direttiva 2011/83/UE sembra sia stata realizzata sia per introdurre una prima disciplina comunitaria del “contratto di vendita” (nonché in minor parte del “contratto di servizi”), sia per meglio raggiungere, in via del tutto strumentale, un più elevato grado di

Profili comparatistici tra la disciplina sui “contratti a distanza” e sui “contratti conclusi fuori dei locali commerciali” nel Codice del consumo e nella Direttiva 2011/83/UE.

armonizzazione e di coordinamento sistematico tra le due discipline di settore originariamente dettate dalla direttiva 85/577/CEE e 97/7/CE⁷¹.

Il carattere strumentale della tipizzazione dei contratti di vendita e di servizi si percepisce bene, ad esempio, con riguardo al computo dei termini per l'esercizio del diritto di recesso che, essendo stato reso omogeneo tra contratti a distanza e contratti negoziati fuori dei locali commerciali, trova una distinzione tra contratti di servizi e contratti di vendita⁷².

Una ulteriore traccia evidente del carattere strumentale di tale tipizzazione è rinvenibile con riguardo alla disciplina di altri particolari aspetti: e segnatamente, in materia di consegna, di passaggio del rischio e di obbligo di restituzione dei beni da parte del consumatore in caso di recesso (rispettivamente disciplinati agli artt. 18, 20 e 14, par. 1 e 2 della direttiva 2011/83/UE)⁷³.

⁷¹ Cfr., BRAVO, *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE – Verso un codice europeo del consumo*, op. cit., 43.

⁷² Cfr., BRAVO, *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE – Verso un codice europeo del consumo*, op. cit., 44.

⁷³ Sul punto è necessario puntualizzare che il c.d. passaggio del rischio, come già analizzato nel precedente capitolo, costituisce una delle principali novità introdotte con la direttiva in commento e nasce dalla constatazione che quando i beni sono spediti al consumatore dal professionista, in caso di perdita o danneggiamento, possono insorgere controversie circa il momento del trasferimento del rischio; nell'ottica di tutelare il consumatore da ogni rischio di perdita o danneggiamento dei beni viene considerato quale momento del passaggio del rischio quello nel quale il consumatore ha ricevuto il bene, intendendosi tale momento solo quello in cui ha preso fisicamente possesso del bene. E altresì utile evidenziare che, lo schema del decreto legislativo, che ha recepito la direttiva 2011/83/UE all'interno dell'ordinamento italiano, utilizza, rispetto al corrispondente art. 20 della direttiva, all'art. 63 del codice del consumo (come modificato) l'espressione “*entra materialmente in possesso dei beni*” in luogo di “*acquisisce il possesso fisico dei beni*” per rimarcare che si fa riferimento non al possesso ma all'acquisizione materiale dei beni, che costituisce una deroga, più favorevole al consumatore rispetto alla disposizione prevista dall'art. 1510, comma 2, c.c. (che in materia di vendita di cose mobili, disciplina il luogo della consegna) per la quale il venditore si libera dell'obbligo della consegna con il trasferimento del bene al vettore o allo spedizioniere. Con riferimento agli obblighi del consumatore nel caso di recesso, l'art. 57 del codice del consumo (come modificato dallo schema decreto legislativo di

7. Affinità e differenze tra le esigenze di protezione emergenti in materia di contratti a distanza e quelle emergenti in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali.

Nella direttiva 2011/83/UE, il considerando n. 37 illustra precisamente le specifiche esigenze sottese all’una e all’altra disciplina, chiarendo che “poiché nel caso delle vendite a distanza il consumatore non è in grado di vedere i beni prima di concludere il contratto, dovrebbe godere di un diritto di recesso. Per lo stesso motivo, al consumatore dovrebbe essere consentito di testare e ispezionare i beni che ha acquistato nella misura necessaria per stabilire la natura, le caratteristiche ed il funzionamento dei beni. Per quanto riguarda i contratti negoziati fuori dei locali commerciali, il consumatore dovrebbe disporre del diritto di recesso in virtù del potenziale elemento di sorpresa e/o di pressione psicologica. Il recesso dal contratto dovrebbe porre termine all’obbligo delle parti contraenti di eseguire il contratto”.

L’esigenza di tutela del consumatore, nelle due tecniche di commercializzazione (“a distanza”, da un lato, e “fuori dei locali

ricepimento), sostanzialmente riprende il contenuto del previgente articolo 67 del codice del consumo, prevedendo un termine più lungo (14 gg. a fronte degli attuali 10 gg) entro cui il consumatore ha l’obbligo di restituire i beni. Una novità rilevante è prevista al comma 2, laddove il consumatore è responsabile solo della diminuzione del valore del bene risultante da una manipolazione diversa da quella necessaria per stabilire la natura, le caratteristiche e il funzionamento del bene e dunque non con la dovuta diligenza. Tale disposizione, incidendo unicamente sul valore del bene e non già sulla possibilità di esercitare il diritto di recesso, si configura come una disposizione più favorevole al consumatore rispetto a quella contenuta al comma 2 del previgente articolo 67 del codice del consumo, secondo cui, invece, un utilizzo non diligente del bene pregiudica l’esercizio del diritto di recesso, in modo irrimediabile.

commerciali”, dall’altro) è parzialmente analoga, giacché l’ordinamento intende proteggere in ogni caso il consumatore qualora la commercializzazione venga posta in essere con modalità e con tecniche che, diverse da quelle consuete, sono in grado di comportare una alterazione dei normali processi decisionali e delle normali modalità relazionali⁷⁴.

Peraltro, pur a fronte di tale comune esigenza, appare evidente come non sia possibile una integrazione completa delle due discipline, dal momento che l’utilizzo di tecniche di comunicazione a distanza presenta una evidente specificità, connessa alla mediazione necessarie dello strumento o della tecnica utilizzata per l’attività negoziale, che produce una possibile soggezione del consumatore al potere organizzativo e di predisposizione del sistema di commercializzazione a distanza esercitato dal professionista nell’ambito delle sue attività, potere che diviene sensibilmente maggiore quando, per approntare il sistema di commercializzazione a distanza, si ricorra alle tecnologie che il progresso mette di volta in volta a disposizione⁷⁵.

Tale considerazione può essere ritenuta attuale anche a fronte della disciplina di cui alla direttiva 2011/83/UE, che, rivedendogli impianti normativi della direttiva sui contratti a distanza e sui contratti negoziati

⁷⁴ Cfr. BRAVO, *I contratti a distanza nel Codice del Consumo e nella Direttiva 2011/83/UE*, in *Temì di diritto privato e di diritto pubblico collana diretta da Guido Alpa*, op. cit., 25 ss.

⁷⁵ Così BRAVO, *I contratti a distanza nel Codice del Consumo e nella Direttiva 2011/83/UE*, in *Temì di diritto privato e di diritto pubblico collana diretta da Guido Alpa*, op. cit., 28.

fuori dei locali commerciali, ha inteso – come già precedentemente rilevato – armonizzarli in un unico testo.

Nella recente direttiva, infatti, permangono alcuni “distinguo”, al fine di tener conto della specificità dell’una e dell’altra disciplina.

Il legislatore comunitario si è ben guardato dal fondere in una unica categoria i contratti conclusi mediante le due tecniche di negoziazione, che rimangono ben distinte sia concettualmente che normativamente.

Tuttavia, si deve rappresentare che, nel complesso, la fusione della disciplina di cui alla direttiva 97/7/CE con quella di cui alla direttiva 85/577/CEE appare ben riuscita, dal momento che i predetti distinguo sono stati ridotti davvero all’essenziale.

Ad esempio, nell’ambito del Capo III (“Informazioni per il consumatore e diritto di recesso per i contratti a distanza e per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali”), gli obblighi informativi gravanti sul professionista sono disciplinati all’art. 6, rubricato “Obblighi di informazione per i contratti a distanza e per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali”.

In tale articolo sono enunciati i contenuti informativi da rendere al consumatore e la tecnica legislativa semplifica molto là dove uniforma per le due tipologie di contratto tutte le informazioni preliminari che il professionista è tenuto ad offrire al consumatore prima che questi sia vincolato dal contratto o, eventualmente, dall’offerta.

Nell’elenco di informazioni dettagliatamente indicate, compaiono anche alcune riferibili solo ai contratti conclusi con tecniche di comunicazione a distanza, per le quali il legislatore, nell’intento di semplificazione normativa, non ha sentito l’esigenza di prevedere un articolo *ad hoc*⁷⁶.

La necessità di una differenziazione più marcata compare tuttavia solamente nella previsione dei requisiti formali richiesti per assolvere ai predetti obblighi informativi.

Qui il legislatore introduce due articoli separati: l’art. 7, in materia di “Requisiti formali per i contratti conclusi fuori dei locali commerciali” e l’art. 8, in materia di “Requisiti formali per i contratti a distanza”.

Tale distinzione si è resa necessaria per imporre: a) un maggior rigore in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, ove si richiede sempre la consegna delle informazioni contrattuali e di una copia del contratto firmato (ovvero della conferma del contratto) su supporto cartaceo o – con il consenso del consumatore – su altro mezzo durevole, b) una maggiore flessibilità ed alcuni temperamenti dovuti alle caratteristiche tecniche del mezzo di volta in volta utilizzato, nel caso di contratti a

⁷⁶ Sono ad esempio riferibili esclusivamente ai contratti a distanza i contenuti informativi di cui all’art. 6, par. 1, lett. f) ed i), secondo inciso della direttiva 2011/83/UE, ove si richiede rispettivamente, che il professionista assolve all’obbligo di fornire al consumatore l’informazione in ordine al “costo dell’utilizzo del mezzo di comunicazione a distanza per la conclusione del contratto quando tale costo è calcolato su una base diversa dalla tariffa base”, nonché, “se applicabile, l’informazione che il consumatore dovrà sostenere il costo della restituzione dei beni in caso di recesso e in caso di contratto a distanza qualora i beni per loro natura non possano essere normalmente restituiti a mezzo posta”.

distanza, soprattutto là dove le parti ricorrano a tecniche di comunicazione che non consentano la consegna immediata delle informazioni su un supporto durevole, come nel caso di interazione tramite telefono, oppure che consentano “uno spazio o un tempo limitato per la visualizzazione delle informazioni” o, ancora, che si caratterizzano per il ricorso a tecnologie elettroniche.

8. I contenuti delle informazioni preliminari e la loro “contrattualizzazione”: a confronto la disciplina dei “contratti a distanza” e dei “contratti conclusi fuori dei locali commerciali” nel Codice del consumo e nelle disposizioni della direttiva 2011/83/UE.

Nella struttura della direttiva 2011/83/UE si assiste ad un approccio innovativo per ciò che concerne gli obblighi informativi precontrattuali posti a carico del professionista.

Vengono infatti resi omogenei i contenuti informativi per i contratti a distanza e per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali, che sono elencati nell’art. 6 della direttiva in commento ed, al contempo, vengono previsti, all’art. 5 del medesimo testo normativo, anche obblighi di informazione per contratti diversi da quelli dianzi menzionati.

Nel nuovo approccio fissato nella direttiva *de qua*, dunque, il professionista è sempre gravato di obblighi informativi preliminari alla

conclusione del contratto con i consumatori, a prescindere dalle tecniche di vendita utilizzate⁷⁷.

Nei contratti da stipulare con tecniche speciali di vendita, tuttavia, gli obblighi informativi divengono specifici, al fine di salvaguardare innanzitutto la libertà contrattuale del consumatore e metterlo al riparo dai *gaps* che sorgono per l'effetto sorpresa e per le pressioni psicologiche subite nella contrattazione fuori dei locali commerciali, ovvero per l'asimmetria informativa e l'assenza di qualsivoglia contatto con il bene o servizio da fornire o con la struttura del fornitore nel caso di contratti a distanza.

Viene ovviamente confermato il principio – che costituisce un caposaldo della tutela del consumatore – secondo cui quest'ultimo ha diritto a ricevere informazioni adeguate, chiare e comprensibili precedentemente all'insorgere di un vincolo contrattuale, derivante dal contratto ovvero dalla offerta contrattuale⁷⁸.

⁷⁷ Come ben evidenziato in dottrina, una delle “caratteristiche salienti della nuova direttiva in commento è rappresentata dalla previsione dell'obbligo per il venditore e per il prestatore di servizi di somministrare talune informazioni in fase precontrattuale, sulla falsariga di quanto accade già per i contratti di multiproprietà e di viaggio, e ciò a prescindere dalle particolari modalità di conclusione del contratto, come nel caso dei contratti a distanza e dei contratti conclusi fuori dei locali commerciali per i quali sono richieste informazioni apposite”. Così MAZZAMUTO, *op. cit.*, 861 ss.

⁷⁸ Sul punto, si veda DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali*, in *Temi di Diritto Privato collana diretta da Guido Alpa*, Milano 2008; GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990; MARINELLI, *La tutela del contraente debole. Rimedi contrattuali*, in CASUCCI (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Napoli, 2007, pp. 288 e ss.

I contenuti informativi appaiono tuttavia più dettagliati, rispetto alle previsioni attualmente inserite nel codice del consumo, non solo per i contratti conclusi fuori dei locali commerciali, ove i contenuti informativi delineati dall’art. 44 cod. cons. appaiono del tutto scarni e ruotanti attorno al solo diritto di recesso, ma anche per i contratti a distanza⁷⁹.

Oltre ad una più ricca ed aggiornata batteria di informazioni, l’art. 6 della direttiva innova rispetto alla direttiva 97/7/CE in maniera significativa anche altri aspetti.

In primo luogo la direttiva 2011/83/UE, al fine di agevolare l’eventuale diritto di recesso e rendere più intellegibile la comunicazione delle informazioni al consumatore, prevede che le relative informazioni indicate alle lettere h), i) e j), possano essere fornite anche mediante “istruzioni” tipo, ossia attraverso una apposita modulistica, che la stessa direttiva si premura di riportare in allegato, di modo che il professionista va considerato adempiente ai corrispondenti obblighi informativi ove presenti dette “istruzioni” debitamente compilate.

In secondo luogo, viene esplicitato il principio, già contemplato nella disciplina in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, secondo cui incombe sul professionista l’onere probatorio relativo all’assolvimento degli obblighi informativi.

⁷⁹ Cfr. RUVOLO, *I contratti negoziati nei locali commerciali ed i contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in CARINGELLA – DE MARZO (a cura di), *I contratti dei consumatori*, Torino 2007, 173 e ss.

Vi è però da dire che il principio, perde in parte la sua rilevanza se si pensa che nulla si dispone in materia di invalidità del contratto per mancato assolvimento degli obblighi di informazione preliminari, già contemplati attualmente per i contratti a distanza con riguardo a quelli conclusi tramite comunicazioni telefoniche, in caso di omessa indicazione dall’inizio dello scopo commerciale della chiamata e della identità del professionista.

In terzo luogo, e l’innovazione qui appare davvero significativa, l’art. 6. paragrafo 5, della direttiva in commento statuisce che “Le informazioni di cui al paragrafo 1 formano parte integrante del contratto a distanza o del contratto negoziato fuori dei locali commerciali e non possono essere modificate se non con l’accordo espresso delle parti”. Si va affermando, pertanto, una contrattualizzazione delle informazioni preliminari, che ha aspetti sicuramente positivi, ma altri altrettanto discutibili.

E’ senza dubbio positiva la contrattualizzazione, ad esempio, delle informazioni relative alle modalità di pagamento e degli altri aspetti inerenti l’esecuzione del contratto, come le modalità di consegna e la ripartizione delle spese e dei costi aggiuntivi.

Il recepimento con valore di clausole contrattuali dei contenuti informativi di tale tenore ha un preciso significato giuridico, in quanto vale innanzitutto a sottrarre allo *ius variandi* del professionista i contenuti

esternati al consumatore e sul quale quest'ultimo ha espresso il consenso negoziale⁸⁰.

Poiché ogni variazione può comportare un aggravio per il consumatore, appare corretto che si richieda il suo espresso consenso, in difetto del quale, le variazioni non hanno effetto⁸¹.

Per rendere efficaci, dal punto di vista negoziale, le modifiche non basta dunque una mera comunicazione unilaterale dei contenuti informativi indicati all'art. 6, par. 1, direttiva 2011/83/UE da parte del professionista al consumatore che abbia concluso il contratto.

Ciò che non convince riguarda l'applicazione del principio a taluni contenuti informativi per i quali, non vi è ragione, forse di rimetterli alla determinazione concorde delle parti, giacché hanno riflesso non sull'esecuzione del contratto, ma sulla libertà di impresa del professionista. Si pensi, ad esempio, alla indicazione dell'indirizzo geografico del professionista, nonché alla indicazione dei recapiti da questi ultimi utilizzati. Chiaramente, ove venisse applicato il disposto di cui all'art. 6, paragrafo 5, della direttiva, nella parte in cui richiede l'espresso consenso del consumatore per rendere efficace una modifica delle informazioni

⁸⁰ Altra apprezzabile rilevanza giuridica di “contrattualizzazione” dei contenuti informativi concerne la possibilità, in line a di principio, di invocare il regime di responsabilità contrattuale in caso di inadempimento *ex art. 1460 c.c.*, etc).

⁸¹ Sul punto interviene anche il considerando n. 35 della direttiva 2011/83/UE cit., ove si rimarca che le “informazioni che il professionista deve fornire al consumatore dovrebbero essere obbligatorie e non dovrebbero essere modificate. Tuttavia, le parti contraenti dovrebbero poter concordare espressamente la modifica del contratto conseguentemente concluso, ad esempio le disposizioni per la consegna”.

preliminari recepite *ex lege* nel contratto, si priverebbe paradossalmente il professionista del diritto di variare la propria sede, anche ai fini contrattuali, ovvero il domicilio elettivo, con evidente frustrazione della libertà di impresa e quella di stabilimento, che hanno rilevanza costituzionale e copertura nel Trattato UE.

8.1. La conferma dell’obbligo di esplicitazione dello scopo commerciale.

Nel testo della direttiva 2011/83/UE viene confermato l’obbligo di esplicitazione dello scopo commerciale nelle comunicazioni, ovviamente di carattere commerciale, che si avvalgono dello strumento telefonico, senza però che siano precisate le conseguenze giuridiche in caso di violazione.

La disposizione è quella di cui all’art. 8, paragrafo 5, della citata direttiva, ai sensi del quale “(...) se il professionista telefona al consumatore al fine di concludere un contratto a distanza, all’inizio della conversazione con il consumatore egli deve rivedere la sua identità e, ove applicabile, l’identità della persona per conto della quale effettua la telefonata, nonché lo scopo commerciale della chiamata”.

Il legislatore europeo, per il caso di violazione di questa norma come delle altre contenute nella direttiva, ha preferito – in linea di principio e salvo alcune eccezioni – non adottare alcuna espressa sanzione, lasciando agli Stati membri in sede di attuazione la scelta delle misure necessarie ad

assicurare l'applicazione della disciplina indicata nella direttiva, purché le sanzioni introdotte siano effettive, proporzionate e dissuasive⁸².

La mancata armonizzazione delle sanzioni, però, rischia di compromettere l'armonizzazione massima a cui tende il testo comunitario, stante l'incidenza che i rimedi possono avere sulle vicende contrattuali e sulla stessa validità del contratto⁸³.

8.2. La mancata conferma del principio di buona fede e lealtà delle transazioni commerciali.

Non si rinviene, negli articoli del nuovo testo comunitario, il richiamo – previsto nell'art. 52, co. 2, cod. cons. – al principio di buona fede e correttezza nelle transazioni commerciali, da valutare alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili, a cui dovrebbe essere conformato il rilascio, in modo chiaro e comprensibile delle informazioni preliminari⁸⁴.

⁸² Con riferimento alla previsione dei rimedi, si veda, *infra*, paragrafo 8.3.

⁸³ Come si è già avuto modo di vedere, l'obbligo di indicare lo scopo commerciale e l'identità del professionista nelle comunicazioni telefoniche rivolte al consumatore risulta attualmente previsto, nel nostro ordinamento, dall'art. 52, co. 2, cod. cons., assistito dalla sanzione della nullità del contratto in caso di violazione, contemplata nel successivo comma. L'art. 52, co. 3, cod. cons., infatti, prevede che “in caso di comunicazioni telefoniche l'identità del professionista e lo scopo commerciale della telefonata devono essere dichiarati in modo inequivocabile all'inizio della conversazione con il consumatore, a pena di nullità del contratto”. Può accadere che tale sanzione, se mantenuta anche a seguito del recepimento della direttiva 2011/83/UE, non abbia una corrispondente previsione in tutti gli altri ordinamenti dei singoli Paesi membri.

⁸⁴ Sul principio di buona fede, si veda, MARINELLI, *La tutela del contraente debole. Rimedi contrattuali*, in CASUCCI (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Napoli, 2007, pp. 288 e ss.; VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999.

L’art. 6 , par. 1, della direttiva citata si limita a richiedere che le informazioni preliminari vengano fornite al consumatore “in maniera chiara e comprensibile”, ma non riprende il richiamo al principio di buona fede e lealtà nelle transazioni commerciali, né il riferimento alle esigenze di protezione dei consumatori particolarmente vulnerabili.

Una qualche traccia può essere tuttavia rinvenuta all’interno non dell’articolato normativo ma del considerando n. 34, per il quale “Prima che il consumatore assuma gli obblighi derivanti da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali, da un contratto diverso dalle due tipologie appena menzionate o da una corrispondente offerta, il professionista dovrebbe fornire al consumatore informazioni chiare e comprensibili (...)”, con la precisazione che “ (...) Nella fornitura di tali informazioni, il professionista dovrebbe tenere in considerazione le esigenze specifiche dei consumatori che sono particolarmente vulnerabili a motivo della loro infermità mentale, fisica o psicologica, della loro età o ingenuità , in un modo che il può ragionevolmente prevedere (...)”⁸⁵.

A tali previsioni – che estendono il concetto di vulnerabilità anche con riguardo alla “ingenuità” e alle “infermità fisiche”, ossia ben al di là dell’incidenza che sulla capacità di intendere e di volere hanno l’età o le infermità psichiche (“psicologiche”) – si aggiunge poi un correttivo, ove si prevede che “ (...) Tuttavia, la presa in considerazione di tali esigenze

⁸⁵ Cfr. considerando n. 34 della direttiva 2011/83/UE.

specifiche non dovrebbe condurre a discrepanza nei livelli di tutela dei consumatori”.

8.3. I rimedi in caso di inosservanza degli obblighi informativi.

La direttiva non affronta in maniera articolata e sistematica le conseguenze derivanti dal mancato assolvimento degli obblighi informativi⁸⁶.

Fanno eccezione i casi relativi al mancato assolvimento degli obblighi informativi concernenti il recesso, nonché l’indicazione di spese aggiuntive ed altri costi, inclusi quelli relativi alla restituzione dei beni; in conseguenza di tali omissioni la direttiva prevede, rispettivamente, un allungamento dello *spatium deliberandi* in favore del consumatore, nonché l’assenza dell’obbligazione pecuniaria per le predette spese ed i predetti costi⁸⁷.

Le altre sanzioni non sono espressamente previste dal citato provvedimento comunitario, ma sono demandate all’iniziativa ed alla sensibilità dei singoli Stati membri, in sede di attuazione.

Non è escluso che tra i rimedi espressi dalla normativa di recepimento venga prevista la comminatoria di una sanzione pecuniaria, conformemente a quanto già previsto dall’art. 62 cod. cons..

⁸⁶ MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, op. cit., 861 ss.

⁸⁷ TORIELLO, *I Contratti di vendita stipulati dai consumatori. Recenti sviluppi*, in *Il Diritto Privato dell’Unione europea*, a cura di Tizzano, Torino, 2000.

Meno facile da prevedere sono le sanzioni direttamente incidenti sulla validità del contratto, sulla scorta di quanto attualmente previsto per il difetto di immediata comunicazione della identità del professionista e dello scopo commerciale della comunicazione nel caso in cui l’interazione con il consumatore si basi sull’uso del canale telefonico, come ora prevede nel nostro ordinamento l’art. 52, co. 3, cod. cons..

La serietà delle conseguenze sanzionatorie sono però ora corroborate dall’introduzione del principio, delineato all’art. 6, par. 9, direttiva 2011/83/UE, secondo cui l’”onere della prova relativo all’adempimento degli obblighi di informazione (...) incombe sul professionista”.

Proprio con riguardo alla operatività dei rimedi, pare innovativa la statuizione secondo cui le informazioni rese dal professionista in ossequio agli obblighi informativi di cui all’art. 6, par. 1, della direttiva in questione debbano considerarsi parte integrante del contratto a distanza o del contratto negoziato fuori dei locali commerciali e sono quindi immodificabili, senza l’accordo espresso di entrambe le parti contraenti⁸⁸.

La “contrattualizzazione” delle informazioni preliminari, tuttavia, parrebbe destinata ad avere un duplice ordine di effetti, potendo rilevare: a) in caso di mancata ottemperanza al dovere di informazione che grava sul professionista ex art. 6, par. 1, direttiva 2011/83/UE, giacché per tali ipotesi (stante il tenore dell’art. 6, par. 1, direttiva 2011/83/UE, giacché per tali

⁸⁸ Cfr. i contenuti del già richiamato art. 6, par. 5, direttiva 2011/83/UE.

ipotesi (stante il tenore dell’art. 6, par. 5, direttiva cit.) potrebbe uscirne rafforzata la tesi secondo cui la violazione integra un’omissione di elementi da ritenersi essenziali nella struttura del contratto a distanza, considerati obbligatori ed indefettibili *ex lege* per esigenza di tutela dei consumatori, con conseguente possibilità di considerare l’omissione come una ipotesi di nullità “virtuale “ del contratto; b) in caso di violazione di contenuti informativi che siano stati, invece, effettivamente resi dal professionista al consumatore, in ossequio al dettato normativo di cui all’art. 6, par. 1, della direttiva; si pensi, ad esempio, alla ipotesi di violazione, da parte del professionista, delle modalità di consegna indicate nelle informazioni preliminari, le quali, in quanto contrattualizzate *ex lege* in forza dell’art. 6, paragrafo 5, della direttiva e rese immodificabili senza un accordo delle parti, produrrebbero l’effetto di rendere configurabile una ipotesi di inadempimento contrattuale, nei confronti del quale sarebbe esperibile sia il rimedio risarcitorio, sia eventualmente la risoluzione del contratto, ove sussistano i presupposti indicati dall’art. 1455 c.c.

Rimane pertanto aperta la discussione sulla scelta dei rimedi esperibili in caso di inottemperanza del professionista agli obblighi informativi, che ovviamente pregiudica a monte ogni possibilità di una loro “contrattualizzazione”.

Nell’analizzare le soluzioni suggerite in dottrina ed esperite innanzi alle corti italiane, si rileva come un primo indirizzo faccia “leva sulla

collocazione logico – temporale degli obblighi di informazione e sulla scansione procedimentale impressa alla fase di conclusione del contratto e, pertanto, colloca tali obblighi nella fase delle trattative, ricollegandoli alla disciplina prevista dal codice civile per la trattativa ordinaria e, quindi, all’ambito di applicazione dell’art. 1337 c.c.

Un secondo indirizzo punta sul loro carattere inderogabile, connesso alla funzione di protezione del consumatore voluta dal legislatore, e ritiene, quindi, che la loro violazione determini la nullità relativa del contratto successivamente concluso.

Un terzo indirizzo si mostra propenso a collocarli nella fase della formazione della volontà del consumatore – contraente e, quindi, propone che il consumatore non adeguatamente informato venga considerato in errore e possa chiedere l’applicazione del rimedio previsto in via generale per i vizi della volontà ossia l’annullamento del contratto⁸⁹.

In aggiunta ai suddetti indirizzi, deve segnalarsene un altro, il prevalente, che ricorre a tutt’altro rimedio “poiché gli obblighi legali d’informazione costituiscono delle regole di condotta destinate ad orientare il contegno del professionista nel corso del rapporto, la loro violazione deve essere qualificata come inadempimento ossia come vicenda autenticamente

⁸⁹ MAZZAMUTO, *op. cit.*, 861 ss.

propria del rapporto contrattuale, sicché la sanzione più adeguata è la risoluzione del contratto”⁹⁰.

Infine, si colloca il rimedio del recesso, che incontra tuttavia alcuni limiti – giacché lo stesso da un lato non è sempre esperibile, stante le ipotesi di esclusione previste anche nella nuova direttiva 2011/83/UE all’interno del suo art. 16, e dall’altro lato non sempre può essere ritenuto uno “strumento proficuo per il consumatore giacché comporta la rinuncia ai vantaggi connessi all’operazione contrattuale”⁹¹.

8.4. L’esercizio del diritto di recesso: termini, modalità e decorrenza.

I diritti del consumatore al ricevimento delle informazioni preliminari, ex art. 52 cod. cons., e alla documentazione delle stesse e del contratto (clausole e condizioni generali), ex art. 53 cod. cons., si pongono in funzione del pieno esercizio della libertà negoziale del consumatore, sia nella fase decisionale in ordine alle instaurazione del vincolo contrattuale, sia nella successiva eventuale fase decisionale avente ad oggetto la

⁹⁰ Cfr, ancora una volta, MAZZAMUTO, *op. cit.*, 861 ss., il quale, nel ripercorrere tale indirizzo, ricorda che il consumatore sarà posto di fronte all’alternativa, potendo egli chiedere per un verso “la risoluzione del contratto ed il connesso risarcimento del danno, ma sarà tenuto alla restituzione di quanto abbia eventualmente ricevuto da controparte in esecuzione del contratto”, oppure, per altro verso, “il solo risarcimento del danno, trattenendo quindi le prestazioni già eseguite, il cui valore verrà defalcato nella commisurazione del risarcimento all’interesse positivo”.

⁹¹ Così MAZZAMUTO, *op. cit.*, 861 ss., il quale riflette sul fatto che “il risarcimento del danno appare conveniente per lo meno sotto il profilo della conservazione di tali vantaggi e della loro comunicazione con il risultato dell’azione risarcitoria”, così come è dato rinvenire anche nella casistica giurisprudenziale, se si pensa che “il risarcimento del danno è stato reputato dalla Corte di Cassazione la soluzione più conveniente, ad esempio, per il consumatore – risparmiatore nel caso di violazione degli obblighi stabiliti dalla disciplina degli investimenti prevista dal regolamento della Consob (Cass. 29 settembre 2005 n. 19024).

Profili comparatistici tra la disciplina sui “contratti a distanza” e sui “contratti conclusi fuori dei locali commerciali” nel Codice del consumo e nella Direttiva 2011/83/UE.

permanenza del predetto vincolo, che può essere unilateralmente ritrattato dal consumatore mediante l’esercizio del diritto di recesso *ad nutum*.

Senza entrare nel merito della qualificazione giuridica dello *ius poenitendi*⁹², il legislatore accorda al consumatore, sia con riferimento ai contratti che con riguardo alle proposte contrattuali, il “diritto di recedere senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo, entro il termine di dieci giorni lavorativi (...)”⁹³, allorché siano stati tempestivamente soddisfatti dal professionista tutti gli obblighi informativi relativi alla applicabilità o meno del *ius poenitendi* alla fattispecie concreta, nonché alle modalità e ai tempi di restituzione o ritiro dei beni in caso di esercizio del recesso medesimo⁹⁴.

Si noti come la norma in questione è applicabile tanto ai contratti a distanza, quanto ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali e ciò per la lungimirante scelta del nostro legislatore di procedere ad un coordinamento sistematico della disciplina del recesso nei contratti connotati da speciali tecniche di conclusione, preludio e modello delle successive scelte comunitarie, approdate poi nel testo della direttiva 2011/83/UE.

⁹² Per una ricostruzione del dibattito dottrinale sulla qualificazione giuridica del diritto di recesso si veda, *amplius*, Zorzi Galgano, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Milano 2012, 443, la quale ripercorrendo le diverse posizioni registratesi in dottrina, avverte che il “dibattito sulla natura giuridica sul cd. recesso di protezione è sempre risultato molto variegato e la molteplicità di posizioni espresse è anche il riflesso della diversa connotazione del diritto di recesso attribuito al consumatore in relazione alle diverse eterogenee discipline, anche di carattere settoriale, succedutesi nel tempo ed oggi in parte confluite nel Codice del Consumo, ma in parte riallocate all’esterno di esse rimaste così in un’ottica di discipline speciale rispetto al comune rapporto di consumo”.

⁹³ Cfr. art. 64, co. 1, cod. cons.

⁹⁴ Cfr. art. 64, co. 1, cod. cons., nel suo combinato disposto con l’art. 52, co. 3, lett. f) e g), cod. cons.

E' opportuno rappresentare che, lo schema di decreto legislativo (n. 59) del 3 dicembre 2013 provvede a recepire la direttiva in commento all'interno dell'ordinamento italiano, in virtù di espressa delega legislativa, sancita all'art. 1, commi 1 e 3, della Legge di delegazione europea 2013, n. 96 del 6 agosto 2013 (in G.U. n. 194 del 20 agosto 2013) e secondo i criteri di delega generali contenuti agli articoli 31 e 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, recante norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione ed all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea.

Detto schema di decreto legislativo ha introdotto significative novità in materia di esercizio del diritto di recesso.

Ed invero, sulla base del suddetto schema di decreto legislativo, in corrispondenza del corretto adempimento degli obblighi informativi e di documentazione da parte del professionista, lo *spatium deliberandi* per esercitare il diritto di recesso da parte del consumatore è portato a quattordici giorni (in luogo dei dieci giorni lavorativi) e si connota, essenzialmente, sia per l'assenza dell'obbligo di esternazione dei motivi a giustificazione del recesso, sia per l'assenza di qualsivoglia penalità.

La *ratio* dell'istituto è ovviamente quella di salvaguardare la libertà negoziale al consumatore, consentendogli di sottrarsi dal vincolo di un contratto che, per le particolari modalità e tecniche di conclusione, non era in grado di valutare adeguatamente, sia in ragione del *gap* informativo e

soprattutto precettivo a carico del consumatore nei contratti a distanza, sia in ragione dell’eventuale pressione psicologica che questi dovesse eventualmente subire in relazione a tecniche di comunicazione a distanza che, come il telefono, possono sortire un effetto analogo a quello al quale è esposto il consumatore nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali.

Vi è poi un’ulteriore *ratio*, che è da individuarsi nel tentativo di restituire, in capo ai consumatori, il senso di fiducia nelle operazioni transfrontaliere, dato che la consapevolezza in ordine alla possibilità di esercitare il diritto di pentimento dovrebbe far vincere le naturali resistenze dovute alle incognite delle operazioni transnazionali⁹⁵.

Il *dies a quo* per il computo dello *spatium deliberandi* utile all’esercizio del diritto di recesso è calcolato in maniera differente a seconda delle tecniche di conclusione del contratto utilizzate dal professionista, nonché dell’oggetto del contratto (beni o servizi).

⁹⁵ Sul punto di veda, particolare, Macario Patti, *Il recesso del consumatore*, in Tosi (a cura di), *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico*, Milano, 2012, I, 244, i quali dopo aver rimarcato le principali *rationes* sottese al diritto di recesso nella disciplina in materia di contratti a distanza, aggiungono che il *ius poenitendi* attribuito al consumatore “persegue, inoltre, l’obiettivo di ridurre le barriere che spingono i consumatori a desistere dal concludere i contratti transfrontalieri. Infatti, i problemi che si incontrano abitualmente nelle contrattazioni a distanza, si prestano in modo ancor più accentuato al livello sovranazionale, frequentemente, a causa delle difficoltà derivanti dalla scarsa conoscenza della lingua adoperata dal professionista. Dal punto di vista delle Istituzioni europee, il recesso e gli obblighi informativi posti in capo ai professionisti assumono quindi un ruolo strategico per l’attuazione di un mercato unico digitale del commercio elettronico”. Vi è poi da riflettere sul fatto che, oltre alle barriere date dalle differenze linguistiche, vi sono quelle che discendono dal rischio di asimmetrie normative, per via delle possibili differenze negli ordinamenti interni di ciascuno Stato membro, introdotte in sede di recepimento delle direttive comunitarie, nonché le incognite, legate alla sopportazione dei costi di gestione dei rischi di controversia, che sarebbero difficili da stimare ove il contenzioso assumesse una dimensione internazionale.

Per ciò che attiene ai contratti a distanza, l’art. 65, co. 2, lett. a) e b), con. cons. stabilisce che il termine breve per l’esercizio del diritto di recesso decorre, rispettivamente, “per i beni dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore ove siano stati soddisfatti gli obblighi di informazione di cui all’art. 52 o dal giorno in cui questi ultimi sia stati soddisfatti, qualora ciò avvenga dopo la conclusione del contratto purché non oltre il termine di tre mesi dalla conclusione stessa”, mentre “per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto o dl giorno in cui siano stati soddisfatti gli obblighi di informazione di cui all’art. 52, qualora ciò avvenga dopo la conclusione del contratto purché non oltre il termine di tre mesi dalla conclusione stessa”.

Accanto al termine breve di dieci giorni (*rectius*, quattordici), il legislatore ha previsto, all’art. 53 cod. cons. (come sostituito dallo schema del suddetto decreto legislativo), un termine lungo di un anno e quattordici giorni (in luogo dei novanta giorni per i contratti a distanza e dei sessanta giorni per i contratti conclusi fuori dei locali commerciali) entro cui recedere dal contratto a distanza ove le informazioni non siano state fornite dal professionista o siano state fornite in maniera incompleta o errata. Tale termine “decorre, per i beni, dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore, per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto”.

La legge regola anche gli effetti del recesso. L’art. 66 cod. cons. fissa il principio in forza del quale “con la ricezione da parte del

professionista della comunicazione di cui all'articolo 64, le parti sono sciolte dalle rispettive obbligazioni derivanti dal contratto o dalla proposta contrattuale (...).”.

Si ha dunque lo scioglimento delle parti dal vincolo contrattuale e l'avvento di obbligazioni *ex lege*, finalizzate a gestire i rapporti sorti a seguito della esecuzione delle prestazioni, e concernenti: a) la restituzione, a cura del consumatore, dei beni eventualmente consegnatigli da parte del professionista in esecuzione del contratto; b) la restituzione, a carico del professionista, delle somme eventualmente versategli dal consumatore; c) la ripartizione delle spese sostenute dalle parti nella fase di iniziale esecuzione del contratto e di quelle connesse alle agli adempimenti correlati all'esercizio del diritto di recesso.

Ai sensi dell'art. 67 cod. cons., il consumatore, nel caso in cui abbia ricevuto in consegna un bene, è obbligato a restituirlo e a metterlo a disposizione del professionista o della persona da questi designata, secondo le modalità ed i tempi previsti dal contratto, tenendo però conto che l'obbligazione redibitoria va assolta comunque entro un termine che non può essere inferiore a dieci giorni lavorativi decorrenti dalla data di ricevimento del bene e che, ai “fini della scadenza del termine, la merce si

intende restituita nel momento in cui viene consegnata all'ufficio postale accettante o allo spedizioniere”⁹⁶.

Al fine di non pregiudicare oltre misura il professionista, il legislatore opera un bilanciamento degli interessi in gioco alla luce di prevedibili ipotesi di danneggiamento o deterioramento del bene da restituire.

L'art. 67, co. 2, cod. cons. prevede infatti che, per i contratti aventi ad oggetto la vendita di beni a cui sia seguita la consegna degli stessi al consumatore, “la sostanziale integrità del bene da restituire è condizione essenziale per l'esercizio del diritto di recesso”, ma è da ritenersi “comunque sufficiente che il bene sia restituito in normale stato di conservazione, in quanto sia stato custodito ed eventualmente adoperato con l'uso della normale diligenza”.

Il recesso, infatti, può essere esercitato anche là dove il bene inizialmente acquistato sia stato adoperato e, in relazione a tale uso, sorge il problema interpretativo se il professionista possa eventualmente avanzare pretese economiche, a titolo di corrispettivo.

Il tema è stato oggetto di pronuncia da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, la quale, con sentenza del 3 settembre 2009, resa nella causa C-489/2007, *Pia Messner c. Firma Stefan Kruger*, ha affermato il principio secondo cui “l'art. 6, nn. 1, secondo periodo, e 2, della direttiva

⁹⁶ Cfr. art. 67, co. 1, cod. cons.

(...) 97/7/CE, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale la quale preveda in modo generico che il venditore possa chiedere al consumatore una indennità per l'uso di un bene acquistato tramite un contratto a distanza nel caso in cui quest'ultimo abbia esercitato il suo diritto di recesso entro i termini. Tuttavia, questo stesso articolo non osta a che venga imposto al consumatore il pagamento di una indennità per l'uso di tale bene nel caso in cui egli abbia fatto uso del detto bene in un modo incompatibile con i principi del diritto civile, quali la buona fede o l'arricchimento senza giusta causa, a condizione che non venga pregiudicato il fine della detta direttiva e, in particolare, l'efficacia e l'effettività del diritto di recesso, cosa che spetta al giudice nazionale determinare”.

Come affermato in dottrina, il rischio è quello di “privare di effettività l'esercizio del diritto di recesso, con l'effetto di rendere la previsione normativa puramente formale, costituendo la minaccia del versamento di una indennità un potenziale deterrente tutt'altro che trascurabile per il consumatore che intenda avvalersi dello ius poenitendi, specie nei casi di acquisti di scarsa entità economica”⁹⁷.

⁹⁷ PUPPO, *Contratti a distanza e recesso nella giurisprudenza comunitaria*, in *Contratti*, 2010, 4, 355 ss. Si veda anche, a commento della medesima sentenza, COGNOLATO, *Contratti del consumatore e “diritto delle restituzioni” (secondo la Corte di Giustizia CE)*, in *Obbligazioni e contratti*, 2011, 1, 26 ss., il quale ricorda che “Secondo la Corte Comunitaria, il diritto di recesso, riconosciuto al consumatore che stipula con il professionista contratti a distanza (ai sensi della dir. 97/7/CE), presenta caratteri di gratuità tali da escludere la compatibilità (con le norme

Specularmente all’obbligazione, a carico del consumatore, avente ad oggetto la restituzione della merce consegnata, il legislatore ha previsto una corrispondente obbligazione, a carico del professionista, di rimborsare le somme che questi abbia eventualmente ricevuto dal consumatore medesimo in forza del contratto.

Ed invero, ove vi sia stato il rituale e tempestivo esercizio del diritto di recesso, “il professionista è tenuto al rimborso delle somme versate dal consumatore, ivi comprese le somme versate a titolo di caparra (...)”, avendo l’obbligo di eseguire il predetto rimborso “(...) gratuitamente, nel minor tempo possibile e in ogni caso entro trenta giorni dalla data in cui il professionista è venuto a conoscenza dell’esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore (...)”.

Il concetto di gratuità del rimborso è bilanciato dal regime delle spese, in riferimento alle quali l’art. 67, co. 2, cod. cons. stabilisce che, ove sia espressamente previsto dal contratto, “le sole spese dovute dal consumatore per l’esercizio del diritto di recesso (...) sono le spese dirette di restituzione del bene al mittente”.

comunitarie) di disposizioni nazionali che riconoscano “in modo generico”, in capo al professionista, il diritto di trattenere o chiedere, a seguito del suo esercizio, somme a titolo di indennità per l’uso medio tempore del bene oggetto del contratto. Una diversa conclusione – viene osservato – minerebbe l’efficacia ed effettività di tale rimedio, poiché il consumatore (al quale dovessero venissero addossati sacrifici patrimoniali connessi ad un suo pur “fisiologico” esercizio) sarebbe nella maggior parte dei casi scoraggiato dal ricorrervi, con evidente frustrazione dell’intento primario della direttiva in materia di contratti a distanza (...) di garantirgli uno spazio di ponderazione “libero” e che non sia relegato al rango di tutela meramente formale) rispetto al bene o servizio oggetto del contratto”.

La norma *de qua* esclude che al consumatore possano essere addebitate anche le spese di consegna del bene sostenute nella fase di iniziale esecuzione dell'obbligazione contrattuale, prima dell'esercizio del diritto di recesso. Infatti, come bene chiarito anche dalla Giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE con sentenza del 15 aprile 2010, causa C-511/2008, “l'art. 6, nn. 1, primo comma, seconda frase, e 2, della direttiva (...) 97/7/CE, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, deve essere interpretata nel senso che esso osta ad una normativa nazionale che consente al fornitore, nell'ambito di un contratto concluso a distanza, di addebitare le spese di consegna al consumatore qualora questi eserciti il suo diritto di recesso”. La *ratio* è pur sempre quella di salvaguardare il libero esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore, evitando che possano operare dei condizionamenti aventi effetti sostanzialmente dissuasivi.

In altre parole, il professionista non può escludere dal diritto del consumatore al rimborso delle somme versate, quelle relative alle spese di spedizione del bene, che, in caso di recesso, rimangono a carico del professionista. Restano invece a carico del consumatore le spese di restituzione della merce a seguito dell'esercizio del diritto di recesso,

qualora di ciò sia stata adeguata informazione e vi sia una corrispondente previsione contrattuale⁹⁸.

Per quanto, invece, concerne l'esercizio del diritto di recesso, lo schema di decreto legislativo in commento, a differenza del regime previgente, introduce (in allegato), in conformità alle disposizioni della direttiva, un modello – tipo armonizzato di recesso, attraverso cui poter esercitare lo *ius poenitendi*. Ciò, al fine di semplificare le modalità di esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore, ma soprattutto al fine di ridurre i costi del professionista che vende a livello transfrontaliero.

⁹⁸ Sul punto, cfr. BRAVO, *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE – Verso un codice europeo del consumo*, Milano, 2013, 224.

CAPITOLO III

La disciplina del “commercio elettronico” alla luce della direttiva 2011/83/UE.

Sommario:

9. I contenuti digitali ed il diritto dell’Unione europea. 10. La proposta di regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita. 11. Il commercio in rete dei contenuti digitali nella direttiva sui diritti dei consumatori. 11.1. Gli obblighi di informazione nel commercio in rete di contenuti digitali. 11.2. Il diritto di recesso nel commercio in rete di contenuti digitali. 11.3. Le conseguenze della violazione degli obblighi informativi nel commercio elettronico. 12. L’art. 8, § 2, direttiva 2011/83/UE e la non vincolatività per il consumatore del contratto o dell’ordine. 12.1. Il recepimento della c.d. “Button solution” nel sistema tedesco. 13. Le conseguenze della “non vincolatività” per il consumatore del contratto e dell’ordine: le forniture non richieste. 14. Obblighi di informazione, Internet cost traps e pratiche commerciali scorrette.

9. I contenuti digitali ed il diritto dell’Unione europea.

Come abbiamo avuto di rappresentare sinora, rispetto ai testi che sostituisce, la direttiva 2011/83/UE presenta numerosi ed importanti aspetti innovativi.

In particolare, essa detta la disciplina non solo degli obblighi di informazione precontrattuale a carico dei professionisti che propongono ai consumatori di concludere contratti «a distanza» o «fuori dei locali commerciali» (artt. 6-8), ma anche quella degli obblighi di informazione precontrattuale a carico dei professionisti che propongono ai consumatori di

La disciplina del “commercio elettronico” alla luce della direttiva 2011/83/UE.

concludere contratti non qualificabili né come conclusi «a distanza», né come stipulati «fuori dei locali commerciali» (art.5).

Come già analizzato compiutamente nel corso della presente trattazione, la nuova direttiva contiene poi una disciplina che presenta profonde modifiche ed importanti novità riguardo al diritto di recesso spettante al consumatore che concluda contratti a distanza e fuori dei locali commerciali (artt. 9-16)⁹⁹.

Una tra le novità più rilevanti è senz'altro rappresentata dalla inclusione di disposizioni sul trattamento dei contenuti digitali, che vengono di regola fatti oggetto di contratti a distanza¹⁰⁰.

L'art. 2, n. 11 della direttiva sui diritti dei consumatori definisce il “contenuto digitale” come “i dati prodotti e forniti in formato digitale”.

La formula ricomprende tutti i programmi per computer, i giochi, i *files* di testo, di musica e le dichiarazioni pubblicitarie che in ambito

⁹⁹ Una tra le novità più rilevanti è senz'altro rappresentata dall'inclusione di disposizioni sul trattamento dei contenuti digitali, che vengono di regola fatti oggetto di contratti a distanza.

¹⁰⁰L'art. 2, n. 11 della direttiva sui diritti dei consumatori definisce il «contenuto digitale» come «i dati prodotti e forniti in formato digitale». La formula ricomprende tutti i programmi per computer, i giochi, i *files* di testo, di musica e le dichiarazioni pubblicitarie che in ambito europeo, tramite internet, vengono offerti emessi in commercio in formato digitale. Contrariamente al carattere di armonizzazione minima proprio dei testi delle direttive che sostituisce, la nuova direttiva sui diritti dei consumatori persegue, ai sensi del suo art. 4, l'armonizzazione completa del trattamento di queste materie nell'UE, dal momento che agli Stati membri viene vietato di mantenere (o introdurre) disposizioni più o meno stringenti per la tutela dei consumatori. La standardizzazione di tali negozi nell'UE dovrebbe infatti garantire, in coerenza con il combinato disposto degli artt. 169 e 114 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, il raggiungimento di un elevato livello di tutela del consumatore, nonché contribuire a migliorare la competitività delle imprese nel mercato comune. 3. Uno scopo analogo a quello della direttiva 2011/83/UE viene perseguito dalla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita, presentata dalla Commissione europea il 13 ottobre 2011.

La disciplina del “commercio elettronico” alla luce della direttiva 2011/83/UE.

europeo, tramite *internet* vengono offerti emessi in commercio in formato digitale.

Contrariamente al carattere di armonizzazione minima proprio dei testi delle direttive che sostituisce, la nuova direttiva sui diritti dei consumatori persegue, ai sensi del suo art. 4, l’armonizzazione completa del trattamento di queste materie nell’UE, dal momento che agli Stati membri viene vietato di mantenere (o introdurre) disposizioni più o meno stringenti per la tutela dei consumatori.

La standardizzazione di tali negozi nell’UE dovrebbe infatti garantire, in coerenza con il combinato disposto degli artt. 169 e 114 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, il raggiungimento di un elevato livello di tutela del consumatore, nonché contribuire a migliorare la competitività delle imprese nel mercato comune.

10. La proposta di regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita.

Uno scopo analogo a quello della direttiva 2011/83/UE viene perseguito dalla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita, presentata dalla Commissione europea il 13 ottobre 2011¹⁰¹.

¹⁰¹ La proposta reca disposizioni speciali anche per l’inquadramento della «fornitura di contenuti digitali» nell’ambito della disciplina del contratto di compravendita. Tuttavia, ai sensi dell’art. 3 della menzionata proposta, una volta entrato in vigore tale regolamento potrà trovare applicazione ai contratti transfrontalieri solamente in via opzionale. Il «contenuto digitale» viene definito nell’art. 2, lett. j) della proposta di regolamento come: «i dati prodotti e forniti in formato digitale,

La disciplina del “commercio elettronico” alla luce della direttiva 2011/83/UE.

La proposta reca disposizioni speciali anche per l’inquadramento della “fornitura di contenuti digitali” nell’ambito della disciplina del contratto di compravendita.

Tuttavia, ai sensi dell’art. 3 della menzionata proposta, una volta entrato in vigore tale regolamento potrà trovare applicazione ai contratti transfrontalieri solamente in via opzionale.

Il “contenuto digitale” viene definito nell’art. 2, lett. j) della proposta di regolamento come: «i dati prodotti e forniti in formato digitale, secondo o meno le indicazioni del consumatore, inclusi le registrazioni *ausoftware* e il contenuto digitale che permette di personalizzare l’hardware o il software esistente, ed esclusi...».

Siffatti contenuti digitali vengono, ai sensi dell’art. 5 della proposta di regolamento, fondamentalmente equiparati ad ogni altro bene suscettibile di costituire oggetto del contratto di compravendita, affinché essi possano in tal modo essere considerati come beni idonei a circolare e come oggetto di diritti nel commercio transfrontaliero tra gli Stati membri dell’UE.

Riguardo al commercio in rete (che rappresenta sempre un contratto a distanza, su cui v. la parte II, artt.13 ss. della proposta), sono state

secondo o meno le indicazioni del consumatore, inclusi le registrazioni *ausoftware* e il contenuto digitale che permette di personalizzare l’Hardware o il software esistente, ed esclusi ...». Siffatti contenuti digitali vengono, ai sensi dell’art. 5 della proposta di regolamento, fondamentalmente equiparati ad ogni altro bene suscettibile di costituire oggetto del contratto di compravendita, affinché essi possano in tal modo essere considerati come beni idonei a circolare e come oggetto di diritti nel commercio transfrontaliero tra gli Stati membri dell’UE. Riguardo al commercio in rete(che rappresenta sempre un contratto a distanza, su cui v. la parte II, artt.13ss. della proposta), sono state proposte norme speciali per tutti i contratti a distanza «conclusi con mezzi elettronici» (v. artt. 24, 25 prop. reg.vendita)

proposte norme speciali per tutti i contratti a distanza “conclusi con mezzi elettronici” (v. artt. 24, 25 proposta sul regolamento di vendita)¹⁰², che negli intenti delle istituzioni europee dovranno essere idonee a garantire una specifica tutela del consumatore per siffatti contratti internazionali, imponendo, ad esempio, obblighi di informazione ulteriore a carico del professionista oppure obblighi di fornire espressamente indicazioni in merito alla circostanza che da un determinato ordine scaturirà un obbligo di pagamento (c.d. *Button solution* contro i c.dd. *Internet cost traps*).

Il regolamento sul diritto comune europeo della vendita dovrebbe essere emanato in tempi brevi e la sua entrata in vigore sancirebbe la nascita di una nuova disciplina opzionale del diritto europeo della compravendita, idonea a garantire un livello di tutela particolarmente elevato (con la previsione, ad es., anche di un’ipotesi di responsabilità oggettiva nel caso di vizi materiali ai sensi dell’art. 159, n. 1, proposta di regolamento sulla vendita) ed un conseguente ulteriore ampliamento dell’ambito di tutela già assicurato dalla direttiva sui diritti dei consumatori.

¹⁰² Norme che negli intenti delle istituzioni europee dovranno essere idonee a garantire una specifica tutela del consumatore per siffatti contratti internazionali, imponendo, ad esempio, obblighi di informazione ulteriore a carico del professionista oppure obblighi di fornire espressamente indicazioni in merito alla circostanza che da un determinato ordine scaturirà un obbligo di pagamento (c.d. *Button solution* contro i c.dd. *Internet cost traps*). Il regolamento sul diritto comune europeo della vendita dovrebbe essere emanato in tempi brevi e la sua entrata in vigore sancirebbe la nascita di una nuova disciplina opzionale del diritto europeo della compravendita, idonea a garantire un livello di tutela particolarmente elevato (con la previsione, ad es., anche di un’ipotesi di responsabilità oggettiva nel caso di vizi materiali ai sensi dell’art. 159, n. 1, prop. reg.) e un conseguente ulteriore ampliamento dell’ambito di tutela già assicurato dalla direttiva sui diritti dei consumatori.

11. Il commercio in rete dei contenuti digitali nella direttiva sui diritti dei consumatori.

Come già evidenziato nel corso della trattazione, la nuova direttiva sui diritti dei consumatori mira a favorire il commercio transfrontaliero all'interno dell'Unione europea mediante la tendenziale eliminazione della frammentazione delle discipline legislative grazie all'introduzione di disposizioni inderogabili (di c.d. «armonizzazione completa») e di alcuni elementi standardizzati (un modello per l'informativa sul diritto di recesso e un modello per il formulario da utilizzare per l'esercizio del diritto di recesso).

Ogni contratto che abbia ad oggetto contenuti digitali, dati prodotti o forniti in via digitale viene perciò trattato come un «contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali» ai sensi dell'art. 6, dir. 2011/83/UE, e, conseguentemente, viene sottoposto ad una disciplina che prevede specifiche disposizioni a tutela del consumatore: ampi obblighi di informazione a carico del professionista, particolari requisiti di forma (art. 8, dir.2011/83/UE) e uno *ius poenitendi* accordato al consumatore (art. 9 dir.2011/83/UE), con le relative eccezioni per il caso della fornitura di contenuto digitale mediante un supporto non materiale (art. 16, lett. m della medesima direttiva).

11.1. Gli obblighi di informazione nel commercio in rete di contenuti digitali.

Innanzitutto, ai sensi dell’art. 6, dir. 2011/83/UE, ogni professionista che offra i suoi prodotti o servizi online è gravato di specifici obblighi di informazione che debbono essere adempiuti prima della conclusione del contratto¹⁰³.

Ciò esclude la possibilità per la parte professionale di nascondersi nell’anonimato e nell’impersonalità di internet, innalza il livello di trasparenza del mercato, favorisce la concorrenza tra imprese e riduce i costi di transazione in occasione della conclusione di contratti transfrontalieri¹⁰⁴.

Prima della conclusione di un contratto avente ad oggetto contenuti digitali, il professionista deve dunque informare il consumatore “in maniera chiara e comprensibile” (cfr. art. 6, lett. a - t, dir. 2011/83/UE)¹⁰⁵, ad esempio sulle caratteristiche principali dei beni o servizi, incluse le funzionalità del contenuto digitale, comprese le misure di protezione

¹⁰³ Cfr. in proposito l’art. 2, par. 4, della direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato in-terno, l’art. 3, § 1, della direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari a consumatori, l’art. 5 della direttiva 2008/48/CE sui contratti di credito ai consumatori e l’art. 4 della direttiva 2008/122/CE sui contratti di multiproprietà, norme che tutte pongono a carico del professionista l’obbligo di fornire al consumatore le dovute informazioni pre-contrattuali «in tempo utile» prima della conclusione del contratto o della formulazione dell’offerta. Cfr., in relazione alla proposta di direttiva sui diritti dei consumatori, *M. Schmidt-Kessel, Zur Kollision von Informationspflichten aus EU-Richtlinien im Blick auf die Entwurfzur Verbraucherrechtlichlinie*, in *Zeitschr Gemeinschaftsprivatrecht*, 2011, p. 79 ss.

¹⁰⁴ Ciò anche nell’interesse degli imprenditori concorrenti, dal momento che in tal modo anche questi possono normalmente accedere a siffatte informazioni.

¹⁰⁵ Questo appare un implicito richiamo al precetto dell’art. 5, dir. 93/13/CEE, ove si prescrive che «nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono essere sempre redatte in modo chiaro e comprensibile».

tecnica applicate¹⁰⁶, così come – in quanto siano rilevanti – fornire informazioni sulla interoperabilità del contenuto digitale con l’*hardware* e il *software*, di cui il professionista sia a conoscenza o di cui ci si possa ragionevolmente attendere che sia venuto a conoscenza (cfr. art. 6 lett. r) e s), dir. 2011/83/UE)¹⁰⁷, sull’identità del professionista e sull’indirizzo geografico della sua sede, sulle modalità di pagamento, consegna ed esecuzione, inclusa la data entro cui il professionista si impegna a consegnare i beni o a prestare i servizi, sulla sussistenza di una garanzia legalmente prevista, sulla possibilità di servirsi di un meccanismo extra-giudiziale di reclamo e ricorso, nonché, nel caso in cui al consumatore

¹⁰⁶Cfr. in proposito, ad es., i §§ 95a ss. *Urheberrechtsgesetz* (la legge tedesca sul diritto d’autore, di seguito: UrhG); particolare interesse ai nostri fini desta la disposizione del § 95a, comma2, UrhG («*Schutz technischer Maßnahmen*»: ad es., la filigrana digitale), che definisce il concetto di «*technische Maßnahme*»: «*Technische Maßnahmen* nel senso di cui alla presente legge sono le tecnologie, i dispositivi e i componenti che vengono normalmente utilizzati per impedire o limitare comportamenti non autorizzati dal titolare del diritto e che riguardino opere protette o altri beni tutelati dalla presente legge. Le *Technische Maßnahmen* sono efficaci nella misura in cui, per il loro tramite, l’utilizzo di un’opera protetta o di un altro bene tutelato dalla presente legge sia tenuto sotto controllo dal titolare del diritto mediante un controllo dell’accesso, un meccanismo di protezione come la crittografia, una distorsione ovvero altre trasformazioni oppure un meccanismo per il controllo della riproduzione». Tale disposizione è stata inserita nell’ordinamento tedesco in sede di recepimento della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull’armonizzazione di taluni aspetti del diritto d’autore e dei diritti connessi nella società dell’informazione, ed in particolare del suo art. 6, par. 3. Nell’ordinamento italiano, la direttiva 2001/29/CE è stata attuata con il decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 68, che ha introdotto nella legge 22 aprile 1941, n. 633, un nuovo titolo Titolo II-ter : «Misure tecnologiche di protezione. Informazioni sul regime dei diritti» (artt.102-quater e 102-quinquies), in cui l’art. 102-quater commi 1 e 2, recepisce il disposto dell’art.6, par. 3, dir. L’art. 171-ter, l. n. 633 del 1941, dispone poi in merito alle sanzioni per il caso di elusione o tentata elusione delle misure tecnologiche di protezione. Siffatte norme sulle misure tecnologiche di protezione e sulle informazioni elettroniche in merito al regime dei diritti affondano le proprie radici nei trattati WIPO adottati il 20 dicembre 1996: il WIPO Copyright *Treaty* e il WIPO Performances and *Phonograms Treaty*. Sul punto v., da ultimo, il considerando n. 19, dir. 2011/83/UE, secondo cui il professionista dovrebbe «fare riferimento all’assenza o alla presenza di restrizioni tecniche quali la protezione tramite la gestione dei diritti digitali e la codifica regionale».

¹⁰⁷ Cfr., in particolare, il considerando n. 19, dir. 2011/83/UE, secondo cui «il concetto di interoperabilità pertinente intende descrivere le informazioni relative all’ambiente tipo di hardware e software compatibile con il contenuto digitale, ad esempio il sistema operativo, la versione necessaria e talune caratteristiche dell’*hardware*».

La disciplina del “commercio elettronico” alla luce della direttiva 2011/83/UE.

spetti lo *ius poenitendi*, sulle condizioni, i termini e le procedure per esercitare il recesso¹⁰⁸.

Tali informazioni debbono essere fornite dal professionista in modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza impiegato, e dunque, nella ipotesi di commercio elettronico, in ogni caso via internet.

L'art. 8, dir.2011/83/UE prescrive inoltre come obbligatori alcuni ulteriori adempimenti formali per il commercio a distanza. In particolare, ai sensi dell'art.8, par. 2, dir. 2011/83/UE, per ogni contratto a distanza concluso con mezzi elettronici da cui scaturisca un obbligo di pagamento a carico del consumatore, il professionista deve comunicare al consumatore in modo chiaro ed evidente le informazioni di cui all'articolo 6, paragrafo 1, lettere a), e), o) e p), prima che il consumatore inoltri l'ordine¹⁰⁹, ovvero, in

¹⁰⁸ Ai sensi dell'art. 9, dir. 2011/83/UE, nei contratti stipulati a distanza sussiste peraltro sem-pre un diritto di recesso con un termine di 14 giorni dalla ricezione della merce, termine che, ai sensi dell'art. 10, dir. 2011/83/UE si amplia di 12 mesi nell'ipotesi di mancato corretto adempimento dell'obbligo di informazione. Per un modello sanzionatorio analogo, v. i commi 3 e 4 del § 355 BGB («Diritto di recesso nei contratti dei consumatori»): «(3) Il termine per l'esercizio del diritto di recesso inizia a decorrere dal momento in cui al consumatore è stata comunicata in *Textform* [v. § 126b, BGB] un'informativa sul suo diritto di recesso in conformità con quanto dispone il § 360, comma 1, BGB. Qualora il contratto debba essere stipulato per iscritto, il termine non inizia a decorrere prima che al consumatore siano stati messi a disposizione un documento contrattuale, la proposta scritta del consumatore oppure una copia del documento contrattuale o della proposta. Qualora sorgano contestazioni in merito all'inizio del termine, l'onere della prova grava sull'imprenditore. (4) Il diritto di recesso si estingue al più tardi sei mesi dopo la stipulazione del contratto. Nel caso di contratti che prevedano la consegna di beni, detto termine per il recesso non inizia a decorrere prima dell'arrivo della merce al destinatario. In deroga a quanto disposto dal primo periodo di questo comma, il diritto di recesso non si estingue qualora il consumatore non sia stato informato in *Textform* [v. § 126b, BGB] sul suo diritto di recedere secondo quanto dispone il § 360, comma 1. Nei contratti a distanza che abbiano ad oggetto la prestazione di servizi finanziari, il diritto di recesso non inizia a decorrere anche nell'ipotesi in cui l'imprenditore non abbia adempiuto agli obblighi di informazione che gli sono imposti dall'articolo 246, § 2, comma 1, primo periodo, n. 1 e se-condo periodo, nn. 1-3 dell'EGBGB». Cfr. in proposito anche l'art. 65, commi 3, 4 e 5, c. cons..

¹⁰⁹ Nell'ordinamento tedesco, cfr. in proposito il § 145 BGB («Vincolatività della proposta»), secondo cui «La parte che propone ad un'altra la stipulazione di un contratto è vincolata alla propria proposta, salvo che abbia escluso la vincolatività della proposta stessa».

particolare, tutti gli *essentialia negotii* e alcune disposizioni collaterali della consegna online.

L’art. 9, par. 6, dir. prevede poi che debba gravare sul professionista l’onere di dimostrare di aver adempiuto agli obblighi di informazione previsti dal capo terzo (artt. 6-15, dir.).

Agli obblighi di informazione stabiliti nella direttiva sui diritti dei consumatori, l’art. 6, comma 8, dir. 2011/83/UE prevede che debbano sommarsi quelli imposti dalla direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno¹¹⁰, e dalla direttiva 2000/31/CE, in materia di commercio elettronico, precisando che, in caso di conflitto tra una disposizione della direttiva 2006/123/CE o della direttiva 2000/31/CE sul contenuto e le modalità di fornitura delle informazioni e una disposizione della direttiva 2011/83/UE, prevalga la disposizione di quest’ultimo provvedimento.

In proposito, il Considerando n. 12 della direttiva sui diritti dei consumatori aggiunge che gli Stati membri dovrebbero mantenere la possibilità di imporre obblighi di informazione aggiuntivi applicabili ai prestatori di servizi stabiliti nel loro territorio.

Qualora tale opzione venisse accolta dai (o anche solamente da uno o più dei) legislatori nazionali, potrebbe conseguire che, se per ipotesi il medesimo servizio venisse prestato a consumatori di un Paese membro da

¹¹⁰ V. in particolare l’art. 22, dir. 2006/123/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno.

La disciplina del “commercio elettronico” alla luce della direttiva 2011/83/UE.

due professionisti stabiliti in Paesi membri diversi, sussisterebbe il concreto rischio che uno di essi si vedesse gravato di obblighi di informazione più stringenti dell'altro in relazione alla prestazione del medesimo servizio, dando luogo ad una sensibile disparità di trattamento di due soggetti che si trovassero ad offrire lo stesso servizio nel medesimo Paese membro¹¹¹. L'art. 8, comma 6, dir. 2011/83/UE ed il considerando n. 12 sanciscono pertanto un'apertura pressoché illimitata alla discrezionalità dei legislatori nazionali, in evidente contrasto con l'obiettivo di armonizzazione massima perseguito dalla direttiva.

11.2. Il diritto di recesso nel commercio in rete di contenuti digitali.

La direttiva sui diritti dei consumatori detta una specifica disciplina anche del diritto di recesso dai contratti di fornitura di contenuti digitali nell'ipotesi di contratti per il trasferimento di contenuto digitale «non fornito su un supporto materiale», e dunque per i casi in cui il contenuto digitale venga consegnato o messo a disposizione online, ai sensi dell'art. 9,

¹¹¹ In proposito v. anche l'art. 25, dir. 2011/83/UE, che sancisce il principio secondo cui i consumatori non possono rinunciare ai diritti loro conferiti dalle legislazioni nazionali di recepimento della stessa direttiva e che eventuali clausole di limitazione o esclusione dei diritti derivanti dalla presente direttiva non vincolano il consumatore: cfr. soprattutto l'art. 6, par. 2, secondo periodo, reg. CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. reg. Roma I), in vigore dal 17 dicembre 2009, che in relazione ai «contratti del consumatore» richiede un controllo di convenienza delle previsioni nazionali di tutela del consumatore e può pertanto spesso condurre, per quanto concerne il diritto applicabile, ad un *law mix*. In proposito v. ad es. Pizzolante, *Sub art. 6 reg. CE n. 593/2008*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, 727 ss.; Ferrari, *Sub art. 6 reg. CE n. 593/2008*, in Ferrari, Kieninger e Mankowski (a cura di), *Internationales Vertragsrecht*, 2° ed., München, 2011, Rn. 71 ss. V. inoltre, per un'analisi dei rapporti tra la proposta di regolamento sulla vendita ed il sistema del diritto internazionale privato, Mankowski, *Der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL) und das Internationale Privatrecht*, in *Recht der int. Wirtschaft*, 2012, p. 76 ss.; Busch, *Kollisionsrechtliche Weichenstellungen für ein optionales Instrument im Europäischen Vertragsrecht*, in *Europäische Zeitschr Wirtschaftsrecht*, 2011, 657.

par. 2, lett. c), dir. 2011/83/UE, il consumatore dispone infatti di un periodo di quattordici giorni, decorrente dal giorno della conclusione del contratto, per l’esercizio del diritto di recesso.

Qualora, peraltro, in violazione dell’articolo 6, par. 1, lett. h), dir. 2011/83/UE il professionista non fornisca al consumatore le prescritte informazioni sul diritto di recesso, dallo scadere dell’originario termine di 14 giorni decorre un ulteriore termine di 12 mesi per l’esercizio del recesso (in tal senso l’art. 10, dir. 2011/83/UE); qualora, successivamente, nell’arco dei 12 mesi, venga correttamente adempiuto l’obbligo di informazione sul diritto di recesso, il periodo utile per esercitare il recesso scade quattordici giorni dopo quello in cui il consumatore riceve le informazioni dovute.

L’assetto delineato dalla direttiva comporta la necessità di riscrivere sia la disciplina tedesca (§§ 312 d e 355, commi 3 e 427, BGB) sia quella italiana (artt. 52, 53, 55, 64-67, c. cons.) sul diritto di recesso nei contratti a distanza.

Non è invece previsto né dalla direttiva 2011/83/UE né dalla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita un diritto di restituzione nel senso di cui al § 356 BGB¹¹².

¹¹² § 356 BGB («Diritto di restituzione nei contratti dei consumatori»): «(1) Nelle ipotesi in cui il contratto venga stipulato sulla base di un prospetto di vendita, il diritto di recesso previsto dal § 355 BGB può, qualora la legge non lo escluda espressamente, essere sostituito da un diritto illimitato di restituzione a patto che: 1. nel prospetto di vendita sia contenuta una informativa sul diritto di restituzione che rispetti quanto prescritto dal § 360, comma 2 [informativa sul diritto di recesso e sul diritto di restituzione] e (2). il consumatore abbia potuto prendere adeguata visione e conoscenza del prospetto di vendita in assenza dell’imprenditore».

Fatta dunque salva la menzionata ipotesi di mancato adempimento dell’obbligo di informazione sul diritto di recesso (art. 10, dir.), in relazione alla consegna *online* di contenuti digitali non forniti su di un supporto materiale, l’art. 9, dir. accorda al consumatore un termine per recedere di 14 giorni decorrente dal giorno della conclusione del contratto¹¹³.

Lo stesso art. 9, par. 1, dir. 2011/83/UE fa peraltro espresso rinvio alle eccezioni al diritto di recesso descritte dall’art. 16 della medesima direttiva: con specifico riferimento alla fornitura di contenuti digitali mediante un supporto materiale, l’art. 16, lett. m), dir. 2011/83/UE, prevede infatti che il consumatore non dispone dello *ius poenitendi* qualora la esecuzione sia iniziata con l’accordo espresso del consumatore e con la sua accettazione del fatto che avrebbe perso il diritto di recesso: in presenza di una corrispondente informativa sul diritto di recesso e qualora sussista il consenso del consumatore a che i contenuti digitali vengano consegnati *online* subito dopo la conclusione del contratto, il diritto di recesso legislativamente previsto può pertanto venire completamente escluso. In tal modo, è possibile evitare anche un eventuale abuso da parte del consumatore, che si faccia consegnare contenuti digitali «in prova» e, dopo averli memorizzati, dichiarare il recesso dal contratto.

¹¹³ Cfr. in proposito anche l’art. 42 lett. g), proposta reg. sulla vendita, secondo cui, qualora il contenuto digitale non sia fornito su un supporto materiale, il termine per il recesso scade 14 giorni dopo il giorno della stipulazione del contratto.

Siffatta possibilità di escludere il diritto di recesso del consumatore in relazione al trasferimento *online* di contenuti digitali consente al professionista di procedere ad una immediata consegna degli stessi (cosa che del resto accade nella prassi) e rende possibile all’acquirente un acquisto immediato, ad es., di software o di prodotti digitali multimediali, senza che per ciò solo venga a crearsi un pericolo particolarmente elevato di *download* illegale.

Parallelamente, anche la proposta di regolamento sulla vendita mira ad escludere il diritto di recesso normalmente spettante al consumatore nella contrattazione a distanza qualora la fornitura *online* di contenuti digitali «sia iniziata con il previo consenso esplicito del consumatore e con la sua rinuncia al diritto di recesso» (v. art. 40, par. 3, lett. d). In pratica, pertanto, qualora il professionista intenda escludere il diritto di recesso legislativamente previsto, egli deve – analogamente a quanto accade nella c.d. *Button solution*, di cui all’art. 8, par. 2, secondo comma, dir. 2011/83/UE (istituto analizzato in seguito – predisporre sul proprio sito *web* uno specifico campo in cui viene messa a disposizione del consumatore (che abbia ricevuto le informazioni di cui all’articolo 6, paragrafo 1, lettere a, e, o e p, nonché riconosciuto che l’ordine implica un obbligo di pagare) l’informativa sull’esclusione del diritto di recesso, campo che deve venire «cliccato» dal consumatore prima di impartire un ordine.

Qualora non vengano rispettati i presupposti per l'esclusione del diritto di recesso, il consumatore ha, anche nell'ipotesi di contenuti digitali non forniti su un supporto materiale (art. 9, commi 1 e 2, lett. c, dir.2011/83/UE), la facoltà di recedere entro quattordici giorni dal giorno della conclusione del contratto, recesso che può essere esercitato senza indicazione dei motivi e, fondamentalmente, anche senza la sopportazione dei costi per l'estinzione del contratto così come di tutti gli eventuali contratti accessori (v. art. 12, §. 1, art. 14 e art. 15, dir. 2011/83/UE).

In conseguenza dell'esercizio del diritto di recesso, sul consumatore graveranno infatti solo i costi per la restituzione della merce (art. 14, dir. 2011/83/UE), oneri che, nella contrattazione *online*, dovrebbero essere pari a zero, nella misura in cui non si debbano mettere in conto particolari costi di telecomunicazione.

Anche una perdita di valore del bene oggetto del contratto, perdita che, ai sensi dell'art. 14, par. 2, dir. deve essere indennizzata per le ipotesi di «manipolazione diversa da quella necessaria», appare poco realistica per le ipotesi di contenuti digitali consegnati *online*.

Diversa può essere la situazione per le ipotesi di servizi accessori, che siano stati eventualmente richiesti in aggiunta da parte del debitore ai sensi dell'art. 7, § 3 o dell'art. 8, § 8, dir. 2011/83/UE (ad es. la installazione di un *software*); in tali casi il professionista ha titolo per

richiedere un proporzionale indennizzo in ragione delle prestazioni accessorie eseguite.

L’art. 14, par. 4, lett. b), dir. 2011/83/UE chiarisce inoltre che il consumatore non sostiene alcun costo per la fornitura, in tutto o in parte, del contenuto digitale che non venga fornito su un supporto materiale qualora il professionista non abbia adempiuto a determinati obblighi di informazione, come ad es. la «conferma» prevista dall’art. 7, § 2 e dall’art. 8, § 7, dir. 2011/83/UE; lo stesso vale qualora il consumatore non si sia dichiarato espressamente d’accordo a che l’adempimento del contratto abbia inizio già prima della scadenza del termine di 14 giorni, termine che inizia a decorrere dalla stipulazione del contratto. Una disciplina più approfondita degli obblighi gravanti sul professionista per il caso di esercizio del diritto di recesso viene inoltre dettata dall’art. 13, dir. 2011/83/UE.

Qualora, poi, il consumatore abbia espressamente richiesto che il contenuto digitale gli venga consegnato secondo una modalità diversa e più costosa rispetto al tipo di consegna standard offerto dal professionista, come, ad esempio, nell’ipotesi in cui il consumatore abbia richiesto la consegna dei contenuti digitali mediante la spedizione di un supporto dvd all’indirizzo da lui indicato, invece che prelevarlo direttamente dal database del professionista o farselo recapitare sulla sua casella di posta elettronica, il professionista non sarà tenuto a farsi carico dei costi supplementari legati alla diversa modalità di consegna scelta dal

consumatore (art. 13, comma 2, dir.). Lo stesso professionista potrà peraltro condizionare l'esecuzione del rimborso alla corretta restituzione o rispedizione della merce da parte del consumatore (art. 13, comma 3, dir.).

11.3. Le conseguenze della violazione degli obblighi informativi nel commercio elettronico.

Il legislatore europeo ha lasciato ai Paesi membri il compito di fissare le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali di recepimento della direttiva sui diritti dei consumatori, specificando che tali misure debbono in ogni caso essere «effettive, proporzionate e dissuasive» (art. 24 dir.)¹¹⁴.

Siffatto ampio margine concesso – in relazione ad un aspetto così delicato – alla discrezionalità dei legislatori nazionali fa sorgere seri dubbi in merito alla (effettiva volontà e alla reale) possibilità di raggiungere in tal modo una vera armonizzazione completa nell'ambito disciplinato dalla direttiva¹¹⁵: così come sul piano della determinazione della misura degli obblighi informativi gravanti sul professionista, anche sul versante delle sanzioni gli organi dell'Unione, lungi dal perseguire con coerenza una

¹¹⁴ La formulazione dell'art. 24, dir. 2011/83/UE, si presenta nella sostanza identica a quella dell'art. 13, dir. 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno.

¹¹⁵ Perplessità analoghe (confermate dalla eterogeneità delle soluzioni nazionali che ne sono seguite in sede di recepimento) aveva già suscitato il disposto dell'art. 13 della direttiva 2005/29/CE: sulle rilevanti problematiche generate da tale disposizione, cfr. DE CRISTOFARO, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 880 ss.

effettiva armonizzazione delle legislazioni nazionali, hanno pertanto aperto la porta alla frammentazione delle diverse discipline.

Peraltro, pur mancando nel testo della direttiva disposizioni che garantiscano un’uniformità di trattamento negli Stati membri di ciascuna ipotesi di inadempimento degli obblighi informativi, gli organi dell’Unione hanno dettato espressamente alcune specifiche sanzioni nei confronti del professionista che non fornisca in modo chiaro e comprensibile le informazioni di cui all’art. 6, § 1, dir.¹¹⁶.

Ma è proprio in relazione alla conclusione di contratti a distanza con mezzi elettronici che, dando mostra di un certo coraggio, il legislatore UE ha predisposto, all’art. 8, § 2, dir., una specifica sanzione, che incide sulla stessa essenza di un eventuale «accordo» che sia stato raggiunto senza il rispetto di determinati obblighi. I consumatori ricorrono infatti ad *internet* al fine di ottenere informazioni o prestazioni (come, ad esempio, *software*), la cui fornitura, pur venendo spesso presentata come gratuita, cela invero sovente un carattere oneroso e viene quindi seguita da richieste di

¹¹⁶ V. in particolare: l’art. 6, par. 6, dir., secondo cui il consumatore non sarà tenuto a pagare eventuali spese aggiuntive, diverse dal corrispettivo da versare per il bene o il servizio, di cui non sia stato preventivamente informato dal professionista; l’art. 6 par. 1 e art. 14, par. 1, dir., ai sensi del quale, in caso di tempestivo esercizio del diritto di recesso, il consumatore sarà esentato dall’obbligo di sostenere eventuali spese di restituzione dei beni o servizi anche se il professionista abbia omesso di informarlo in tal senso; l’art. 10, parr. 1 e 2, dir., secondo cui, qualora il professionista non fornisca al consumatore le informazioni sul diritto di recesso, il consumatore ha tempo per recedere sino a dodici mesi dopo la fine del periodo di recesso iniziale; se, peraltro, all’interno di tale successivo spazio di dodici mesi, il professionista adempia ai menzionati obblighi informativi, il periodo di recesso scadrà quattordici giorni dopo il giorno in cui il consumatore ha ricevuto le informazioni; l’art. 14, par. 2, dir., in base al quale, se il professionista ha omesso di informare il consumatore del suo diritto di recesso secondo quanto dispone l’art. 6, par. 1, lett. h), il consumatore non sarà in ogni caso responsabile per la diminuzione di valore dei beni.

pagamento (non di rado poste in atto mediante condotte connotate da caratteri di aggressività) avanzate dal fornitore.

Accade infatti frequentemente che sulla propria pagina *internet* il professionista offra una prestazione come «gratis» o «free», mentre in carattere di dimensioni minori o, addirittura, solamente all'interno delle condizioni generali di contratto, sono rinvenibili riferimenti alla circostanza che a fronte dell'esecuzione di tale prestazione è richiesto un corrispettivo, ovvero che essa, effettivamente «gratuita», sarà accompagnata dall'esecuzione di una ulteriore prestazione, questa volta a pagamento, o ancora che, accettando la prestazione offerta come «gratuita», il consumatore concluderà un contratto di abbonamento a titolo oneroso¹¹⁷.

I campi che vengono utilizzati per indurre il consumatore ad inserire ed a confermare l'inserimento dei propri dati, e la cui compilazione viene successivamente invocata dal professionista per asserire l'avvenuta stipulazione del contratto, sono inoltre sovente contrassegnati da indicazioni ingannevoli, come ad esempio «registrazione» oppure «iscrizione»⁴¹,

¹¹⁷ V. in proposito, AGCM, 14 dicembre 2011, PS7444, provv. 23107 –Italiaprogrammi.net-abbonamenti per software, in www.agcm.it, con cui è stata irrogata una sanzione amministrativa per complessivi 1.500.000 euro per pratiche commerciali ingannevoli e per pratiche commerciali aggressive. Il fenomeno ha riguardato alcuni prodotti software offerti apparentemente in modo gratuito: il consumatore digitava su Google il nome del prodotto (ad es.: *Adobe reader*), disponibile peraltro liberamente in rete, utilizzando parole chiave come «gratis», e come primo risultato appariva il link www.italia-programmi.net, tramite il quale si trovava nella home page del sito. Introducendo i dati personali, come richiesto per registrarsi e scaricare «gratuita-mente» il software ricercato, e senza la richiesta di carte di credito o altre modalità di pagamento, veniva invece «attivato» un contratto di abbonamento a titolo oneroso di durata biennale. La pagina di registrazione riportava i termini dell'abbonamento con un'evidenza grafica non sufficiente ad una loro immediata comprensione. Una volta tratto in inganno l'utente, la società iniziava ad inviare richieste di pagamento (via mail o per lettera) dal carattere minaccioso, con l'applicazione di costi aggiuntivi e, addirittura, paventando l'esperimento di un'azione penale.

descrizione da cui il consumatore può di norma assai difficilmente ricavare che, dietro a quella che viene presentata come un’offerta di eseguire gratuitamente una prestazione, si cela invero la proposta di concludere un contratto a titolo oneroso.

A fronte di tali condotte, il diritto nazionale vigente prevede già una serie di meccanismi a protezione del consumatore. Si è in proposito anzitutto rilevato che, in assenza di un efficace accordo sul prezzo non potrà certo dirsi venuto in essere un rapporto contrattuale; assai di frequente accade invero che il prezzo della controprestazione richiesta dal professionista sia indicato nella pagina *web* (o in un link cui questa fa rinvio), seppure in carattere minore o non sufficientemente in contrasto, e appare quindi nella maggior parte dei casi difficile predicare l’assenza di un accordo sul prezzo.

Qualora poi sia dato ravvisare nelle descritte dinamiche la conclusione di un contratto, potrebbe sussistere in capo al consumatore il diritto di chiedere l’annullamento del contratto per dolo: nelle menzionate ipotesi, il comportamento del professionista e/o la struttura dell’offerta sono infatti appositamente costruiti in modo da indurre in errore il consumatore. La tenuta delle clausole contrattuali in tal modo inserite potrà inoltre essere sindacata dal giudice ordinario sulla base della disciplina sulle clausole vessatorie, mentre all’AGCM il consumatore potrà rivolgersi per chiedere

di pronunciarsi in merito alla scorrettezza delle pratiche poste in essere dal professionista.

Siffatti meccanismi di tutela si mostrano tuttavia spesso in concreto inidonei a garantire una effettiva tutela del consumatore, a cui il più delle volte manca anzitutto la consapevolezza di poter rifiutare richieste di pagamento relative a prestazioni che erano state inizialmente presentate dal professionista come gratuite.

In secondo luogo, anche la relativa modestia degli importi richiesti dissuade molte vittime dal contrapporsi a tali pretese di pagamento.

In terzo luogo, i metodi utilizzati dai professionisti per esercitare pressione sul consumatore al fine di ottenere un rapido pagamento della somma richiesta sono spesso connotati da caratteri di aggressività, che scoraggiano il consumatore dal sollevare qualsivoglia eccezione.

12. L’art. 8, par. 2, direttiva 2011/83/UE e la non vincolatività per il consumatore del contratto o dell’ordine.

Muovendo dall’osservazione delle descritte dinamiche e sotto la decisiva spinta impressa delegazione tedesca¹¹⁸, il legislatore europeo ha pertanto ritenuto, al fine di tutelare il consumatore dai rischi connessi ad un

¹¹⁸ Cfr. in proposito la Nota 4 giugno 2010 del Segretariato generale del Consiglio, Internet cost traps – *Directive on Consumer Rights* – Information from the *German delegation*, in <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st10/st10604.en10.pdf>, p. 3: «Given the constantly large number of complaints about Internet cost traps [...] Germany has proposed the inclusion of a “button solution” in the Directive on Consumer Rights [...] With a view to efficient consumer protection in Europe, Germany asks the Member States and the Commission to support the proposal on a “button solution”, thereby increasing consumer confidence in the Internal Market».

siffatto operare dei professionisti, di dover adottare una soluzione idonea ad assicurare la trasparenza del comportamento di coloro che operano in rete e a rappresentare un efficace deterrente contro comportamenti ingannevoli a danno dei consumatori.

In tale ottica, l'art. 8, par. 2, comma 1, dir. stabilisce anzitutto che le informazioni di cui all'art. 6, par. 1, lett. a), e), o) e p), dir. debbono essere fornite «in modo chiaro ed evidente[...] direttamente prima che il consumatore inoltri l'ordine» (nozione che pare idonea a ricomprendere ogni dichiarazione di volontà emessa dal consumatore al fine di ricevere beni o servizi).

L'art. 8, par. 2, comma 2, dir., pone successivamente a carico del professionista l'onere di assicurarsi che, al momento di inoltrare l'ordine, il consumatore sia consapevole del fatto che da detto inoltro scaturirà un obbligo di pagamento.

In particolare, per l'ipotesi in cui l'inoltro dell'ordine presupponga l'azionamento di un pulsante o di una funzione analoga, la norma da ultimo menzionata dispone espressamente che «il pulsante o la funzione analoga» debbano riportare in modo facilmente leggibile soltanto le parole «ordine con obbligo di pagare» o una formulazione corrispondente, che indichi inequivocabilmente che dall'ordine scaturirà l'obbligo di versare un corrispettivo al professionista: nel caso di mancato rispetto delle previsioni

di cui all’art. 8, par. 2, comma 2, dir., la stessa norma prevede che il consumatore «non sarà vincolato dal contratto o dall’ordine»¹¹⁹.

Tale previsione impone pertanto agli Stati membri di prevedere un fondamentale deterrente contro una eventuale omissione informativa del professionista, facendo dunque registrare, quantomeno nell’ambito del commercio *online*, un importante passo avanti verso l’armonizzazione degli ordinamenti nazionali.

Per quanto concerne la struttura della fattispecie, l’art. 8, par. 2, comma 1, dir. stabilisce dunque anzitutto che le informazioni di cui all’art. 6, par. 1, lett. a), e), o) e p), dir. debbono essere fornite «in modo chiaro ed evidente direttamente prima che il consumatore inoltri l’ordine», nozione che pare idonea a ricomprendere ogni dichiarazione di volontà emessa dal consumatore al fine di ricevere beni o servizi.

Nel focalizzare l’attenzione sui contenuti dell’obbligo informativo, il professionista, nel momento che si colloca «direttamente prima» a quello in cui il consumatore dovrà dunque fornire a quest’ultimo tutte e sole le

¹¹⁹ In proposito, cfr. l’art. 24, prop. reg. sulla vendita, secondo cui, affinché un contratto possa definirsi come concluso «con mezzi elettronici», è anzitutto necessario che il professionista metta a disposizione del consumatore gli strumenti per la conclusione del contratto e che tali strumenti siano elettronici e non comportino lo scambio esclusivo di messaggi di posta elettronica o altre comunicazioni individuali. La stessa norma pone poi a carico del professionista uno specifico obbligo, che potremmo definire come «di assistenza», in quanto prescrive che la parte professionale debba fornire al consumatore strumenti tecnici adeguati, efficaci ed accessibili, che gli consentano di individuare e correggere, prima di formulare una proposta, gli errori commessi nell’inserimento dei dati. La stessa norma pone poi a carico del professionista una serie di obblighi informativi, che debbono essere adempiuti prima che il consumatore formuli o accetti la proposta, concepiti come funzionali ad assicurare chiarezza, univocità ed accessibilità ai contenuti di proposta ed accettazione. Muovendo da tale base normativa, l’art. 25, prop. reg. reca ulteriori previsioni specificamente dettate per i contratti a distanza conclusi con mezzi elettronici che impongano al consumatore l’obbligo di effettuare un pagamento, che sostanzialmente ricalcano la previsione dell’art. 8, comma 2, dir. 2011/83/UE.

informazioni menzionate all’art. 6, par. 1, lett. a), e), o) e p), direttiva in commento, onde metterlo nella disponibilità, in un momento immediatamente antecedente alla conclusione del contratto, di un riepilogo degli estremi essenziali dell’offerta.

Una maggiore quantità di informazioni riversate sul consumatore in tale momento potrebbe infatti produrre l’effetto di confonderlo e distrarlo dagli estremi essenziali dell’offerta, e dunque verrebbe a contrastare con gli obiettivi della norma.

In un momento temporale diverso – e segnatamente al principio della fase precontrattuale, o comunque in una fase che non sia quella direttamente antecedente all’inoltro dell’ordine da parte del consumatore, o ancora successivamente all’inoltro stesso dell’ordine – il professionista potrà e dovrà certamente fornire maggiori e più dettagliate informazioni; tuttavia, a ridosso dell’emissione dell’ordine da parte del consumatore, l’informativa fornita dal professionista dovrà limitarsi agli elementi elencati dall’art. 6, par. 1, lett. a), e), o) e p), della direttiva, onde consentire al consumatore di avere a disposizione un chiaro riepilogo di tutti (e soli) gli estremi essenziali dell’offerta, funzionale alla esatta percezione dei contorni dell’operazione che si accinge a concludere.

Relativamente poi ai caratteri della chiarezza e dell’evidenza, come già avuto modo di evidenziare nel corso della trattazione, le informazioni fornite dal professionista dovranno senz’altro distinguersi in modo

inequivoco dagli altri elementi testuali, tenuto conto del *layout* complessivo della pagina *web*.

Innanzitutto, dunque, esse dovranno essere collocate, compatibilmente con il mezzo informatico, in una posizione tale da renderle agevolmente reperibili da parte del consumatore.

Al fine di garantire il rispetto dei caratteri della chiarezza e dell'evidenza, un ruolo decisivo è giocato dalla collocazione spaziale dei menzionati contenuti informativi.

Pertanto, qualora, come spesso accade (e come previsto anche dall'ipotesi considerata all'art. 8, par. 2, dir.), per l'inoltro dell'ordine sia richiesto l'azionamento di un pulsante, le informazioni dovranno essere fornite, dal punto di vista spaziale, nelle immediate adiacenze del pulsante e, dal punto di vista temporale, a diretto ridosso dell'emissione dell'ordine.

L'attenzione del consumatore, che si trova in procinto di azionare detto pulsante o la funzione analoga, deve infatti essere richiamata su tali informazioni senza che tra esse ed il pulsante o la funzione analoga si frappongano elementi che possano far sorgere nel consumatore l'impressione che detta informativa non sia direttamente riconducibile all'ordine.

Tale requisito potrà dirsi soddisfatto ogniqualvolta le menzionate informazioni ed il pulsante o la funzione analoga siano contemporaneamente visibili in una pagina *web* a normale risoluzione

(senza che, per accedere alle informazioni, il consumatore debba effettuare uno *scroll*, in conseguenza del quale il pulsante o la funzione analoga non risultino più visibili contemporaneamente alle menzionate informazioni), e non invece qualora, al fine di giungere alle stesse, si renda necessario accedere ad un ulteriore *link* ovvero scaricare un documento allegato.

Il professionista dovrà poi strutturare la pagina *web* in modo tale che, qualora dall'inoltro dell'ordine scaturisca un obbligo di pagare, siffatto carattere oneroso sia inequivocabilmente riconoscibile per il consumatore.

Lo stesso art. 8, par. 2, dir. prevede inoltre che tale riconoscimento debba avvenire espressamente: ciò significa che, qualora l'ordine venga impartito mediante l'azionamento di un pulsante o di una funzione analoga, il pulsante o la funzione analoga dovranno riportare in modo facilmente leggibile soltanto le parole «ordine con obbligo di pagare» o una formulazione corrispondente, indicante che l'inoltro dell'ordine implica l'obbligo di pagare il professionista.

Sul pulsante o sulla funzione equivalente non dovrà invece essere presente alcuna altra indicazione che possa distrarre l'attenzione del consumatore dalla circostanza che l'emissione dell'ordine implicherà per esso il sorgere di un «obbligo di pagare».

Accade spesso infatti che, nell'ambito di un procedimento di ordine online, al consumatore venga richiesto di inserire i suoi dati personali (come, ad es., nome, indirizzo di posta cartacea, indirizzo di posta

elettronica, etc .), all’asserito fine di consentire la sua registrazione sull’*online shop*, quando invece in realtà il professionista ha impostato la pagina *web* in modo tale che il *clic* effettuato dal consumatore sul pulsante presentato come meramente funzionale a confermare l’inserimento dei dati funga anche da vera e propria emissione dell’ordine.

Anche indicazioni come «ordinare» o «inoltra l’ordine» non possono di norma considerarsi adeguate a rendere sufficientemente consapevole il consumatore in merito all’onerosità della prestazione che si accinge ad «ordinare», e dunque a rispettare il precetto dell’art. 8, par. 2, dir., dal momento che sul *web* il consumatore può a rigore «ordinare» anche prestazioni gratuite, come ad esempio l’abbonamento ad una Newsletter oppure il fascicolo omaggio di una rivista.

Formulazioni del tipo «ordine a pagamento» o «compra» dovrebbero invece essere idonee a soddisfare il requisito della riconoscibilità del carattere oneroso della prestazione offerta dal professionista.

Per quanto specificamente riguarda l’ipotesi di aste *online*, una indicazione del tipo «conferma l’offerta» dovrebbe poi reputarsi idonea a soddisfare i requisiti fissati dall’art. 8, par. 2, direttiva in commento, dal momento che al consumatore che utilizzi una piattaforma di aste *online* dovrebbe essere chiaro che egli dovrà pagare la merce oggetto dell’asta una volta che questa gli sia stata aggiudicata.

È a questo punto necessario chiedersi quale sia l'esatta portata da attribuire all'espressione secondo cui, a fronte del mancato adempimento da parte del professionista delle prescrizioni di cui all'art. 8, par. 2, comma 2, dir., «il consumatore non è vincolato dal contratto o dall'ordine»¹²⁰.

Da un punto di vista sistematico, può rivelarsi in proposito utile l'osservazione di due disposizioni contigue a quella testé menzionata: al concetto di «non vincolatività» per il consumatore fanno infatti riferimento anche i paragrafi 6 e 7 dell'art. 8 dir. 53, pur se tali norme hanno un ambito di applicazione diverso da quello dell'art. 8, par. 2, dal momento che esse sono dettate per disciplinare contratti a distanza che debbono essere conclusi per telefono. Tali previsioni accordano (e dunque, a differenza dell'art. 8, par. 2, dir., non impongono) agli Stati membri la possibilità di introdurre, in sede di recepimento della direttiva, una disposizione che obblighi il professionista a «confermare l'offerta al consumatore», prescrivendo che in tal caso «il consumatore è vincolato solo dopo aver firmato l'offerta o dopo averla accettata per iscritto»; per il caso in cui gli Stati membri adottino la soluzione proposta dalla direttiva, l'art. 8, par. 7, direttiva individua poi le modalità secondo cui il professionista deve fornire

¹²⁰ Sulla portata del concetto di «non vincolatività» nel diritto europeo, nell'ambito del di-battito sulle invalidità «di protezione», v. ad es. De Cristofaro, *Le invalidità negoziali «di protezione» nel diritto comunitario dei contratti*, in Studi in onore di Giorgio Cian, a cura di De Giorgi, S. Delle Monache e G. De Cristofaro, I, Padova, 2010, p. 667 ss., in cui v. anche per ampie indicazioni bibliografiche. Per un'analisi della nullità nel diritto UE e dell'eventuale sanabilità, v. diffusamente Perlingieri, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli 2011; Aa.Vv., *Le forme della nullità*, a cura di Pagliantini, Torino, 2009; D'Amico, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 732 ss.; Pagliantini, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009, 1044 ss.; Girolami, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008, 322 ss.

al consumatore la «conferma del contratto concluso su un mezzo durevole»; solo al par. 7 gli organi UE hanno dunque espressamente parlato – non a caso – di «conferma del contratto» e non di «conferma dell’offerta» (come invece già nel par. 6), lasciando intendere che (nei contratti stipulati per telefono i legislatori nazionali sono autorizzati a prevedere che) di nascita ed esistenza di un vincolo contrattuale possa parlarsi solamente dopo che il professionista abbia a sua volta provveduto a «confermare l’offerta al consumatore» e costui abbia «firmato l’offerta» ovvero l’abbia «accettata per iscritto»; e dunque che il consumatore «è vincolato» solo dopo aver firmato o aver accettato l’offerta (preventivamente confermatagli dal professionista) in quanto solo a partire da quel momento, rispettati i «requisiti formali», il contratto può considerarsi venuto in essere¹²¹.

Ciò che accomuna le fattispecie di cui ai paragrafi 2 e 6 dell’art. 8, dir., è dunque la circostanza che, ogniqualvolta il professionista non provveda a soddisfare i requisiti sanciti nelle due norme, il consumatore non potrà dirsi vincolato.

Peraltro, a differenza della disposizione di cui al comma 2 dell’art. 8, dir., quella descritta ai commi 6 e 7 dell’art. 8, sembra porsi, dal punto di vista strutturale, come una fattispecie a formazione progressiva, prevedendo che un contratto venga in essere solamente dopo che siano stati

¹²¹ Soluzione che si colloca come ulteriore «eccezione» rispetto al c.d. principio di non interferenza: in proposito v. Perlingieri, *La responsabilità precontrattuale di Francesco Benatti, cinquanta anni dopo*, in Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Napoli, rist. 2012, XXXIII, nota 74, il quale propone il superamento di tale principio.

osservatigli adempimenti descritti all’art. 8, par. 6: mentre la struttura del parr. 6 e7 consente dunque al professionista di provvedere ad integrare a posteriori i requisiti formali di (esistenza ed) efficacia del contratto, secondo il par. 2, qualora i «requisiti formali» (*rectius*: gli obblighi informativi, gli obblighi di contenuto e gli obblighi procedurali) ivi previsti non vengano soddisfatti prima dell’inoltro dell’ordine¹²², lo stesso ordine del consumatore e l’eventuale, invero solo apparente, «accordo» successivamente intervenuto non potranno considerarsi vincolanti per quest’ultimo ed al professionista non sarà dato «recuperare» a posteriori (l’esistenza e) l’efficacia di un «accordo» formatosi in difetto dei menzionati presupposti.

In mancanza dell’elemento costitutivo della fattispecie descritto dall’art. 8, par. 2, comma 2, dir., riteniamo pertanto che non possa dirsi neppure perfezionato il contratto: a corroborare tale argomento provvede la direttiva stessa, ove afferma che, dalla mancata osservanza del «requisito formale» di cui all’art. 8, par. 2, dir. discende non solo la non vincolatività del «contratto» su tale base stipulato, bensì, ancor più a monte, la non vincolatività dell’ordine emesso dal consumatore: non potendo dunque neppure ravvisarsi una dichiarazione di volontà del consumatore diretta alla conclusione di un contratto (i.e.: una accettazione dell’offerta effettuata dal

¹²²In proposito, v. diffusamente Nazzaro, *Obblighi d’informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000; Valentino, *Obblighi di informazioni, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999.

La disciplina del “commercio elettronico” alla luce della direttiva 2011/83/UE.

professionista), non sarà tantomeno dato affermare la nascita di un vincolo contrattuale¹²³.

La sanzione della «non vincolatività del contratto o dell’ordine» non è peraltro destinata a scattare solamente nei casi in cui il consumatore non abbia avuto alcuna consapevolezza della circostanza che dall’emissione dell’ordine sarebbe scaturito un obbligo di pagare, bensì anche tutte le ipotesi in cui il professionista non sia in grado di dimostrare l’effettivo rispetto dei requisiti di cui all’art. 8, par. 2, comma 2, direttiva in commento.

12.1. Il recepimento della c.d. “*Button solution*” nel sistema tedesco.

A sostegno dei menzionati argomenti è utile richiamare la scelta compiuta dal legislatore tedesco, che ha già provveduto a recepire l’art. 8, par. 2, dir. 2011/83/UE, apportando una modifica al testo del § 312 g BGB

(disposizione che già dettava la disciplina degli obblighi dell’imprenditore nel commercio elettronico) e codificando pertanto la c.d. «*Button-Lösung*».

Il dichiarato scopo di tale intervento è stato infatti quello di erigere nel più breve tempo possibile degli efficaci argini a tutela dei consumatori contro gli «*Abo und Kostenfallen*» in *internet*, fenomeno che, nonostante i diversi meccanismi di tutela già presenti nell’ordinamento nazionale,

¹²³ Cfr. sul punto Mazzamuto, *La nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, op. cit., 899, che parla senz’altro di «mancato perfezionamento dell’ordine o del contratto».

rappresenta ad oggi un problema di grande rilevanza per la sicurezza del (e la fiducia dei consumatori nel commercio sul *web*).

Nell’obiettivo di assicurare una «migliore tutela dei consumatori dai casi di costi occulti nel commercio elettronico», il 16 maggio 2012 è stata infatti pubblicata una legge che modifica (tra l’altro) il § 312 g BGB.

L’art.1 di tale provvedimento inserisce tre nuovi commi, che vanno a collocarsi tra i previgenti commi 1 e 2 del § 312g BGB: particolare interesse ai nostri fini suscita la disposizione del nuovo § 312 g, comma 4,

BGB, in base al quale, nel commercio elettronico, un contratto tra un imprenditore ed un consumatore che abbia ad oggetto una prestazione a carattere oneroso che deve essere eseguita da parte dell’imprenditore «viene in essere solamente qualora» quest’ultimo adempia l’obbligo di cui al comma 3 del § 312 g BGB; a tale proposito, la motivazione al progetto di legge già precisava che, secondo quanto dispone l’art. 6, par. 9, dir. 2011/83/UE, grava poi senz’altro sull’imprenditore l’onere di provare di aver adempiuto ai menzionati obblighi.

Non sono peraltro mancate voci fortemente critiche nei confronti della c.d. *Button-Lösung* adottata dal legislatore tedesco e, dunque, anche della soluzione prescelta dagli organi europei nell’art. 8, par. 2, direttiva.

Già con riferimento al progetto di legge tedesco si è infatti anzitutto messa in dubbio l’opportunità di sanzionare con la nullità/inesistenza del contratto la mancata osservanza di obblighi precontrattuali di informazione.

Al legislatore (tedesco, ma – in definitiva – anche a quello europeo) è stato con ciò addebitato un atteggiamento foriero di ulteriore frammentazione nel panorama delle sanzioni predisposte a fronte della violazione di obblighi informativi, in quanto la soluzione proposta (ed ora adottata) avrebbe il demerito di non tenere debitamente conto della necessità di provvedere ad un ordinato inquadramento dogmatico delle menzionate sanzioni, a vantaggio invece di un approccio sempre più casistico nella soluzione dei problemi.

Si è infatti in proposito rilevato che nel diritto (già) vigente, il problema degli Internet *cost traps* non si è posto tanto in ragione della mancanza di meccanismi di tutela, quanto piuttosto per il difetto di consapevolezza dei consumatori in merito ai diritti loro spettanti, e dunque a causa della propensione degli stessi a cedere – spesso a fronte di comportamenti aggressivi degli imprenditori – alle richieste di pagamento provenienti dalla controparte professionale.

Si consideri, peraltro, che la soluzione predisposta dal legislatore europeo e già fatta propria da quello tedesco si presenti necessaria in un’ottica di deterrenza rispetto a comportamenti (prima, in sede di predisposizione della pagina web) ingannevoli e (successivamente, in sede di richiesta della prestazione «non dovuta» dal consumatore) aggressivi da parte dei professionisti, imponendo agli stessi di adottare un elevato livello chiarezza nella strutturazione della pagina internet, e portando con sé

l’ulteriore merito di dettare una sanzione uniforme ed efficace, idonea a garantire un pari livello di tutela nei diversi Paesi membri.

13. Le conseguenze della “non vincolatività” per il consumatore del contratto e dell’ordine: le forniture non richieste.

Mediante il suo intervento, il legislatore tedesco ha pertanto lanciato due importanti segnali, che a nostro avviso meritano di essere colti e fatti propri (anche) da parte di quello italiano. Innanzitutto, in ragione della particolare gravità e diffusione del fenomeno dei c.d. *Internet cost traps* e della conseguente urgente necessità di predisporre argini efficaci per contrastarlo, esso è opportunamente intervenuto con la necessaria tempestività, limitandosi – per il momento – a recepire il solo disposto dell’art. 8, par. 2, dir. e riservandosi uno spazio temporale più ampio per ponderare ed adottare le misure di recepimento delle rimanenti norme della direttiva sui diritti dei consumatori.

In secondo luogo, nell’affermare, al § 312 g, comma 4, BGB, che un contratto a distanza concluso con mezzi elettronici «viene in essere solamente qualora», l’imprenditore adempia agli obblighi corrispondenti a quelli previsti nell’art. 8, par. 2, comma 2, dir. ha sgombrato il campo da eventuali equivoci, che sarebbero potuti scaturire da un mero *copy and paste* della formulazione della direttiva, ove questa afferma che, nel caso

del loro mancato adempimento, «il consumatore non è vincolato dal contratto o dall'ordine» (v. art. 8, par. 2, dir.).

Si rende dunque in proposito necessaria una espressa presa di posizione anche da parte del legislatore italiano, che auspichiamo non si limiti a riprodurre pedissequamente la formulazione della direttiva.

In tale ottica, l'adozione della soluzione prescelta dal legislatore tedesco presenterebbe il triplice vantaggio di essere coerente con gli obiettivi della norma della direttiva, di essere compatibile con il sistema italiano e, contestualmente, di favorire, in sede di recepimento, una effettiva armonizzazione tra i Paesi dell'UE.

Su di un diverso piano, è necessario chiedersi come debba essere qualificata la prestazione eseguita dal professionista che, nella contrattazione a distanza con mezzi elettronici, fornisca un prodotto o servizio al consumatore senza il preventivo rispetto dei requisiti di cui all'art. 8, par. 2, comma 2, dir.; ci chiediamo in particolare se, nella sua condotta, possano ravvisarsi gli elementi costitutivi della nozione di «fornitura non richiesta». Il primo fondamentale requisito di tale fattispecie consiste, com'è noto, nell'esecuzione della prestazione su iniziativa unilaterale del soggetto che ha consegnato il bene o fornito il servizio, senza che il destinatario abbia in qualche modo «cercato» la prestazione, elemento per la cui concretizzazione si ritiene sufficiente anche una semplice *invitatio ad offerendum* precedentemente inviata dal destinatario al soggetto

che ha eseguito la prestazione; il secondo requisito consiste nello scopo, che si nasconde dietro all’esecuzione della prestazione, di indurre il destinatario ad accettare di concludere un contratto¹²⁴.

Il comportamento del consumatore che «cerchi» la prestazione online, recandosi sul sito web del professionista oppure aderendo ad una proposta da questi rivoltagli via internet, parrebbe a prima vista doversi reputare idoneo ad integrare il primo dei menzionati presupposti; e tale giudizio parrebbe non dover mutare anche ogni qualvolta non vengano rispettati i «requisiti formali» di cui all’art. 8, par. 2, comma 2, direttiva.

Senonché, è lo stesso disposto testé menzionato a prescrivere che, qualora il professionista non osservi le prescrizioni in esso indicate, il consumatore non potrà considerarsi vincolato né dal contratto, né tantomeno dall’ordine: proprio l’apposita precisazione che il legislatore europeo ha inteso fornire in merito alla non vincolatività dell’ordine sembra palesare l’intento di neutralizzare gli effetti di un’eventuale avvenuta attivazione del consumatore in relazione alla prestazione offerta dal professionista.

Ciò posto, ci si chiede tuttavia se, nell’ipotesi di mancato rispetto del presupposto di cui all’art. 8, par. 2, comma 2, dir., pur non potendosi ravvisare un comportamento del consumatore rilevante ai fini della stipulazione del contratto, nell’atteggiamento di quest’ultimo sia comunque

¹²⁴ Sul punto, v. per tutti, De Cristofaro, *Sub art. 57 c. cons.*, in Id. e Zaccaria (a cura di), *Commentario*, cit., p. 467 ss.; cfr., *amplius*, De Cristofaro (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e Codice del consumo*, Torino, 2008, p. 433 ss.

dato riscontrare un comportamento di «ricerca» della prestazione, tale da escludere l'applicabilità della disciplina sulle forniture non richieste.

È in proposito pacifico che, affinché una prestazione possa qualificarsi come «non richiesta» ai sensi della menzionata disciplina, non è sufficiente la mancanza di un atto negoziale di «richiesta» della prestazione stessa da parte del consumatore, ma è altresì indispensabile che la sua esecuzione non sia stata in alcun modo stimolata o promossa dal destinatario, talché essa si configuri come il frutto di una iniziativa meramente unilaterale ed autonoma di chi ha effettuato la fornitura stessa: per escludere l'applicazione della disciplina sulle forniture non richieste si ritiene dunque sufficiente un qualsiasi comportamento concludente del destinatario, da cui sia ricavabile in modo chiaro ed inequivoco l'interesse a ricevere un'offerta contrattuale relativa ad un determinato bene o servizio, accompagnata dall'anticipata consegna del bene (o fornitura del servizio) in questione.

Orbene, nell'ipotesi di Internet *cost traps*, la «trappola» approntata dal professionista si caratterizza per la presenza in essa di un'«esca», costituita dall'offerta di una prestazione (ovvero dalla diretta esecuzione della stessa) che attira il consumatore nella *trap* proprio in quanto presentata come gratuita.

Ciò posto, parrebbe difficile affermare che la prestazione possa considerarsi come «richiesta» da parte del consumatore per il mero fatto che

quest’ultimo, in ragione dell’asserita gratuità della prestazione offerta, sia stato attirato e sia conseguentemente caduto nel tranello teso dal professionista, «accettando» (o, più semplicemente, non rifiutando) di ricevere la prestazione offerta, nell’erronea convinzione (indotta o comunque non fugata dal professionista) che essa fosse gratuita.

Pensiamo, ad esempio, alle ipotesi di pubblicità di prodotti offerti come «gratuiti» mediante indicazioni inserite su *banner* che compaiono sull’*account* di posta elettronica del consumatore; o, ancora, ad ipotesi in cui il consumatore che, necessitando di un programma per PC, di norma reperibile gratuitamente *online* (ad es. *Adobe reader*), digiti su di un motore di ricerca come Google le parole «*Adobe reader gratis*» e venga in conseguenza di ciò indirizzato sul sito internet di un professionista da scaricare, all’apparenza gratuitamente, il software ricercato, salvo poi accorgersi che in conseguenza di ciò è stato «attivato» un contratto di abbonamento a titolo oneroso.

In tutte queste ipotesi, non è tanto il consumatore che (anche in senso non tecnico) richiede la prestazione, quanto il professionista che lo invita a ricevere una prestazione, senza chiarire che da un determinato comportamento del consumatore scaturirà la (invero, ai sensi della direttiva, infondata) pretesa ad una controprestazione.

Orbene, a fronte di una *Internet cost trap*, l’art. 8, par. 2, comma 2, direttiva, provvede anzitutto a disattivare la «trappola» predisposta dal

professionista, qualificando il contratto e l'ordine come non vincolanti per il consumatore; a fronte di ciò, parrebbe poi difficile non qualificare come «non richiesta» dal consumatore una prestazione che costui si trovi tra le mani dopo esser caduto in una trappola predisposta dal professionista, sempre che quest'ultimo non sia in grado di dimostrare che pure in tale ipotesi sia stato il consumatore a cercare la prestazione e non quest'ultimo a trovarlo.

In tale ricostruzione, non sembrerebbe doversi ravvisare un particolare rischio di abuso da parte del consumatore e tantomeno la creazione di un assetto squilibrato in suo favore. La non vincolatività per il consumatore del contratto e dell'ordine per mancato rispetto dei presupposti di cui all'art. 8, par. 2, comma 2, dir., e la conseguente da noi asserita applicabilità della disciplina delle forniture non richieste si avranno infatti in tutti e soli i casi in cui la prestazione venga presentata al consumatore come del tutto gratuita, o meglio qualora costui – in violazione di quanto previsto dall'art. 8, par. 2, comma 2, dir. – non sia stato reso chiaramente edotto in merito all'onerosità della prestazione e non abbia espressamente riconosciuto che dal suo ordine sarebbe scaturito un obbligo di pagare.

In proposito, lo stesso art. 27, dir. 2011/83/UE, provvede a ribadire che il consumatore sarà esonerato dall'obbligo di fornire qualsiasi prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta di beni, acqua, gas, elettricità, teleriscaldamento o contenuto digitale o di prestazione non

richiesta di servizi vietata dall’art. 5, par. 5 e al punto 29 dell’all. I, dir. 2005/29/CE e che, inoltre, l’eventuale assenza di risposta del consumatore in seguito a tale fornitura non richiesta non costituisce consenso.

Qualora poi il consumatore abbia richiesto una prestazione principale (ad es. la fornitura di un *software*), dalla cui consegna il professionista non abbia indicato che scaturirà un obbligo di pagare in quanto in ipotesi offerta come gratuita, unitamente ad una prestazione accessoria (ad es., l’installazione del *software* stesso, oppure un aggiornamento periodico), della quale sia invece indicato il prezzo, riteniamo che il consumatore sarà vincolato a prestare il corrispettivo solo per la seconda prestazione.

14. Obblighi di informazione, *Internet cost traps* e pratiche commerciali scorrette.

Nell’ambito delle accennate dinamiche, la condotta del professionista potrà (e dovrà) poi essere valutata alla luce della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette (artt. 18-27, c. cons.; § 3 ss., UWG).

In relazione al tema oggetto della presente analisi, è necessario anzitutto verificare se nel comportamento del professionista che offra i propri prodotti e/o servizi in rete possa ravvisarsi l’integrazione di una o più tra le fattispecie inserite nella *black list* delle pratiche commerciali che debbono considerarsi «in ogni caso» ingannevoli o aggressive, elencate

all’Allegato I, dir. 2005/29/CE (artt. 23, 26 c. cons.; allegato al § 3, comma 3, UWG), la cui valutazione di scorrettezza prescinde pertanto dalle concrete ripercussioni che la condotta abbia avuto sui consumatori nonché dalla sua effettiva e concreta attitudine a falsarne in misura apprezzabile il comportamento economico.

Nelle ipotesi di *Internet cost traps* è suscettibile di applicarsi anzitutto la previsione di cui al n. 20 dell’all. I, dir. 2005/29/CE (art. 23, comma 1, lett. v), c. cons.; n. 21 dell’allegato al § 3, comma 3, UWG), che intende evitare che il consumatore venga tratto in inganno in merito alla gratuità di un bene o di un servizio e che pertanto qualifica come «in ogni caso ingannevole» la pratica che consiste nel descrivere un prodotto come gratuito, senza oneri o simili, qualora al consumatore venga richiesto di pagare una ulteriore somma rispetto all’inevitabile costo di rispondere all’offerta del professionista e di ritirare o farsi recapitare il prodotto.

Tra le ipotesi che ricadono senz’altro nell’ambito di applicazione di tale precetto vi sono, ad es., le offerte di prodotti indicati come «gratuiti», a «co-sto zero», come «regalo», «omaggio» o «free».

Particolarmente problematica si rivela in proposito la valutazione delle ipotesi in cui il professionista offra un «omaggio», nel senso di prodotto diverso o di una misura ulteriore dello stesso prodotto, rispetto a quello pagato dal consumatore in occasione dell’acquisto di merci o servizi

(come accade nel caso in cui l’offerta preveda, in conseguenza dell’acquisto di un *software*, il diritto ad ottenerne uno ulteriore «in omaggio»).

È inoltre in proposito necessario comprendere quale significato debba attribuirsi all’espressione «normale costo necessario per rispondere alla pratica commerciale e per ritirare o farsi recapitare il prodotto».

In tale categoria debbono anzitutto ricomprendersi i costi che il consumatore deve sostenere per comunicare al professionista di accettare l’offerta del prodotto «gratis»: nel caso del commercio elettronico, si tratterà dunque dei costi (di norma pressoché irrilevanti) che il consumatore dovrà sopportare per il collegamento ad internet.

Una pratica commerciale scorretta ai sensi del n. 20, all. I, dir. 2005/29/CE si potrà dunque riscontrare ogni qual volta il professionista offra un prodotto come «gratis» e chiedi a chi intenda accettarlo di essere ricontattato ad un numero di telefono raggiungibile dal chiamante solo mediante il pagamento di una tariffa telefonica molto elevata (tipica, ad es., dei numeri a decade 199...).

In ogni caso, a prescindere dai termini concretamente utilizzati dal professionista nell’offerta, il consumatore sarà tenuto a sopportare solo i costi inevitabilmente collegati alla comunicazione al professionista della accettazione dell’offerta gratis, con l’esclusione, pertanto, di tutti i costi che di fatto rappresentano una controprestazione per la merce o il servizio ricevuto.

Nella misura in cui, seguendo il ragionamento sopra svolto, la prestazione eseguita dal professionista nell’ambito del commercio elettronico senza che siano stati rispettati i presupposti di «vincolatività» di cui all’art. 8, par. 2, comma 2, dir. 2011/83/UE, possa qualificarsi come «fornitura non richiesta», si concretizzerà una pratica «in ogni caso ingannevole» di cui n. 21 dell’all. I, dir. 2005/29/CE (art. 23, lett. z), c. cons.; n. 22 dell’allegato al § 3, comma 3, UWG), ogniqualvolta il professionista includa nel materiale promozionale una fattura o analoga richiesta di pagamento che lasci intendere, contrariamente al vero, al consumatore di aver già ordinato il prodotto.

Secondo il dato letterale di tale disposizione, essa trova applicazione qualora detta «fattura o analoga richiesta di pagamento» venga «inclusa» nel materiale promozionale: si ritiene in proposito possibile estendere l’applicazione di tale norma anche alle ipotesi in cui al consumatore venga inviata solamente la richiesta di pagamento, senza che essa si trovi allegata a del materiale promozionale, in ragione della circostanza che la norma in commento mira a proteggere il consumatore da pratiche che intendano far sorgere in esso il convincimento di essere obbligato ad eseguire una prestazione e che la pratica da ultimo descritta si rivela in tal senso «particolarmente ingannevole».

A questo proposito, è stata recentemente considerata idonea a ricadere nell’ambito applicativo del n. 21, all. I, dir. 2005/29/CE anche

l'ipotesi di invio al consumatore di un messaggio che gli preannunci l'invio da parte del professionista di una fattura o di una analoga richiesta di pagamento, dal momento che tale condotta farebbe sorgere nel consumatore l'errata impressione di aver già ordinato il menzionato prodotto.

Qualora, poi, contestualmente o successivamente alla fornitura non richiesta, il professionista esiga anche il pagamento, immediato o differito, o la restituzione o la custodia di prodotti «non richiesti» da lui forniti, sarà possibile ravvisare una pratica commerciale «in ogni caso aggressiva» ai sensi del n. 29 dell'all. I, dir. 2005/29/CE (art. 23, lett. f), c. cons.; n. 29 dell'allegato al § 3, comma 3, UWG), salvo nel caso di beni sostitutivi di cui all'art. 7, par. 3, dir. 97/7/CE.

Al fine di escludere l'applicabilità della norma non rileva che la richiesta di pagamento avvenga espressamente (ad es., allegando una ricevuta) o per fatti concludenti (mediante l'allegazione di un modulo per effettuare il bonifico della somma richiesta).

In proposito, è interessante notare come il *Bundesgerichtshof* abbia recentemente predicato l'estensione dell'ambito applicativo di tale disposizione anche alle ipotesi in cui l'imprenditore, abbia semplicemente preannunciato l'invio del prodotto o del servizio al consumatore, pur non avendovi (ancora) provveduto.

Nell'ipotesi in cui la condotta del professionista non integri alcuna delle menzionate previsioni della *black list*, la sussistenza di una pratica

commerciale scorretta potrà poi ravvisarsi in esito ad un esame condotto facendo applicazione degli artt. 6 e 7, dir. 2005/29/CE (artt. 21 e 22 c. cons.; §§ 5 e 5° UWG) e degli artt. 8 e 9, dir. 2005/29/CE (artt. 24 e 25 c. cons.; §§ 8 e 9, UWG), o, in via ulteriormente subordinata, della clausola generale di cui all’art. 5, dir. 2005/29/CE (art. 20, c. cons.; § 3 UWG).

In particolare, la valutazione di ingannevolezza ai sensi dell’art. 6 della direttiva sulle pratiche commerciali sleali potrà scaturire da un esame del complessivo layout della pagina web, che si riveli idonea a far sorgere nel consumatore medio l’impressione che il professionista offra di eseguire gratuitamente la prestazione e dunque ad orientare la sua decisione di natura commerciale, come potrebbe ad esempio accadere qualora nella pagina web

campeggi un pacchetto regalo, che evochi la gratuità della prestazione offerta, pur se in caratteri meno visibili siano presenti indicazioni relative alla onerosità della prestazione offerta dal professionista.

L’art. 7, par. 2, dir. 2005/29/CE precisa in proposito che può essere ravvisata un’omissione ingannevole anche nel comportamento del professionista che occulti o presenti in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui al par. 1 della stessa disposizione, nel cui ambito applicativo è dunque suscettibile di ricadere tutta una serie di omissioni idonee ad influire sulle decisioni di natura commerciale del consumatore medio, come la oscura formulazione di un

sito web, in cui le indicazioni sul prezzo del prodotto offerto vengano fornite tramite il rinvio ai contenuti a piè pagina segnalati da un asterisco, oppure mediante la loro collocazione all'interno delle condizioni generali di contratto.

Qualora, facendo applicazione degli enunciati criteri, nel comportamento del professionista dovesse ravvisarsi una pratica commerciale scorretta, potrebbe affermarsi, aderendo ad una ricostruzione proposta da una parte della dottrina, la sussistenza di un diritto al risarcimento dei danni patrimoniali che ne siano derivati in capo alle singole persone fisiche nei confronti delle quali tale pratica sia stata posta in essere¹²⁵.

I consumatori *uti singuli* potrebbero inoltre promuovere un'azione di classe ex art. 140-bis, c. cons. 97, mentre alle associazioni dei consumatori iscritte nel registro di cui all'art. 138, c. cons. sarebbe dato instaurare un'azione inibitoria ex art. 140, c. cons.

Un'azione risarcitoria (questa volta ex art. 2600, c.c.) potrebbe inoltre venire proposta anche dai singoli concorrenti danneggiati dall'attività del professionista, mentre all'esperimento dell'azione inibitoria

¹²⁵ DE CRISTOFARO, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali*, cit., p. 904 ss.; CIATTI, in De Cristofaro (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 424, MIRONE, *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, in *Ann. it. dir. aut.*, 2011, p. 332 ss.; LUCCHESI, *Codice del consumo – Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, a cura di G. Vettori, Padova, 2009, 26.

La disciplina del “commercio elettronico” alla luce della direttiva 2011/83/UE.

ex art. 2599 e 2601 c.c. sarebbero legittimati, oltre agli stessi singoli concorrenti, anche le loro associazioni di categoria le camere di commercio.

Secondo il diritto tedesco, poi, una violazione sistematica degli obblighi di informazione potrebbe invece concretizzare la fattispecie di cui all’art. 4, n. 11, UWG e fondare una conseguente pretesa a chiedere una *Unterlassung* ai sensi dell’art. 8, UWG.

Sul piano dell’equilibrio contrattuale, anche l’efficacia dell’inserimento delle condizioni generali di contratto può essere fatta dipendere (pure) dal rispetto del divieto di pratiche commerciali scorrette e, pertanto, degli obblighi di corretta informazione contenuti nella direttiva sui diritti dei consumatori; specularmente, l’utilizzo di clausole abusive da parte del professionista nei contratti con consumatori può fondare la qualificazione di tale condotta come pratica commerciale scorretta.

Per quanto specificamente riguarda l’ordinamento tedesco, il nuovo assetto delineato dalla direttiva sui diritti dei consumatori impone, pertanto, di provvedere ad un inasprimento della responsabilità del fornitore rispetto a quanto dispone l’attuale § 312 c BGB, che, in combinato disposto con l’art. 241 EGBGB, riconosce una pretesa al risarcimento del danno, a titolo di responsabilità precontrattuale, ai sensi del § 311, comma 2, BGB oppure, a titolo di responsabilità contrattuale, in forza del § 280, comma 1, BGB e 241, comma 2, BGB (violazione delle c.d. *Schutzpflichten*)¹²⁶.

¹²⁶ DE CRISTOFARO, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali*, op. cit., 904 ss.

CONCLUSIONI

Il diritto dei consumatori sta vivendo un momento di grande fermento, che al contempo determina complessità e dipana nuovi scenari, da cui possono cogliersi prospettive di rinnovamento di notevole interesse.

Con l'approvazione, da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, della direttiva 2011/83/UE sui "diritti dei consumatori", può considerarsi conclusa la prima fase del processo di ammodernamento e completamento della disciplina europea dei contratti dei consumatori, sebbene si sia assistito – come evidenziato nel capitolo introduttivo della presente trattazione – ad un vero e proprio *rèvirement* da parte delle Istituzioni europee, che hanno limitato l'oggetto della direttiva dei diritti dei consumatori alla revisione, essenzialmente, della direttiva sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali e di quella sui contratti a distanza, lasciando fuori dal campo la direttiva sulle clausole vessatorie e quella sulle garanzie nella vendita di beni di consumo.

Nonostante il ridimensionamento dell'ambito di formazione risultante dalla versione finale della direttiva 2011/83/UE, la portata dell'intervento normativo rimane pur sempre considerevole.

Invero, va considerato che il legislatore comunitario ha sì ridotto l'ambito principale di intervento ai soli contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali, ma ha anche utilizzato una tecnica normativa del

tutto singolare, tracciando – quanto all'applicazione degli istituti di tutela – una linea di distinzione che attiene più alla contrapposizione tra contratti di vendita e contratti di servizi che non alla giustapposizione tra contratti a distanza e contratti conclusi fuori dei locali commerciali.

In tal modo, si è riusciti a rendere omogenee, per quanto possibile, le due discipline e a risolvere i problemi di coordinamento sollevati dalla parziale sovrapposizione di norme in parte diverse.

Ovviamente, per veder risolti nel nostro diritto interno i problemi di coordinamento normativo in parola e, pertanto, beneficiare della semplificazione normativa apportata dal diritto comunitario, occorrerà attendere l'entrata in vigore delle norme di recepimento, programmate per il 13 giugno 2014.

Ad ogni modo, il processo di revisione ed armonizzazione *de quo*, essenzialmente, non solo mira a creare un complesso unitario di norme per disciplinare in modo uniforme alcune prescrizioni, ma anche a semplificare ed aggiornare le norme esistenti, nella prospettiva di creare un quadro unitario di regole valide per tutti gli Stati membri.

E' opportuno ricordare, infatti, che le direttive preesistenti contengono le clausole di armonizzazione minima, che consentono agli Stati membri di mantenere o adottare norme più severe in materia di tutela dei consumatori.

Tale approccio ha provocato, fin da ora, il risultato di un quadro normativo frammentato all'interno del mercato europeo.

A ciò si aggiunga, il lievitare dei costi per le imprese che desiderano operare a livello transfrontaliero, con conseguente rischio di discriminazioni geografiche verso i consumatori residenti nei Paesi "periferici".

Il miglior funzionamento del mercato interno, aumentando la fiducia del consumatore nei suoi acquisti e riducendo la riluttanza delle imprese ad operare a livello transfrontaliero, è una finalità fondamentale che non può in alcun modo prescindere da una verifica concreta sugli impatti in termini di garanzia di protezione.

In tal senso, risulta spiegata la principale ragione per cui, la direttiva *de qua* ha inteso proporsi con un approccio di *armonizzazione massima o completa*, tale da uniformare il livello di protezione assicurato ai consumatori europei sul versante contrattuale.

Ed invero, la direttiva abbandona il principio dell'*armonizzazione minima*, che ha consentito, da oltre venticinque anni, agli Stati nazionali di mantenere o introdurre nei loro ordinamenti disposizioni di maggior tutela dei consumatori rispetto a quanto previsto dalle direttive, per abbracciare quello dell'*armonizzazione completa* (c.d. *full harmonization*).

Sulla base dello scenario come sopra descritto, il punto di partenza del progetto di ricerca è stata l'indagine concettuale e normativa della

revisione dell'*acquis* riguardante i diritti contrattuali dei consumatori, sulla scorta delle disposizioni contenute nella direttiva (e prima ancora della proposta di direttiva) in commento.

Parallelamente, pertanto, si è resa necessaria una ulteriore indagine che, essenzialmente, ha preso in esame l'attuale contesto normativo del diritto contrattuale nazionale in materia e l'impatto che l'intervento comunitario ha generato.

In tal senso, è opportuno segnalare alcune innovazioni che possano meglio esemplificare la revisione dell'*acquis* del diritto dei consumatori.

Uno degli aspetti più fortemente innovativi della nuova direttiva è costituito dalla disciplina degli obblighi informativi gravanti sui professionisti nei confronti dei consumatori nella fase precontrattuale.

La prima, fondamentale novità è rappresentata dalla circostanza che la direttiva pone obblighi informativi anche a carico dei professionisti che propongono ai consumatori la conclusione di contratti non qualificabili né come “contratti a distanza” né come “contratti fuori dei locali commerciali”: ne deriva che può dirsi attualmente esistente una disciplina europea completa ed esaustiva delle obbligazioni informative precontrattuali applicabile a qualsiasi rapporto contrattuale B2C riconducibile ad una delle categorie di negozi rientranti nell'ambito di operatività della direttiva.

La seconda novità consiste nel profondo mutamento della *ratio* e dei contenuti della disciplina degli obblighi informativi precontrattuali gravanti sui professionisti che propongono contratti “fuori dei locali commerciali”.

Ed invero, mentre l’art. 4 della direttiva 85/577/CEE imponeva al professionista solo l’obbligo di informare preventivamente il consumatore in merito alla esistenza, ai tempi ed all’esercizio dello *ius poenitendi*, allo scopo precipuo (ed esclusivo) di assicurare che il consumatore, all’atto della conclusione del contratto, avesse piena contezza del rimedio eccezionale accordatogli dalla direttiva stessa, gli artt. 6 e 7 della direttiva 2011/83/UE pongono a carico del professionista un obbligo informativo dai contenuti assai più ampi, niente affatto circoscritti all’istituto dello *ius poenitendi*, sostanzialmente finalizzato a garantire che il consumatore venga messo al corrente di tutti gli elementi indispensabili per scegliere se accettare o meno di concludere l’affare propostogli dal professionista sulla base di una “decisione di natura commerciale” pienamente consapevole ed informata, nonché per conoscere i diritti e le facoltà (*in primis*, lo *ius poenitendi*) che gli competono nei confronti del professionista – e sulla base delle clausole negoziali – nel corso dello svolgimento del rapporto.

La direttiva prevede, altresì, che le informazioni fornite costituiscano parte integrante del contratto e possano essere modificate solamente con l’accordo del consumatore.

Con riferimento alla “durata del periodo di recesso”, il testo consolidato della direttiva individua espressamente i termini per esercitare il diritto di ripensamento in quattordici giorni di calendario, unificando il periodo su scala europea; e facendolo decorrere (sia per i contratti a distanza che per i contratti conclusi fuori dei locali commerciali) dalla consegna dei beni, o in caso di servizi, dalla conclusione del contratto.

La formula usata per declinare lo *ius poenitendi* chiarisce da subito (art. 9, par. 2, della direttiva) che il consumatore non è esonerato da tutti i costi, dovendo sostenere quelli supplementari di consegna, nonché quelli ordinari, relativi alla successiva restituzione dei beni al professionista, conseguente all’esercizio del diritto di recesso, purché però il professionista non abbia concordato di sostenerli in proprio o abbia ommesso di informare il consumatore che tali costi diretti di restituzione dei beni sono a suo carico.

In relazione al *dies a quo* per il computo del termine utile all’esercizio del diritto di recesso, l’art. 9, par. 2, della direttiva in questione offre una articolata statuizione.

Nel caso in cui siano correttamente assolti gli obblighi di informazione a carico del professionista, il termine decorre: a) dal giorno della conclusione del contratto nel caso di contratti di servizi, ovvero nel caso di “contratti per la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, di teleriscaldamento o di contenuto digitale non fornito su un supporto

materiale (...); b) nel caso di contratti di vendita, dal giorno in cui avviene la consegna dei beni al consumatore, che lo stesso legislatore comunitario individua testualmente nel “giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico dei beni o: i) nel caso di beni multipli ordinati dal consumatore mediante un solo ordine e consegnati separatamente, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico dell’ultimo bene; ii) nel caso di contratti di consegna di un bene costituito da lotti o pezzi multipli, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico dell’ultimo lotto o pezzo; iii) nel caso di contratti per la consegna periodica di beni durante un determinato periodo di tempo, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico del primo bene”.

Sensibili novità sono apportate dal legislatore comunitario anche con riguardo alle modalità di esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore, dato che al medesimo viene riconosciuta la facoltà di utilizzare, a tal fine, un apposito “modulo tipo di recesso”, allegati I, parte B, alla direttiva 2011/83/UE, che il professionista è obbligato a trasmettere al consumatore unitamente alle informazioni preliminari, ex art. 6 par. 1, lett. h) della suddetta direttiva.

L'utilizzo della modulistica tipo di cui sopra dovrebbe semplificare la comunicazione del recesso nell'ambito della comunità europea, in particolar modo nel caso di consumatori più "deboli", che registrano difficoltà nell'uso di strumenti che il diritto pone loro a disposizione, nonché nel caso di operazioni contrattuali transfrontaliere, al fine di far più speditamente fronte alle eventuali remore derivanti da *gap* culturali, linguistici o legati alle specificità del diritto interno dei singoli Stati membri interessati, le quali ultime si traducono in inutili costi, che la direttiva ha inteso eliminare, per le imprese che operano a livello internazionale.

Ovviamente il consumatore non è vincolato all'uso della modulistica proposta dal legislatore comunitario, potendo presentare anche qualsiasi altra dichiarazione da cui si evince espressamente la volontà di recedere dal contratto.

Con riferimento ai rimedi esperibili in caso di inadempimento degli obblighi informativi, l'art. 5 della direttiva 2011/83/UE non specifica quali conseguenze derivino dall'eventuale mancato o inesatto adempimento gravante sul professionista ai sensi del par. 1 di tale disposizione.

Pertanto, spetta ai legislatori nazionali, in sede di recepimento, decidere se e quali conseguenze giuridiche debbano scaturire da siffatto inadempimento.

Tuttavia, fanno eccezione a tale regola i casi relativi al mancato assolvimento degli obblighi informativi concernenti il diritto di recesso,

nonché l'indicazione di spese aggiuntive ed altri costi, inclusi quelli relativi alla restituzione dei beni; in conseguenza di tali omissioni, la direttiva prevede, rispettivamente, un allungamento dello *spatium deliberandi* in favore del consumatore, nonché l'assenza dell'obbligazione pecuniaria per le predette spese ed i predetti costi.

La direttiva *de qua* prende anche in considerazione la disciplina riguardante la mancata tempestiva consegna del bene da parte del professionista.

In particolare, il legislatore comunitario si è fatto carico di introdurre due importanti novità: viene riconosciuto un tempo massimo, pari a trenta giorni di calendario, per consegnare il bene al consumatore a decorrere dalla conclusione del contratto; viene, altresì, prescritta la regola secondo cui il commerciante (professionista) sostiene il rischio ed i costi legati al deterioramento o alla perdita del bene fino al momento in cui il consumatore ne prenda il possesso materiale. Questa disposizione, che nei lavori preparatori ha preso il nome di regola sul passaggio del rischio, può rilevarsi particolarmente utile per l'ordinamento italiano, quale eccezione all'ordinario principio consensualistico del trasferimento della proprietà.

Dopo una analitica analisi delle innovazioni introdotte dalle disposizioni della direttiva 2011/837UE, nonché l'impatto che le medesime avranno nell'opera di *restyling* del Codice del consumo italiano (attualmente ancora in corso), si è avuto modo di analizzare le nuove regole

introdotte dalla direttiva in commento, in relazione all'impiego delle tecnologie di commercio elettronico e dei contenuti digitali.

Invero, la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori detta - per la prima volta - specifiche regole per il commercio di contenuti digitali nell'Unione europea, che dovrebbero contribuire a favorirne la standardizzazione.

Nel perseguire l'obiettivo di innalzare la certezza del diritto nel mercato comune europeo della rete e di migliorare sensibilmente la protezione del consumatore, tale direttiva rende possibile una riduzione dei costi di transazione, generando in tal modo sensibili vantaggi per le imprese e notevoli stimoli per la concorrenza.

Con specifico riguardo alla fornitura di contenuti digitali in rete, il diritto di recesso del consumatore nei contratti a distanza viene con ciò modificato nel suo regime di operatività sino a consentirne la completa esclusione, in modo tale da consentire agli imprenditori di offrire contenuti digitali *online* senza di massima dover temere un abuso di tali dati da parte dell'acquirente, che sfrutti loro possibilità di accedervi per effettuarne copia illegale e poi sciogliersi dal vincolo contrattuale.

L'art. 16, lett. m), dir. 2011/83/UE, prevede infatti che il consumatore non dispone dello *ius poenitendi* qualora la esecuzione sia iniziata con l'accordo espresso del consumatore e con la sua accettazione del fatto che avrebbe perso il diritto di recesso.

Mediante la direttiva sui diritti dei consumatori i dati digitali vengono, dunque, per la prima volta riconosciuti dal legislatore europeo come possibile oggetto di un contratto di compravendita, segnando un passo avanti della disciplina di tale istituto in relazione alle specifiche esigenze del mondo digitale.

In particolare, l'espressa adozione della c.d. *Button solution* da parte del legislatore europeo (già attualmente recepita dall'ordinamento tedesco) – prescrivendo l'obbligo per il professionista di fornire espressamente al consumatore tutte le informazioni (precontrattuali) di cui all'art. 8, par. 2, comma 2, della direttiva ovvero la consapevolezza per il consumatore della circostanza che da un determinato ordine scaturirà un obbligo di pagamento, pena la sanzione della «non vincolatività del contratto o dell'ordine» - segna un progresso decisivo nella lotta agli *Internet cost traps* che, nonostante i diversi meccanismi di tutela già presenti nell'ordinamento nazionale, rappresentano ad oggi un problema di grande rilevanza per la sicurezza e la fiducia dei consumatori nel commercio sul *web*.

Si può quindi concludere che, il riesame dell'*acquis* riguardante i diritti contrattuali dei consumatori ha investito l'ambito del riordino del diritto comunitario dei consumatori, anche con la prospettiva della costruzione di un diritto europeo dei contratti.

BIBLIOGRAFIA

- Alpa**, *Ancora sulla definizione di consumatore*, in *Contratti*, 2001, p. 205.
- Alpa**, voce *Consumatore (protezione del) nel dir. civ.*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., III, Torino, 2001, pp. 542 e ss.
- Alpa**, *Gli usi del termine "consumatore" nella giurisprudenza*, in *NGCC*, 1999, II, p. 4.
- Alpa**, *L'armonizzazione del diritto contrattuale europeo ed il codice civile europeo*, in *Economia e diritto del terziario*, 1, 2004.
- Alpa**, *Il codice del consumo. Il commento*, in *Contratti*, n. 11, 2005, p. 105.
- Alpa**, *I contratti dei consumatori. Diritto comunitario e novellazione del codice civile*, in *Resp. Civ. e prev.*, 1996, pp. 1065 e ss.
- Alpa e Danovi** (a cura di), *Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori. L'integrazione europea e il processo civile*, in *Materiali del seminario del 12/7/2002*, Milano, 2003.
- Alpa**, *Il diritto dei consumatori*, Roma - Bari, 2002.
- Alpa**, *Il diritto privato dei consumi*, Bologna, 1986.
- Alpa**, *Il diritto privato europeo*, Padova, 1997.
- Alpa**, *Contratti a distanza. Prime considerazioni*, in *Contratti*, 1999, n. 8-9, pp. 845 ss.
- Alpa**, *Cyber law. Problemi giuridici connessi allo sviluppo di Internet*, in *N. giur. civ.*, 1998, pp. 385 ss.
- Alpa**, *Il diritto dei consumatori: un laboratorio per i giuristi*, in *ALPA, CONTE, DI GREGORIO, FUSARO, PERFETTI* (a cura di), *Il diritto dei consumi. Aspetti e problemi*, Napoli, 2010, pp. 11 ss.
- Alpa**, *Vendite a distanza: nuove garanzie a tutela del consumatore*, in *Contratti*, 1997, pp. 423 ss.
- Alpa**, *I Principles of European contract law predisposti dalla Commissione Lando*, in *Rivista civile di diritto privato*, 2000, pp.483-497.

Alpa, *Il quadro comune di riferimento e le nuove prospettive di diritto contrattuale europeo*, in *I Contratti*, n. 3, 2005.

Alpa, Andenas, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005, 609 (*Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti).

Alpa, Capilli, *Lezione di diritto privato europeo*, Padova, 2007.

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

Alpa, Iudica (a cura di), *Draft Common Frame of Reference (DCFR), what for?*, Milano, 2013.

Alpa, Iudica, Perfetti, Zatti (a cura di), *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, Milano, 2009.

Antonioli, *Il consumatore, un personaggio in cerca di autore*, in *Resp. Civ. prev.*, 1995, p. 968.

Amato, *Per un diritto europeo dei contratti e dei consumatori*, Milano, 2003.

Azoulai, *The Acquis of European Union and International Organizations*, in *European Law Journal*, vol. 11, n. 2, pp. 196-231.

Benacchio, *La tutela del consumatore e il diritto dei contratti*, in *Diritto privato della Comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 2001.

Bravo, *I contratti a distanza nel Codice del Consumo e nella Direttiva 2011/83/UE*, in *Temi di diritto privato e di diritto pubblico collana diretta da Guido Alpa*, Milano 2013.

Busch, *Kollisionsrechtliche Weichenstellungen für ein optionales Instrument im Europäischen Vertragsrecht*, in *Europäische Zeit-schr. Wirtschaftsrecht*, 2011, p. 657.

Bussani, Mattei, *The common core of European private law*, The Hague, 2003.

Caggiano, *L'uniformazione del diritto contrattuale europeo. American perspectives*, in *Annali 2011 – 2012* (dell'Università degli Studi di Suor Orsola Benicasa), 2012, pp. 1 ss.

Camardi, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Europa e Diritto Privato*, 2001, pp. 703 ss.

Cannalire, *La Commissione europea lancia una consultazione pubblica su una serie di proposte volte a semplificare la normativa contrattuale relativa ai consumatori e adattarla alle moderne tecniche d'acquisto on line*, in *I contratti*, n. 4, 2007, pp. 393-398.

Carbonara, Parisi, *The paradox of legal harmonization*, JEL Classifications: K10, K33, D70, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract id=870519>.

Carbone, *Spazio giuridico europeo*, in *Collana del Diritto del commercio internazionale*, Milano, 2003.

Corea, *Ancora in tema di nozione di “consumatore” e contratti a scopi professionali: un intervento chiarificatore*, in *Giust. civ.*, 2000, I, pp. 2119 e ss.

Cassano, *Diritto dell'internet. Il sistema di tutele della persona*, Milano, 2005.

Cassano (a cura di), *Commercio elettronico e tutela del consumatore*, Milano, 2003.

Castronovo, *I principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, in *Rivista del diritto commerciale e delle obbligazioni*, 1995, I, pp. 21-38.

Casucci (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea, temi e questioni*, Napoli, 2007, pp. 286 e ss.

Collins, *European social policy and contract law*, in *European review of contract law*, vol. 1, n. 1, 2005, p. 115.

Colombi Ciacchi, *The constitutionalization of European contract law: judicial convergence and social justice*, in *European review of contract law*, n. 2, 2006, p.167.

Comandè, *Gestire il dialogo tra civil law e common law nel diritto privato europeo*, in Miletto M., Rizzelli G., Troiano O., *Harmonisation involves history? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*”, Milano, 2004.

D’Amico, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *Contratti*, 2012, 12, pp. 977 ss.

D’Amico, *Il diritto comune europeo della vendita. Direttiva dei consumatori e regolamento sul diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell’Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *Contratti*, 2012, 7, pp. 611 ss.

D’Angelo, *Un ordine europeo per il diritto civile*, in *Contratto e impresa. Europa*, fasc. 1, 2010, pp. 1-20.

De Cristofaro, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *Studium iuris*, 1999, pp. 1201 ss.

Dona, *Il codice del consumo. Regole e significati*, Torino, 2005.

Dona, *La vendita-scarsa attenzione al cuore degli scambi*, in Guida al diritto, Il Sole 24 Ore, n. 48, 17 dicembre 2005, p. 108.

Dona, *Consumatori a metà tra pubblicità e prodotto reale*, in *Dike*, 5, 2002.

Dona, *La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori: luci ed ombre nel futuro della tutela contrattuale*, <http://www.personaemercato.it/editoriale/la-proposta-di-direttiva-sui-diritti-dei-consumatori>.

De Poli, *Politica del diritto e drafting nell’attuazione delle direttive comunitarie in materia di consumatore*, in G. Sicchiero, “Autonomia contrattuale e diritto privato europeo”, Padova, 2005.

Di Donna, *Obblighi informativi precontrattuali*, in *Temi di Diritto Privato collana diretta da Guido Alpa*, Milano 2008.

Fadda, *Il contenuto della direttiva 1999/44/CE: una panoramica*, in *Contratto impresa/Europa*, 2000, p. 410.

Falzone Calvisi, *Garanzie legali della vendita: quale riforma*, in *Contr. Impr./Europa*, 2000, pp. 454 e ss.

Ferrante (a cura di), *Proposte tedesche per l'attuazione della direttiva comunitaria 99/44/CE all'interno del BGB e per la riforma del Kaufrecht*, in *Contr. Impr./Europa*, 2000, pp. 907 e ss.

Finocchiaro, *Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, in Ricciuto, Zorzi (a cura di), *Il contratto telematico*, Milano, 2002, pp. 15 ss.

Gabrielli, *L'attuazione in Germania e in Italia della direttiva europea sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Europa e diritto privato*, 2000, pp. 723 ss.

Gandolfi, *La vendita nel Codice europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, fasc. 4, 2006, pp. 1229-1234.

Gatt, Venditti, (a cura di), *Contratto e diritto Uniforme*, Napoli, 2005, pp. 105-126.

Ghidini, *Comunicazione pubblicitaria e consumatori*, Centro Internazionale Magistrati Luigi Severini, Atti del XXXVI Corso di studi, Perugia, novembre 1989, pp. 29 e ss.

Gomez, *Analyse économique de la directive*, in *La directive communautaire sur la vente, Commentaire*, a cura di Bianca-Grundmann-Stijns, Paris, 2004, pp. 64 e ss.

Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990.

Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2005.

Grundmann, *Introduction*, in *La directive communautaire sur la vente, Commentaire*, a cura di Bianca-Grundmann-Stijns, Paris, 2004, pp. 24 e ss.

Guerinoni, *Non conformità del bene di consumo e responsabilità del venditore*, in *PMI*, n. 3, 2006, pp. 12 e ss.

Grosswald Curran, *Romantic common law, Enlightened civil law: legal uniformity and the homogenization of European Union law* 63, 2001.

Grosswald Curran, *Comparative law and language*, in R. Zimmermann, M. Reimann, *The Oxford Handbook of comparative law*, Oxford (forthcoming), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=851506.

Grundmann, Kerber, *European system of contract laws, a map for combining the advantages of centralized and decentralized rule making*, in *Communication from the Commission on European contract law (Harmonization, code, optional code)*”, Leuven, 2001.

Grundmann, *The optional European code on the basis of the acquis communautaire-starting points and trends*, in *European law journal*, vol. 10, n. 6, November 2004, pp. 698-711.

Hazan, *Attuata la direttiva 99/44/CE: si rafforza la tutela del consumatore*, in *I Contratti*, 2002, pp. 396-397.

Hesselink, *A comparison between the provisions of the draft Common Frame of Reference and the European Commission's proposal for a Consumer Rights Directive. How CFR can improve the Consumer Rights Directive*, Bruxelles, 2009 (PE 419.608) (documento disponibile sul sito Internet del Parlamento europeo).

Hesselink, *The consumer rights directive and CFR: two worlds apart?* Bruxelles, 2009 (PE. 410.674) (documento disponibile sul sito Internet del Parlamento europeo).

Howells – Schulze (a cura di), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier European Law Publishers, 2009.

Hondius, *The Proposal for an European Directive on Consumer Rights: A Step Forward*, in *European Review of Private Law*, 2010, p. 103 ss.

Iurilli, *Autonomia contrattuale e garanzie nella vendita di beni di consumo*, Milano, 2004.

Lindahl, “*Acquiring a community: the acquis and the institution of European legal order*”, in *European law journal*, vol. 9, n. 4, September 2003, pp 433-450.

Loos, “*The influence of European consumer law on general contract law and the need for spontaneous harmonization*”, Centre for study of European contract law, working paper series, n. 2, 2006.

Lucchesi, *Codice del consumo – Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, a cura di G. Vettori, Padova, 2009.

Luminoso, *Appunti per l’attuazione della direttiva 44/99/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2001, pp. 107 ss.

Luminoso, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, Padova, 2003, pp. 385 ss.

Luminoso, *Riparazione e sostituzione della cosa e garanzie per i vizi nella vendita dal codice civile alla direttiva 99/44*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, pp. 837 ss.

Marin, *La garantía en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea*, Madrid, 2004.

Marinelli, *La tutela del contraente debole. Rimedi contrattuali*, in CASUCCI (a cura di), *Il diritto privato dell’Unione Europea*, Napoli, 2007, pp. 288 ss.

Martorano, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1959, p. 60.

Marzio, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, pp. 837 e ss.

Mazzamuto, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, pp. 861 ss.

Mengozi, *La nozione di consumatore, la direttiva CEE 93/13 ed il diritto italiano*, in *Contratto e impresa/Europa*, n. 1/2002, p. 54.

Micklitz, *La nozione di consumatore nel par. 13 BGB*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, pp. 623 e ss.

Micklitz – Reich, *Crònaca de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a “Directive on consumer rights”*, in *Common Market Law Review*, 2009, pp. 471-519.

Moscarini, *Diritti ed obblighi di informazione e forma del contratto*, in *Diritto privato ed interessi pubblici, Scritti minori*, I, Milano, 2001, pp. 347 e ss.

Pisciotta, *Il risarcimento del danno*, in *La vendita di beni di consumo*, a cura di R. Alessi, Milano, 2005, pp. 103 ss.

Plaia, *La garanzia convenzionale nella vendita al consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pp. 155 ss.

Poillot, *Droit Européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Paris, 2006, pp. 176 e ss.

Raymond, *La protection du consommateur touriste*, *Contrats, conc., consommé.*, octobre 1992, p. 1 e ss., spec. p. 1.

Raynard, *De l'influence communautaire et internationale sur le droit de la vente*, in *RTDC*, 1997, pp. 1020 ss.

Reynolds, *Terms as to Description and Quality Implied*, in *Benjamin ‘ Sale of Goods*, London, Maxwell, 1997, V ed., pp. 489-549.

Riva, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2011, p. 754 ss.

Roppo, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corriere giuridico*, 2009, 2, 267 ss.

Rossi, Di Federico (a cura di), *L'incidenza del diritto dell'unione europea sullo studio delle discipline giuridiche*, Napoli 2008.

Rossi Carleo, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, pp. 349 e ss.

Rossello, *Commercio elettronico. La governante di Internet tra diritto statale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, Milano, 2006.

Rossello, Finocchiaro, Tosi (a cura di), *Commercio elettronico (vol. XXXII del Trattato di Diritto privato, diretto da Bessone)*, Torino, 2007.

Sangiovanni, *Il diritto di recesso nella commercializzazione a distanza dei servizi finanziari*, in *Contratti*, 2009, 4, 411 ss.

Rott – Terry, *The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules*, in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2009, p. 456 ss.

Sarzana di S. Ippolito, *Le aste telematiche*, in Tosi (a cura di), *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico*, Milano, 2012, II, 675 ss.

Scarpello, *Art. 1469-bis n. 14, ne Le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, Milano, 2003, p. 524.

Schmidt-Kessel, *Zur Kollision von Informationspflichten aus EU-Richtlinien im Blick auf die Entwurfzur Verbraucherrechterichtlinie*, in *Zeitschr Gemeinschaftsprivatrecht*, 2011, pp. 79 ss.

Schmid, *The instrumentalist conception of the *acquis communautaire* in consumer law and its implications on an European contract law code*, in *European review of contract law*", vol. 1, n. 2, 2005, p. 211.

Smits, *Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights*, in *European Review of Private Law*, 2010, p. 5 ss.

Sculte-Nolke, *The review of the consumer acquis and the Common frame of reference – progress, key issues and prospective*, Vienna conference, maggio 2006, http://ec.europa.eu/consumer/cons_int/safe_shop/fairbuspract/cont_law/index_en.htm.

Smits, *Full Harmonization of Consumer Law ? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights*, in *European Review of Private Law*, vol. 18, pp. 5-14, 2010.

Stijns, *Les garanties commerciales et l'action récursoire du vendeur final dans la directive sur la vente au consommateur*, in *Garantías en la venta de bienes de consumo*, pp. 106 ss.

Tenreiro, *La proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation*, in REDC, 1996, pp. 187 ss.

Toriello, *I Contratti di vendita stipulati dai consumatori. Recenti sviluppi*, in *Il Diritto Privato dell'Unione europea*, a cura di Tizzano, Torino, 2000.

Valentino, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali e i contratti a distanza*, in Gabrielli, Minervini (a cura di), *I contratti dei consumatori*, Torino, 2005, II, 659 ss.

Valentino, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999.

Wendehorst (a cura di), *Perspectives for European Consumer Law. Towards a Directive on Consumer Rights and Beyond*, Sellier European Law Publishers, 2010.

Whittaker, *Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees: the Proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of "Full Harmonisation"*, in *European Review of Contract Law*, 2009, p. 223 ss.

Zaccaria e De Cristofaro, *La vendita dei beni di consumo. Commento agli artt. 1519 bis-1519 nonies del codice civile*, Padova, 2002.

Zaccaria, *Riflessioni circa l'attuazione della direttiva n. 1999/44/CE "su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo"*, in *Studium iuris*, 2000, p. 260.

Zeno Zencovich, *La nuova disciplina del commercio elettronico alla luce del d.lgs. n. 70/2003: questioni generali e ambito di applicazione*, in Tosi (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione. Le regole giuridiche del mercato interno e comunitario: commento al D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70*, Milano, 2003.

Ziccardi, *Vizi della cosa venduta, Convenzione di Vienna e comparazione giuridica*, in *Scintillae iuris*, Studi in memoria di Gino Gorla, Milano, 1994, II, pp. 1373 ss.

Zorzi Galgano, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Milano, 2012, (Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da Galgano, Vol. LXII).

Fonti normative:

Direttiva 2011/83/UE

Direttiva 85/577/CEE

Direttiva 97/7/CE

Direttiva 99/44/CE

Direttiva 2005/29/CE

Codice del consumo: d.lgs. n. 206 del 23 ottobre 2005

Proposta di Regolamento COM (2011) 635 definitivo del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 ottobre 2011, relativa a un diritto comune europeo della vendita

Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, che modifica la direttiva 93/13/CEE e la direttiva 1999/44/CE e abroga la direttiva 85/577/CEE e la direttiva 97/7/CE – Atto

del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 59, trasmesso alla Presidenza in data 3.12.2013

Siti internet:

LIBRO VERDE- Revisione dell'*acquis* relativo ai consumatori- Bruxelles, 08.02.2007 disponibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/

COM(2007) 210 della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo disponibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do>

www.ec.europa.eu/index_it.htm

www.europa.eu/index_it.htm

www.europarl.europa.eu