



SCUOLA DOTTORALE “TULLIO ASCARELLI”
XXV CICLO – SEZIONE MERCATO E CONSUMATORI

TESI DI DOTTORATO

**LE VENDITE A DISTANZA AI CONSUMATORI:
DISCIPLINA VIGENTE E PROSPETTIVE DI RIFORMA**

Dottoranda: dott.ssa Francesca Gervasio

Tutor: Chiar.mo Prof. Francesco Ricci

INDICE

Introduzione	pag. 5
Capitolo I. - Contratti a distanza: le questioni aperte.	
1.1 Il fenomeno delle vendite a distanza nell'Unione Europea	8
1.2 Le innovazioni tecnologiche come strumento del sistema di vendita	11
1.3 I vari e confliggenti interessi in gioco	14
1.4 Il consenso del consumatore	20
1.4.1 L'autodeterminazione all'acquisto: rischi e attuali rimedi	20
1.4.2 Il "ripensamento" del consumatore	31
1.4.3 I rischi nelle vendite <i>online</i>	36
1.5 I conflitti nella fase esecutiva	39
Capitolo II. - Contratti a distanza: le soluzioni offerte dal diritto positivo e dalle proposte di regolamentazione europee.	
<i>Sezione I – L'attuale disciplina dei contratti a distanza nel codice del consumo.</i>	
2.1 La direttiva n. 97/7/CE	44
2.2 Il recepimento della direttiva 97/7/CE nell'ordinamento interno (d.lgs. 185/1999)	52
2.3 Il successivo inserimento della disciplina sui contratti a distanza nel codice del consumo (artt. 50-68)	56
2.4 I contratti a distanza e le pratiche commerciali scorrette	59
2.5 I contratti a distanza e la tutela dei dati personali del consumatore	64
2.6 L'ambito applicativo della disciplina sui contratti a distanza	68
2.7 Le informazioni al consumatore	73
2.8 Le sanzioni per la violazione degli obblighi di informazione	86

2.9	Il diritto di recesso e i suoi effetti	91
2.10	L'esecuzione del contratto	99

Sezione II - I contratti a distanza nella direttiva n. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori.

2.11	La revisione dell' <i>acquis communautaire</i> e le esigenze di riforma alla base della direttiva sui diritti dei consumatori n. 2011/83/UE	104
2.12	Il nuovo ambito applicativo della disciplina sui contratti a distanza	116
2.13	Gli obblighi di informazione gravanti sul professionista	124
2.14	Le tutele del consumatore in caso di violazione degli obblighi di informazione	132
2.15	L'esercizio del diritto di recesso e i suoi effetti	135
2.16	L'esecuzione del contratto e il passaggio del rischio	143

Sezione III – I contratti a distanza e l'uniformazione del diritto contrattuale europeo.

2.17	Il progetto di unificazione del diritto contrattuale europeo	148
2.18	I contratti a distanza nella proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita (CESL)	160
2.19	Natura non vincolante della CESL e il suo rapporto con l' <i>acquis</i>	180

Capitolo III. - La risoluzione delle questioni aperte e le prospettive future.

3.1	L'applicazione uniforme della disciplina sui contratti a distanza nell'ambito dell'UE	186
3.2	I nuovi equilibri tra i contrapposti interessi del professionista e del consumatore	192

3.3	Gli strumenti per assicurare al consumatore la prestazione di un consenso libero ed informato all'acquisto: l'incremento delle informazioni e i rimedi in caso di violazione dell'obbligo di informazione	197
3.4	Il diritto di recesso: nuove modalità e termini più ampi per esercitarlo	204
3.5	L'esecuzione del contratto a distanza: nuove soluzioni e problemi irrisolti	210
	Conclusioni	214
	Bibliografia	218

Introduzione

La stipulazione dei contratti a distanza, negoziati e conclusi tra un professionista ed un consumatore mediante tecniche di comunicazione a distanza, offre grandi opportunità di crescita degli scambi nel mercato interno.

Tuttavia, la disciplina elaborata verso la fine degli anni Novanta in ambito europeo, e recepita nei singoli Stati membri, non ha consentito agli operatori economici di sfruttare pienamente tutte le potenzialità di questa modalità di vendita, il cui impiego è rimasto contenuto rispetto agli intenti e alle aspettative.

Ciò è imputabile anche al fatto che la direttiva 97/7/CE sulla “*protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza*” prevedeva un grado di armonizzazione minimo, determinando così una frammentazione normativa che ha pesantemente inciso sulla possibilità, per gli operatori economici, di effettuare agevolmente scambi commerciali a livello transfrontaliero.

Le istituzioni comunitarie – per favorire l’incremento degli scambi nel mercato unico, per agevolare la concorrenza tra le imprese nonché per offrire ai consumatori una più vasta gamma di prodotti a prezzi più competitivi - hanno dato impulso al (e diretto il) percorso volto alla revisione dell’*acquis communautaire* sulle vendite nell’Unione Europea, nell’ambito delle quali rientrano le vendite a distanza.

Espressione di tale obiettivo è stata, in primo luogo, l’adozione della direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette e, successivamente, della direttiva sui diritti dei consumatori 2011/83/UE – direttiva ad armonizzazione “mista” che ha riformato la disciplina sui

contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali e sui contratti a distanza.

Inoltre, in tale contesto assume rilievo fondamentale la presentazione, nel mese di ottobre del 2011, della proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita (o *CESL - Common European Sales Law*).

Nell'ambito della CESL, la disciplina delle vendite a distanza è stata particolarmente valorizzata ed è compresa nel più ampio progetto di riforma del diritto contrattuale europeo, volto alla uniformazione del diritto e alla rimozione degli ostacoli, di carattere giuridico, agli scambi transfrontalieri nel mercato unico.

L'attività di ricerca svolta è stata, quindi, prevalentemente incentrata sull'individuazione dei problemi posti dalla attuale disciplina delle vendite a distanza e dalle soluzioni che sono state proposte dalla disciplina recentemente definita a livello comunitario mediante gli appena citati interventi.

Nel primo capitolo, infatti, si indicano i problemi posti dalla disciplina sui contratti a distanza dal punto di vista *pratico*, rappresentati principalmente dalla disomogeneità normativa esistente a livello europeo, dalla necessità di contenere i costi transattivi per le imprese, dagli ostacoli incontrati dal consumatore alla prestazione di un consenso libero e consapevole all'acquisto, dall'esigenza di prevedere modalità semplici e gratuite di scioglimento dal vincolo contrattuale e di usufruire di rimedi più efficaci in caso di inadempimento.

Nel secondo capitolo, le questioni poste dalla disciplina sulle vendite a distanza vengono analizzate dal punto di vista *giuridico*, partendo dalle norme contenute nell'ordinamento italiano agli artt. 50 e ss. del codice del consumo, seguite dalle nuove regole introdotte con

l'applicazione della direttiva 2011/83/UE e quelle in corso di elaborazione contenute nella CESL - dedicando ad ognuna di esse una apposita sezione.

Nel terzo capitolo, infine, si formulano le conclusioni: ossia, si valuta l'efficacia delle soluzioni - proposte in sede comunitaria - alle questioni individuate nel primo capitolo. Specificamente, si segnalano i problemi risolti, le questioni ancora aperte e le prospettive di riforma.

Capitolo I

Contratti a distanza: le questioni aperte.

SOMMARIO: 1.1 Il fenomeno delle vendite a distanza nell'Unione Europea. – 1.2 Le innovazioni tecnologiche come strumento del sistema di vendita. – 1.3 I vari e confliggenti interessi in gioco. – 1.4 Il consenso del consumatore – 1.4.1 L'autodeterminazione all'acquisto: rischi e attuali rimedi. – 1.4.2 Il "ripensamento" del consumatore. - 1.4.3 I rischi nelle vendite *online*. - 1.5 I conflitti nella fase esecutiva.

1.1 Il fenomeno delle vendite a distanza nell'Unione Europea.

I contratti a distanza¹ costituiscono uno degli strumenti più efficaci attraverso i quali l'Unione Europea persegue lo scopo di realizzare l'effettiva unificazione del mercato interno².

I vantaggi derivanti dall'utilizzazione delle vendite a distanza nei traffici commerciali contribuiscono decisamente ad ottimizzare il funzionamento del mercato interno, a particolare beneficio delle imprese e dei consumatori³.

Il fatto che le vendite avvengano senza la simultanea presenza fisica dell'operatore commerciale e del consumatore, ma attraverso l'impiego di tecniche di comunicazione a distanza⁴, consente il positivo superamento delle

¹“Qualunque contratto avente per oggetto beni o servizi stipulato tra un fornitore e un consumatore nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal fornitore che, per tale contratto, impieghi esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso”, ex art. 1, n. 1), dir. 97/7/CE.

²Considerando n. 3, direttiva 97/7/CE; CHINÉ G., *Il diritto contrattuale europeo*, in ALPA G. e CAPILLI G., *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007, 276 ss.; TESAURO G., *Diritto comunitario*, Padova, 2003, p. 367 ss.

³Libro Verde della Commissione sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per consumatori e le imprese COM (2010) 348, *passim*; BRAVO F., *Contratto telematico e diritto privato europeo*, in ALPA G. e CAPILLI G., *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007, p. 456; TORIELLO F., *La direttiva sulle vendite a distanza: prime note di commento*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1997, p. 844.

⁴“Qualunque mezzo che, senza la presenza fisica e simultanea del fornitore e del consumatore, possa impiegarsi per la conclusione del contratto tra dette parti”, ex art. 1, n. 4), dir. 97/7/CE. Nell'Allegato I della direttiva sono elencate le tecniche di comunicazione a distanza: stampati con o senza indirizzo, lettera circolare, pubblicità stampa con buono d'ordine, catalogo, telefono con o senza l'intervento di un operatore, radio, videotelefono, *teletext*, posta elettronica, *fax* e televisione; MAZZAMUTO S., *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa e diritto privato*, 2011, p. 873.

distanze geografiche che costituiscono un ostacolo agli scambi commerciali nel mercato unico⁵.

Attraverso la contrattazione a distanza, che favorisce la circolazione di beni e servizi anche oltre i confini nazionali, si è inteso perseguire l'obiettivo di incrementare i traffici transfrontalieri all'interno dell'Unione Europea, che si traduce in uno sviluppo della concorrenza tra le imprese ed in un più agevole accesso del consumatore ai beni e servizi offerti⁶.

Per consentire ai professionisti di distribuire in modo più capillare i propri prodotti e ai consumatori di scegliere tra un numero più elevato di beni e di servizi, gli sforzi del legislatore comunitario sono stati diretti al superamento delle differenze di carattere normativo che ostacolavano il commercio transfrontaliero, alla elaborazione di una disciplina uniforme dei contratti a distanza che permettesse il ravvicinamento di quelle proprie dei singoli Stati membri⁷.

Infatti, le imprese – da un lato - sono disincentivate a vendere i propri prodotti al di fuori dei confini nazionali a causa dei costi derivanti dalla applicazione delle diverse normative interne; i consumatori – dall'altro –

⁵Libro Verde della Commissione sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese COM (2010) 348, *passim*; RICCI F., *Teleshopping e vendite a distanza nella disciplina delle vendite aggressive*, in AA.VV., *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di VETTORI G., Padova, p. 259, 267; MACIOCE F., *Note Introduttive*, in ALPA G. e ROSSI CARLEO L., *Codice del consumo: commentario*, Napoli, 2005, p. 282; SIMONE S., *Art. 50, Definizioni*, in ALPA G. e ROSSI CARLEO L., *Codice del consumo: commentario*, Napoli, 2005, p. 379; RICCI F., *Particolari modalità di contrattazione*, in AA.VV., *Diritto dei consumi*, (a cura di ROSSI CARLEO L.), Torino, 2012, p. 70 ss.; DONA M., *La tutela del consumatore nelle «vendite aggressive»*, in ALPA G. e CAPILLI G., *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007, 954; PIZZOLANTE G., *Contrattazione a distanza e tutela del consumatore in diritto comunitario*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2000, 01, 389; TOSI E., *Codice del diritto dell'informatica e di internet*, 2010, p. 373; GALLI L., *La tutela transfrontaliera del consumatore*, in *Il nuovo diritto dei consumatori* a cura di IURILLI C. e VECCHIO G., Torino, 2009, p. 75 ss.; BRAVO F., *op. cit.*, p. 456; VIGLIONE F., *Art. 50*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO G. e ZACCARIA A., Padova, 2010, p. 440; SUPPA M.P., *Art. 50, Definizioni*, in *Codice del consumo*, a cura di CUFFARO V., Milano, 2008, p. 281; COLOSIMO B., *Art. 50*, in *Codice del consumo*, a cura di VETTORI G., 2007, p. 460 ss.; TORIELLO F., *op. cit.*, p. 844.

⁶Considerando n. 4, direttiva 97/7/CE; ALPA G., *Il diritto privato europeo: significato e confini del sintagma*, in ALPA G. e CAPILLI G., *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007, 18; MICKLITZ H.W., *La mano visibile del diritto privato europeo in materia normativa-La trasformazione del diritto privato dall'autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolamentazione*, in *European University Institute Working Papers*, 2010, p. 15.

⁷ALPA G., *Art. 1, Finalità ed oggetto*, in ALPA G. e ROSSI CARLEO L., *Codice del consumo: commentario*, Napoli, 2005, p. 27 ss.

tendono a non acquistare prodotti di operatori commerciali stranieri per timore di non godere di adeguate tutele.

Con la direttiva 97/7/CE⁸ sulla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, il legislatore comunitario è intervenuto per contrastare la riluttanza delle imprese ad operare a livello transfrontaliero e, nello stesso tempo, per tutelare il consumatore dai rischi derivanti dall'impiego di questo tipo di vendite⁹.

Come è stato chiaramente messo in evidenza dalla Commissione¹⁰ nel Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione Europea COM (2001) 531, i consumatori, per trarre vantaggio dal mercato interno devono poter accedere agevolmente ai beni e servizi più innovativi e convenienti offerti anche al di là dei confini nazionali. Attraverso la contrattazione a distanza, che consente un rapporto immediato tra il consumatore ed il professionista, si riesce a conseguire tale risultato: tuttavia, è necessario adottare una serie di tutele (obblighi di informazione, diritto di ripensamento, ecc.) a presidio della libertà di scelta del consumatore, per rafforzare la fiducia di quest'ultimo nel commercio a distanza¹¹.

Se verrà raggiunto l'obiettivo di incrementare la domanda transfrontaliera di beni e servizi, si determinerà un aumento della concorrenza tra le imprese europee che saranno così incentivate a offrire i propri prodotti ad un numero più ampio di clienti e a prezzi più competitivi¹².

⁸Direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, in GUCE, L 144 del 4.6.1997, pagg. 19-27.

⁹Libro Verde della Commissione sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese COM (2010) 348, *passim*; CHINÉ G., *op. cit.*, 276 ss.; PIZZOLANTE G., *op. cit.*, 389; IADEVAIA S., *Le vendite a distanza*, in *Il nuovo diritto dei consumatori* a cura di IURILLI C. e VECCHIO G., Torino, 2009, p. 147; TORIELLO F., *op. cit.*, p. 845.

¹⁰Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione Europea, COM (2001) 531, del 2 ottobre 2001.

¹¹ALPA G., *Il diritto privato europeo: significato e confini del sintagma*, in ALPA G. e CAPILLI G., *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007, 38 ss.; ROSSI CARLEO L., *Art. 3, Definizioni*, in ALPA G. e ROSSI CARLEO L., *Codice del consumo: commentario*, Napoli, 2005, p. 125; RICCI F., *Particolari modalità di contrattazione*, *cit.*, p. 71 ss.; RICCI F., *La disciplina delle vendite a distanza ai consumatori*, in *I contratti informatici*, a cura di CLARIZIA R., Vol. VI del Trattato dei contratti diretto da RESCIGNO P. e GABRIELLI E., Torino, 2007, p. 320; MICKLITZ H.W., *op. cit.*, p.9; KIRSCHEN S., *Art.3, Definizioni*, in ALPA G. e ROSSI CARLEO L., *Codice del consumo: commentario*, Napoli, 2005, p. 50.

¹²ROSSI CARLEO L., *op. cit.*, p. 126.

I consumatori, attraverso questo tipo di vendita, hanno facile accesso ad una gamma di prodotti di gran lunga superiore a quella disponibile nei luoghi di residenza e possono ricevere i beni e i servizi desiderati dove e quando vogliono, a prezzi competitivi e con relativa assistenza *post* vendita.

La contrattazione a distanza, proprio per l'immediatezza dello scambio ed il superamento dei confini spazio-temporali, rappresenta il sistema di vendita del futuro - favorito soprattutto dallo sviluppo delle tecniche di comunicazione a distanza - che va sostenuto e perfezionato a beneficio dei consumatori e del mercato in generale attraverso normative funzionali a questo scopo.

A ben vedere, in conclusione, l'evoluzione della disciplina sui contratti a distanza – oltre ad incrementare l'adesione dei consumatori a questo tipo di vendite, superando la diffidenza tutt'ora presente – va a beneficio dell'efficiente sviluppo del mercato interno in generale, poiché gli effetti economici dello scambio non sono limitati al singolo professionista e consumatore, ma si riflettono sulla circolazione dei beni e servizi a livello europeo¹³.

1.2 Le innovazioni tecnologiche come strumento del sistema di vendita.

La contrattazione a distanza implica l'utilizzazione di tecniche di comunicazione attraverso le quali il professionista - nel quadro di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza da lui organizzato - ed consumatore entrano in contatto ai fini della stipulazione di un contratto, compresa la conclusione del contratto stesso¹⁴.

¹³ ROSSI CARLEO L., *Articolo 2*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di MINERVINI E. e ROSSI CARLEO L., Torino 2009, p. 7 ss.; COLOSIMO B., *op. cit.*, p. 461 ss.

¹⁴ ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, Roma – Bari, 1999, p. 260 ss.; RICCI F., *op. ult. cit., passim*; BRAVO F., GAMBINO A.M., TOZZI F., *I contratti telematici e il commercio elettronico*, in G. ALPA (a cura di), *I diritti dei consumatori*, volume terzo del "Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea" diretto da AJANI G. e BENACCHIO G.A., Torino, 2009, vol. II, p. 601; DONA M., *op. cit.*, p. 954;

Lo sviluppo dei *media* in generale, ma soprattutto l'avvento di *internet* e del commercio elettronico - espressioni della globalizzazione dei mercati e funzionali alla realizzazione del mercato comune¹⁵ -, hanno radicalmente rivoluzionato la quotidianità nonché il comportamento economico dei consumatori, che - entrando in dinamica interazione con l'operatore commerciale - possono acquistare un numero sempre maggiore di beni e servizi in qualunque tempo e luogo¹⁶.

Se, in passato, i consumatori residenti in aree rurali, scarsamente popolate e carenti di servizi primari, erano difficilmente raggiungibili da parte dei venditori di beni e servizi e, di conseguenza, non potevano beneficiarne, mediante l'utilizzo delle tecnologie informatiche e telematiche è possibile assicurare la consegna dei prodotti e la fornitura dei servizi anche ai consumatori che si trovano nelle zone periferiche, migliorando la loro qualità di vita, che si traduce in una opportunità di crescita e di espansione notevole per le imprese¹⁷.

L'utilizzo delle nuove tecnologie in materia di comunicazione è fondamentale per gli operatori economici: permette di partecipare attivamente

IADEVAIA S., *op. cit.*, p.150, 151; RUVOLO M., *I contratti a distanza*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di CARINGELLA F. e DE MARZO G., Milano, 2007, p. 264; TORIELLO F., *op. cit.*, p. 844.

¹⁵ALPA G., *Art. 2, Diritti dei consumatori*, in ALPA G. e ROSSI CARLEO L., *Codice del consumo: commentario*, Napoli, 2005, p. 43; DONA M., *op. cit.*, p. 973.

¹⁶Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale Europeo, Strategia per la politica dei consumatori dell'UE 2007-2013, Maggiori poteri per i consumatori, più benessere e tutela più efficace, COM (2007) 99 del 13 marzo 2007, p. 4 ss.; Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno; ALPA G., *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., p. 156; ALPA G., *New economy e libere professioni: il diritto privato e l'attività forense nell'era della rivoluzione digitale*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 1175 ss.; BRAVO F., *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica mediante agenti software nella distribuzione B2C*, Bologna, 2006, p. 91 ss.; BRAVO F., *Contratto telematico*, cit., p. 456; DONA M., *op. cit.*, p. 972; MANGANELLI C., *Progresso tecnologico e protezione dei dati personali*, in SANTANIELLO G., *La protezione dei dati personali*, Padova, 2005, p. 312 ss.; IADEVAIA S., *op. cit.*, p.172; IADEVAIA S., *La commercializzazione a distanza dei servizi finanziari*, in *Il nuovo diritto dei consumatori* a cura di IURILLI C. e VECCHIO G., Torino, 2009, p. 342; RICCIUTO V., *La formazione del contratto telematico e la tutela del consumatore*, in *Il contratto telematico e i pagamenti elettronici*, a cura di RICCIUTO V., Milano, 2004, p. 1 ss.; FOLLIERI L., *Il contratto concluso su internet*, Napoli, 2005, p. 20; COLOSIMO B., *op. cit.*, p. 460 ss.

¹⁷Cfr. Libro verde della Commissione Europea sul commercio COM(96)530 del 20 novembre 1996; FOLLIERI L., *op. cit.*, p. 78 ss.

al mercato globale, di crescere in notorietà e produttività offrendo i propri prodotti ad un numero più elevato di consumatori¹⁸.

Infatti, il progresso tecnologico ha dischiuso rilevanti opportunità per i professionisti, che possono aspirare a conquistare nuovi mercati e nuovi clienti, favorendo così la competitività e la concorrenza tra le imprese¹⁹.

Fatte queste considerazioni, è del tutto evidente che l'incremento delle vendite a distanza è direttamente proporzionale al progresso tecnologico nel campo delle comunicazioni: il rapido sviluppo delle tecnologie esistenti è indissolubilmente legato all'impiego di queste ultime per elaborare nuove modalità di vendita diretta ed immediata²⁰.

In particolare, il successo di *internet* quale nuovo mezzo di comunicazione a distanza²¹ ha determinato l'ascesa delle vendite *online*²²: si tratta di contratti che hanno un elevato potenziale di crescita, nei confronti dei quali – tuttavia - una parte dei consumatori è ancora diffidente a causa della scarsa padronanza nell'uso del mezzo informatico o per la verosimile pericolosità nel compimento di tali acquisti²³.

È innegabile che il rapporto di fiducia che tradizionalmente lega il consumatore al venditore di beni e servizi è più difficile da instaurare quando non si ha la possibilità di “vedere” chi offre il bene/servizio da acquistare, ma

¹⁸BRAVO F., *op. ult. cit.*, 456; IADEVAIA S., *Le vendite a distanza*, cit., p.172.

¹⁹BRAVO F., *Contrattazione telematica*, cit., p. 91 ss.; BRAVO F., *Contratto telematico*, cit., p. 456; MANGANELLI C., *op. cit.*, p. 312 ss.; IADEVAIA S., *op. ult. cit.*, p.172; IADEVAIA S., *La commercializzazione a distanza*, cit. p. 342.

²⁰Cfr. Libro verde della Commissione Europea sul commercio COM(96)530 del 20 novembre 1996.

²¹Meglio, una «*infrastruttura dei reti telematiche che consente l'uso di più tecniche di comunicazione a distanza*» BRAVO F., *op. ult. cit.*, p. 528, nota 132.

²²Rispetto al 2010, la quota di chi dichiara di aver fatto acquisti *online* è aumentata del 3%; inoltre, è anche aumentata la quota degli acquirenti che acquistano sempre più prodotti su Internet (più di 20: +10%; da 10 a 20: +5%); fra questi, il 23% di chi ha fatto più di 20 acquisti ha iniziato ad acquistare da meno di un anno (dati risultanti da *E-Commerce Consumer Behaviour Report 2011*, redatto da *ContactLab e Netcomm*). Cfr. *Consumer attitudes towards cross-border trade and consumer protection* su http://ec.europa.eu/consumers/strategy/docs/consumer_eurobarometer_2011_en.pdf.

²³Cfr. Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale Europeo, *Strategia per la politica dei consumatori dell'UE 2007-2013*, Maggiori poteri per i consumatori, più benessere e tutela più efficace, COM(2007)99 del 13 marzo 2007; Libro verde della Commissione Europea sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese, COM(2010)348 del 1° luglio 2010; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1179; ALPA G., *Art. 1*, cit., p. 24; BRAVO F., GAMBINO A.M., TOZZI F., *op. cit.*, p. 604; DONA M., *op. cit.*, p. 972, 973; CHINÉ G., *op. cit.*, 277; SIMONE S., *op. cit.*, p. 376; IADEVAIA S., *Le vendite a distanza*, cit., p.172, 173.

è anche vero che tale rapporto di fiducia si può creare ugualmente se viene assicurato il diligente adempimento della prestazione, nonché l'osservanza delle norme a tutela del consumatore.

Di conseguenza, anche le regole applicate a questo genere di scambi devono poter essere *flessibili*, anche a livello terminologico, in modo tale da poter comprendere nel proprio ambito di applicazione il più ampio numero di scambi commerciali a distanza.

Il repentino sviluppo tecnologico impone al legislatore europeo e nazionale lo sforzo di essere lungimirante, dettando norme che – anche a distanza di anni – possano essere attuali ed applicabili ad ampio raggio nei rapporti commerciali conclusi senza la presenza fisica di professionista e consumatori, che abbiano al loro interno definizioni aggiornate e flessibili (ad. es. di “supporto duraturo” e di “contenuto digitale”) e tengano conto di nuove forme di archiviazione e di elaborazione dei dati (c.d. *cloud computing*).

Se i contratti negoziati e conclusi a distanza costituiscono un modello di contrattazione moderno ed avanzato, in continua evoluzione, la sfida del legislatore comunitario e nazionale consiste nel trovare il giusto bilanciamento tra l'obiettivo dei professionisti di massimizzare le vendite e la necessità dei consumatori di essere adeguatamente tutelati, attraverso una completa informazione sul contenuto del contratto e sul diritto di ripensamento, come si vedrà nei prossimi paragrafi.

1.3 I vari e confliggenti interessi in gioco.

Nelle dinamiche di mercato, il professionista e il consumatore giocano due ruoli nettamente distinti e, tradizionalmente, antagonisti²⁴.

Le ragioni di tale antagonismo possono essere ravvisate nell'atteggiamento di chiusura sia delle imprese nei confronti dei consumatori - visti semplicemente come un “profitto” da conseguire e da sottrarre alla

²⁴GAMBARO M., *Consumo e difesa dei consumatori. Un'analisi economica*, Bari, 1995, p. 123 ss.

concorrenza, piuttosto che come un'*opportunità*, come clienti da soddisfare per vendere ancora di più - sia dei consumatori nei confronti delle imprese – percepite come proponenti acquisti solo apparentemente vantaggiosi per i primi²⁵.

In ogni caso, il professionista ed il consumatore sono portatori di interessi diversi, non inconciliabili, ma di fatto confliggenti.

Il professionista ha l'obiettivo di diffondere il proprio prodotto o servizio sul mercato, di venderlo ad un numero sempre più ampio di consumatori - praticando uguali condizioni con risparmio di tempi e costi di negoziazione - e di emergere rispetto agli altri concorrenti²⁶.

Il consumatore, a sua volta, ha interesse a trarre utilità dal bene o dal servizio acquistato²⁷. In particolare, ha interesse a fare una scelta che ritiene "giusta per sé" in ordine ad un prodotto o ad un servizio, ma per poter prestare un consenso libero e consapevole in ordine alla proposta contrattuale del professionista ha bisogno di ottenere una adeguata e completa informazione sul contenuto del contratto e sulle caratteristiche del bene e del servizio offerto²⁸.

Invero, negli ultimi anni sta emergendo sempre con maggiore decisione l'idea che debbano essere ricompresi nella nozione di "consumatore" – ossia la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale svolta – anche i singoli che acquistano beni per uso promiscuo, sia professionale sia personale. Con riguardo all'acquisto di beni necessari all'esercizio dell'attività professionale (ad es. una fotocopiatrice) la posizione del singolo professionista (ad es. un ingegnere) non è diversa da quella del comune consumatore che ha acquistato

²⁵ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, cit., p. 251; GAMBARO M., *op. cit.*, p. 123 ss.

²⁶ALPA G., *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., p. 130; GAMBARO M., *op. cit.*, p. 10 ss., 47 ss.

²⁷GAMBARO M., *op. cit.*, p. 11.

²⁸ROSSI CARLEO L., *Art.5, Obblighi generali*, in ALPA G. e ROSSI CARLEO L., *Codice del consumo: commentario*, Napoli, 2005, p. 125 ss.; RICCI F., *L'informazione del consumatore e l'inefficacia delle clausole occulte*, in Temi romana, Città di Castello, 2000, p. 829 ss.; RICCI F., *Art.52, Informazioni per il consumatore*, in ALPA G. e ROSSI CARLEO L., *Codice del consumo: commentario*, Napoli, 2005, p. 393 ss.; RICCI F., *Art.53, Conferma scritta delle informazioni*, in ALPA G. e ROSSI CARLEO L., *Codice del consumo: commentario*, Napoli, 2005, p. 403 ss.; GAMBARO M., *op. cit.*, p. 19 ss.

il medesimo bene per scopo personale. Pertanto, qualora sorgano problemi in ordine all'esecuzione del contratto, il primo non si troverebbe in una situazione di vantaggio rispetto al secondo, e se non si estende anche a questi la protezione riconosciuta al consumatore dall'ordinamento potrebbe subire un indebolimento di tutela che appare del tutto ingiustificato.

Il professionista, che si avvale di mezzi di comunicazione a distanza per l'offerta di beni e di servizi, ha interesse a trarre il massimo risultato - in termini di vendita - da questo tipo di contrattazione, che si contraddistingue per l'immediatezza dell'acquisto e per l'assenza della presenza fisica e simultanea delle parti. In particolare, il professionista ha interesse a concludere nel più breve tempo possibile l'affare con il consumatore, anche ottenendo il pagamento anticipato del prezzo del bene o del servizio offerto²⁹.

Invece, il consumatore, che effettua un acquisto attraverso il sistema di vendita a distanza prescelto dal professionista, ha interesse a mantenere inalterata - rispetto alla vendita diretta - la propria capacità di giudizio in ordine alla proposta avanzata dal professionista, poiché l'utilizzo di tecniche di comunicazione a distanza non deve diminuire la quantità e la qualità di informazioni che deve ricevere. Inoltre, ha interesse a non corrispondere alcunché al professionista prima della scadenza del termine per rivedere sul proprio acquisto³⁰.

È evidente che, qualora non vengano fornite al consumatore delle informazioni complete e idonee sul contenuto dell'accordo, al fine di poter assicurare il libero esercizio del suo diritto di autonomia contrattuale, questi potrebbe essere facilmente indotto a compiere un acquisto che altrimenti non avrebbe compiuto³¹. È altrettanto evidente che potrebbe incontrare difficoltà

²⁹ROSSI CARLEO L., *op. cit.*, p. 126; RICCI F., *Teleshopping e vendite*, cit., p. 259, 267; MACIOCE F., *Note Introduttive*, cit., p. 282; SIMONE S., *op. cit.*, p. 379; DONA M., *op. cit.*, 954; RICCIUTO V., *op. cit.*, p. 2.

³⁰Cfr. il considerando n. 11 della direttiva 97/7/CE sulle vendite a distanza; SANDULLI M., *Art.39, Regole nelle attività commerciali*, in ALPA G. e ROSSI CARLEO L., *Codice del consumo: commentario*, Napoli, 2005, p. 288 ss.; GAMBARO M., *op. cit.*, p. 85 ss.; RICCIUTO V., *op. cit.*, p. 7; GIAMPIETRAGLIA R., *Art. 59, Vendita tramite mezzo televisivo o altri mezzi audiovisivi*, in ALPA G. e ROSSI CARLEO L., *Codice del consumo: commentario*, Napoli, 2005, p. 435 ss.

³¹GAMBARO M., *op. cit.*, p. 85 ss.

ad ottenere il rimborso di quanto è stato già pagato al professionista in caso di inadempimento o di ripensamento.

Infatti, nella realtà, il consumatore ha spesso sperimentato un indebolimento della propria posizione contrattuale nella conclusione di contratti a distanza, che -anche nel periodo precedente all'approvazione della direttiva 97/7/CE – sono state identificate (analogamente ai contratti stipulati al di fuori dei locali commerciali³²) come “vendite aggressive”, proprio per l'effetto sorpresa al quale espongono il consumatore e alla peculiarità della contrattazione *inter absentes* che ha reso quest'ultimo particolarmente vulnerabile in caso di omissione o incompletezza delle informazioni che potrebbero, invece, tutelarlo da un incauto acquisto³³.

Inoltre, il consumatore si trova spesso esposto alle sollecitazioni all'acquisto da parte del professionista che ha invaso la sua sfera privata - talvolta anche con modalità moleste - per proporre i propri prodotti o servizi³⁴.

Pertanto, una ulteriore tutela consiste nell'assicurare il diritto alla tranquillità individuale del consumatore, particolarmente pregiudicato da questo tipo di contrattazione che avviene con modalità invasive della propria sfera personale, atteso che il consumatore può essere contattato direttamente dal professionista, senza averne fatto richiesta, a fini commerciali presso la propria dimora ed il proprio luogo di lavoro, nonché ovunque egli si trovi attraverso la telefonia mobile o la posta elettronica³⁵.

Infatti, il consumatore potrebbe essere indotto ad acquistare il bene o il servizio offerto dal professionista solo per far cessare i continui inviti all'acquisto che gli sono rivolti dal professionista, con pregiudizio del proprio

³²Direttiva del Consiglio n. 85/577/CEE del 20 dicembre 1985, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali.

³³ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, cit., p. 251; RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 259; RICCI F., *Particolari modalità di contrattazione*, cit., p. 70 ss.; SIMONE S., *op. cit.*, p. 379; COLOSIMO B., *op. cit.*, p. 461 ss.

³⁴ALPA G., *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma, 2006; RICCI F., *Teleshopping e vendite*, cit., p. 258 ss; RICCI F., *L'informazione del consumatore*, cit., p. 829 ss; DONA M., *op. cit.*, p. 954 ss.; SIMONE S., *Art. 58, Limiti all'impiego di talune tecniche di comunicazione a distanza*, in ALPA G. e ROSSI CARLEO L., *Codice del consumo: commentario*, Napoli, 2005 p. 432 ss.

³⁵DE CRISTOFARO G., *Art. 58*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO G. e ZACCARIA A., Padova, 2010, p.478.

interesse a prestare un libero consenso, con indebite ripercussioni sulla sua sfera economica.

Sulla base di queste premesse, il legislatore comunitario e nazionale - nella elaborazione di una disciplina funzionale, giusta ed efficace sui contratti a distanza - hanno dovuto fronteggiare il problema di effettuare un bilanciamento degli interessi, ontologicamente confliggenti, di professionista e consumatore, al fine di salvaguardarli entrambi senza prediligerne uno a discapito dell'altro³⁶.

Da una parte, va promossa ed incoraggiata l'iniziativa economica del professionista che aspira a trarre il massimo risultato dalle vendite effettuate con i mezzi tecnologici più idonei; dall'altra, va tutelata l'autonomia negoziale del consumatore affinché quest'ultimo possa prestare un consenso libero e informato in ordine all'acquisto, possa trarre vantaggio dalla vendita, possa essere più fiducioso nei confronti degli acquisti a distanze e, di conseguenza, possa essere protagonista del mercato per realizzare gli scopi indicati nel § 1.1, anziché essere vittima di esso.

Circa dodici anni prima dell'adozione della disciplina sui contratti a distanza, il legislatore comunitario era già intervenuto a disciplinare una particolare forma di "vendita aggressiva", ossia la vendita negoziata al di fuori dei locali commerciali (direttiva 85/577/CEE)³⁷, consistente in un sistema di vendita "porta a porta" o "a domicilio" di origine statunitense.

Poiché, con il tempo, tale sistema si era imposto anche in Europa, aveva richiesto un intervento di tipo normativo - per le modalità invasive con le quali venivano promosse le vendite, o comunque per il fatto che l'iniziativa commerciale era assunta dal professionista e il consumatore si trovava impreparato, colto di sorpresa dinanzi alla stessa³⁸. Infatti, in questo tipo di vendite, esattamente come avviene nei contratti a distanza, il consumatore è

³⁶GAMBARO M., *op. cit.*, p. 79 ss.

³⁷ Direttiva del Consiglio n. 85/577/CEE del 20 dicembre 1985, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali.

³⁸ DE CRISTOFARO G., *Introduzione a Parte III, Titolo III, Capo I, Sezione I*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO G. e ZACCARIA A., Padova, 2010, p. 416.

esposto alla offerta di vendita del professionista che lo raggiunge per fargli effettuare un acquisto attraverso i propri intermediari nel proprio domicilio o in un altro luogo in cui dimora, sul luogo di lavoro o per la strada, senza che esso abbia l'agio di riflettere sulle conseguenze dell'impegno economico che sta per assumere e di ponderare con attenzione la convenienza dell'affare che gli viene proposto³⁹.

La sostanziale differenza con i contratti a distanza consiste nel fatto che i contratti negoziati fuori dai locali commerciali sono conclusi alla presenza fisica e simultanea del consumatore e del professionista (o di un suo intermediario).

Poiché nella normativa di recepimento della direttiva sulle vendite negoziate al di fuori dei locali commerciali (d.lgs. 50/1992) sono state annoverate anche le vendite per corrispondenza o mediante l'invio di cataloghi, nella pratica - a seguito della adozione della direttiva sui contratti a distanza (d.lgs. 185/1999) - si sono posti problemi di applicazione dell'una o dell'altra disciplina⁴⁰.

In particolare, ci si è domandati in quali casi continui ad essere applicata a tali fattispecie la disciplina dettata in materia di vendite al di fuori dei locali commerciali. Ad esempio, conclude una vendita a distanza il consumatore che consulta un catalogo (consegnato dal professionista nel corso di una escursione fuori dai locali commerciali o prelevato dal consumatore nel corso di una visita nei locali del professionista) e poi effettua una ordinazione per corrispondenza direttamente da casa⁴¹?

Inoltre, il legislatore italiano, consapevole del fatto che le discipline sulle vendite negoziate al di fuori dei locali commerciali e a distanza presentavano elementi di affinità (ad esempio, dal punto di vista dei rimedi, come il ripensamento, le sanzioni pecuniarie, ecc.) – condividendo, dal punto di vista

³⁹ ALPA G., *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., p. 165; COLOSIMO B., *op. cit.*, p. 460 ss.

⁴⁰ ALPA G., *Contratti a distanza: prime considerazioni*, in *I Contratti*, n.8-9, 1999, p. 849.

DE CRISTOFARO G., *Articolo 45*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO G. e ZACCARIA A., Padova, 2010, p. 424 ss.

⁴¹ DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 425.

sostanziale, la stessa qualificazione di vendite aggressive e sorprendenti - in sede di redazione del codice del consumo (d.lgs. n. 206/2005) ha proceduto a unificare e a coordinare le due normative⁴², prevedendo delle disposizioni comuni alle stesse (artt. 62-67) pur effettuando delle opportune distinzioni a seconda del diverso tipo di vendita⁴³.

Invero, il livello di tutela riconosciuto al consumatore che conclude un contratto a distanza è più elevato rispetto a quello accordato al consumatore che conclude un contratto negoziato al di fuori dei locali commerciali, perché nel primo caso non si ha la possibilità di visionare il bene prima della consegna, valutarne l'utilità e le caratteristiche attraverso il funzionamento dello stesso⁴⁴, diversamente da chi conclude un contratto negoziato al di fuori dei locali commerciali. Pertanto, nei casi in cui vi siano dubbi sull'applicazione dell'una o dell'altra disciplina, dovrebbe trovare applicazione, in adempimento della regola del *favor* per il consumatore, la disciplina sui contratti a distanza⁴⁵.

Premesse queste osservazioni sul conflitto di interessi esistente tra il professionista ed il consumatore, i prossimi paragrafi sono specificamente dedicati al consenso del consumatore che, per le considerazioni appena svolte, è di centrale importanza al fine di mettere in evidenza ulteriori profili problematici legati alla disciplina dei contratti a distanza.

1.4 Il consenso del consumatore

1.4.1 L'autodeterminazione all'acquisto: rischi e attuali rimedi.

⁴² Tale unificazione era espressamente prevista nell'art. 7 della legge delega alla redazione del codice del consumo, l. 229/2003: «omogeneizzazione delle procedure relative al diritto di recesso del consumatore nelle diverse tipologie di contratto».

⁴³ RICCI F., *La direttiva 2011/83/UE*, in AA.VV., *Diritto dei consumi*, (a cura di ROSSI CARLEO L.), Torino, 2012, p. 106; DE CRISTOFARO G., *Introduzione*, cit., p. 414.

⁴⁴ Si pensi ad uno dei casi più noti di vendita porta a porta: il venditore di aspirapolveri che si presenta al domicilio del consumatore e chiede di dimostrare l'efficacia del prodotto togliendo la polvere sul pavimento.

⁴⁵ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 873; DE CRISTOFARO G., *Art. 47*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO G. e ZACCARIA A., Padova, 2010, p. 426 e 435.

L'elemento caratterizzante dei contratti a distanza, come già anticipato, è l'assenza della presenza fisica delle parti al momento della conclusione dell'accordo, nonché nella fase antecedente al sorgere del vincolo negoziale⁴⁶.

Questa peculiarità, se da un lato permette di velocizzare la conclusione dei contratti e di favorire gli scambi commerciali - con gli effetti positivi sul mercato di cui si è parlato nei paragrafi precedenti - dall'altro espone il consumatore a numerose insidie dalle quali va necessariamente tutelato, poiché l'utilizzazione di tecniche di comunicazione a distanza non può pregiudicare la prestazione di un consenso libero e consapevole del consumatore in ordine all'acquisto⁴⁷.

Le vendite a distanza sono annoverate tra le c.d. "vendite aggressive" in quanto vengono condotte con modalità invasive della sfera privata del consumatore, che viene contattato dal professionista in luoghi come l'abitazione in cui la soglia di prudenza negoziale è più bassa e si è più vulnerabili. Dunque, il consumatore è facilmente esposto all'iniziativa commerciale del professionista e al c.d. "effetto sorpresa" in merito all'acquisto del prodotto, la cui efficacia o corrispondenza ai gusti del consumatore non può essere verificata prima della consegna del bene o della fornitura del servizio; inoltre, il consumatore non può confrontare la qualità o il prezzo del prodotto offerto con quelli di prodotti dello stesso genere e tipologia⁴⁸.

⁴⁶ ALPA G., *Contratti a distanza: prime considerazioni*, in *I Contratti*, n.8-9, 1999, p. 848.

⁴⁷ ROSSI CARLEO L., *op. ult. cit.*, p. 126; ROSSI CARLEO L., *Articolo 18*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di MINERVINI E. e ROSSI CARLEO L., Torino 2009, p. 56 ss.; RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 320; RICCI F., *Informazioni per il consumatore e volontarietà*, cit., p. 841 ss.; IADEVAIA S., *op. cit.*, p. 157 ss.; CINQUE M., *Art. 52*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO G. e ZACCARIA A., Padova, 2010, p. 448 ss.; ALESSI R., *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Europa e Diritto Privato*, 2000, p.979.

⁴⁸ ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, cit., p. 251; RICCI F., *Articolo 67*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di MINERVINI E. e ROSSI CARLEO L., Torino 2009, p. 388, 389; RICCI F., *Teleshopping e vendite*, cit., p. 258 ss.; RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 319 ss.; DE CRISTOFARO G., *Introduzione*, cit., p. 416; IADEVAIA S., *op. cit.*, p. 147 ss.; SOLINAS C., *Articolo 25*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di MINERVINI E. e ROSSI CARLEO L., Torino 2009, p. 248; GIAMPIETRAGLIA R., *Art. 62, Sanzioni*, in ALPA G. e ROSSI CARLEO L., *Codice del consumo: commentario*, Napoli, 2005, p. 444; PERUGINI S., *Articolo 26*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di MINERVINI E. e ROSSI CARLEO L., Torino 2009, p. 262; VIGLIONE F., *op. cit.*, p. 440 ss.; COLOSIMO B., *op. cit.*, p. 460 ss.; SUPPA M.P., *op. cit.*, p. 282; TORIELLO F., *op. cit.*, p. 843.

Per innalzare la soglia dell'attenzione del consumatore sull'identità e sull'intento del professionista che lo contatta per la conclusione di una vendita, si è anche pensato di prevedere a carico del professionista l'obbligo di dichiarare all'inizio della conversazione lo scopo commerciale al quale è diretta la comunicazione, pena l'invalidità del contratto.

Tuttavia, questa ulteriore tutela – di cui il consumatore è generalmente ignaro - viene sistematicamente neutralizzata, non solo perché quasi mai viene comunicato all'inizio della conversazione lo scopo al quale è diretta, ma anche perché è praticamente impossibile per il consumatore dimostrare che il venditore abbia ommesso o ritardato di effettuare tale dichiarazione all'inizio della comunicazione⁴⁹.

Inoltre, si consideri che una sanzione di questo tipo rischia di compromettere gli scambi commerciali, per il fatto che basterebbe questa omissione per invalidare il contratto.

Pertanto, è auspicabile mantenere la previsione di informare il consumatore dello scopo della telefonata – quantomeno per innalzare la soglia dell'attenzione all'inizio della conversazione – ma prevedere dei rimedi più efficaci in caso di inottemperanza a tale disposizione, che tutelino effettivamente il consumatore e conservino l'efficacia dello scambio a beneficio di entrambe le parti e del mercato in generale.

Inoltre, il consumatore non ha margini di intervento sul contenuto del contratto. Per questo motivo, i contratti a distanza sono stati definiti da autorevole dottrina come degli *scambi senza accordo*, per il fatto che passa in secondo piano l'elemento della soggettività, della personalità dei contraenti di incidere sui termini contrattuali, essendo invece predominante quello dell'oggetto del contratto⁵⁰.

⁴⁹ COLOSIMO B., *Artt. 52, 53, in Codice del consumo*, a cura di VETTORI G., 2007, p. 481.

⁵⁰ IRTI N., *Scambi senza accordo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1998, p. 347 ss.; *contra* BENEDETTI G., *Diritto e linguaggio. Variazioni sul «diritto muto»*, in *Europa e diritto privato*, 1999, p. 137 ss.; OPPO G., *Disumanizzazione del contratto?*, in *Rivista di diritto civile*, 1998, p. 525 ss.; tuttavia, come rilevato dal Santoro Passarelli, si tratta pur sempre di atti negoziali, rientrando essi nella categoria dei negozi attuativi, che fanno sorgere in capo alle parti le conseguenze giuridiche volute dagli stessi (SANTORO PASSARELLI F., *Dottrina generale di diritto civile*, IX ed., 1989, p. 110).

Di massima, quindi, il consumatore aderisce senza contrattare, in quanto il modulo di acquisto del bene o servizio è predisposto unilateralmente dal professionista: per tale motivo vi è un evidente squilibrio di potere contrattuale tra le parti⁵¹.

Di conseguenza, occorre tutelare il consumatore da eventuali modalità di vendita decettive o aggressive, nonché da clausole o condizioni che possano indurlo ad effettuare un acquisto sconveniente, che altrimenti non avrebbe effettuato, e dai pregiudizi nel libero esercizio dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico⁵².

In questi casi, il consumatore può facilmente ritrovarsi vittima di truffe oppure esposto al rischio di aver effettuato un incauto acquisto - per il fatto di aver scelto un bene o un servizio che potrebbe rivelarsi non conforme ai propri gusti o di qualità inferiore rispetto a quello descritto dal professionista. Il consumatore acquista invogliato dal professionista attraverso tecniche di vendita sorprendenti e/o suggestionanti⁵³.

Più in generale, occorre tutelare il consumatore dai rischi che potrebbe correre prestando un consenso *non informato*, a causa della mancanza, incompletezza o inesattezza delle informazioni relative al prodotto da acquistare o ai diritti che può vantare in relazione all'acquisto⁵⁴.

ss.); RICCI F., *Compatibilità della disciplina della firma tradizionale con la natura della firma digitale*, in *Diritto dell'economia, atti dei seminari tenuti nell'Auditorium della Cassa Forense in Roma*, 11 ottobre 2001 – 8 febbraio 2002, a cura di ALPA G., DE TILLA M., PATTI S., Milano, 2002, p. 750 ss.; RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 319 ss.

⁵¹ ALPA G., *op. ult. cit.*, p. 128 ss.; VIGLIONE F., *op. cit.*, p. 441 ss.; SUPPA M.P., *Art. 52, Informazioni per il consumatore*, in *Codice del consumo*, a cura di CUFFARO V., Milano, 2008, p. 288 ss.

⁵² ALPA G., *op. ult. cit.*, p. 251; ROSSI CARLEO L., *Art.5*, cit., p. 128 ss.; ROSSI CARLEO L., *Articolo 18*, cit., p. 66 ss.; RICCI F., *Informazioni per il consumatore e volontarietà*, cit., p. 841; RICCI F., *Teleshopping e vendite*, cit., p. 258 ss.; RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 319 ss.; IADEVAIA S., *op. cit.*, p. 148; RABITTI M., *Articolo 20*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di MINERVINI E. e ROSSI CARLEO L., Torino 2009, p. 143; SOLINAS C., *Articolo 24*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di MINERVINI E. e ROSSI CARLEO L., Torino 2009, p. 235 ss.; SUPPA M.P., *op. ult. cit.*, p. 288 ss.

⁵³ ALPA G., *op. ult. cit.*, p. 251; RICCI F., *Articolo 67*, cit., p. 388, 389; RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 320; SOLINAS C., *op. ult. cit.*, p. 242 ss.; SUPPA M.P., *op. ult. cit.*, p. 288 ss.

⁵⁴ ALPA G., *op. ult. cit.*, *passim*; ROSSI CARLEO L., *Articolo 2*, cit., p. 7; RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 322 ss.; PICA T., *Articolo 21*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di MINERVINI E. e ROSSI CARLEO L., Torino 2009, p. 163; VIGLIONE F., *op. cit.*, p. 440 ss.; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 472 ss.; SUPPA M.P., *op. ult. cit.*, p. 288 ss.; ALESSI R., *op. cit.*, p. 980.

Non solo. Il consumatore ha interesse che il professionista si comporti in modo corretto nella formazione del vincolo contrattuale, affinché non venga alterata la volontà dell'acquirente e possa essere tutelata la propria libertà di scelta⁵⁵.

Per soddisfare tali interessi, il consumatore – prima della conclusione di un contratto a distanza – deve ricevere dal professionista una serie di informazioni. A tale diritto del consumatore corrisponde il relativo obbligo per il venditore di fornirle, in modo chiaro, corretto e completo⁵⁶.

Il consumatore, infatti, non è gravato da alcun onere di attivarsi per ricercare tali informazioni: incombe esclusivamente sul professionista l'obbligo di fornirle conformemente a quanto previsto dalle norme che regolano i contratti a distanza⁵⁷.

Le principali informazioni che il consumatore ha interesse a ricevere prima dell'acquisto a distanza – che influiscono consistentemente sulla sua scelta - sono costituite: dal prezzo del bene o servizio offerto (comprensivo di eventuali altri costi quali imposte e spese di consegna); dalle modalità di consegna del bene o della prestazione del servizio offerto; dalle caratteristiche del prodotto prescelto; dall'identità del professionista e dai suoi recapiti; dalle modalità di pagamento; dalla possibilità di sciogliersi dal vincolo contrattuale, con relativi termini, modalità e oneri economici successivi a carico delle parti; dalla durata del contratto⁵⁸.

⁵⁵ RICCI F., *L'informazione del consumatore e l'inefficacia*, cit., p. 829; RICCI F., *Articolo 67*, cit., p. 388; RABITTI M., *op. cit.*, p. 151; SCALI M., *Articolo 18*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di MINERVINI E. e ROSSI CARLEO L., Torino 2009, p. 88 ss.; RICCIUTO V., *Articolo 19*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di MINERVINI E. e ROSSI CARLEO L., Torino 2009, p. 135 ss.; VIGLIONE F., *op. cit.*, p. 438; COLOSIMO B., *Art. 50*, cit., p. 463; SUPPA M.P., *op. ult. cit.*, p. 288 ss.

⁵⁶ RICCI F., *Art.52*, cit., p. 389 ss.; RICCI F., *Informazioni per il consumatore e volontarietà*, cit., p. 841; RICCI F., *Teleshopping e vendite*, cit., p. 269 ss.; GIAMPIETRAGLIA R., *op. ult. cit.*, cit., p. 445; COLOSIMO B., *Artt. 52, 53*, cit., p. 474 ss.; SUPPA M.P., *op. ult. cit.*, p. 288 ss.

⁵⁷ RICCI F., *Informazioni per il consumatore e volontarietà*, cit., p. 841; RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 322 ss.; ALESSI R., *op. cit.*, p. 969 ss.

VIGLIONE F., *op. cit.*, p. 438; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 474 ss.

⁵⁸ ROSSI CARLEO L., *Art.5*, cit., p. 126 ss.; RICCI F., *Teleshopping e vendite*, cit., p. 269 ss.; IADEVAIA S., *op. cit.*, p. 158 ss.; VIGLIONE F., *op. cit.*, p. 438; CINQUE M., *op. cit.*, p. 450 ss.; SUPPA M.P., *op. ult. cit.*, p. 288 ss.

Invero, l'interesse del consumatore ad una informazione veritiera, chiara e facilmente riconoscibile sorge a partire dalla diffusione di messaggi pubblicitari da parte del professionista, perché già in questi messaggi sono contenuti elementi il cui intento è quello di incuriosire, di informare, di creare il bisogno del prodotto, di dirigere il comportamento economico del potenziale acquirente alla scelta del bene/servizio offerto⁵⁹.

Successivamente, una volta deciso di acquistare il prodotto, il consumatore ha interesse a non obbligarsi senza avere una esatta descrizione delle caratteristiche del prodotto e dei termini contrattuali⁶⁰.

È compito dell'ordinamento assicurare al consumatore il ricorso a dei rimedi che possano riequilibrare la propria posizione nei confronti del professionista qualora quest'ultimo non fornisca le informazioni precontrattuali previste dalla legge.

Attualmente, il professionista che viola gli obblighi di informazione precontrattuale incorre in sanzioni amministrative pecuniarie. Tuttavia, il modesto ammontare della sanzione rispetto al volume d'affari che riesce a conseguire il professionista per effetto di condotte scorrette e di inadempimento degli obblighi di legge vanifica del tutto gli scopi di tale tutela. Inoltre, sebbene questo rimedio colpisca direttamente il professionista, non riequilibra in alcun modo la posizione giuridica del consumatore. Non è quest'ultimo il beneficiario delle somme rimosse con il pagamento della sanzione pecuniaria: pertanto, questo genere di rimedio rischia di avere un carattere ancillare rispetto ad altri rimedi.

Un rimedio che non appare efficace, se non nei casi più gravi di totale omissione delle informazioni precontrattuali, è la nullità del contratto. Infatti, tale rimedio vanifica totalmente lo scambio e dovrebbe essere applicato solo come *extrema ratio* poiché, pur tutelando il consumatore, si pone in contrasto

⁵⁹ RICCI F., *L'informazione del consumatore e l'inefficacia*, cit., p. 831; RICCI F., *Teleshopping e vendite*, cit., p. 258 ss.; RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 330 ss.; IADEVAIA S., *op. cit.*, p. 148.

⁶⁰ RICCI F., *L'informazione del consumatore e l'inefficacia*, cit., p. 83.

con l'obiettivo di incentivare gli scambi commerciali perseguito dal legislatore comunitario.

Il consumatore può ricorrere ad altri rimedi contrattuali previsti dall'ordinamento dei singoli Stati membri, ma sarebbe auspicabile assicurare tutele più immediate, che possano neutralizzare gli esiti di condotte del professionista che integrano un illecito contrattuale senza dover necessariamente ricorrere alle vie giudiziali.

Un rimedio applicato in via sussidiaria per colmare il vuoto normativo nella vigente disciplina consiste nel rendere inopponibili al consumatore eventuali clausole e condizioni contrattuali di cui non sia stato informato da parte del professionista.

Potrebbe contribuire a rafforzare questo rimedio la previsione dell'onere della prova – a carico del professionista - di aver fornito le informazioni. Sarebbe del tutto illogico porre tale onere a carico del consumatore per il fatto che – ad esempio nelle contrattazioni telefoniche – non è dotato dei mezzi necessari per registrare la chiamata e così dimostrare che non gli siano state fornite le informazioni precontrattuali.

Come è evidente, nei contratti a distanza il rischio che il consumatore non abbia piena contezza dell'affare che sta per concludere è piuttosto elevato, considerando anche il fatto che non gli è possibile visionare il bene prima della consegna o usufruire del servizio prima della fornitura, essendo il proprio sapere completamente limitato ai contenuti informativi forniti dal professionista.

Il consumatore, a ben vedere, è esposto anche al rischio opposto, ossia all'eccesso di informazioni.

Il sovraccarico di informazioni in ordine all'acquisto da effettuare, paradossalmente, rischia di vanificare lo scopo conoscitivo e di tutela dell'acquirente, traducendosi in una gestione inefficiente ed inutile della comunicazione di dati e termini contrattuali⁶¹.

⁶¹ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 838, 839.

Se questi sono i rischi che può incontrare normalmente il consumatore nelle vendite effettuate dai professionisti stabiliti in Italia, va da sé che i rischi sono ancora maggiori quando il consumatore effettua acquisti *transfrontalieri*, poiché in questo caso il consumatore incontra ostacoli linguistici che rischiano di compromettere la piena conoscibilità delle clausole contrattuali e diventa ancora più difficile accertarsi della affidabilità del professionista. Di conseguenza, assume rilevanza sostanziale conoscere tutti gli elementi del contratto a distanza poc' anzi indicati⁶².

Inoltre, per il fatto che il professionista utilizza tecniche di comunicazione a distanza per promuovere i propri prodotti nonché per concludere il contratto, il consumatore ha bisogno di ricevere, per formare ed esprimere un consenso libero e consapevole in ordine all'acquisto, non solo le informazioni in forma orale, ma anche in forma scritta⁶³.

Infatti, la volatilità delle informazioni fornite via telefono o attraverso le vendite televisive non deve tradursi in una diminuzione di tutela per il consumatore, che può essere efficacemente evitata attraverso una successiva conferma delle informazioni per iscritto, per permettere in questo modo al consumatore non solo di conoscere le condizioni e termini contrattuali dell'accordo che sta per concludere o che ha già concluso, ma anche per consultare in qualunque momento successivo all'acquisto la scheda contrattuale sottoscritta⁶⁴.

⁶² Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione Europea, COM (2001) 531, del 2 ottobre 2001; Libro verde della Commissione del 9 febbraio 2000: assistenza giudiziaria in materia civile: i problemi che si presentano al contendente transfrontaliero, COM (2000) 51 def.; Libro Verde sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese, COM (2010) 348, luglio 2010; CINQUE M., *op. cit.*, p. 453 ss.

⁶³ ROSSI CARLEO L., *Art.5*, cit., p. 132; RICCI F., *Art. 53*, cit., p. 402 ss.; RICCI F., *L'informazione del consumatore e l'inefficacia*, cit., p. 837; RICCI F., *Articolo 68*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di MINERVINI E. e ROSSI CARLEO L., Torino 2009, p. 398 ss.; RICCI F., *Teleshopping e vendite*, cit., p. 270 ss.; RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 322 ss.; CINQUE M., *Art. 53*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO G. e ZACCARIA A., Padova, 2010, p. 448 ss.; SUPPA M.P., *Art. 53, Conferma scritta delle informazioni*, in *Codice del consumo*, a cura di CUFFARO V., Milano, 2008, p. 292 ss.

⁶⁴ RICCI F., *Articolo 67*, cit., p. 398 ss.; RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 326; RICCI F., *Art. 52*, cit., p. 392 ss.; RICCI F., *Art.53*, cit., p. 402 ss.; IADEVAIA S., *op. cit.*, p. 160 ss.; CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 454 ss.

Secondo l'attuale disciplina sui contratti a distanza, le informazioni possono essere fornite al consumatore in tempi diversi, a seconda del tipo di mezzo di comunicazione a distanza utilizzato. Ad esempio, se il consumatore aderisce ad una offerta commerciale via telefono, prima dell'accettazione gli sono comunicate alcune informazioni. Successivamente alla conclusione del contratto - prima o al momento della sua esecuzione - vengono confermate le informazioni già fornite e ne vengono comunicate altre.

Ebbene, sempre al fine di assicurare un elevato livello di tutela del consumatore, sarebbe più opportuno garantire una più ampia informazione *preliminare* del consumatore e prevedere - successivamente alla stipulazione del contratto - la mera *conferma scritta* di tutte le informazioni già fornite oralmente, ciò per rendere completamente edotto sin dall'inizio il consumatore di tutti i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto a distanza che gli viene proposto.

È vero che il consumatore quando decide di effettuare un acquisto è più attento a valutare l'investimento dal punto di vista economico, anziché considerare gli aspetti di carattere giuridico: tuttavia, questo non appare un buon motivo – in ossequio anche al diritto all'educazione al consumo (art. 4 c.cons.)⁶⁵ – per non comunicare sin dal primo contatto con il professionista quali sono le conseguenze a carattere giuridico che comporta l'adesione alla offerta del professionista.

Ai fini di una più completa analisi della disciplina sull'oggetto dei contratti a distanza, il legislatore ha dettato regole diverse a seconda che il consumatore concluda un contratto di acquisto di "beni" o un contratto di fornitura di "servizi".

⁶⁵ Art. 4 del codice del consumo: «L'educazione dei consumatori e degli utenti è orientata a favorire la consapevolezza dei loro diritti e interessi, lo sviluppo dei rapporti associativi, la partecipazione ai procedimenti amministrativi, nonché la rappresentanza negli organismi esponenziali. Le attività destinate all'educazione dei consumatori, svolte da soggetti pubblici o privati, non hanno finalità promozionale, sono dirette ad esplicitare le caratteristiche di beni e servizi e a rendere chiaramente percepibili benefici e costi conseguenti alla loro scelta; prendono, inoltre, in particolare considerazione le categorie di consumatori maggiormente vulnerabili».

Infatti, in base a come viene qualificato un determinato prodotto offerto dal professionista è diversa la disciplina in materia di informazioni, specialmente per quanto riguarda il momento della loro conferma per iscritto, atteso che attualmente è previsto che la conferma per iscritto delle informazioni è da escludersi per i servizi a c.d. “effetto istantaneo” la cui esecuzione è effettuata mediante una tecnica di comunicazione a distanza, forniti in unica soluzione e fatturati dall’operatore della tecnica di comunicazione⁶⁶.

Tale qualificazione può risultare non sempre agevole per alcuni prodotti, come il *software*, i *files* multimediali, gli *e-books*: tanto è vero che sul punto le conclusioni a cui sono arrivati gli esponenti della dottrina non sono del tutto univoche, atteso che alcuni autori interpretano il *download* di tali prodotti talvolta come una cessione di beni (immateriali), altre volte come una prestazione di servizi⁶⁷.

Un altro rischio al quale può essere esposto il consumatore riguarda la eventuale difformità tra le informazioni comunicate verbalmente e quelle comunicate per iscritto: in questi casi è compromessa la certezza del consumatore in ordine al contenuto dell’accordo concluso o in via di conclusione e viene ingenerata inutile confusione che rischia di aggravare ulteriormente la sfiducia riposta in questo tipo di contratti⁶⁸.

Infine, è necessario segnalare un comportamento piuttosto frequente adottato da alcuni professionisti che minaccia pesantemente la libertà di scelta del consumatore in quanto è volto alla vendita di un prodotto senza che il consumatore abbia mai espresso il consenso in merito allo stesso: si tratta dell’ipotesi della c.d. “fornitura non richiesta”⁶⁹.

⁶⁶ RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 346; CINQUE M., *Art. 54*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO G. e ZACCARIA A., Padova, 2010, p. 456, 457.

⁶⁷ ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1178; SCOZZAFAVA O.T., *I beni*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato* diretto da Perlingieri P., Napoli, 2007, p. 13 ss.; CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 456, 457.

⁶⁸ RICCI F., *L’informazione del consumatore e l’inefficacia*, cit., p. 839; RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 333 ss.

⁶⁹ DE CRISTOFARO G., *Art. 57*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO G. e ZACCARIA A., Padova, 2010, p.467; SIMONE S., *Art. 57, Fornitura non richiesta*, in

Il professionista consegna un bene o attiva un servizio a pagamento - senza che il consumatore gli abbia mai manifestato la volontà di acquistarlo - unitamente ad una proposta contrattuale alla vendita dello stesso⁷⁰.

Questo comportamento è considerato particolarmente “aggressivo” in quanto espone il consumatore ad una compressione della propria autonomia negoziale, inducendolo a corrispondere il prezzo di beni o servizi non richiesti sulla base del presupposto - erroneo - che la sola consegna o attivazione degli stessi da parte del professionista implichi la prestazione del consenso e il sorgere di un obbligo di pagamento⁷¹.

A ben vedere, il consumatore può ricevere indebite pressioni da parte del professionista anche qualora sia fornito un bene o un servizio a titolo gratuito. Infatti, quale conseguenza della gratuita consegna di un bene o del godimento di un servizio, il professionista contatterà il consumatore per indurlo ad acquistarlo: anche in questi casi, il consumatore potrebbe prestare il proprio consenso all’acquisto sulla base dell’erroneo convincimento che il fatto di aver goduto del bene/servizio abbia fatto sorgere obblighi di pagamento nei confronti del professionista⁷².

In questi casi, qualora venga consegnato un bene al consumatore, quest’ultimo potrebbe essere indotto anche a credere di doverlo restituire o custodire, oppure che debba attivarsi per disattivare un servizio indebitamente fornito dal professionista⁷³.

Inoltre, alcuni beni o servizi possono essere forniti quali accessori rispetto al bene/servizio principale ordinato dal consumatore, pertanto dinanzi al rifiuto di quest’ultimo di pagare il bene o servizio accessorio non richiesto il

ALPA G. e ROSSI CARLEO L., *Codice del consumo: commentario*, Napoli, 2005, p. 430 ss.; MANCINI A., *Articolo 26*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di MINERVINI E. e ROSSI CARLEO L., Torino 2009, p. 269 ss.; COLOSIMO B., *Art. 57*, in *Codice del consumo*, a cura di VETTORI G., 2007, p. 493 ss.

⁷⁰ DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 468; SIMONE S., *op. ult. cit.*, p. 430; STAZI C., *Articolo 57*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di MINERVINI E. e ROSSI CARLEO L., Torino 2009, p. 345; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 501.

⁷¹ DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 470 ss.; SIMONE S., *op. ult. cit.*, p. 430; STAZI C., *op. cit.*, p. 345; MANCINI A., *op. cit.*, p. 269 ss. COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 498 ss.

⁷² DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 470 ss.; STAZI C., *op. cit.*, p. 345.

⁷³ SIMONE S., *op. ult. cit.*, p. 431.

professionista potrebbe non effettuare la consegna del bene o disattivare il servizio principali, con evidenti disagi per il consumatore⁷⁴.

La palese pericolosità di questo tipo di condotte fa sorgere la necessità di vietarle, in quanto potenzialmente più rischiose di quelle descritte in precedenza, per il fatto che la sollecitazione all'acquisto avviene con modalità subdole, non dirette a convincere all'acquisto ma ad *aggirare la prestazione del consenso*.

1.4.2 Il "ripensamento" del consumatore.

A tutela della espressione di un consenso libero e consapevole del consumatore in ordine al suo acquisto a distanza, oltre alle informazioni, un ulteriore rimedio è costituito dal ripensamento in merito all'acquisto⁷⁵.

Trattasi della previsione di un breve periodo di tempo concesso al consumatore per compiere una valutazione dell'affare concluso e degli obblighi derivanti dal contratto *successiva alla conclusione* dello stesso, un rimedio efficace per sciogliersi dal vincolo negoziale qualora ci si renda conto che il proprio consenso è stato illecitamente estorto e che si è effettuato un acquisto avventato, non meditato o semplicemente sfavorevole, svantaggioso a livello economico o giuridico⁷⁶.

Diversamente dalle informazioni - che vengono comunicate al consumatore nella fase *preliminare* alla conclusione del contratto - il ripensamento interviene in un momento *successivo* al perfezionamento del

⁷⁴ STAZI C., *op. cit.*, p. 347.

⁷⁵ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 321, 340 ss.; RICCI F., *Particolari modalità di contrattazione*, in AA.VV., *Diritto dei consumi*, (a cura di ROSSI CARLEO L.), Torino, 2012, p. 73 ss.; GIAMPIETRAGLIA R., *Art. 64, Esercizio del diritto di recesso*, in ALPA G. e ROSSI CARLEO L., *Codice del consumo: commentario*, Napoli, 2005, p. 457 ss.; VIGLIONE F., *op. cit.*, p. 438; COLOSIMO B., *Art. 64*, in *Codice del consumo*, a cura di VETTORI G., 2007, p. 515 ss.

⁷⁶ ALPA G., *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., p. 167; RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 321, 340 ss.; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *The Consumer Rights Directive – An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law*, in ERCL, 2012, p. 154; DE CRISTOFARO G., *Introduzione*, cit., Padova, 2010, p. 416; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 516; COLOSIMO B., *Artt. 66, 67*, in *Codice del consumo*, a cura di VETTORI G., 2007, p. 528 ss.; RIVA I., *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2011, p. 765.

vincolo contrattuale e può essere invocato per i più svariati motivi, anche quando si è formato correttamente ed esaurientemente il consenso in ordine all'acquisto del prodotto e al consumatore, dopo averlo ricevuto e visionato, semplicemente "non piace"⁷⁷.

Il ripensamento infatti soccorre l'acquirente nei casi in cui questi abbia fondato la propria decisione su un'immagine fotografica o secondo una descrizione del bene/servizio offerto migliore di quella che è effettivamente, quindi la sua aspettativa può essere delusa nel momento in cui prende visione del bene o usufruisce del servizio.

Il consumatore deve essere informato della possibilità di rimeditare sul proprio acquisto così da potersi sciogliere dal vincolo contrattuale, qualora non sia soddisfatto della propria scelta, e della esistenza o meno delle spese di restituzione del bene e delle modalità di riconsegna. Qualora dovesse mancare questa informazione, al consumatore dovrebbe in ogni caso darsi la possibilità di rimeditare l'acquisto, altrimenti sarebbe illegittimamente privato di tale strumento di tutela⁷⁸.

Affinché il ripensamento sia efficace, occorre informare il consumatore anche sulle modalità con le quali è possibile esprimere il *revirement* in merito all'acquisto, in modo tale che possa essere esonerato da ogni obbligo nei confronti del professionista. Di massima, il ripensamento viene comunicato in forma scritta – per un'ovvia esigenza di certezza degli scambi commerciali nonché ai fini probatori – ma in alcuni casi si dovrebbe consentire di manifestare il proprio ripensamento senza formalità, tacitamente: ad esempio, il consumatore riceve un bene che ha ordinato e - contestualmente alla

⁷⁷ ALPA G., *op. ult. cit., passim*; RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 321; COLOSIMO B., *Art. 64*, cit., p. 516; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 154; GUERINONI E., *Art. 64, Esercizio del diritto di recesso*, in *Codice del consumo*, a cura di CUFFARO V., Milano, 2008, p. 345.

⁷⁸ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 321, 339 ss.; GIAMPIETRAGLIA R., *Art. 67, Ulteriori obbligazioni delle parti*, in ALPA G. e ROSSI CARLEO L., *Codice del consumo: commentario*, Napoli, 2005, p. 478; ALESSI R., *op. cit.*, p. 962 ss.

consegna del bene - non lo trattiene presso di sé ma lo lascia al vettore ai fini della restituzione al professionista⁷⁹.

Ai fini di rendere più fruibile questo strumento di tutela da parte del consumatore, si potrebbero ampliare e rendere accessibili ulteriori modalità di manifestazione del ripensamento da parte dell'acquirente: ad esempio, utilizzando *fax*, telegrammi, posta elettronica, o moduli da compilare direttamente sul sito del professionista.

È alto, tuttavia, il rischio che il consumatore possa abusare di tale strumento: pertanto, al fine di tutelare il professionista, la possibilità di avvalersi del ripensamento va necessariamente contenuta entro limiti temporali certi e predefiniti⁸⁰.

Occorre, infatti, contemperare l'esigenza di assicurare la certezza degli scambi commerciali con quella di garantire al consumatore la possibilità di rivalutare il proprio acquisto in un congruo lasso di tempo e di sciogliersi dal vincolo contrattuale⁸¹.

Inoltre, si tenga conto che non è possibile effettuare il ripensamento per l'acquisto di *qualsiasi* bene o servizio: sono da escludere, generalmente, i beni deperibili con l'uso, quali ad esempio i generi alimentari, o i beni personalizzati, o che sono sigillati, o i servizi relativi all'alloggio o al trasporto che devono essere effettuati in una data prestabilita ecc.⁸²

Infatti, se da un lato va certamente tutelato il consumatore attraverso la possibilità di rimeditare sul bene/servizio acquistato, dall'altro si deve consentire al professionista il recupero del bene rifiutato, così da poterlo

⁷⁹ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 348; RICCI F., *Particolari modalità di contrattazione*, in AA.VV., *Diritto dei consumi*, (a cura di ROSSI CARLEO L.), Torino, 2012, p. 74; GIAMPIETRAGLIA R., *Art. 64*, cit., p. 464 ss.; FARNETI M., *Art. 64*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO G. e ZACCARIA A., Padova, 2010, p. 502 ss.; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 517 ss.; COLOSIMO B., *Artt. 66, 67*, cit., p. 530 ss.

⁸⁰ RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 321; GIAMPIETRAGLIA R., *op. ult. cit.*, p. 464 ss.; GIAMPIETRAGLIA R., *Art. 67*, cit., p. 479 ss.; FARNETI M., *op. cit.*, p. 501.

⁸¹ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 321.

⁸² RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 352 ss.; GIAMPIETRAGLIA R., *Art. 55, Esclusioni*, in ALPA G. e ROSSI CARLEO L., *Codice del consumo: commentario*, Napoli, 2005, p. 414 ss.; VIGLIONE F., *Art. 55*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO G. e ZACCARIA A., Padova, 2010, p. 460; COLOSIMO B., *Art. 55*, in *Codice del consumo*, a cura di VETTORI G., 2007, p. 493 ss.

ricollocare effettivamente sul mercato per conseguire futuri acquisti del bene stesso. Se venisse lasciata al consumatore la possibilità di ripensamento anche in merito a questa tipologia di beni, verrebbe penalizzato eccessivamente il professionista, che non potrebbe più conseguire profitti dalla vendita e subirebbe una perdita economica in caso di ripensamento del consumatore⁸³.

Come già si è osservato, sono molteplici le ragioni che possono condurre il consumatore a rimeditare sul proprio acquisto: in ogni caso, l'esercizio di tale facoltà dovrebbe avvenire necessariamente a titolo gratuito. Infatti, se il ripensamento fosse a titolo oneroso, si vanificherebbe lo scopo di tutela successiva al quale è preordinato, frustrando gravemente la posizione del consumatore che subirebbe una perdita economica per il solo fatto di essersi "pentito" dell'acquisto del bene/servizio semplicemente illustrato e mai visionato o utilizzato prima.

Invero, non capita di rado che il professionista preveda delle somme a carico del consumatore in caso di ripensamento⁸⁴. È facilmente intuibile che una eventuale clausola contrattuale che preveda il pagamento di una somma in caso di ripensamento sviscila fortemente la fiducia del consumatore nei confronti dei contratti a distanza, con conseguente riduzione del volume di questo genere di vendite⁸⁵.

Passando ad analizzare le conseguenze dell'esercizio del ripensamento, si nota che sul consumatore incombe l'obbligo di restituzione del bene, nonché la custodia dello stesso per il tempo stabilito per il ripensamento; il professionista ha l'obbligo di restituire il prezzo o l'acconto sul prezzo qualora sia stato già corrisposto dal consumatore prima della consegna del bene, ed entro un termine prestabilito⁸⁶.

⁸³ VIGLIONE F., *op. ult. cit.*, p. 460 ss.; FARNETI M., *Art. 67*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO G. e ZACCARIA A., Padova, 2010, p. 526 ss.

⁸⁴ Spesso sono genericamente indicate come "spese accessorie" che sarebbero sostenute dal professionista per effetto del ripensamento del consumatore.

⁸⁵ ALPA G., *op. ult. cit.*, p. 168; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 155; SOLINAS C., *Articolo 25*, cit., p. 250 ss.; FARNETI M., *Art. 64*, cit., p. 501; COLOSIMO B., *Art. 64*, cit., p. 517.

⁸⁶ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 348; GIAMPIETRAGLIA R., *Art. 67*, cit., p. 482, 483; FARNETI M., *Art. 67*, cit., p. 528; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 517.

Ebbene, le sole spese che il consumatore potrebbe essere costretto a sostenere, per effetto della rivalutazione del proprio acquisto, sarebbero quelle di restituzione del bene al professionista – se espressamente previsto dal contratto. Qualora le spese di restituzione del bene siano pretese dal professionista senza che il consumatore sia stato informato di tale spesa, il consumatore non dovrebbe essere vincolato da tale pagamento.

Le uniche spese che potrebbero essere ragionevolmente addebitate al consumatore – in un’ottica di bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti dello scambio - potrebbero essere quelle dirette di restituzione del bene al mittente, non quelle di consegna del bene ordinato.

A parte queste, non si dovrebbe consentire al consumatore di sostenere altri oneri economici qualora rimediti sul proprio acquisto. Qualunque ulteriore spesa fosse addebitata al consumatore, rischierebbe di scoraggiarlo dall’acquisto o dall’esercizio del suo diritto di recesso, e si porrebbe in contrasto con lo scopo di tutela *successiva* che il ripensamento mira a soddisfare.

Occorre pertanto che le spese di restituzione del bene siano prestabilite nel contratto e che il loro ammontare sia contenuto, altrimenti si corre il rischio che – specialmente se si effettuano acquisti transfrontalieri e si devono effettuare spedizioni all’estero - il consumatore sia costretto a versare per la riconsegna del bene una somma persino maggiore rispetto al prezzo corrisposto per l’acquisto del medesimo⁸⁷.

Infine, il consumatore è esposto anche al rischio di lasciare decorrere inutilmente il termine per esercitare il proprio ripensamento, qualora non siano indicate chiaramente dal professionista le modalità di riconsegna, o se queste siano di difficile attuazione: eventuali sistemi complicati e ostruzionistici⁸⁸ si tradurrebbero in una vanificazione di questo rimedio, a danno del consumatore⁸⁹.

⁸⁷ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 349; FARNETI M., *op. ult. cit.*, p. 531 ss.

⁸⁸ Esempio: consegna esclusivamente a mani in un luogo inesistente e soltanto in determinati giorni e orari.

⁸⁹ SOLINAS C., *op. ult. cit.*, p. 249.

Pertanto, tutte queste informazioni vanno comunicate al consumatore in modo chiaro, corretto e completo.

La distinzione tra “bene” e “servizio” assume rilevanza fondamentale anche per quanto concerne la disciplina del ripensamento, in particolare per quanto riguarda la decorrenza del termine per manifestare al professionista il venir meno del consenso in ordine all’acquisto del prodotto.

Infatti, se si è acquistato un *bene*, il termine decorre dalla data di ricevimento della merce da parte del consumatore⁹⁰.

Se, invece, si è acquistato un *servizio*, il termine decorre dalla data di conclusione del contratto.

Sono diversi anche gli obblighi a carico del consumatore nel caso in cui manifesti la volontà di sciogliersi dal vincolo contrattuale attraverso il ripensamento: infatti, qualora l’acquisto abbia riguardato un *bene* il consumatore è tenuto a custodirlo e a restituirlo integro al professionista.

Qualora l’acquisto abbia riguardato un servizio, invece, è esclusa qualsiasi obbligazione restitutoria per le prestazioni dei servizi già eseguite, atteso che il servizio, essendo il «risultato di una attività non produttiva di beni»⁹¹ non è per sua natura suscettibile di restituzione da parte del consumatore.

La prestazione di servizi che non può essere restituita va in ogni caso retribuita dal consumatore, nei limiti del servizio goduto: ciò per evitare che questi possa fare un uso strumentale del diritto di ripensamento a danno del professionista⁹².

Si passa ora ad analizzare una modalità di vendita, la cui crescita è fortemente auspicata dal legislazione comunitario: le vendite *online*.

1.4.3 I rischi nelle vendite online.

⁹⁰ Art. 65, co. 2, c. cons.

⁹¹ FARNETI M., *op. ult. cit.*, p. 523.

⁹² FARNETI M., *op. ult. cit.*, p. 523 ss.

Secondo quanto anticipato in apertura di capitolo, gli sforzi del legislatore comunitario, nell'ultimo decennio, si sono concentrati anche su come incrementare le vendite *online*, perché il *web* costituisce una piattaforma fondamentale ed imprescindibile per lo scambio di beni e servizi, data la sua immediatezza, la facile accessibilità⁹³, l'ampio raggio della clientela, la possibilità di oltrepassare i confini spazio – temporali⁹⁴.

Quest'ultimo dato non è di poco conto, se si considera che si possono acquistare beni a qualsiasi ora del giorno e della notte, anche da professionisti che operano dall'altra parte del globo terrestre: le possibilità di concludere un acquisto divengono infinite.

Il consumatore può essere contattato dal professionista mediante l'invio di una *email* che lo invita all'acquisto di un bene/servizio, oppure può effettuare un ordine direttamente connettendosi al sito *web* del venditore⁹⁵.

L'ordinazione di un prodotto tramite il sito *web* del professionista avviene solitamente attraverso una serie di passaggi, che riguardano l'inserimento dei dati relativi all'ordine da effettuare, alla identità del consumatore, alle modalità di pagamento, ecc. Questi dati vengono inseriti direttamente da parte del consumatore in losanghe da compilare predisposte dal professionista.

Al momento della conferma dell'ordine, che solitamente costituisce l'ultimo dei passaggi, il consumatore viene frequentemente a conoscenza dell'esistenza di costi di cui non era stato informato o che sono maggiori di quelli preventivati: ciò può capitare perché, ad esempio, al consumatore è richiesto il pagamento di somme a fronte di servizi apparentemente gratuiti, o perché i prezzi esposti sul sito sono al netto di imposte o delle spese di spedizione, o perché ci sono ulteriori costi di attivazione dei servizi (in

⁹³ Da un computer portatile, da un telefono cellulare, da un *internet point* ormai diffusissimi nelle nostre città.

⁹⁴ ALPA G., *op. ult. cit.*, p. 129; COLOSIMO B., *Art. 50*, cit., p. 460 ss.; CAMARDI C., *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, p. 720.

⁹⁵ COLOSIMO B., *Art. 54*, in *Codice del consumo*, a cura di VETTORI G., 2007, p. 488; RIZZI A., *Art. 68*, in *Codice del consumo*, a cura di VETTORI G., 2007, p. 538 ss.

particolare nel settore delle telecomunicazioni) che non sono stati comunicati nelle pagine di presentazione dei prodotti⁹⁶.

Pertanto, il consenso espresso dal consumatore che ha proceduto alla formulazione dell'ordine può essere facilmente estorto attraverso la pratica dell'occultamento dei costi: il potenziale acquirente viene attratto da un annuncio di un bene o servizio offerto gratuitamente, o ad un prezzo inferiore di quello effettivo, e procedere al suo ordine senza rendersi conto che, in realtà, vi è l'obbligo di effettuare un pagamento.

Tale comportamento del professionista induce il consumatore a diffidare dagli acquisti *online*, poiché ci si potrebbe accorgere solo successivamente di quanto effettivamente pagato per l'acquisto di un prodotto: ciò contribuisce ad accrescere il clima di sfiducia che si è creato intorno alle vendite effettuate via *internet*.

Inoltre, i consumatori si trovano esposti anche ad un'altra insidia: alcuni servizi supplementari vengono offerti al consumatore, dietro il pagamento di corrispettivo, mediante caselle preselezionate. Pertanto, qualora il consumatore non voglia usufruire di tali servizi e non voglia sopportare i relativi costi, dovrebbe *deselezionare* le caselle già compilate. Oltretutto, in alcuni casi il professionista seleziona delle caselle che non possono essere deselezionate dal consumatore. Appare chiaro che, in circostanze simili, non vi sono margini per il consumatore di esprimere liberamente il proprio consenso.

Atteso che l'unica interfaccia tra il consumatore e il professionista è il sito *web* predisposto da quest'ultimo, occorre tutelare il consumatore dalle truffe che potrebbe subire facendo ordinazioni di prodotti su siti di dubbia provenienza, o che non offrono sufficiente protezione dei dati inseriti dal consumatore, specialmente quando inserisce i propri dati personali o i codici della propria carta di pagamento.

⁹⁶ RICCI F., *Art. 68*, cit., p. 493 ss.; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 488.

1.5 I conflitti nella fase esecutiva.

Un ultimo ordine di questioni relativo ai contratti a distanza riguarda i conflitti di interessi tra consumatori e professionisti nella fase esecutiva del rapporto contrattuale.

Il consumatore è tenuto al pagamento del prezzo del bene o del servizio offerto. Invero, spesso viene richiesto al consumatore il pagamento anticipato del corrispettivo, rispetto alla consegna o all'attivazione del servizio, anche prima dello spirare del termine per ripensare all'acquisto.

Pertanto, è facile dedurre che - sebbene in caso di ripensamento il professionista sia tenuto a rimborsare al consumatore le spese già versate da quest'ultimo - il consumatore resta comunque esposto all'eventualità di doversi attivare per il recupero delle somme già corrisposte al professionista, in caso di inottemperanza di quest'ultimo all'obbligo di rimborso. Tale circostanza renderebbe ancora più difficoltoso per il consumatore ottenere la ripetizione delle somme già corrisposte, specialmente per le operazioni economiche transfrontaliere.

Il consumatore, inoltre, dovrebbe essere messo in condizione di adempiere la propria obbligazione scegliendo una delle tante modalità di pagamento del prezzo del bene o del servizio a sua disposizione. Il professionista, a sua volta, dovrebbe comunicare al consumatore e riprodurre nel contratto il mezzo di pagamento utilizzabile per effettuare validamente l'acquisto del prodotto.

Nel caso di pagamento effettuato secondo modalità diverse da quelle stabilite in via convenzionale e non comunicate al consumatore, ci si è posti il quesito se il consumatore sia comunque liberato dal pagamento del corrispettivo o meno.

Il professionista, invero, non può pretendere che il pagamento del prezzo del prodotto acquistato avvenga secondo una determinata modalità (es. carta di pagamento) qualora non abbia debitamente informato il consumatore in merito

a tale esigenza. Pertanto, in questo caso, il consumatore dovrebbe ritenersi liberato dalla propria obbligazione⁹⁷.

Per i contratti di fornitura periodica di servizi (ad es. il contratto di telefonia, di somministrazione di energia elettrica, ecc.) generalmente il professionista invita il consumatore ad effettuare la domiciliazione di pagamento presso il proprio istituto di credito.

Ciò è indubbiamente comodo per il professionista - che si vede assicurato il puntuale pagamento del corrispettivo – ma anche per il consumatore, che dovrebbe pagare altrimenti il canone di fornitura del servizio (ad esempio, recandosi personalmente alla banca o alla posta), con impiego di tempo e di organizzazione, avendo cura di scadenzare l'ultimo giorno utile per effettuare il pagamento onde evitare di incorrere in sanzioni.

Tuttavia, tale soluzione presenta dei rischi per il consumatore, in quanto potrebbe ritrovarsi esposto ad abusi da parte del professionista, che potrebbe addebitare nella bolletta costi ulteriori e non dovuti senza che il consumatore possa agevolmente avvedersene.

Infatti, nella ipotesi in cui il consumatore si accorga della richiesta di pagamento di somme non dovute, se non ha conferito mandato di pagamento alla banca può liberamente – autotutelandosi - evitare di pagare eventuali somme addebitate illegittimamente, senza ritrovarsi così esposto al rischio di doverne richiedere la ripetizione. Altrimenti, se ha dato mandato di pagare alla banca, potrà richiedere alla stessa di sospendere ulteriori pagamenti e domandare al professionista lo storno del pagamento dalla prossima bolletta.

Pertanto, anche l'indebita richiesta di somme da parte del professionista, occultate in bolletta e pagate dall'istituto di credito per conto del consumatore costituisce una ulteriore insidia dalla quale il fruitore del servizio dovrebbe essere adeguatamente tutelato. In alcuni casi può trattarsi di cifre irrisorie per il consumatore, ma che comportano comunque un arricchimento ingiustificato per il professionista che se ne avvale.

⁹⁷ PALLOTTA A., *Art. 56, Pagamento mediante carta*, in ALPA G. e ROSSI CARLEO L., *Codice del consumo: commentario*, Napoli, 2005, p. 422 ss.

Inoltre, occorre assicurare adeguata tutela al consumatore per quanto riguarda gli acquisti effettuati mediante le carte di pagamento, affinché sia garantita la sicurezza della transazione e si evitino anomale o mancate esecuzioni di pagamento⁹⁸. In particolare, una insidia alla quale risulta essere esposto il consumatore consiste nell'uso fraudolento della carta di pagamento, che nel nostro ordinamento integra una fattispecie di reato: in questo caso, il consumatore ha diritto a vedersi riaccreditate le somme versate a causa di un uso fraudolento della carta⁹⁹.

Il professionista, da parte sua, è tenuto a consegnare il bene o ad attivare il servizio prescelto dal consumatore, senza ritardo¹⁰⁰.

A tale proposito, al fine di valutare se il professionista abbia adempiuto correttamente alla propria obbligazione, è necessario prevedere un congruo termine entro il quale è tenuto ad eseguire la propria prestazione, di cui bisogna informare il consumatore¹⁰¹.

Qualora il professionista sia inadempiente¹⁰² il consumatore ha comunque interesse a conseguire il bene o il servizio sul quale ha formato ed espresso il proprio consenso e - qualora non ci riesca - a sciogliersi dal vincolo contrattuale ottenendo la ripetizione di tutte le somme già corrisposte ed il risarcimento del danno.

Inoltre, in caso di inesatto adempimento, il professionista dovrà - a proprie spese - procedere al ritiro del bene o alla disattivazione del servizio difforme da quello richiesto, alla sua riparazione o alla sua sostituzione.

Un altro rischio che corre il consumatore nella fase esecutiva del rapporto riguarda l'eventuale smarrimento o danneggiamento del bene durante il trasporto, eventualità di fronte alla quale l'acquirente non è tutelato, in quanto

⁹⁸ PALLOTTA A., *op. cit.*, p. 420 ss.

⁹⁹ PALLOTTA A., *op. cit.*, p. 420 ss.; TORIELLO F., *op. cit.*, p. 855 ss.

¹⁰⁰ SIMONE S., *Art. 54, Esecuzione del contratto*, in ALPA G. e ROSSI CARLEO L., *Codice del consumo: commentario*, Napoli, 2005, p. 411; CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 457 ss.

¹⁰¹ SIMONE S., *op. ult. cit.*, p. 412; VIGLIONE F., *Art. 50*, cit., p. 438; CINQUE M., *Art. 52*, cit., p. 457 ss.; COLOSIMO B., *Art. 54*, cit., p. 488.

¹⁰² Ad esempio, se non consegna il bene o se non attiva il servizio nel termine convenuto, o se consegna un bene diverso per modello o caratteristiche (es. colore, prestazioni) rispetto a quello ordinato oppure se attiva un servizio diverso da quello richiesto dal consumatore.

generalmente la responsabilità del trasporto è a carico del committente, a meno che il venditore non indichi espressamente di assumersela.

Pertanto, anche in questo caso il consumatore si ritrova esposto al rischio di aver acquistato un bene danneggiato o che viene smarrito - pur avendone già pagato il prezzo - senza avere la possibilità di rivolgersi al professionista per ottenere la ripetizione delle somme, subendo in questo modo una perdita patrimoniale data dalla inservibilità del bene e dal prezzo già pagato.

Infine, nel corso del rapporto contrattuale potrebbero sorgere degli ostacoli per il consumatore relativi al godimento del bene o del servizio, con conseguente necessità di contattare il professionista affinché intervenga a ripristinarne il buon funzionamento.

Ebbene, il più delle volte il professionista attiva a disposizione del consumatore un “servizio di assistenza clienti” contattabile via *email* o per via telefonica. Tuttavia, mentre l’invio di una *email* avviene - di massima - a costo zero per il consumatore¹⁰³, il servizio per via telefonica è generalmente a pagamento - con costi spesso maggiori rispetto alla tariffa di base - e questo può costituire fonte di perdite economiche o comunque di disagi per il consumatore¹⁰⁴.

È evidente che anche in questo caso il consumatore debba essere informato sui costi eventualmente da sostenere per le comunicazioni telefoniche con il professionista: in ogni caso, sarebbe di gran lunga più rispettoso dei suoi interessi economici la previsione della gratuità di tutti i numeri relativi al “servizio di assistenza clienti”.

Un'altra insidia dalla quale il consumatore dovrebbe essere tutelato consiste nella esecuzione “a intermittenza” del contratto di fornitura di un servizio. Si pensi all’ipotesi in cui un servizio (ad es. l’accesso ad *internet*) sia disponibile a giorni alterni o ogni due giorni nell’arco della settimana. In

¹⁰³ O meglio, il costo sarebbe rappresentato solo dalla connessione ad *internet*.

¹⁰⁴ Si pensi ad un ipotetico guasto della linea telefonica fissa e al fatto di dover contattare il professionista per segnalare il malfunzionamento componendo numeri telefonici (es. 199; 899) che notoriamente sono più costosi delle chiamate urbane o interurbane. Senza contare che i tempi di attesa al telefono prima di poter parlare con un operatore sono solitamente lunghi, e non è detto che il disservizio si possa risolvere solo con una telefonata.

questo caso, pure a fronte del pagamento integrale del corrispettivo da parte del consumatore, quest'ultimo potrebbe fruire parzialmente del servizio e goderne in modo limitato. Anche davanti a tale ipotesi, le clausole contrattuali predisposte dal professionista – che generalmente prevedono la corresponsione di somme in favore del consumatore se il disservizio perdura per un dato periodo di tempo (es. 48 ore; 36 ore ecc.) - non sembrano essere favorevoli per il consumatore se il servizio viene riattivato e poi disattivato nuovamente: di conseguenza, in questi casi le attuali tutele necessitano di essere rafforzate.

A conclusione di questo paragrafo e dell'intero capitolo, si può constatare che sono numerose le questioni poste all'attenzione del legislatore comunitario e nazionale in materia di contratti a distanza al fine di realizzare il buon funzionamento del mercato interno, di favorire gli scambi commerciali e di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori.

Si vedrà nel prossimo capitolo in che modo sono state risolte, e nell'ultimo capitolo quali sono le questioni risolte e quelle ancora aperte.

Capitolo II

Contratti a distanza: le soluzioni offerte dal diritto positivo e dalle proposte di regolamentazione europee.

SOMMARIO: *Sezione I. L'attuale disciplina dei contratti a distanza nel codice del consumo.* 2.1 La direttiva n. 97/7/CE. - 2.2 Il recepimento della direttiva 97/7/CE nell'ordinamento interno (d.lgs. 185/1999). - 2.3 Il successivo inserimento della disciplina sui contratti a distanza nel codice del consumo (artt. 50-68). - 2.4 I contratti a distanza e le pratiche commerciali scorrette. - 2.5 I contratti a distanza e la tutela dei dati personali del consumatore. - 2.6 L'ambito applicativo della disciplina sui contratti a distanza. 2.7 Le informazioni al consumatore. - 2.8 Le sanzioni per la violazione degli obblighi di informazione. - 2.9 Il diritto di recesso e i suoi effetti. - 2.10 L'esecuzione del contratto. - 2.10 *Sezione II. I contratti a distanza nella direttiva n. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori.* 2.11 La revisione dell'*acquis communautaire* e le esigenze di riforma alla base della direttiva sui diritti dei consumatori n. 2011/83/UE. - 2.12 Il nuovo ambito applicativo della disciplina sui contratti a distanza. - 2.13 Gli obblighi di informazione gravanti sul professionista. - 2.14 Le tutele del consumatore in caso di violazione degli obblighi di informazione. - 2.15 L'esercizio del diritto di recesso e i suoi effetti. - 2.16 L'esecuzione del contratto e il passaggio del rischio. *Sezione III. I contratti a distanza e l'uniformazione del diritto contrattuale europeo.* 2.17 Il progetto di unificazione del diritto contrattuale europeo. - 2.18 I contratti a distanza nella proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita (CESL). - 2.19 Natura non vincolante della CESL e il suo rapporto con l'*acquis*.

Sezione I. L'attuale disciplina dei contratti a distanza nel codice del consumo.

2.1 La direttiva n. 97/7/CE.

Il 20 maggio 1997 il legislatore comunitario ha approvato la direttiva 97/7/CE riguardante “*la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza*”¹⁰⁵.

Tale atto normativo costituisce una delle pietre miliari dell'*acquis communautaire*, non solo perché ha rivoluzionato il diritto nazionale degli Stati membri, ma soprattutto perché ha dotato i consumatori europei di una

¹⁰⁵ Direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, in G.U.C.E. n. L 144 del 4.6.1997.

serie di tutele di cui prima non potevano usufruire ed ha permesso l'incremento delle vendite a distanza, anche transfrontaliere, a beneficio della velocità degli scambi, del consolidamento e del buon funzionamento del mercato interno¹⁰⁶.

Gli scopi che il legislatore comunitario ha inteso perseguire con la direttiva 97/7/CE sono stati chiaramente indicati nel preambolo della direttiva, obiettivi che erano stati già illustrati a partire dalla metà degli anni Ottanta dalle istituzioni comunitarie e poi ribaditi dalla Commissione nella raccomandazione 92/295/CEE¹⁰⁷, mediante la quale si invitavano le organizzazioni professionali dei fornitori ad adottare dei codici di condotta in materia di vendite a distanza¹⁰⁸.

Con la direttiva 97/7/CE, dal punto di vista dell'economia in generale, sono state adottate delle misure volte al consolidamento del mercato interno, per permettere ai consumatori di accedere alle merci e ai servizi di un altro Stato membro alle stesse condizioni della popolazione di tale Stato, per migliorare la libera circolazione delle merci e dei servizi - nonché la concorrenza tra le imprese incentivando le vendite transfrontaliere - per ravvicinare le normative degli Stati membri in materia di contratti a distanza¹⁰⁹.

Non solo. Con la direttiva 97/7/CE si è inteso anche contribuire a "moralizzare" il mercato, descrivendo condotte che devono essere tenute dagli operatori economici per garantire il corretto funzionamento del mercato e la

¹⁰⁶ DE CRISTOFARO G. *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *Studium iuris*, 1999, p. 1189 ss.; ALESSI R., *op. cit.*, p. 962 ss.; TORIELLO F., *op. cit.*, p. 843 ss.

¹⁰⁷ Raccomandazione della Commissione, del 7 aprile 1992, relativa a codici di comportamento per la tutela dei consumatori in materia di contratti negoziati a distanza, n. 92/295/CEE, in G.U.C.E. n. L 156 del 10.6.1992; cfr. pure la Risoluzione del Consiglio del 23 giugno 1986 concernente il futuro orientamento della politica della Comunità economica europea per la tutela e la promozione degli interessi del consumatore, in G.U.C.E. n. C 167 del 5.7.1986 e la Risoluzione del Consiglio, del 9 novembre 1989, sulle future priorità per il rilancio della politica di protezione dei consumatori, in G.U.C.E. C 294 del 22.11.1989; ALPA G., *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., p. 173.

¹⁰⁸ ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, cit., p. 260; ALPA G., *Contratti a distanza: prime considerazioni*, in *I Contratti*, n.8-9, 1999, p. 851; TORIELLO F., *op. cit.*, p. 844.

¹⁰⁹ Cfr. i considerando nn. 1-4 della direttiva 97/7/CE; ALPA G., *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., p. 173; COLOSIMO B., *Art. 50*, cit., p. 462; VIGLIONE F., *Art. 50*, cit., p. 438; TORIELLO F., *op. cit.*, p. 844 ss.

protezione dei professionisti concorrenti: è questo profilo al quale fa riferimento la direttiva laddove al considerando n. 20 sostiene che «*il mancato rispetto delle disposizioni della presente direttiva può recare pregiudizio ai consumatori ma anche ai concorrenti*»¹¹⁰.

In un'ottica individuale, gli scopi perseguiti con la direttiva 97/7/CE riguardano la previsione degli obblighi di informazione gravanti sul professionista, della conferma per iscritto delle informazioni, del diritto di recesso, di un termine entro il quale eseguire la prestazione qualora esso non sia stato stabilito all'atto dell'ordinazione, di tutele a fronte delle modalità aggressive di vendita operate dal professionista attraverso i nuovi strumenti tecnologici a disposizione, della tutela del consumatore dalle sollecitazioni di pagamento per beni o servizi forniti e non richiesti¹¹¹.

Se si confronta la direttiva 97/7/CE con la direttiva 85/577/CEE sulle vendite negoziate al di fuori dei locali commerciali si noterà che la prima assicura un livello di protezione maggiore rispetto alla seconda, che concentra la tutela quasi esclusivamente sul diritto di recesso e sulla relativa informazione.

La direttiva 97/7/CE e la sua disciplina di recepimento, invece, incidono maggiormente sull'autonomia privata delle parti, a beneficio di una migliore tutela del consumatore: intendono tutelare il consumatore dall'invasività delle comunicazioni a distanza; prevengono l'effetto sorpresa per il consumatore in merito all'acquisto che gli viene proposto o al prodotto che gli viene offerto; prevedono un formalismo maggiore affinché le parti abbiano sufficiente contezza delle obbligazioni contrattuali alle quali sono vincolate¹¹².

La direttiva 97/7/CE - che attualmente non è più in vigore per effetto della abrogazione espressa operata dalla direttiva 2011/83/UE - prevedeva un *livello minimo di armonizzazione*¹¹³.

¹¹⁰ MINERVINI E., *La tutela collettiva dei consumatori in materia di contratti a distanza*, in *I Contratti*, 12, 2000, p. 1166 ss.; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 461 ss.

¹¹¹ Cfr. i considerando nn. 11-15 della direttiva 97/7/CE; ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 849; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 460 ss.; TORIELLO F., *op. cit.*, p. 844 ss.

¹¹² ALPA G., *op. ult. cit.*, p. 851.

¹¹³ TORIELLO F., *op. cit.*, p. 844 ss.

La maggior parte degli atti normativi comunitari adottati a partire dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso fino ai primi anni del duemila sono stati concepiti essenzialmente per *ravvicinare* le legislazioni degli Stati membri, anziché per *uniformarle*.

L'approccio prescelto dal legislatore europeo era di tipo settoriale, venivano emanati atti volti a disciplinare singole materie, a regolare solo alcuni tipi di contratto¹¹⁴, a risolvere questioni specifiche a livello comunitario.

Ciò si evince dall'art. 1 della direttiva (*Oggetto*), che illustrava chiaramente che «*la presente direttiva ha come oggetto di ravvicinare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri riguardanti i contratti a distanza tra consumatori e fornitori*», e anche dall'art. 14 (*Clausola minima*) che prevedeva una *clausola di armonizzazione minima* secondo la quale gli Stati membri potevano «*adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più severe compatibili con il trattato, per garantire al consumatore un livello di protezione più elevato. Dette disposizioni comprendono, se del caso, il divieto, per ragioni d'interesse generale, della commercializzazione nel loro territorio di taluni beni o servizi, in particolare i medicinali, mediante contratti a distanza, nel rispetto del trattato*».

Nella direttiva 97/7/CE - analogamente alle altre direttive emanate dagli organi comunitari - venivano dapprima elencate le definizioni di “*contratto a distanza*”, “*consumatore*”, “*fornitore*”, “*tecnica di comunicazione a distanza*”, “*operatore di tecnica di comunicazione*” in modo tale che gli interpreti avessero chiari i termini utilizzati nel testo e potessero interpretare ed applicare la disciplina in modo uniforme (art. 2, *Definizioni*).

Successivamente, trattandosi - come già anticipato - di una direttiva “*settoriale*” venivano indicati gli ambiti di esclusione della sua applicazione, così da delineare esattamente il suo raggio di operatività (art. 3, *Eccezioni*).

¹¹⁴ Contratti a distanza, contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali, contratti di multiproprietà, contratti di viaggio, vacanze e circuiti “tutto compreso”, ecc.

Quanto alla disciplina a tutela del consumatore, nella direttiva 97/7/CE è stato elaborato il meccanismo informativo – immutato dalla direttiva 2011/83/UE¹¹⁵ - secondo il quale al consumatore vanno fornite “*in tempo utile prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza*” una serie di informazioni da confermare successivamente per iscritto¹¹⁶, assieme alla comunicazione di ulteriori informazioni¹¹⁷, a meno che queste non gli fossero già state fornite, per iscritto o su di un altro supporto duraturo a sua disposizione e accessibile dal consumatore prima della conclusione del contratto. Tale conferma per iscritto delle informazioni veniva esclusa, tuttavia, per i servizi la cui esecuzione era effettuata mediante una tecnica di comunicazione a distanza, forniti in un’unica soluzione e fatturati dall’operatore della tecnica di comunicazione (art. 4, *Informazioni preliminari* e art. 5, *Conferma scritta delle informazioni*).

Alla tutela a carattere “preventivo”, tramite l’adempimento degli obblighi di informazione, faceva seguito la tutela a carattere “successivo”, ossia la previsione del diritto di recesso, dell’esercizio dello *ius poenitendi* da parte del consumatore che - avendo rimeditato sull’acquisto - decide di sciogliersi dal contratto senza dover specificare il motivo o corrispondere al professionista

¹¹⁵ Cfr. il successivo paragrafo n. 2.13.

¹¹⁶ Informazioni preliminari: a) identità del fornitore e, in caso di contratti che prevedono il pagamento anticipato, indirizzo del fornitore; b) caratteristiche essenziali del bene o del servizio; c) prezzo del bene o del servizio, comprese tutte le tasse o imposte; d) eventuali spese di consegna; e) modalità di pagamento, consegna o esecuzione del contratto; f) esistenza del diritto di recesso, tranne nei casi di cui all’articolo 6, paragrafo 3; g) costo dell’utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza, quando è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base; h) durata della validità dell’offerta o del prezzo; i) se del caso, durata minima del contratto in caso di contratti per la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi di esecuzione continuata o periodica.

¹¹⁷ Art. 5, comma 1, dir. 1997/7/CE: «*Il consumatore deve ricevere conferma per iscritto o su altro supporto duraturo a sua disposizione ed a lui accessibile delle informazioni previste all’articolo 4, paragrafo 1, lettere da a) ad f), in tempo utile all’atto dell’esecuzione del contratto e al più tardi al momento della consegna per quanto riguarda i beni non destinati ad essere consegnati a terzi, a meno che esse non gli siano già state fornite, per iscritto o sull’altro supporto duraturo, a sua disposizione ed a lui accessibile prima della conclusione del contratto.*

Devono comunque essere forniti:

- un’informazione scritta sulle condizioni e le modalità di esercizio del diritto di recesso ai sensi dell’articolo 6, inclusi i casi di cui all’articolo 6, paragrafo 3, primo trattino;
- l’indirizzo geografico della sede del fornitore a cui il consumatore può presentare reclami;
- informazioni sui servizi di assistenza e sulle garanzie commerciali esistenti;
- le condizioni di recesso dal contratto in caso di durata indeterminata o di durata superiore ad un anno».

alcuna penalità (art. 6, *Diritto di recesso*). Nella direttiva si precisava che il termine per recedere non poteva essere inferiore a *sette giorni lavorativi* e venivano specificate le varie decorrenze, a seconda che il consumatore avesse acquistato un bene o un servizio¹¹⁸. Qualora il professionista non avesse adempiuto l'obbligo di informare il consumatore sull'esistenza del diritto di recesso, il termine per recedere non era di sette giorni ma di *tre mesi*, decorrenti: *a)* per i beni, dalla consegna; *b)* per i servizi, dalla conclusione del contratto.

Tra le conseguenze dell'esercizio del diritto di recesso, oltre al rimborso da parte del professionista di quanto già corrisposto dal consumatore, e al pagamento da parte di quest'ultimo delle spese di restituzione del bene al venditore, era anche espressamente prevista la risoluzione dell'eventuale contratto di credito accessorio all'acquisto. Nella direttiva erano altresì descritte le ipotesi di vendita di beni e servizi a distanza in cui il consumatore non poteva esercitare il diritto di recesso – salvo diverso accordo tra le parti – quali ad esempio i beni facilmente deteriorabili o personalizzati, e i servizi ad esecuzione immediata¹¹⁹.

Seguivano le norme relative alla fase dell'esecuzione del contratto (art. 8), con l'espressa previsione a carico del professionista di un termine per adempiere non superiore a *trenta giorni*, decorrenti dal giorno successivo a

¹¹⁸ Art. 6, comma 2, dir. 1997/7/CE: «Per l'esercizio di questo diritto, il termine decorre:

- per i beni, dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore ove siano stati soddisfatti gli obblighi di cui all'articolo 5;

- per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto o dal giorno in cui sono stati soddisfatti gli obblighi di cui all'articolo 5, qualora ciò avvenga dopo la conclusione del contratto purché il termine non superi il termine di tre mesi di cui al comma seguente».

¹¹⁹ Art. 6, comma 2, dir. 1997/7/CE: «Salvo diverso accordo tra le parti, il consumatore non può esercitare il diritto di recesso previsto nel paragrafo 1 per i contratti:

- di fornitura di servizi la cui esecuzione sia iniziata, con l'accordo del consumatore, prima della scadenza del termine di sette giorni lavorativi, previsto al paragrafo 1;

- di fornitura di beni o servizi il cui prezzo è legato a fluttuazioni dei tassi del mercato finanziario che il fornitore non è in grado di controllare;

- di fornitura di beni confezionati su misura o chiaramente personalizzati o che, per loro natura, non possono essere rispediti o rischiano di deteriorarsi o alterarsi rapidamente;

- di fornitura di registrazioni audio e video, o di software informatici sigillati, aperti dal consumatore;

- di fornitura di giornali, periodici e riviste;

- di servizi di scommesse e lotterie».

quello dell'ordinazione da parte dell'acquirente. Inoltre, erano previste delle modalità di adempimento alternative per il professionista che si ritrovava nella indisponibilità del bene o del servizio richiesto dal consumatore¹²⁰.

Veniva affrontato anche il problema delle anomalie che si potevano verificare in caso di corresponsione del prezzo del bene o del servizio acquistato mediante carta di pagamento, e si demandava agli Stati membri di accertare l'esistenza di misure appropriate affinché il consumatore potesse chiedere l'annullamento di un pagamento in caso di uso fraudolento della sua carta e il riaccredito di quanto già versato (art. 8, *Pagamento mediante carta*).

La direttiva 97/7/CE vincolava gli Stati membri all'adozione di misure per risolvere il problema della consegna di un bene o della fornitura di un servizio non richiesti da parte del consumatore, prevedendo un divieto generale delle forniture non richieste, nessun obbligo di pagamento a carico del consumatore e l'espressa precisazione che il silenzio di quest'ultimo non costituisce assenso all'acquisto (art. 9, *Fornitura non richiesta*).

Seguivano altre disposizioni relative all'uso dei mezzi di comunicazione a distanza volte a proteggere la tranquillità individuale del consumatore (art. 10, *Limiti all'impiego di talune tecniche di comunicazione a distanza*)¹²¹, e alla tutela del consumatore dinanzi all'autorità giudiziaria o amministrativa in caso

¹²⁰ Art. 8, dir. 97/7/CE: «Salvo diverso accordo tra le parti, il fornitore deve eseguire l'ordinazione entro trenta giorni a decorrere dal giorno successivo a quello in cui il consumatore ha trasmesso l'ordinazione al fornitore. 2. In caso di mancata esecuzione del contratto da parte di un fornitore, dovuta alla mancata disponibilità del bene o del servizio richiesto, il consumatore ne deve essere informato e deve poter essere rimborsato quanto prima delle somme eventualmente pagate ed in ogni caso entro trenta giorni. 3. Tuttavia gli Stati membri possono prevedere che il fornitore possa consegnare al consumatore un bene o un servizio di qualità e prezzo equivalenti, qualora sia stata prevista questa possibilità prima della conclusione del contratto, o nel contratto. Il consumatore deve essere informato di tale possibilità in modo chiaro e comprensibile. Le spese di rinvio conseguenti all'esercizio del diritto di recesso sono, in questo caso, a carico del fornitore ed il consumatore deve esserne informato. In tal caso la fornitura di un bene o di un servizio non può essere assimilata ad una fornitura non richiesta ai sensi dell'articolo 9».

¹²¹ Art. 10, dir. 97/7/CE: «L'impiego da parte di un fornitore delle tecniche riportate in appresso richiede il consenso preventivo del consumatore:

- sistema automatizzato di chiamata senza intervento di un operatore (dispositivo automatico di chiamata),
- fax (telecopia).

2. Gli Stati membri si accertano che le tecniche di comunicazione a distanza diverse da quelle di cui al paragrafo 1, qualora consentano una comunicazione individuale, possano essere impiegate solo se il consumatore non si dichiara esplicitamente contrario».

di inottemperanza alle norme previste dalla direttiva (art. 11, *Ricorso giudiziario o amministrativo*)¹²².

Infine, all'art. 15 erano dettate delle regole che dovevano seguire gli Stati membri per adottare la direttiva 97/7/CE nell'ordinamento interno, precisamente: «*Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro tre anni dalla sua entrata in vigore. Essi ne informano immediatamente la Commissione. 2. Quando gli Stati membri adottano tali disposizioni, queste contengono un riferimento alla presente direttiva o sono corredate di un siffatto riferimento all'atto della pubblicazione ufficiale. Le modalità di tale riferimento sono decise dagli Stati membri. 3. Gli Stati membri comunicano alla Commissione il testo delle disposizioni legislative interne che essi adottano nel settore disciplinato dalla presente direttiva. 4. Al più tardi entro un termine di quattro anni dall'entrata in vigore della presente direttiva la Commissione presenta al Parlamento europeo ed al Consiglio una relazione sull'applicazione della stessa, corredata, se del caso, di una proposta di revisione.*».

In ogni caso, i diritti riconosciuti dalla direttiva ai consumatori non erano suscettibili di rinuncia e gli Stati membri dovevano adottare le misure necessarie affinché questi non fossero privati della tutela assicurata dalla

¹²² Art. 11, dir. 97/7/CE: «*Gli Stati membri accertano che esistano mezzi adeguati ed efficaci per assicurare il rispetto delle disposizioni nazionali per l'attuazione della presente direttiva nell'interesse dei consumatori. 2. I mezzi di cui al paragrafo 1 comprendono disposizioni che permettano di adire secondo il diritto nazionale i tribunali o gli organi amministrativi competenti per fare applicare le disposizioni nazionali per l'attuazione della presente direttiva ad uno o più dei seguenti organismi:*

a) *organismi pubblici o loro rappresentanti,*
 b) *organizzazioni di consumatori aventi un legittimo interesse a tutelare i consumatori,*
 c) *organizzazioni professionali aventi un legittimo interesse ad agire. 3. a) Gli Stati membri possono stabilire che l'onere della prova dell'esistenza di un'informazione preliminare, di una conferma scritta, o del rispetto dei termini e del consenso del consumatore può essere a carico del fornitore. b) Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché i fornitori e gli operatori di tecniche di comunicazione pongano fine alle pratiche non conformi alle disposizioni adottate in applicazione della presente direttiva quando siano in grado di farlo. 4. Gli Stati membri possono prevedere che il controllo volontario del rispetto delle disposizioni della presente direttiva da parte di organismi autonomi ed il ricorso a tali organismi per la composizione di controversie si aggiungano ai mezzi che gli Stati membri debbono prevedere per assicurare il rispetto delle disposizioni della presente direttiva.*

direttiva (art. 12, *Carattere imperativo delle disposizioni*) e fossero adeguatamente informati sui diritti che provenivano dalla stessa (art. 16, *Informazione del consumatore*); inoltre, le disposizioni della direttiva si applicavano nella misura in cui non esistevano, nell'ambito della normativa comunitaria, disposizioni particolari che disciplinavano interamente taluni contratti a distanza (art. 13, *Norme comunitarie*).

2.2 *Il recepimento della direttiva 97/7/CE nell'ordinamento interno (d.lgs. 185/1999).*

La direttiva 97/7/CE è stata introdotta nell'ordinamento giuridico italiano con il d.lgs. 185/1999, con il quale il legislatore ha essenzialmente recepito le prescrizioni contenute nella direttiva, riproducendo meccanicamente – salvo qualche eccezione - le disposizioni ivi previste, sostanzialmente perdendo una occasione per adattare alla realtà economica e giuridica italiana i nuovi strumenti di tutela provenienti dal legislatore comunitario¹²³.

In particolare, sono identiche alla direttiva le definizioni di contratto a distanza, consumatore, fornitore, tecnica di comunicazione a distanza ed operatore di tecnica di comunicazione (art. 1)¹²⁴. Inoltre, la normativa di recepimento non amplia l'ambito di applicazione della disciplina sui contratti

¹²³ ALPA G., *op. ult. cit.*, p. 848, 850; DANOVÌ F., *Il foro dei consumatori nei contratti a distanza*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2000, p. 430; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1189 ss.; PERFETTI M., *Prime riflessioni sul d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185 in materia di contratti a distanza*, in *Nuove Leggi Civili*, 2000, p. 110.

¹²⁴ Art. 1: «Ai fini del presente decreto si intende per:

a) *contratto a distanza*: il contratto avente per oggetto beni o servizi stipulato tra un fornitore e un consumatore nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal fornitore che, per tale contratto, impiega esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso;

b) *consumatore*: la persona fisica che, in relazione ai contratti di cui alla lettera a), agisce per scopi non riferibili all'attività professionale eventualmente svolta;

c) *fornitore*: la persona fisica o giuridica che nei contratti a distanza agisce nel quadro della sua attività professionale;

d) *tecnica di comunicazione a distanza*: qualunque mezzo che, senza la presenza fisica e simultanea del fornitore e del consumatore, possa impiegarsi per la conclusione del contratto tra le dette parti; un elenco indicativo delle tecniche contemplate dal presente decreto è riportato nell'allegato I;

e) *operatore di tecnica di comunicazione*: la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, la cui attività professionale consiste nel mettere a disposizione dei fornitori una o più tecniche di comunicazione a distanza».

a distanza che resta il medesimo di quello previsto dalla direttiva (art. 2, *Campo di applicazione*)¹²⁵.

Il decreto di recepimento prevede che - oltre alle informazioni preliminari elencate all'art. 4 della direttiva 97/7/CE - l'acquirente di un bene o servizio a distanza debba essere informato anche sulle modalità e tempi di restituzione o di ritiro del bene in caso di esercizio del diritto di recesso (art. 3 co. 1, lett. g) d.lgs. 185/1999) e l'omissione della informazione sulla identità del fornitore e sullo scopo commerciale della telefonata - nelle conversazioni telefoniche - è sanzionata con la nullità del contratto (art. 3, co. 3, d.lgs. 185/1999)¹²⁶.

La norma relativa alla conferma per iscritto delle informazioni è identica a quella contenuta all'art. 5 della direttiva 97/7/CE (art. 4), e identiche sono anche le norme relative alla esecuzione del contratto (art. 6), al pagamento mediante carta (art. 8), alla fornitura non richiesta (art. 9) e ai limiti all'impiego di alcune tecniche di comunicazione a distanza (art. 10); quest'ultima disposizione, tuttavia, in aggiunta alle tecniche di comunicazione a distanza previste dalla direttiva, contempla anche il telefono e la posta elettronica¹²⁷.

Diversamente dalla direttiva 97/7/CE, nel d.lgs. 185/1999 vi è un espresso richiamo agli obblighi di buona fede e di lealtà che vanno osservati dal professionista che fornisce le informazioni al consumatore e valutati alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili (art. 3 secondo comma); è imposto nelle comunicazioni individuali l'uso della lingua italiana (art. 3 quarto comma); si specifica che le informazioni aggiuntive di cui all'art. 4 devono essere fornite in forma scritta; il termine per l'esercizio del diritto di recesso viene elevato dal minimo di sette giorni previsto dalla direttiva a *dieci giorni lavorativi* (art. 5 primo comma)¹²⁸.

¹²⁵ TORIELLO F., *La protezione dell'acquirente a distanza*, in *Il Corriere Giuridico* n. 9/1999, p. 1066.

¹²⁶ ALPA G., *op. ult. cit.*, p. 851; TORIELLO F., *op. ult. cit.*, p. 1067.

¹²⁷ PERFETTI M., *op. cit.*, p. 111.

¹²⁸ ALPA G., *op. ult. cit.*, 851; RICCI F., *Art. 52, cit.*, p. 395; TORIELLO F., *op. ult. cit.*, p. 1067.

Del tutto identica a quella prevista dalla direttiva 97/7/CE è anche la norma sulla irrinunciabilità dei diritti da parte del consumatore (art. 11 d.lgs. 185/1999); il legislatore italiano ha previsto il pagamento di una sanzione amministrativa nel caso di violazione delle norme sugli obblighi di informazione, sulla esecuzione del contratto, sulla fornitura non richiesta e sui limiti all'uso delle tecniche di comunicazione a distanza, laddove il fatto non sia previsto dalla legge come reato (art. 12 d.lgs. 185/1999)¹²⁹.

Tuttavia, il legislatore non ha recepito una norma, contemplata dalla direttiva 97/7/CE (art. 11, co. 3), relativa alla previsione dell'onere della prova a carico del professionista che sia stata fornita l'informazione preliminare, la conferma scritta delle informazioni, che siano stati rispettati i termini di fornitura delle informazioni e sia stato rispettato il consenso del consumatore¹³⁰, privando così il consumatore di una tutela essenziale qualora volesse far valere i propri diritti in un procedimento giudiziale o amministrativo, poiché l'onere probatorio è così a suo carico e non ha gli strumenti indispensabili per dimostrare quanto contestato¹³¹.

In verità, il d.lgs. 185/1999 non è stato neppure coordinato con la disciplina affine dettata dal d.lgs. 50/1992 (che ha recepito la direttiva 1985/577/CEE) in materia di contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali.

L'ambito di operatività del d.lgs. 50/1992 si estendeva ad una serie di contratti indicati all'art. 1 e all'art. 9, ossia ai contratti conclusi: *a*) durante la visita dell'operatore commerciale al domicilio del consumatore ovvero sul suo posto di lavoro, o nei locali in cui si trovi - anche temporaneamente - per motivi di lavoro, di studio o di cura; *b*) durante una escursione organizzata dall'operatore commerciale al di fuori dei propri locali commerciali; *c*) in area pubblica o aperta al pubblico, mediante la sottoscrizione di una nota d'ordine;

¹²⁹ ALPA G., *op. ult. cit.*, p. 851; TORIELLO F., *op. ult. cit.*, p. 1067.

¹³⁰ Tale lacuna verrà colmata nel nostro ordinamento per effetto del recepimento della direttiva sui diritti dei consumatori n. 2011/83/UE (art. 11).

¹³¹ PERFETTI M., *op. cit.*, p. 112; COLOSIMO B., *Artt. 52, 53, cit.*, p. 474.

d) per corrispondenza o, comunque, in base ad un catalogo che il consumatore ha avuto modo di consultare senza la presenza dell'operatore commerciale; *e)* sulla base di offerte effettuate al pubblico tramite il mezzo televisivo, o altri mezzi audiovisivi, e finalizzate ad una diretta stipulazione del contratto stesso, nonché ai contratti conclusi mediante l'uso di strumenti informatici e telematici (c.d. *teleshopping*)¹³².

Si noterà che le ipotesi sub *d)* e sub *e)*, nel momento in cui è entrato in vigore il d.lgs. 185/1999, potevano essere regolate da entrambe le discipline, e tale sovrapposizione comportava evidenti incertezze dal punto di vista operativo¹³³.

Tale incongruenza non era di poco conto, posto che la disciplina sui contratti a distanza – essendo caratterizzata dalla mancanza della presenza fisica dei contraenti e dall'impossibilità di visionare il bene o valutare la funzionalità del servizio prima della conclusione del contratto – prevede obblighi di informazione più stringenti e un termine più lungo per recedere dal contratto (novanta giorni, rispetto a sessanta giorni) qualora il consumatore non abbia ricevuto dal professionista l'informazione relativa all'esercizio di tale diritto¹³⁴.

In assenza di un raccordo “a monte” delle due discipline contrattuali, attraverso l'opera ermeneutica degli operatori del diritto è stato possibile risolvere delle questioni che sollevavano dubbi e incertezze in sede applicativa.

In via residuale, se persistevano perplessità ed incertezze sull'applicazione dell'una o dell'altra disciplina, la dottrina era propensa a seguire la regola generale del *favor* per il consumatore, prediligendo l'applicazione della disciplina sui contratti a distanza che – per i motivi indicati sopra – è più garantista nei confronti dell'acquirente¹³⁵. Tale soluzione, peraltro, era

¹³² RICCI F., *Particolari modalità di contrattazione*, cit., p. 71 ss.

¹³³ RICCI F., *Teleshopping e vendite*, cit., p. 275, 276; RICCI F., *Informazioni per il consumatore e volontarietà*, cit., p. 843; RICCI F., *La direttiva 2011/83/UE*, cit., p. 106; PERFETTI M., *op. cit.*, p. 121.

¹³⁴ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 155; PERFETTI M., *op. cit.*, p. 121 ss.

¹³⁵ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 106; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1191; DE CRISTOFARO G., *Art. 47*, cit., p. 426 e 435.

espressamente indicata all'art. 15, co. 2, del d.lgs. n. 185 del 1999 - con specifico riferimento ai soli contratti di *teleshopping*, ossia conclusi tramite il mezzo televisivo o altri mezzi audiovisivi o, comunque, tramite mezzi informatici e telematici – il quale stabiliva che «*alle forme speciali di vendita previste dall'art. 9 del d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50 ... si applicano le disposizioni più favorevoli per il consumatore contenute nel presente decreto legislativo*»¹³⁶.

Pertanto, il legislatore italiano, confermando che le norme contenute nel d.lgs. n. 185/1999 erano più favorevoli al consumatore, risolveva il problema del concorso di norme con tale norma di chiusura.

Nel prossimo paragrafo si descriveranno meglio le misure prese per dare soluzione al problema di coordinamento delle due discipline nel codice del consumo.

2.3 Il successivo inserimento della disciplina sui contratti a distanza nel codice del consumo (artt. 50-68).

Nel codice del consumo (d.lgs. 206/2005) la disciplina dei contratti a distanza (artt. 50-68) è stata inserita nella sezione II del Titolo III (*Modalità contrattuali*) della Parte III (*Il rapporto di consumo*) – immediatamente dopo la disciplina dei contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali (sezione I, artt. 45-49)¹³⁷.

Poiché entrambe le discipline presentavano degli elementi di affinità dal punto di vista della struttura e delle tutele previste per questi tipi di contratti, il legislatore italiano ha scelto di accorpare alcune norme, prevedendo così per i due tipi contrattuali una tutela analoga, pur differenziando necessariamente alcuni aspetti a seconda del tipo di contratto concluso¹³⁸.

¹³⁶ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 106.

¹³⁷ RUVOLO M., *op. cit.*, p. 263.

¹³⁸ ALPA G., *op. ult. cit.*, p. 848; VIGLIONE F., *op. ult. cit.*, p. 438.

Infatti, nelle sezioni III (*Disposizioni comuni*, artt. 62 e 63) e IV del medesimo Titolo (*Diritto di recesso*, artt. 64-67) sono contenute delle norme applicabili tanto alle vendite a distanza quanto alle vendite negoziate al di fuori dei locali commerciali¹³⁹.

In questo modo, si è inteso effettuare un coordinamento tra quanto era previsto dal d.lgs. 50/1992 e dal d.lgs. 185/1999 atteso che, come già evidenziato al paragrafo precedente, non era stato effettuato alcun raccordo tra le due discipline in sede di recepimento della direttiva 97/7/CE.

Tuttavia, anche con l'adozione del codice del consumo è rimasto irrisolto il problema relativo all'inquadramento delle vendite per corrispondenza (art. 9 del d.lgs. 50/1992 trasfuso nell'art. 45, co. 1, lett. *d*)) tra i contratti a distanza o tra i contratti conclusi al di fuori dei locali commerciali, posto che l'art. 45, comma 1, lett. *d*) del codice del consumo annovera tra le vendite negoziate al di fuori dei locali commerciali le vendite «*per corrispondenza o, comunque, in base ad un catalogo che il consumatore ha avuto modo di consultare senza la presenza del professionista*»¹⁴⁰.

Sebbene i compilatori del codice del consumo avessero presente la necessità di eliminare questa aporia – evidenziata anche dal Consiglio di Stato nel parere n. 11602 del 10 dicembre 2004 -, il coordinamento delle due discipline è stato loro precluso in quanto le prescrizioni della legge di delegazione alla adozione del codice del consumo non permettevano un intervento *riformatore* della commissione istituita per la compilazione del codice, ma semplicemente un intervento *riordinatore* delle discipline già esistenti¹⁴¹.

¹³⁹ RUVOLO M., *op. cit.*, p. 264.

¹⁴⁰ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 106; VIGLIONE F., *op. ult. cit.*, p. 438.

¹⁴¹ Art. 7, l. n. 229/2003 *Riassetto in materia di tutela dei consumatori*: «1. Il Governo è delegato ad adottare, entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi, per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori ai sensi e secondo i principi e i criteri direttivi di cui all'articolo 20 della legge 15 marzo 1997, n. 59, come sostituito dall'articolo 1 della presente legge, e nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

a) adeguamento della normativa alle disposizioni comunitarie e agli accordi internazionali e articolazione della stessa allo scopo di armonizzarla e riordinarla, nonché di renderla strumento

Pertanto la dottrina, trovandosi a fronteggiare delle fattispecie in cui è assai labile il confine tra le due tipologie contrattuali, ha provato a fornire delle soluzioni in casi in cui risulta dubbia l'applicazione dell'una o dell'altra disciplina¹⁴².

Come evidenziato nel precedente § 1.3, nella pratica si sono posti problemi di applicazione della disciplina sulle vendite negoziate al di fuori dei locali commerciali e delle vendite a distanza, posto che tra le prime sono comprese anche le vendite per corrispondenza o mediante l'invio di cataloghi¹⁴³.

Per alcune fattispecie dubbie la dottrina ha contribuito a dare delle risposte, stabilendo in quali casi debba applicarsi l'una o l'altra disciplina.

Ad esempio, qualora il consumatore prelevi un catalogo nel corso di una visita nei locali del professionista e poi effettui una ordinazione per corrispondenza direttamente da casa: in questo caso si ritiene che il consumatore abbia comunque concluso un contratto al di fuori dei locali commerciali, per il fatto che si è avuto un contatto con il professionista pur avendo effettuato l'acquisto a distanza da casa¹⁴⁴.

In definitiva, in assenza di un intervento diretto del legislatore, il coordinamento tra le discipline è stato regolato grazie all'apporto della dottrina che – valutando caso per caso le ipotesi di sovrapposizione normativa – ha saputo trovare soluzioni compatibili con l'obiettivo di assicurare l'elevato

coordinato per il raggiungimento degli obiettivi di tutela del consumatore previsti in sede internazionale;

b) omogeneizzazione delle procedure relative al diritto di recesso del consumatore nelle diverse tipologie di contratto;

c) conclusione, in materia di contratti a distanza, del regime di vigenza transitoria delle disposizioni più favorevoli per i consumatori, previste dall'articolo 15 del decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185, di attuazione della direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, e rafforzamento della tutela del consumatore in materia di televendite;

d) coordinamento, nelle procedure di composizione extragiudiziale delle controversie, dell'intervento delle associazioni dei consumatori, nel rispetto delle raccomandazioni della Commissione delle Comunità europee».

¹⁴² DE CRISTOFARO G., *Articolo 45*, cit., p. 424 ss.

¹⁴³ ALPA G., *op. ult. cit.*, p. 849; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 424 ss.

¹⁴⁴ DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 425.

livello di protezione del consumatore auspicato dall'ordinamento comunitario e nazionale.

Per completezza, infine, si richiama l'art. 68 c.cons. che rinvia alla disciplina sul commercio elettronico (d.lgs.70/2003, n. 70, di recepimento della direttiva 2000/31/CE) applicabile, per gli aspetti non disciplinati dal codice del consumo, alle «*offerte di servizi della società dell'informazione, effettuate ai consumatori per via elettronica*»¹⁴⁵.

2.4 I contratti a distanza e le pratiche commerciali scorrette.

La disciplina dei contratti a distanza, pur essendo a carattere settoriale, va applicata congiuntamente alle norme successive alla sua adozione – che vietano le pratiche commerciali scorrette (artt. 18 ss. c. cons.).

Invero, la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette – introdotta dalla direttiva n. 2005/29/CE¹⁴⁶ e trasfusa negli artt. 18-27 *quater* del codice del consumo – ha una applicazione *orizzontale*, nel senso che si applica a tutte le tipologie contrattuali previste dal codice del consumo di cui agli artt. 45 e ss. essendo a carattere generale e non specifico¹⁴⁷.

Numerosi comportamenti tenuti dai professionisti - già descritti nel primo capitolo - integrano perfettamente una violazione delle norme sulle pratiche commerciali scorrette: in questi casi, il consumatore - pur essendo già tutelato dai rimedi predisposti dalle norme sui contratti a distanza - può avvalersi

¹⁴⁵ RICCI F., *Particolari modalità di contrattazione*, cit., p. 70 ss.

¹⁴⁶ Direttiva relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la Direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le Direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il Regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, in G.U.U.E. L 149/22 dell'11 giugno 2005.

¹⁴⁷ GRANELLI C., *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2007, p. 776 ss.

anche degli strumenti di tutela previsti nei casi in cui sia vittima di una pratica commerciale scorretta.

Ad esempio, non capita di rado che il consumatore venga contattato dal professionista per quello che appare un mero sondaggio sui gusti, le abitudini e le sue preferenze commerciali, mentre il vero scopo è quello di acquisire tali dati per proporre - all'esito dell'intervista - il prodotto più idoneo alle sue esigenze. In questi casi, il consumatore può decidersi ad acquistare un prodotto nella convinzione, generata dal professionista, che l'acquisto sia "dovuto" per il semplice fatto di aver avuto questo contatto con il venditore.

Per pratica commerciale si intende *«qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori»* (art. 18 c.cons.).

Il codice del consumo prevede un divieto generalizzato *«prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto»* delle pratiche commerciali scorrette (artt. 19 e 20): in particolare, una pratica commerciale è scorretta *«se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori»* (art. 20, comma 2)¹⁴⁸.

Successivamente, le pratiche commerciali scorrette vengono distinte nelle categorie pratiche commerciali "ingannevoli" e "aggressive" e per ciascuna di esse vengono indicati i criteri alla stregua dei quali una pratica può essere qualificata nell'una o nell'altra categoria.

Una pratica commerciale è ingannevole quando *«contiene informazioni non rispondenti al vero o comunque, seppure di fatto corretta, in qualsiasi*

¹⁴⁸ DE CRISTOFARO G., *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rassegna di diritto civile*, 2010, p. 880 ss.; GRANELLI C., *op. cit.*, p. 776 ss.; FIORENTINO L., *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2011, p. 165 ss.

modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea a indurre in errore il consumatore medio (...) e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso»¹⁴⁹ (art. 21 c.cons.); è aggressiva quella pratica commerciale che «nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso» (art. 24 c.cons.)¹⁵⁰.

Per ogni categoria di pratiche commerciali è stata compilata una lista “nera” di pratiche commerciali, nelle quali sono indicate espressamente le pratiche *in ogni caso* ingannevoli o aggressive (artt. 23 e 26): trattasi di una presunzione assoluta, si prescinde cioè dalla prova contraria eventualmente prodotta dal professionista¹⁵¹.

Alcune pratiche commerciali ingannevoli - che più di frequente si verificano nella esecuzione di un rapporto contrattuale a distanza - sono particolarmente insidiose, ad esempio: l’invito - da parte del professionista - ad acquistare prodotti ad un determinato prezzo senza rivelare l’esistenza di ragionevoli motivi che potrebbero comportare la mancata fornitura (diretta o indiretta) di quei prodotti o prodotti equivalenti a quel prezzo; l’invito all’acquisto di prodotti ad un determinato prezzo e il successivo rifiuto di mostrare l’articolo pubblicizzato ai consumatori, o di accettare ordini per l’articolo, o di consegnarlo entro un periodo di tempo ragionevole; la dichiarazione, contraria al vero, che il prodotto sarà disponibile solo per un periodo molto limitato, o che sarà disponibile solo a condizioni particolari per

¹⁴⁹ MANCALEONI A.M., *La nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità*, in *Diritto del Turismo*, n. 4/2007, p. 347 ss.

¹⁵⁰ CONTE G., *I diritti individuali “omogenei” nella disciplina dell’azione di classe*, in *Rivista di diritto civile*, 2012, p. 641; RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 74 ss.; GRANELLI C., *op. cit.*, p. 776 ss.; FIORENTINO L., *op. cit.*, p. 165 ss.

¹⁵¹ GRANELLI C., *op. cit.*, p. 776 ss.; MANCALEONI A.M., *op. cit.*, p. 347 ss.

un periodo di tempo molto limitato, così da ottenere una decisione immediata e privare gli acquirenti della possibilità o del tempo sufficiente per prendere una decisione consapevole; la presentazione dei diritti conferiti ai consumatori dalla legge come una caratteristica propria dell'offerta fatta dal professionista; l'affermazione che se il consumatore non acquista il prodotto ci saranno rischi per la sicurezza personale sua o della sua famiglia; la promozione di un prodotto simile a quello fabbricato da un altro produttore così da fuorviare deliberatamente il consumatore inducendolo a ritenere, contrariamente al vero, che il prodotto è fabbricato dallo stesso produttore; l'affermazione, contraria al vero, che un prodotto ha la capacità di curare malattie, disfunzioni o malformazioni; la descrizione di un prodotto come gratuito o senza alcun onere, mentre il consumatore deve pagare un supplemento di prezzo rispetto al normale costo; l'inclusione nel materiale promozionale di una fattura o di una richiesta di pagamento che lasci intendere al consumatore - contrariamente al vero - di aver già ordinato il prodotto (art. 23 c.cons.).

Anche alcune pratiche commerciali aggressive possono essere rischiose per il consumatore, in quanto possono facilmente estorcere il suo consenso o possono turbare la propria tranquillità individuale¹⁵², tra le tante: la ripetuta e non richiesta sollecitazione commerciale per telefono, via *fax*, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza; l'omissione sistematica di rispondere alla corrispondenza inoltrata dal consumatore, al fine di dissuaderlo dall'esercizio dei suoi diritti contrattuali; la richiesta di pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto¹⁵³; comunicare espressamente al consumatore che se non acquista il prodotto o il servizio saranno in pericolo il lavoro o la sussistenza del professionista; lasciare intendere, contrariamente al vero, che il consumatore abbia già vinto, vincerà o potrà vincere, compiendo una determinata azione, un premio o una vincita equivalente, oppure che qualsiasi azione volta a reclamare il premio o

¹⁵² Cfr. il paragrafo 2.5.

¹⁵³ Cfr. i paragrafi 2.16, 2.18.

altra vincita equivalente è subordinata al versamento di denaro o al sostenimento di costi da parte del consumatore (art. 26 c.cons.)¹⁵⁴.

Nel caso in cui un consumatore - che sia stato invitato a concludere, o che abbia già concluso un contratto a distanza - subisca una condotta illecita del professionista - qualificabile anche come pratica commerciale scorretta - potrà avere accesso anche alla tutela giurisdizionale e amministrativa predisposta a presidio dei suoi diritti secondo quanto previsto dall'art. 27 c.cons.¹⁵⁵.

Autorevoli esponenti della dottrina, inoltre, si sono interrogati sugli effetti che l'adozione di una pratica commerciale scorretta genera sulla efficacia e validità di un contratto concluso per effetto della stessa¹⁵⁶.

Sul punto, si sono registrate opinioni contrastanti. La eterogeneità delle condotte qualificate come pratiche commerciali scorrette, la necessità di evitare generalizzazioni e la opportunità di conservazione dello scambio intercorso tra le parti, suggeriscono che la automatica sanzione della nullità del contratto concluso per effetto di una qualsiasi pratica commerciale scorretta non appare di per sé un rimedio efficace¹⁵⁷.

La nullità del contratto, invero, dovrebbe essere dichiarata solo nei casi in cui è espressamente prevista o il contratto, per effetto della pratica commerciale scorretta posta in essere dal professionista, sia privo dei suoi elementi essenziali o se il suo contenuto viola con i principi e i valori inderogabili dell'ordinamento¹⁵⁸.

In tutte le altre ipotesi, occorre distinguere a seconda del tipo di pratica commerciale scorretta posta in essere dal professionista: in alcuni casi, il

¹⁵⁴ RICCI F., *Vendite aggressive e comunicazioni commerciali*, in AA.VV., *Diritto dei consumi*, (a cura di ROSSI CARLEO L.), Torino, 2012, p. 91 ss.; RICCI F., *Particolari modalità di contrattazione*, cit., p. 74.

¹⁵⁵ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 74 ss.; PERFETTI U., *Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali*, in *I contratti del consumatore*, a cura di ALPA G., *Nuova Giurisprudenza di Diritto civile e commerciale*, fondata da BIGIAMI W., 2011, p. 11 ss.; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 903 ss.; GRANELLI C., *op. cit.*, p. 777 ss. FIORENTINO L., *op. cit.*, p. 165 ss.

¹⁵⁶ CONTE G., *op. cit.*, p. 636 ss.; PERFETTI U., *op. cit.*, p. 11 ss.

¹⁵⁷ CONTE G., *op. cit.*, p. 637; PERFETTI U., *op. cit.*, p. 12.

¹⁵⁸ CONTE G., *op. cit.*, p. 638; TENELLA SILLANI C., *op. cit.*, p. 778 ss.

consumatore potrà tutelarsi esercitando il diritto di recesso, in altri potrà domandare il risarcimento del danno¹⁵⁹.

2.5 I contratti a distanza e la tutela dei dati personali del consumatore.

L'impiego e la diffusione dei nuovi mezzi di comunicazione che la tecnologia mette a disposizione degli operatori economici, se da un lato permette di semplificare e di velocizzare gli scambi con notevoli benefici per il mercato nazionale e comunitario, non può tuttavia pregiudicare il diritto del consumatore alla tranquillità individuale, particolarmente leso dall'utilizzo improprio dei mezzi di comunicazione attraverso i quali può essere contattato in qualunque momento, ovunque si trovi.

La CEDU¹⁶⁰ riconosce e garantisce esplicitamente il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8, co. 1: «*Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza*») nonché il diritto alla libertà di espressione (art. 10: «*Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera... 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per*

¹⁵⁹ CONTE G., *op. cit.*, p. 638 ss.; RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 74-75; TENELLA SILLANI C., *op. cit.*, p. 779 ss.

¹⁶⁰ Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950.

garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario») quali diritti fondamentali, necessariamente da contemperare¹⁶¹.

Il legislatore comunitario ha in più occasioni mostrato sensibilità nei confronti di tale questione, in particolare nella decisione n. 283/1999/CE¹⁶², laddove è evidenziato l'interesse ad intraprendere «azioni volte a promuovere la protezione dei dati e la protezione della riservatezza della vita privata, compresa la tutela dei minori»¹⁶³.

Il tema della riservatezza – intesa come il diritto a non subire ingerenze altrui nella propria vita privata - è ontologicamente legato all'uso dei mezzi di comunicazione telematici.

Ogni giorno si accede ad una elevata quantità di servizi (ad es. la posta elettronica) e per compiere le attività più banali (es. l'acquisto di un biglietto per un concerto) viene richiesto di comunicare una quantità di dati personali che viene generalmente trattata mediante l'utilizzazione di strumenti elettronici.

Da una parte, è evidente che occorre tutelarsi da un uso scorretto di tali informazioni, che può comportare disagi notevoli in termini di violazione della riservatezza e di profilazione a scopo commerciale; dall'altra va comunque preservato il libero esercizio della iniziativa economica delle imprese operanti sul mercato, che si manifesta anche tramite la promozione delle loro attività e dei loro prodotti e servizi¹⁶⁴.

È per questo motivo che è necessario bilanciare i contrapposti interessi. L'abuso dei dati personali posto in essere dai professionisti, tra l'altro, non solo si traduce in una violazione della riservatezza, ma contribuisce ad alimentare la sfiducia dei consumatori nei confronti del commercio a distanza, impedendone la crescita e lo sviluppo¹⁶⁵.

¹⁶¹ TORIELLO F., *op. ult. cit.*, p. 845.

¹⁶² Decisione n. 283/1999/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 gennaio 1999 che stabilisce un quadro generale per le attività comunitarie a favore dei consumatori.

¹⁶³ ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1186 ss.

¹⁶⁴ DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1202; MEMMO D., *La privacy informatica: linee di un percorso normativo*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 1213 ss.

¹⁶⁵ DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1202; MEMMO D., *op. cit.*, p. 1213 ss.

In particolare, anche nel commercio *online* è maggiore il rischio dell'invasione nella sfera privata del potenziale cliente, che può realizzarsi con strumenti quali la profilazione¹⁶⁶ - ossia la tracciatura di un profilo completo di gusti, abitudini, interessi del potenziale acquirente - e lo *spamming* - ossia l'incontrollato e molesto invio di messaggi non richiesti, solitamente a carattere pubblicitario, ad un elevatissimo numero di indirizzi, a costo zero, che può anche comportare l'intasamento della posta elettronica del consumatore e l'insorgere di danni ulteriori (il c.d. danno da *spamming*)¹⁶⁷ ¹⁶⁸.

La disciplina sul commercio elettronico, in particolare, assicura tutela al consumatore dalle comunicazioni commerciali non sollecitate effettuate tramite posta elettronica, prevedendo che queste devono essere riconosciute come tali fin dall'inizio, in modo chiaro e inequivocabile, e devono recare l'informazione che il destinatario del messaggio può opporsi al ricevimento di tali comunicazioni. Inoltre, grava sul professionista l'onere di provare il carattere sollecitato delle comunicazioni commerciali (art. 9)¹⁶⁹.

Per evitare che il consumatore resti vittima di tali sistemi di vendita, assume un ruolo centrale il suo consenso all'utilizzo dei dati personali ai fini commerciali¹⁷⁰.

Di conseguenza, l'uso di un sistema automatizzato di chiamata senza l'intervento di un operatore o del *fax* per scopi di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta, ovvero per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale interattiva, può essere consentito

¹⁶⁶ Attraverso l'uso dei c.d. *cookies*, ossia di particolari programmi che seguono le operazioni condotte online dal cliente e delineano una mappa dei siti e delle pagine visitate in modo tale da poter definire il suo "profilo".

¹⁶⁷ Giudice di Pace di Napoli, 10.6.2004, con nota di POLICELLA E.O., in *Danno e responsabilità*, p. 660 ss.

¹⁶⁸ RICCI F., *Doveri di informazione*, in AA.VV., *Diritto dei consumi*, (a cura di ROSSI CARLEO L.), Torino, 2012, p. 91; MEMMO D., *op. cit.*, p. 1213 ss.; COLOSIMO B., *Artt. 58-61*, in *Codice del consumo*, a cura di VETTORI G., 2007, p. 505.

¹⁶⁹ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 889; RICCI F., *Art. 52*, cit., p. 400; MEMMO D., *op. cit.*, p. 1213 ss.; SODDU F., *Art. 9. Comunicazione commerciale non sollecitata*, in *Codice del consumo*, a cura di CUFFARO V., Milano, 2008, p. 986 ss.; COLOSIMO B., *Artt. 52, 53*, cit., p. 481, 482, 505.

¹⁷⁰ MEMMO D., *op. cit.*, p. 1213 ss.; SIMONE S., *Art. 58. Limiti all'impiego di talune tecniche di comunicazione a distanza*, in ALPA G. e ROSSI CARLEO L., *Codice del consumo: commentario*, Napoli, 2005, p. 433 ss.

solo previo consenso espressamente manifestato dal consumatore (c.d. sistema *opt-in*). È quanto previsto dal comma 1, art. 58 c.cons. (*limiti all'impiego di talune tecniche di comunicazione a distanza*), secondo cui «*l'impiego da parte di un professionista del telefono, della posta elettronica, di sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore o di fax richiede il consenso preventivo del consumatore, fatta salva la disciplina prevista dall'articolo 130, comma 3-bis¹⁷¹, del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, per i trattamenti dei dati inclusi negli elenchi di abbonati a disposizione del pubblico*». L'onere della prova del consenso del consumatore grava sul professionista¹⁷².

Inoltre, per l'utilizzo di altre tecniche di comunicazione a distanza - diverse da quelle sopra indicate e meno invasive, che consentono una comunicazione individuale - possono essere impiegate dal professionista soltanto se il consumatore non si dichiara espressamente contrario (c.d. sistema *opt-out*): fintanto il consumatore non esprima il suo dissenso ad essere contattato con tali modalità dal professionista, questi può legittimamente continuare a utilizzare il canale prescelto. Di conseguenza, l'onere della prova dell'opposizione è a carico del consumatore¹⁷³.

In questo modo, si intende arginare il dilagante fenomeno delle chiamate indesiderate, effettuate peraltro anche negli orari più insoliti, tutelando il diritto del consumatore alla propria tranquillità individuale¹⁷⁴.

¹⁷¹ Art. 130, comma 3 bis, d.lgs. 196/2003: «*In deroga a quanto previsto dall'articolo 129, il trattamento dei dati di cui all'articolo 129, comma 1, mediante l'impiego del telefono e della posta cartacea per le finalità di cui all'articolo 7, comma 4, lettera b), è consentito nei confronti di chi non abbia esercitato il diritto di opposizione, con modalità semplificate e anche in via telematica, mediante l'iscrizione della numerazione della quale è intestatario e degli altri dati personali di cui all'articolo 129, comma 1, in un registro pubblico delle opposizioni*».

¹⁷² ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 850; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1191; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 888; SIMONE S., *op. ult. cit.*, p. 433; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1202; MEMMO D., *op. cit.*, p. 1213 ss.; COLOSIMO B., *Art. 58*, cit., p. 503.

¹⁷³ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 850; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1191; SIMONE S., *op. ult. cit.*, p. 434; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1202; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 503.

¹⁷⁴ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 400 ss.; SIMONE S., *op. ult. cit.*, p. 432; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 503 ss.;

Infatti, uno dei rischi a cui è facilmente esposto il consumatore consiste nell'induzione all'acquisto del bene o del servizio offerto dal professionista solo per sottrarsi al suo pedante invito all'acquisto. Tale comportamento integra anche una pratica commerciale aggressiva (art. 26 c. cons.), dalla quale il consumatore è tutelato secondo le norme di cui al paragrafo precedente.

Competente ad infliggere le sanzioni nel caso di violazione delle norme a tutela della *privacy* è l'Autorità garante per la protezione dei dati personali (art. 62, co. 3, c.cons.).

Con l'adozione della direttiva 2002/58/CE¹⁷⁵ il legislatore comunitario ha dettato norme sulla tutela della riservatezza e della vita privata nelle comunicazioni elettroniche, affinché queste ultime non vengano effettuate senza il consenso del destinatario a scopi di vendita diretta.

Pertanto, essendo tali aspetti già disciplinati a livello comunitario, nella direttiva n. 2011/83/UE non sono state previste disposizioni ulteriori sul punto¹⁷⁶.

2.6 L'ambito applicativo della disciplina sui contratti a distanza.

Analogamente a quanto previsto dalla direttiva 97/7/CE¹⁷⁷, i contratti esclusi dalla applicazione della disciplina sui contratti a distanza, secondo quanto indicato all'art. 51 del codice del consumo, sono quelli:

a) relativi ai servizi finanziari di cui agli articoli 67-bis e ss. c.cons.;

¹⁷⁵ Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, in G.U.U.E. L 201 del 31 luglio 2002.

¹⁷⁶ Considerando n. 61: «La direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche) contiene già disposizioni per disciplinare le comunicazioni non richieste e prevede un elevato livello di tutela del consumatore. Non sono quindi necessarie le disposizioni corrispondenti sulla stessa questione contenute nella direttiva 97/7/CE».

¹⁷⁷ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 848; RICCI F., *Particolari modalità di contrattazione*, cit., p. 70 ss.

b) conclusi tramite distributori automatici o locali commerciali automatizzati;

c) conclusi con gli operatori delle telecomunicazioni impiegando telefoni pubblici;

d) relativi alla costruzione e alla vendita o ad altri diritti relativi a beni immobili, con esclusione della locazione;

e) conclusi in occasione di una vendita all'asta¹⁷⁸.

Tali esclusioni sono tassative, non ammettono deroga: la loro eterogeneità induce a ritenere che non sia stato seguito un unico criterio di esclusione, ma che la scelta del legislatore comunitario di delimitare in alcuni casi l'ambito di applicazione della normativa sui contratti a distanza sia stata dettata da una serie di motivazioni¹⁷⁹.

Da un lato, si è inteso dedicare una disciplina specifica ad una categoria di contratti, come quelli aventi ad oggetto la commercializzazione a distanza dei servizi finanziari - di cui alla direttiva n. 2002/65/CE, recepita nel nostro ordinamento con d.lgs. 190/2005 e poi trasfusa nel codice del consumo agli artt. 67-bis e seguenti con d.lgs. 221/2007 – ossia «*qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale*»¹⁸⁰.

Si tenga conto che, per quanto concerne il servizio di *fornitura di informazioni a carattere finanziario* (ad es. le informazioni di borsa), la giurisprudenza italiana¹⁸¹ ha considerato applicabile la disciplina sui contratti a distanza, valutandolo non come un “servizio finanziario” ma come un

¹⁷⁸ ALPA G., *op. ult. cit.*, p. 848; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 900; TORIELLO F., *La direttiva sulle vendite*, cit., p. 847; SUPPA M.P., *Art. 51, Campo di applicazione*, in *Codice del consumo*, a cura di CUFFARO V., Milano, 2008, p. 286.

¹⁷⁹ VIGLIONE F., *Art. 51*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO G. e ZACCARIA A., Padova, 2010, p. 443.

¹⁸⁰ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 70 ss.; COLOSIMO B., *Art. 51*, in *Codice del consumo*, a cura di VETTORI G., 2007, p. 467 ss.; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1192.

¹⁸¹ «*Il servizio in questione, per quanto specificato nella parte in fatto, non consiste in un «servizio informativo», ma in un «servizio informativo» che ha ad oggetto informazioni di carattere finanziario. E questo è sufficiente ad escludere l'inapplicabilità del d.lgs. n. 185 del 1999, che contiene una precisa indicazione dei servizi finanziari, ad evitare che qualsiasi servizio che possa avere attinenza con il settore finanziario possa essere considerato tale da escludere l'applicazione delle norme sui contratti a distanza*» (Cass. civ., sez. III, 3.10.2005, n. 19304).

“servizio informativo” avente ad oggetto informazioni di carattere finanziario¹⁸².

Dall’altro lato, l’esigenza di tutelare più adeguatamente il consumatore ha spinto il legislatore comunitario a sottrarre alcune fattispecie contrattuali dall’ambito di applicazione della disciplina sui contratti a distanza¹⁸³.

Per quanto riguarda l’esclusione dei contratti conclusi *tramite distributori automatici o locali commerciali automatizzati*, tali fattispecie di vendita non comportano pregiudizi elevati a carico del consumatore, che non subisce alcun intervento “aggressivo” del professionista, può visionare il prodotto presente nel distributore automatico e conoscere il prezzo dello stesso; anche in caso di anomalie, il pregiudizio economico che subirebbe sarebbe piuttosto modesto, considerato che generalmente per questo genere di acquisti i costi sono contenuti¹⁸⁴.

Dalla maggior parte della dottrina è stata considerata singolare la previsione dell’esclusione dei *contratti conclusi con gli operatori delle telecomunicazioni impiegando telefoni pubblici*. In effetti per il consumatore è impossibile ricevere una sollecitazione all’acquisto di un prodotto da parte del professionista tramite l’utilizzo di *telefoni pubblici*; è possibile, invece, che avvenga il contrario, cioè che sia il consumatore a contattare l’operatore delle telecomunicazioni mediante l’utilizzo di telefoni pubblici. Pertanto, tale ipotesi – in cui il consumatore potrebbe essere comunque vittima della insufficienza o incompletezza delle informazioni che ha diritto di ricevere – secondo alcuni autori è stata irragionevolmente esclusa dal campo applicativo della disciplina sui contratti a distanza ed è per questo motivo che contro tale previsione sono state mosse critiche da parte della dottrina¹⁸⁵.

A ben vedere, in definitiva, l’unica ipotesi che potrebbe giustificare tale esclusione è quella relativa all’accesso - da parte del consumatore

¹⁸² VIGLIONE F., *op. ult. cit.*, p. 443.

¹⁸³ VIGLIONE F., *op. ult. cit.*, p. 443.

¹⁸⁴ VIGLIONE F., *op. ult. cit.*, p. 443, 444; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 467, 468.

¹⁸⁵ DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1193; RUVOLO M., *op. cit.*, p. 278, 279; VIGLIONE F., *op. ult. cit.*, p. 444; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 468; SUPPA M.P., *op. ult. cit.*, p. 286.

all'operatore delle telecomunicazioni – ad un servizio istantaneamente utilizzabile, quale potrebbe essere la ricerca di un indirizzo o di un numero telefonico¹⁸⁶.

Quanto all'esclusione dei contratti *relativi alla costruzione e alla vendita o ad altri diritti relativi a beni immobili, con esclusione della locazione*, la dottrina ha motivato tale scelta considerando il valore elevato dell'operazione economica proposta al consumatore e la forte aggressività della promozione a distanza di questo tipo di vendite; alcuni autori, tuttavia, hanno rilevato che proprio per non lasciare esposto l'acquirente ai rischi che si possono correre in questo genere di negoziazioni tale sottrazione dall'ambito applicativo dei contratti a distanza appare ingiustificata¹⁸⁷.

I contratti immobiliari esclusi dalla disciplina in esame sono le compravendite di beni immobili, i contratti di costituzione o di trasferimento su beni immobili di altri diritti reali di godimento diversi dalla proprietà e i contratti di appalto per la costruzione di beni immobili. Non sono esclusi, invece, i contratti aventi ad oggetto l'esecuzione di lavorazioni di ristrutturazione o riparazione di beni immobili¹⁸⁸.

La disciplina sui contratti a distanza si applica invece ai contratti di locazione di immobili, diversamente dalla disciplina sui contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali (art. 46). Tale incongruenza, presente nelle direttive 85/577/CEE e 97/7/CE non è stata superata dal codice del consumo¹⁸⁹.

Infine, quanto ai contratti conclusi in occasione di una vendita all'asta, la giustificazione di tale esclusione consiste nel fatto che il meccanismo dell'asta può dar luogo a condotte fraudolente da parte del consumatore che, esercitando il diritto di recesso, potrebbe dar luogo ad una nuova asta alla

¹⁸⁶ VIGLIONE F., *op. ult. cit.*, p. 444.

¹⁸⁷ DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1193; VIGLIONE F., *op. ult. cit.*, p. 444; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 468, 469.

¹⁸⁸ VIGLIONE F., *op. ult. cit.*, p. 445.

¹⁸⁹ VIGLIONE F., *op. ult. cit.*, p. 445; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 469.

quale il bene potrebbe essere venduto ad un prezzo minore rispetto a quello precedente, a pregiudizio del venditore¹⁹⁰.

Anche secondo quanto previsto dall'art. 18 nel d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 le vendite all'asta effettuate mediante televisione o altri mezzi di comunicazione sono vietate, ma non per tutti i professionisti¹⁹¹. Infatti, nei confronti di alcune categorie – ossia i produttori agricoli, gli artigiani iscritti all'albo di cui alla l. 443/1985, nonché i produttori industriali che esercitano l'attività commerciale nei locali della produzione o in quelli adiacenti¹⁹² - questo divieto non opera¹⁹³.

Pertanto, tali esclusioni mostrano come quello dei contratti a distanza conclusi in occasione di una vendita all'asta non sia un divieto assoluto.

Invero, tale divieto non opera nelle aste *online* stipulate *consumer to consumer*: trattasi anch'essi di contratti che vengono stipulati a distanza, senza che le parti si incontrino mai, ai quali non si applica la disciplina di cui al codice del consumo poiché una delle parti non è un professionista ma un altro consumatore¹⁹⁴.

Sul punto, la Corte Suprema Federale tedesca¹⁹⁵ ha ritenuto che l'acquisto di un bene effettuato sul sito "eBay" non corrisponda ad una vendita all'asta ma ad una vendita a distanza, e pertanto ha considerato applicabili le norme previste dalla disciplina in esame¹⁹⁶.

Sebbene le vendite all'asta siano state escluse dall'ambito di applicazione della direttiva 97/7/CE, alcuni Stati membri hanno limitato tale esclusione solo ad alcuni tipi: esistono siti *internet* che combinano la vendita all'asta e la vendita a prezzi fissi e ciò è fonte di confusione per i consumatori¹⁹⁷.

¹⁹⁰ VIGLIONE F., *op. ult. cit.*, p. 447.

¹⁹¹ ALPA G., *op. ult. cit.*, p. 849; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1188; VIGLIONE F., *op. ult. cit.*, p. 446, 447.

¹⁹² Circolari nn. 3459/C e 3467/C del 1999 del Ministero dell'Industria e art. 4 l. 114/1998.

¹⁹³ COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 469.

¹⁹⁴ COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 470.

¹⁹⁵ *Bundesgerichtshof*, VIII, 375/03, 3.11. 2004.

¹⁹⁶ GIAMPIETRAGLIA R., *Art. 55*, cit., p. 418.

¹⁹⁷ Prima relazione annuale sullo stato di avanzamento dei lavori in materia di diritto contrattuale europeo e di revisione dell'*acquis*, del 23 settembre 2005, COM (2005) 456 def., p. 9. HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 144.

Diversamente da quanto previsto dalla disciplina sui contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali, che non trova applicazione nei casi in cui il corrispettivo dovuto dal consumatore non supera la somma di € 26,00, la normativa sui contratti a distanza si applica a prescindere dal valore economico della prestazione. Tale ulteriore incoerenza, presente nelle direttive nn. 85/577/CEE e 97/7/CE non è stata superata nel codice del consumo ed appare del tutto irragionevole, posto che le due discipline hanno struttura e tutele affini¹⁹⁸.

Ci si è domandati in dottrina, tuttavia, se non sia opportuno ampliare l'ambito applicativo della normativa sulle vendite a distanza anche ad altre tipologie contrattuali, per innalzare ulteriormente il livello di protezione dei consumatori.

2.7 Le informazioni al consumatore.

Il meccanismo di tutela prescelto dal legislatore comunitario e – di riflesso – da quello nazionale per assicurare al consumatore la prestazione di un consenso libero ed informato in ordine al proprio acquisto è ricaduta sul doppio flusso di informazioni: 1) in tempo “utile” prima della conclusione del contratto (art. 52, c. cons.); 2) contestualmente o prima dell'esecuzione dello stesso (art. 53, c. cons.)¹⁹⁹.

Mediante la previsione di uno specifico obbligo di informazione a carico del professionista - nel momento in cui entra in contatto con il consumatore - si è tentato di neutralizzare l'effetto “sorpresa” al quale era esposto il consumatore - che non può esprimere un consenso libero, consapevole ed

¹⁹⁸ VIGLIONE F., *op. ult. cit.*, p. 447.

¹⁹⁹ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 849; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1188; RICCI F., *Doveri di informazione*, cit., p. 84 ss.; RICCI F., *Art. 52*, cit., p. 390; RICCI F., *L'informazione del consumatore e l'inefficacia*, cit., p. 832; RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 324 ss.; RICCI F., *Art. 53*, cit., p. 402 ss.; RICCI F., *Teleshopping e vendite*, cit., p. 277 ss.; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 888; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1194; CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 449; COLOSIMO B., *Artt. 52, 53*, cit., p. 472 ss.; SUPPA M.P., *Art. 52*, cit., p. 288.

informato in ordine all'acquisto di un prodotto e non è in grado di valutare la convenienza o meno dell'affare che gli viene proposto - se prima non viene a conoscenza di alcuni elementi essenziali, che costituiscono il c.d. contenuto minimo di garanzia: lo scopo commerciale della telefonata, l'identità del professionista e le principali caratteristiche del bene o del servizio offerto, il prezzo (comprensivo di imposte e di spese di consegna), le modalità di esecuzione del contratto (consegna del bene, fornitura del servizio, sistema di pagamento del prezzo), l'esistenza del diritto di recesso e gli obblighi a carico delle parti qualora venga esercitato, la durata della validità dell'offerta e la durata del contratto se è ad esecuzione continuata o periodica²⁰⁰.

In questo modo, si intende attenuare la naturale debolezza negoziale del consumatore che non ha - prima di effettuare l'ordinazione - la possibilità di visionare il bene o di conoscere le qualità del servizio offerto né gli obblighi contrattuali a suo carico: si mira, in sostanza, ad evitare che l'utilizzo di una tecnica di comunicazione a distanza conduca ad un *deficit* informativo a danno del consumatore (considerando n. 11 della direttiva 97/7/CE) e si soddisfa l'interesse del consumatore a non vincolarsi contrattualmente con il professionista senza essere pienamente informato e cosciente dei termini effettivi dell'accordo nonché dei diritti esercitabili nei confronti del venditore²⁰¹.

Tale espressa previsione di obblighi informativi ha anche il pregio di conferire trasparenza al mercato, di favorire la concorrenza tra le imprese nonché di moralizzare ed uniformare il loro comportamento e di agevolare per

²⁰⁰ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 849; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1188; RICCI F., *Informazioni per il consumatore e volontarietà*, cit., p. 841; RICCI F., *Art. 52*, cit., p. 388 ss.; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1194 ss.; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 475; SUPPA M.P., *op. ult. cit.*, p. 288, 289.

²⁰¹ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 849; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1188; RICCI F., *L'informazione del consumatore e l'inefficacia*, cit., p. 832; RICCI F., *Informazioni per il consumatore e volontarietà*, cit., p. 841; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1194 ss.; CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 449, 451; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 475; COLOSIMO B., *Artt. 66, 67*, cit., p. 528 ss.; SUPPA M.P., *op. ult. cit.*, p. 288, 289.

il consumatore il confronto tra le offerte del bene o del servizio che intende acquistare con prodotti dello stesso genere offerti da altri professionisti²⁰².

Il codice del consumo (art. 52) non ha integrato – rispetto alla direttiva 97/7/CE - le informazioni che il fornitore deve comunicare al consumatore in tempo “*utile*”, prima della conclusione del contratto a distanza.

La previsione di tale lasso di tempo tra l’adempimento degli obblighi di informazione preliminari e la conclusione del contratto ha lo scopo di lasciare del tempo al consumatore per meditare sull’affare proposto dal professionista e per maturare serenamente il proprio consenso alla conclusione del contratto di vendita. Per quanto concerne le vendite *online*, il professionista è tenuto ad organizzare un percorso guidato - tra le pagine del sito *internet* a cui i consumatori accedono per acquistare un prodotto – fino alla pagina finale in cui generalmente avviene la conferma dell’acquisto²⁰³.

Tale scansione temporale può anche mancare nei casi in cui il professionista comunichi tutte le informazioni di cui agli artt. 52 e 53 c. cons. direttamente per iscritto o su altro supporto durevole²⁰⁴.

Le informazioni preliminari previste dall’art. 52 c.cons. sono:

a) «*identità del professionista e, in caso di contratti che prevedono il pagamento anticipato, l’indirizzo del professionista*»; in questo modo, il consumatore, che non ha la possibilità di incontrare personalmente il professionista o un suo rappresentante, può almeno valutare la affidabilità di quest’ultimo riconoscendolo tra i vari operatori economici sul mercato ed ottenendo informazioni sui prodotti offerti. Nelle comunicazioni telefoniche, tale informazione va data immediatamente, all’inizio della conversazione, pena la nullità del contratto. Quanto all’indirizzo del professionista – che per gli acquisti che non prevedono il pagamento anticipato è una informazione che il professionista non è obbligato a fornire nella fase preliminare – è stata criticata tale disomogeneità di disciplina, poiché il consumatore che subisce

²⁰² RICCI F., *L’informazione del consumatore e l’inefficacia*, cit., p. 831; CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 449; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1194 ss.; COLOSIMO B., *Artt. 52, 53*, cit., p. 482.

²⁰³ RICCI F., *Art. 52*, cit., p. 395 ss.

²⁰⁴ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 395 ss.; RICCI F., *Art.53*, cit., p. 403 ss.

danni nella fase precontrattuale non è messo in condizione di poter inoltrare reclami al professionista e sarebbe costretto a reperire da solo l'indirizzo di quest'ultimo, con evidenti difficoltà²⁰⁵;

b) «*caratteristiche essenziali del bene o del servizio*»; non avendo la possibilità di visionare il bene o di valutare le prestazioni del servizio proposto, il consumatore va informato sulle principali funzionalità, capacità, elementi intrinseci ed estrinseci caratterizzanti il prodotto²⁰⁶;

c) «*prezzo del bene o del servizio, comprese tutte le tasse e le imposte*»; fondamentale per il consumatore è conoscere con esattezza l'impegno economico a lui richiesto da parte del professionista, l'entità della prestazione alla quale si sta per obbligare. Inoltre, va precisato se il prezzo è comprensivo di tasse o imposte o se queste vanno calcolate a parte e in che percentuale²⁰⁷;

d) «*spese di consegna*»; anche tale voce deve essere comunicata immediatamente al consumatore e si è scelto di distinguerla dal prezzo globale del bene offerto proprio per separare i due costi e permettere di identificarli meglio²⁰⁸;

e) «*modalità del pagamento, della consegna del bene o della prestazione del servizio e di ogni altra forma di esecuzione del contratto*»; tale informazione assume rilevanza fondamentale nel contratto e va integrata con quanto previsto al successivo art. 54. In particolare, va precisato: il termine entro il quale il professionista è tenuto ad eseguire l'ordinazione; nel caso di indisponibilità del bene o del servizio, quale sarà la prestazione sostitutiva a carico del professionista; il necessario consenso del consumatore a ricevere una prestazione diversa da quella pattuita nel caso in cui il professionista si trovi nell'impossibilità di adempiere²⁰⁹. Dal punto di vista dell'obbligo di

²⁰⁵ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 887 ss.; CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 450; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 474, 481.

²⁰⁶ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 887 ss.; CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 450; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 474.

²⁰⁷ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 887 ss.; CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 450; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 474, 475.

²⁰⁸ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 887 ss.; CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 450; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 475.

²⁰⁹ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 887 ss.; CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 450.

pagamento del prezzo cui è tenuto il consumatore, vanno indicate le modalità di corresponsione del prezzo del bene o del servizio richiesto, ossia la possibilità di adempiere la propria obbligazione mediante carta di pagamento;

f) «*esistenza del diritto di recesso o di esclusione dello stesso, ai sensi dell'articolo 55, comma 2*»; altra informazione fondamentale è costituita dall'esistenza o meno del diritto di recesso, della possibilità di rimeditare sull'acquisto e di sciogliersi validamente dal vincolo contrattuale; sebbene la norma faccia riferimento solo al comma 2 dell'art. 55 c.cons. – in cui sono elencati i casi in cui il recesso è convenzionalmente escluso²¹⁰ – una parte della dottrina ritiene che l'assenza del diritto di recesso vada comunicata anche nei casi in cui è legalmente escluso l'esercizio di tale diritto da parte del consumatore (contemplati al comma 1 dell'art. 55 c.cons.), altri si sono pronunciati in senso contrario²¹¹. Si noti come l'informazione sulle condizioni e le modalità di esercizio del diritto di recesso – nonché sulle le condizioni di recesso dal contratto in caso di durata indeterminata o superiore ad un anno – siano previste come le informazioni da comunicare non in via preliminare, ma in via successiva *ex art. 53 c.cons.*, e ciò è incomprensibile in quanto tradisce lo scopo di tutela del consumatore ad una informazione più completa su un elemento così determinante per il proprio consenso²¹²;

g) «*modalità e tempi di restituzione o di ritiro del bene in caso di esercizio del diritto di recesso*»; in tale informazione vanno comprese le spese di restituzione del bene al mittente dovute dal consumatore per l'esercizio del diritto di recesso, ove espressamente previsto dal contratto, secondo quanto previsto dal comma 3 dell'art. 67 c.cons.²¹³;

h) «*costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza, quando è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base*»; anche tale voce di spesa può influire sulla prestazione del consenso del consumatore e va fornita

²¹⁰ Cfr. il successivo par. 2.8 della presente sezione.

²¹¹ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 887 ss.; CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 451.

²¹² MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 888; CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 451; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 475.

²¹³ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 888; CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 451.

immediatamente, così da renderlo edotto sulle spese maggiori rispetto a quelle di base che sono poste a suo carico²¹⁴;

i) «durata della validità dell'offerta e del prezzo»;

j) «durata minima del contratto in caso di contratti per la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ad esecuzione continuata o periodica».

Tali informazioni preliminari possono essere ricevute dal consumatore in qualsiasi forma, «con ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza impiegata», secondo il principio della massima efficienza dell'informazione compatibile con la tecnica di comunicazione impiegata. Invero, non tutti i mezzi di comunicazione sono ugualmente efficaci nel veicolare l'informazione e nel permettere la conservazione della stessa per una successiva consultazione²¹⁵.

È del professionista la scelta del mezzo più adeguato per la comunicazione delle informazioni obbligatorie, scelta su cui il consumatore non ha margini di intervento²¹⁶.

Inoltre, le informazioni preliminari, prima o al momento della esecuzione del contratto devono esser confermate per iscritto o su supporto duraturo e vanno integrate con ulteriori informazioni (art. 53, c. cons.):

«a) un'informazione sulle condizioni e le modalità di esercizio del diritto di recesso, ai sensi della sezione IV del presente capo, inclusi i casi di cui all'articolo 65, comma 3;

b) l'indirizzo geografico della sede del professionista a cui il consumatore può presentare reclami;

c) le informazioni sui servizi di assistenza e sulle garanzie commerciali esistenti;

²¹⁴ CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 450.

²¹⁵ ALPA G., *I contratti a distanza*, cit., p. 849; RICCI F., *Art. 52*, cit., p. 393; RICCI F., *Doveri di informazione*, cit., p. 84 ss.; RICCI F., *Art. 53*, cit., p. 402 ss.; RICCI F., *L'informazione del consumatore e l'inefficacia*, cit., p. 835 ss.; RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 326 ss.; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 888; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1194 ss.; CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 452; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 473.

²¹⁶ RICCI F., *L'informazione del consumatore e l'inefficacia*, cit., p. 836; RICCI F., *Art. 52*, cit., p. 393 ss.; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 473; RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 326.

d) le condizioni di recesso dal contratto in caso di durata indeterminata o superiore ad un anno»²¹⁷.

Infine, secondo quanto disposto dall'art. 60 c.cons., il contratto a distanza deve contenere il riferimento alle disposizioni della sezione II del Titolo III, parte III del codice del consumo. Ciò per soddisfare l'esigenza di informare il consumatore sull'assetto normativo che regola il contratto e per permettere a chi non ha proprie conoscenze tecniche di potersi informare sui propri diritti e farli così valere in caso di violazione.

Sebbene sia prevista la conferma scritta di tutte le informazioni previste dall'art. 52 co. 1, e non anche di quelle previste dal comma 5 relative al commercio elettronico, si potrebbe ritenere che quest'ultime non vadano confermate. Tuttavia, una tale interpretazione – data senz'altro da una svista del legislatore che ha omissso il riferimento al comma 5 dell'art. 52 - si pone in contrasto con l'obiettivo di tutela del consumatore e non va seguita²¹⁸.

Alcuni autori hanno biasimato il criterio in base al quale alcune informazioni sono state incluse tra quelle preliminari (art. 52) ed altre tra quelle ulteriori (art. 53), da comunicare solo in un secondo momento: una giustificazione di tale scelta potrebbe essere quella di considerare le informazioni ulteriori non determinanti per il consenso del consumatore. A rigor di logica, tuttavia, si ritiene che sia più determinante per il consenso del consumatore conoscere in anticipo l'esistenza o meno di servizi di assistenza e di garanzie commerciali (art. 53, co. 1, lett. c)), l'indirizzo geografico del professionista a cui inoltrare reclami (art. 53, co. 1, lett. b)) nonché l'informazione relativa al termine di adempimento piuttosto che ricevere l'informazione sui tempi di restituzione o di ritiro del bene in caso di esercizio del diritto di recesso (art. 52, co. 1, lett. g)) che può essere comunicata anche

²¹⁷ ALPA G., *op. ult. cit.*, p. 849 ss.; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1189; RICCI F., *Teleshopping e vendite*, cit. p. 277; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 888 ss.; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1195 ss.; CINQUE M., *Art. 53*, cit., p. 454 ss.; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 472 ss.; SUPPA M.P., *Art. 53*, cit., p. 292.

²¹⁸ CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 455.

successivamente, senza che il consumatore possa essere pregiudicato da una conoscenza non anticipata di tale informazione²¹⁹.

Si tenga conto, infine, che la conferma per iscritto delle informazioni e la comunicazione delle informazioni ulteriori sono da escludersi per i servizi a c.d. “effetto istantaneo” – quali il *download* di *software* e di *files* da *internet* - la cui esecuzione è effettuata mediante una tecnica di comunicazione a distanza, forniti in unica soluzione e fatturati dall’operatore della tecnica di comunicazione (comma 2, art. 53)²²⁰. Pertanto, in questi casi al consumatore vanno fornite soltanto le informazioni preliminari di cui all’art. 52 c.cons. e l’informativa sull’indirizzo geografico della sede del professionista a cui presentare eventuali reclami; è stata criticata – poiché del tutto immotivata e non legata alla ipotesi del recesso – la mancata informazione sulla esistenza o meno di servizi di assistenza e di garanzie commerciali di cui all’art. 53, co. 1, lett. c) che è compatibile con questo tipo di vendite, nonché potrebbe essere determinante per il consenso del consumatore²²¹.

La ragione di tale esclusione è da ricercare nella inconciliabilità del diritto di recesso con questo tipo di contratti - che tuttavia non sono compresi tra quelli per il quali è escluso l’esercizio del diritto di recesso (art. 55 c.cons.). Infatti, è pregiudizievole per il professionista che per i servizi ad “effetto istantaneo” il consumatore possa esercitare il diritto di recesso, poiché tale rimedio potrebbe essere strumentalizzato per sottrarsi ai propri obblighi contrattuali piuttosto che per un effettivo ripensamento.

Tuttavia, l’esclusione di cui al comma 2 dell’art. 53 c.cons. può far pensare ad una mancata applicazione del diritto di recesso ai servizi ad utilizzo istantaneo e dunque potrebbe escludersi anche per questo tipo di contratti - in

²¹⁹ CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 456; SUPPA M.P., *Art. 54, Esecuzione del contratto*, in *Codice del consumo*, a cura di CUFFARO V., Milano, 2008, p. 295.

²²⁰ RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 346; CINQUE M., *Art. 54*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO G. e ZACCARIA A., Padova, 2010, p. 456, 457; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 475.

²²¹ CINQUE M., *Art. 53*, cit., p. 456, 457; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 475.

via interpretativa - il diritto del consumatore di rimeditare l'acquisto e di sciogliersi dal vincolo contrattuale²²².

La scelta del tipo di supporto duraturo sul quale ricevere la conferma e le ulteriori informazioni è rimessa al consumatore e tale opzione è coerente con l'obiettivo di tutela del consumatore che può scegliere il mezzo di comunicazione più conforme alle sue esigenze o comodità²²³. Inoltre, qualora le informazioni preliminari siano già state comunicate per iscritto, il professionista non ha alcun obbligo di conferma delle stesse, avendole già fornite²²⁴: si noti che, in tal caso, il consumatore non ha alcuna possibilità di scelta sulla tipologia di supporto duraturo sul quale ricevere la conferma delle informazioni, ma tale *impasse* configura solo un difetto di coordinamento della disciplina non traducendosi in una vero e proprio nocumento al consumatore²²⁵.

Tale progressività del flusso informativo ha il vantaggio di permettere al consumatore di consultare la scheda contrattuale sottoscritta in qualsiasi momento nel corso dell'esecuzione del contratto, e al professionista di sfruttare al massimo i mezzi di comunicazione a carattere non documentale – telefono, *teleshopping* – per poi affidare ad un unico canale la diffusione delle informazioni alla clientela e la fornitura dei beni e dei servizi²²⁶.

Il termine ultimo per confermare le informazioni preliminari e fornire le informazioni ulteriori è – se si tratta di una prestazione di dare – il momento dell'esecuzione del contratto, ossia la materiale apprensione del bene da parte del consumatore; se si tratta di una prestazione di fare, occorre distinguere tra i contratti ad esecuzione istantanea, nei quali il momento ultimo è rappresentato dalla fornitura del servizio al consumatore, e quelli ad esecuzione periodica, in cui si prende come riferimento la prima fornitura²²⁷.

²²² CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 457

²²³ CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 455.

²²⁴ RICCI F., *Doveri di informazione*, cit., p. 84 ss.; CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 455.

²²⁵ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 888; CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 455

²²⁶ RICCI F., *Informazioni per il consumatore e volontarietà*, cit., p. 841; RICCI F., *Art. 52*, cit., p. 392; CINQUE M., *Art. 52*, cit., p. 449.

²²⁷ DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1196, 1197; CINQUE M., *Art. 53*, cit., p. 456.

Le informazioni preliminari – ma anche le informazioni ulteriori *ex art. 53 c.cons.*, anche se non espressamente richiamate - vanno comunicate in modo chiaro e comprensibile – ossia la terminologia impiegata ed i concetti espressi non devono essere oscuri o confusi - , secondo quanto imposto dal principio di trasparenza, e il professionista è tenuto anche ad osservare i principi di buona fede e di lealtà in materia di transazioni commerciali, i quali devono essere «*valutati alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili*» (art. 52, co. 2 c.cons.)²²⁸. Con quest'ultima precisazione, il legislatore italiano ha inteso assicurare ulteriore protezione a soggetti – ad esempio, i minori e gli anziani – che possono essere meno avveduti di altri nell'ambito delle contrattazioni a distanza e il cui consenso può essere estorto più facilmente²²⁹. In ogni caso, il parametro a cui fare riferimento per valutare la condotta del professionista nel comunicare le informazioni è costituito dal «*consumatore medio*», cioè un soggetto mediamente avveduto, non qualificato dal punto di vista tecnico²³⁰.

Il consumatore, invero, matura l'interesse a ricevere una informazione veritiera, corretta e dallo scopo commerciale facilmente riconoscibile sin dal momento della diffusione del messaggio promozionale, che non deve essere ingannevole per il potenziale acquirente²³¹.

Inoltre, occorre tutelare il consumatore anche da un'altra – apparentemente non pericolosa – insidia, ossia l'eccesso dei contenuti informativi. A ben vedere, infatti, informazioni sovrabbondanti e complesse possono vanificare lo scopo conoscitivo dell'acquirente, tramutandosi in una inutile, confusa e ridondante comunicazione di condizioni contrattuali²³².

²²⁸ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 849 ss.; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1189; RICCI F., *Doveri di informazione*, cit., p. 89; RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 325 ss.; RICCI F., *Art. 52*, cit., p. 395; RICCI F., *L'informazione del consumatore e l'inefficacia*, cit., p. 837; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 888; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1194 ss.; CINQUE M., *Art. 52*, cit., p. 452, 456; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 476.

²²⁹ CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 452.

²³⁰ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 849 ss.; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1189.

²³¹ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 831; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1195.

²³² COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 474.

In aggiunta, potrebbe verificarsi l'ipotesi in cui vi sia difformità tra le informazioni preliminari e quelle confermate successivamente: in questo caso, il consumatore si può ritrovare facilmente disorientato circa i diritti ed i doveri discendenti dal contratto, con gravi ripercussioni sulla formazione del consenso e sull'esatto adempimento della sua prestazione. In questo caso, se l'informazione successiva difforme da quella preliminare è stata fornita «*in tempo utile*» prima della conclusione del contratto, deve ritenersi che la difformità del contenuto informativo valga quale modifica di quello precedente²³³.

In ogni caso, rientra nel dovere di chiarezza e di comprensibilità delle clausole contrattuali in capo al professionista quello di fornire informazioni semplici, immediate, coerenti e non ridondanti²³⁴.

Per il caso specifico della difformità tra le informazioni preliminari e quelle confermate successivamente alla conclusione del contratto, si ritiene che queste ultime siano da considerare come non apposte, inefficaci per il consumatore²³⁵.

In ogni caso, si applica anche ai contratti a distanza il principio generale della *interpretatio contra stipulatorem*, secondo il quale le clausole predisposte da una parte si interpretano, nel caso di dubbio, in favore dell'aderente (art. 1370 c.c.)²³⁶.

Secondo quanto previsto dal co. 4 dell'art. 52, nel caso di utilizzazione di tecniche che consentono una comunicazione individuale, le informazioni preliminari sono fornite - ove il consumatore lo richieda - in lingua italiana e così anche la conferma e le ulteriori informazioni di cui all'articolo 53. Tale previsione discende dalla direttiva 97/7/CE che attribuisce agli Stati membri la competenza a disciplinare l'uso delle lingue in materia di contratti a distanza e

²³³ RICCI F., *Art. 53*, cit., p. 406; RICCI F., *L'informazione del consumatore e l'inefficacia*, cit., p. 838; RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 334 ss.; SUPPA M.P., *op. ult. cit.*, p. 293.

²³⁴ RICCI F., *L'informazione del consumatore e l'inefficacia*, cit., p. 838, 839.

²³⁵ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 888; RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 838, 839; RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 334 ss.

²³⁶ RICCI F., *Informazioni per il consumatore e volontarietà*, cit., p. 841, 845; RICCI F., *L'informazione del consumatore e l'inefficacia*, cit., p. 834.

si riferisce in particolare ai contratti a distanza transfrontalieri, il cui incremento era particolarmente incoraggiato dalla direttiva 97/7/CE²³⁷ ²³⁸.

Infine, per quanto concerne le vendite *online*, il codice del consumo prevede espressamente che gli obblighi informativi dovuti dal professionista *ex art. 52* vadano integrati con le informazioni previste dall'art. 12 del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70²³⁹ (art. 52, co. 5)²⁴⁰.

Diversamente dalla disciplina generale sui contratti a distanza contenuta nel codice del consumo, quella sul commercio elettronico è più stringente ed evoluta, diretta a raggiungere in modo più efficace gli scopi della contrattazione a distanza.

Ad esempio, tra le informazioni generali obbligatorie che devono essere rese “*facilmente accessibili*” dal professionista *in aggiunta* agli obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi, quelle che saltano di più all'occhio sono contenute alla lettera *b*) - che prevede la comunicazione del domicilio o della sede legale del professionista a prescindere che il contratto preveda o meno il pagamento anticipato del prezzo – e alla lettera *c*) - che prevede l'indicazione degli estremi che permettono di contattare rapidamente il professionista e di comunicare direttamente ed efficacemente con lo stesso, compreso l'indirizzo di posta elettronica²⁴¹.

²³⁷ Considerando n. 2: «*considerando che la libera circolazione delle merci e dei servizi riguarda non soltanto il commercio professionale ma altresì i privati; che essa implica per i consumatori la possibilità di accedere alle merci e ai servizi di un altro Stato membro alle stesse condizioni della popolazione di tale Stato*»; considerando n. 3: «*considerando che la vendita transfrontaliera a distanza può rappresentare per i consumatori una delle principali manifestazioni concrete della realizzazione del mercato interno, come è stato constatato, tra l'altro, nella comunicazione della Commissione al Consiglio «Verso un mercato unico della distribuzione»; che è indispensabile per il buon funzionamento del mercato interno che i consumatori possano rivolgersi ad un'impresa situata fuori del proprio paese, benché quest'ultima disponga di una filiale nel paese di residenza del consumatore*».

²³⁸ RICCI F., *Art. 52*, cit., p. 395; CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 453; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 476.

²³⁹ Decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, “*Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno*” in (G.U. 14.04.2003 S. O. n. 61).

²⁴⁰ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 889; DELFINI F., *Art. 12, Informazioni dirette alla conclusione del contratto*, in *Codice del consumo*, a cura di CUFFARO V., Milano, 2008, p. 995; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 480 ss.

²⁴¹ CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 450.

Per i contratti telematici, le informazioni previste dal codice del consumo vanno integrate con le seguenti previste dall'art. 12 (*Informazioni dirette alla conclusione del contratto*) del d.lgs. 70/2003: «*Oltre agli obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi, nonché a quelli stabiliti dall'articolo 3 del decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185 il prestatore, salvo diverso accordo tra parti che non siano consumatori, deve fornire in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile, prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario del servizio, le seguenti informazioni:*

- a) *le varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto,*
- b) *il modo in cui il contratto concluso sarà archiviato e le relative modalità di accesso;*
- c) *i mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore;*
- d) *gli eventuali codici di condotta cui aderisce e come accedervi per via telematica;*
- e) *le lingue a disposizione per concludere il contratto oltre all'italiano;*
- f) *l'indicazione degli strumenti di composizione delle controversie»²⁴².*

Si noti che non è stata riprodotta l'espressione "*in tempo utile prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza*" per indicare il momento in cui fornire le informazioni ma si è scelto di determinare tale momento in modo più specifico, ossia "*prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario del servizio*"²⁴³ e le informazioni vanno successivamente messe a sua disposizione «*in modo che gli sia consentita la memorizzazione e la riproduzione*».

Inoltre, è espressamente previsto al secondo comma dell'art. 12 che non sussiste in capo al professionista l'obbligo di fornire tali informazioni nei contratti conclusi *esclusivamente* mediante lo scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti, dato il carattere meno

²⁴² MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 889 ss.

²⁴³ CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 451.

insidioso ed aggressivo di tali comunicazioni, posto che in queste ipotesi il consumatore ha una maggiore avvedutezza circa l'oggetto e lo scopo della comunicazione²⁴⁴.

Inoltre, l'art. 59 del codice del consumo prevede tempistiche diverse quanto alla fornitura delle informazioni sul diritto di recesso nelle offerte al pubblico realizzate tramite il mezzo televisivo (c.d. *teleshopping*) o altri mezzi audiovisivi - volte alla stipulazione del contratto a distanza -, nonché nel caso di contratti conclusi mediante l'uso di strumenti informatici e telematici. In particolare, le informazioni vanno fornite nel *corso della presentazione del prodotto o del servizio oggetto del contratto*, compatibilmente con le particolari esigenze poste dalle caratteristiche dello strumento impiegato e dalle relative evoluzioni tecnologiche (art. 59, primo periodo)²⁴⁵.

L'informazione sul diritto di recesso, per i contratti negoziati sulla base di una offerta effettuata tramite il mezzo televisivo, deve essere fornita *all'inizio e nel corso della trasmissione* nella quale sono contenute le offerte e va successivamente fornita per iscritto non oltre il momento in cui viene effettuata la consegna della merce (art. 59, secondo periodo)²⁴⁶.

Anche in questi casi, le informazioni sul diritto di recesso vanno confermate successivamente per iscritto, anche dopo la stipulazione del contratto, ma prima del momento della consegna del bene ordinato²⁴⁷.

Una volta individuate ed analizzate le informazioni che vanno fornite al consumatore, si passa ad individuare quali sono le tutele riconosciute dall'ordinamento in caso di violazione degli obblighi di informazione.

2.8 Le sanzioni per la violazione degli obblighi di informazione.

²⁴⁴ CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 451.

²⁴⁵ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 390 ss.; GIAMPIETRAGLIA R., *Art. 59*, cit., p. 437; COLOSIMO B., *Artt. 58-61*, cit., p. 505 ss.

²⁴⁶ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 390 ss.; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 505 ss.

²⁴⁷ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 390 ss.; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, cit., p. 505 ss.

Il codice del consumo (art. 62) prevede l'inflizione al professionista di una sanzione amministrativa pecuniaria nelle seguenti ipotesi:

- 1) per la violazione delle norme sui contratti a distanza;
- 2) per l'omissione delle informazioni sul diritto di recesso o per la loro fornitura errata, o incompleta, o non conforme alla legge;
- 3) per l'omesso rimborso al consumatore delle somme già corrisposte in adempimento del contratto, o per la presentazione all'incasso o allo sconto gli effetti cambiari prima del decorso del termine per recedere²⁴⁸.

L'ammontare di tale sanzione – sebbene sia aumentato nel 2008 - rimane tutt'ora irrisorio (da €3.000,00 a €18.000,00) rispetto ai vantaggi economici che possono derivare alle imprese attraverso la diffusa e ripetuta trasgressione degli obblighi discendenti dalla legge e dal contratto e non scoraggia in alcun modo i professionisti dal violare sistematicamente tali obblighi²⁴⁹. Infatti, anche se l'intenzione del legislatore nel prevedere una sanzione amministrativa era quella di porre un deterrente alle imprese, queste ultime valutano preventivamente il rischio derivante da una eventuale sanzione e generalmente se lo accollano, potendo godere di vantaggi ben più elevati attraverso la adozione di condotte illecite²⁵⁰. Inoltre, la previsione della sanzione amministrativa pecuniaria quale conseguenza della condotta illecita del professionista non comporta alcun vantaggio economico diretto per il consumatore, non essendo quest'ultimo il beneficiario delle somme corrisposte dal professionista a titolo di sanzione.

Nel caso di recidiva, ossia di reiterata violazione della stessa norma nello stesso anno, l'importo della sanzione è raddoppiato. Competenti ad accertare e ad infliggere le sanzioni di cui all'art. 62 c.cons. – applicate ai sensi della l. 698/1981 - sono gli organi di polizia amministrativa, dietro rapporto

²⁴⁸ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 410; RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 338; COLOSIMO B., *Art. 62, in Codice del consumo*, a cura di VETTORI G., 2007, p. 507 ss.

²⁴⁹ CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 451 ss.; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 509; TENELLA SILLANI C., *op. cit.*, p. 775 ss.

²⁵⁰ CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 451 ss.; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 509; TENELLA SILLANI C., *op. cit.*, p. 776; SARANDREA A., *Art. 62, Sanzioni*, in *Codice del consumo*, a cura di CUFFARO V., Milano, 2008, p. 316 ss.

presentato alla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura della provincia in cui vi è la residenza o la sede legale del professionista (art. 62, co. 3).

Diversamente da quanto previsto nella direttiva n. 97/7/CE, il legislatore italiano ha scelto di sanzionare con *la nullità del contratto* l'omissione – nelle comunicazioni telefoniche – della informazione sulla identità del professionista e sullo scopo commerciale della telefonata all'inizio della conversazione con il consumatore. Si noti che la mancata indicazione dello scopo commerciale della pratica posta in essere dal professionista integra anche una ipotesi di omissione ingannevole *ex art. 22, co. 1, c.cons.*²⁵¹.

Si tratta di una ipotesi di nullità di protezione del consumatore, a carattere relativo - rilevabile solo da quest'ultimo e anche d'ufficio – ed imprescrittibile²⁵².

Tuttavia, tale obbligo – che, pur avendo una funzione di *moral suasion*, è quasi mai adempiuto - è sanzionato con la forma di invalidità più grave, e ciò determina la possibilità per il consumatore di compiere abusi a danno del professionista²⁵³. Si pensi all'ipotesi in cui il professionista non abbia dato tale informazione al consumatore e ciò nonostante il consumatore abbia liberamente e coscienziosamente concluso il contratto, contratto dal quale il consumatore successivamente - per sottrarsi validamente dall'impegno assunto – decide di sciogliersi utilizzando tale *escamotage* per sfuggire all'adempimento della propria prestazione.

Inoltre, è un rimedio inutile in quanto il consumatore non ha la possibilità di dimostrare se ha ricevuto o no tale informazione, non potendo registrare la conversazione, e comunque avrebbe difficoltà a procurarsi la prova che il professionista abbia adempiuto tale obbligo informativo. Pertanto, anche nel corso di un procedimento giudiziale il consumatore difficilmente potrebbe domandare l'accertamento e la dichiarazione della la nullità del contratto - o

²⁵¹ RICCI F., *Art. 52*, cit., p. 400; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 888; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1203; CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 451; COLOSIMO B., *Artt. 52, 53*, cit., p. 481 ss.

²⁵² COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 481.

²⁵³ CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 451; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 481.

sollevare la relativa eccezione - per tale motivo, non disponendo dei mezzi necessari per procurarsi tale prova.

Infine, la sanzione della nullità, pur potendo essere funzionale a tutelare il consumatore dall'effetto sorpresa - in quanto viene subito avvertito sulla identità del professionista e sullo scopo commerciale della conversazione - può essere un forte limite ai traffici commerciali e riflettersi negativamente sulla efficienza del mercato in quanto fa naufragare lo scambio, mentre l'obiettivo che va perseguito è quello di favorire gli scambi commerciali, assicurando nel contempo al consumatore l'esercizio dei diritti riconosciuti dall'ordinamento.

Un'ulteriore sanzione espressamente prevista dal legislatore nel caso di omissione dell'informazione sull'esistenza o meno del diritto di recesso (art. 52, *lett. f*) e *g*)) - nonché sulle modalità e tempi di restituzione o di ritiro del bene in caso di esercizio del diritto di recesso – consiste nel prolungamento, a favore del consumatore, del termine per esercitarlo, pari a *novanta giorni*, decorrenti – se si è acquistato un bene, dalla consegna, se si è acquistato un servizio, dalla conclusione del contratto²⁵⁴.

La disciplina sui contratti a distanza, a parte i rimedi appena enunciati, non ne prevede altri.

Pertanto, dinanzi a tale lacuna, la dottrina ha contribuito a esplicitare quali siano le tutele riconosciute comunque dall'ordinamento giuridico in caso di violazione degli obblighi di informazione²⁵⁵.

Secondo alcuni autori, il consumatore, dinanzi ad una omissione o alla comunicazione non conforme alla legge delle informazioni, potrebbe richiedere il risarcimento del danno eventualmente subito da parte del professionista, anche qualora tale omissione non derivi da una ipotesi di errore o di dolo che possa avere come conseguenza l'annullabilità del contratto²⁵⁶.

²⁵⁴ RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 338; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1197; CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 453.

²⁵⁵ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 870; SUPPA M.P., *Art. 53*, cit., p. 294.

²⁵⁶ RICCI F., *Doveri di informazione*, cit., p. 87 ss.; RICCI F., *Art. 52*, cit., p. 395 ss.; RICCI F., *Informazioni per il consumatore e volontarietà*, cit., p. 844; RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 338; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1195; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 481.

Tuttavia, è stato evidenziato che il risarcimento del danno non varrebbe comunque a tutelare efficacemente il consumatore, che resterebbe in ogni caso vincolato a delle clausole contrattuali sconosciute o diverse da quelle volute²⁵⁷.

Inoltre, per far valere le proprie ragioni, il consumatore può in ogni caso ricorrere ai rimedi ordinari di nullità (ad es. per indeterminatezza dell'oggetto, qualora sia omessa o carente l'indicazione delle caratteristiche essenziali del prodotto, *ex* artt. 1418 ss., 1346 c.c.), annullamento (artt. 1425 ss. c.c.), risoluzione del contratto (artt. 1453 ss. c.c.) – laddove ne ricorrono i presupposti²⁵⁸.

Autorevoli esponenti della dottrina – in un'ottica di conservazione del contratto, per far sì che non venga meno lo scambio commerciale ma che sia ugualmente tutelato il consumatore – considerano *inefficaci* le clausole del contratto non comunicate al consumatore in maniera adeguatamente sufficiente rispetto alla tecnica di comunicazione prescelta dal professionista o non conformi a quelle previste dalla legge²⁵⁹.

Sono efficaci nei confronti del consumatore solo le informazioni comunicate tempestivamente ed in modo chiaro e comprensibile: altrimenti, quelle omesse o quelle difformi da quanto previsto dalla legge, comunicate successivamente alla conclusione del contratto, non entrano a far parte della scheda contrattuale e non spiegano alcuna efficacia nei confronti del consumatore.²⁶⁰

Infatti, laddove vi è a carico del professionista un obbligo legale di informazione, questi è tenuto a fornire al consumatore specifici contenuti informativi: qualora alcune informazioni mancassero o le condizioni

²⁵⁷ RICCI F., *Doveri di informazione*, cit., p. 87 ss.; RICCI F., *Art. 52*, cit., p. 395 ss.; RICCI F., *Informazioni per il consumatore e volontarietà*, cit., p. 844; SUPPA M.P., *op. ult. cit.*, p. 294.

²⁵⁸ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 850; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1190; RICCI F., *Art. 52*, cit., p. 395 ss.; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1195; SUPPA M.P., *op. ult. cit.*, p. 294.

²⁵⁹ RICCI F., *Doveri di informazione*, cit., p. 89 ss.; RICCI F., *L'informazione del consumatore e l'inefficacia*, cit., p. 834; RICCI F., *Art. 52*, cit., p. 399 ss.; RICCI F., *Art. 53*, cit., p. 407; RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 332 ss.; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1195.

²⁶⁰ RICCI F., *Doveri di informazione*, cit., p. 89; RICCI F., *Art. 52* cit., p. 399 ss.; RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 332 ss.; RICCI F., *Art. 53*, cit., p. 407; RICCI F., *L'informazione del consumatore e l'inefficacia*, cit., p. 839; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1195.

contrattuali fossero difformi rispetto a quanto già comunicato, queste ultime andrebbero stralciate e il professionista non potrebbe validamente invocarle²⁶¹.

Essendo l'obbligo informativo completamente a carico del professionista, ciò si traduce in un diritto per il consumatore alla conoscenza di determinati contenuti informativi, pertanto non ha alcun onere di diligenza di attivarsi per ricercarle – secondo quanto, invece, previsto dall'art. 1341, co. 1, c.c. che in tal caso non trova applicazione²⁶².

2.9 Il diritto di recesso e i suoi effetti.

Come già anticipato, il codice del consumo detta una disciplina unitaria del diritto di recesso sia per i contratti a distanza sia per i contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali agli artt. 64 ss.²⁶³.

L'esercizio del diritto di recesso costituisce una tutela successiva alla conclusione del contratto a distanza che permette al consumatore di sciogliersi dal vincolo contrattuale, di liberarsi dall'adempimento della propria prestazione, e fa sorgere in capo alle parti una serie di diritti e di obblighi. Oltre a svolgere una funzione di tutela, a ben vedere, il recesso – avendo la funzione di sciogliere il consumatore dal vincolo contrattuale – permette la re-immissione dello stesso nel mercato, come nuovo potenziale acquirente. Pertanto, tale strumento contribuisce a “moralizzare” il mercato e a favorire la concorrenza tra le imprese, in quanto evita al consumatore di restare vincolato

²⁶¹ RICCI F., *Informazioni per il consumatore e volontarietà*, cit., p. 841; RICCI F., *L'informazione del consumatore e l'inefficacia*, cit., p. 831, 832; RICCI F., *Art. 53* cit., p. 407; RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 332 ss.; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1195.

²⁶² RICCI F., *Doveri di informazione*, cit., p. 88; RICCI F., *L'informazione del consumatore e l'inefficacia*, cit., p. 832 ss.; RICCI F., *Informazioni per il consumatore e volontarietà*, cit., p. 843, 845; RICCI F., *Art. 52*, cit., p. 395 ss.; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1195; CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 449; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 479.

²⁶³ COLOSIMO B., *Art. 64*, cit., p. 516.

ad un rapporto contrattuale concluso con un professionista scorretto, per potersi così rivolgere a concorrenti virtuosi che soddisfano le sue esigenze²⁶⁴.

Il primo comma dell'art. 64 c.cons. prevede che il consumatore ha diritto di recedere senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo, entro il termine di *dieci giorni lavorativi*, salvo quanto stabilito dall'articolo 65, commi 3, 4 e 5. Su quest'ultima ipotesi ci si soffermerà più avanti²⁶⁵.

La decorrenza del termine per recedere è diversa a seconda che si sia acquistato un bene o un servizio: *a)* per i beni, il termine decorre 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 siano stati soddisfatti, qualora ciò avvenga dopo la conclusione del contratto purché non oltre il termine di tre mesi dalla conclusione stessa; *b)* per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto o dal 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 conclusione²⁶⁶.

In questo caso, si ripropongono i problemi di classificazione di taluni prodotti come "beni" o come "servizi" già esposti nel capitolo I.

Tuttavia, come già anticipato, qualora il professionista non abbia soddisfatto gli obblighi di informazione di cui agli art. 52, co. 1, lett. *f)* e *g)*, e 53 - o abbia fornito una informazione incompleta o errata che non consente il corretto esercizio del diritto di recesso - , il termine per l'esercizio del diritto di recesso è di *novanta giorni* e decorre, per i beni, dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore, per i servizi, dal giorno della

²⁶⁴ RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 340 ss.; RICCI F., *Particolari modalità di contrattazione*, cit., p. 76 ss.; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 154; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1197 ss.; COLOSIMO B., *Art. 66, 67*, cit., p. 528.

²⁶⁵ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 77; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 876; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1197; COLOSIMO B., *Art. 64*, cit., p. 516.

²⁶⁶ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 850; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1190; RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 341; RICCI F., *Particolari modalità di contrattazione*, cit., p. 78; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 876; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1198; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 517 ss.; COLOSIMO B., *Art. 65*, in *Codice del consumo*, a cura di VETTORI G., 2007, p. 519 ss.

conclusione del contratto (art. 65, co. 3 e 4)²⁶⁷. Infine, il codice del consumo prevede che tale disciplina, inderogabile *in peius*, possa essere derogata *in melius*, tanto è vero che le parti possono stabilire convenzionalmente garanzie più ampie nei confronti dei consumatori rispetto a quanto dettato dall'ordinamento giuridico²⁶⁸.

Quanto alle modalità per manifestare la volontà di recedere dal contratto, la scelta del legislatore comunitario è stata quella di prevedere un rigido formalismo per la manifestazione della volontà di recedere. Infatti, se da un lato è previsto che il diritto di recesso si possa esercitare con l'invio di una comunicazione scritta alla sede del professionista mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, o mediante telegramma, *telex*, posta elettronica e *fax*, successivamente, la volontà di recedere deve essere *confermata mediante lettera raccomandata* con avviso di ricevimento entro le quarantotto ore successive²⁶⁹.

La raccomandata che conferma il recesso si ritiene spedita tempestivamente se è consegnata all'ufficio postale entro il termine previsto dalla legge o dal contratto²⁷⁰.

Dal punto di vista della prova del diritto di recesso, tuttavia, il codice del consumo precisa che l'avviso di ricevimento della raccomandata non è condizione essenziale per provare l'esercizio del diritto²⁷¹.

Anche in questo caso, tale disciplina è derogabile dalle parti, nel senso che è possibile prevedere nel contratto che il recesso possa esercitarsi efficacemente mediante la tempestiva restituzione della merce ricevuta in luogo di una specifica comunicazione²⁷².

²⁶⁷ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 876; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1197; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 521 ss.

²⁶⁸ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 78; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 524 ss.

²⁶⁹ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 850; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1190; RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 76; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1198; COLOSIMO B., *Art. 64*, cit., p. 517 ss.

²⁷⁰ DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1198; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 517; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 877.

²⁷¹ COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 517.

²⁷² COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 517.

Secondo quanto previsto dal codice del consumo, il recesso si esercita senza essere tenuti a specificare il motivo per il quale si è rimeditato il consenso all'acquisto e ciò costituisce un indubbio vantaggio per il consumatore che non è tenuto a giustificare in alcun modo la propria scelta. La decisione di recedere può essere dettata dal motivo più futile come da quello più serio, ma l'acquirente non è tenuto ad indicarlo²⁷³.

Inoltre, il consumatore esercita gratuitamente il proprio diritto di recesso, non essendo obbligato a corrispondere alcunché al professionista²⁷⁴.

Come previsto dall'art. 143 c.cons., i diritti riconosciuti dal codice del consumo sono irrinunciabili da parte del consumatore ed una eventuale clausola di rinuncia contenuta nel contratto sarebbe nulla per violazione di norma imperativa²⁷⁵.

Quanto agli effetti del diritto di recesso, si è già accennato allo scioglimento del vincolo contrattuale, con effetto retroattivo per quanto riguarda i contratti aventi ad oggetto la consegna di beni, con effetto *ex nunc* per i contratti aventi ad oggetto i servizi ad esecuzione continuata o periodica, nel senso che sono fatti salvi i servizi già prestati, per i quali non opera la ripetizione. Il recesso, in quanto atto unilaterale recettizio, è efficace per il professionista nel momento in cui riceve la comunicazione di cui all'art. 64, e da questo momento le parti sono sciolte dalle rispettive obbligazioni derivanti dal contratto o dalla proposta contrattuale, salvo alcune obbligazioni dettagliatamente previste all'art. 67 e le ipotesi in cui le obbligazioni stesse siano state nel frattempo in tutto o in parte già eseguite²⁷⁶.

L'art. 67 c.cons. descrive le ulteriori obbligazioni delle parti nel caso di recesso, tra le quali, quelle al carico del consumatore sono:

²⁷³ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 850; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1190; RICCI F., *Teleshopping e vendite*, cit. p. 276; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1199 ss.

²⁷⁴ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 850; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1190; RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 352 ss.; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1199; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 517 ss.

²⁷⁵ DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1203.

²⁷⁶ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 348 ss.; RICCI F., *Particolari modalità di contrattazione*, cit., p. 79; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1197.

1) la restituzione - o la “messa a disposizione”- della cosa consegnata secondo le modalità e i tempi previsti in contratto, che si verificherà quando la merce verrà consegnata all’ufficio postale o al vettore. In ogni caso, il termine per la riconsegna – secondo quanto previsto dal codice - non può essere inferiore ai dieci giorni *dalla data di ricevimento del bene*: tale imprecisione va riformulata in via interpretativa, è evidente che i dieci giorni decorrano dal perfezionamento del recesso²⁷⁷;

2) la custodia del bene così da restituirlo sostanzialmente integro; è 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;

3) il pagamento delle spese dirette di restituzione del bene al professionista, ove espressamente previsto dal contratto (co. 3)²⁷⁸. Come è stato osservato dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea in una recente pronuncia, l’art. 6 della direttiva 97/7/CE – che prevede che in caso di recesso le uniche spese a carico del consumatore siano eventualmente quelle dirette di spedizione dei beni al mittente - *«deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale che consente al fornitore, nell’ambito di un contratto concluso a distanza, di addebitare le spese di consegna dei beni al consumatore qualora questi eserciti il suo diritto di recesso. Infatti, tali disposizioni autorizzano il fornitore ad addebitare al consumatore, in caso di recesso di quest’ultimo, unicamente le spese dirette di spedizione dei beni al mittente. Qualora le spese di consegna dovessero parimenti essere addebitate al consumatore, siffatto addebito, che sarebbe necessariamente tale da scoraggiare quest’ultimo dall’esercizio del suo diritto di recesso, sarebbe in contrasto con lo scopo stesso dell’art. 6»*²⁷⁹.

²⁷⁷ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 850; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1190; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1199; COLOSIMO B., *Artt. 66,67*, cit., p. 535.

²⁷⁸ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 850; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1190; RICCI F., *La disciplina delle vendite*, cit., p. 348 ss.

²⁷⁹ C.G.U.E., C-511/2008.

Qualora il professionista non abbia informato il consumatore sull'esistenza e sulle modalità e le condizioni per esercitare il diritto di recesso – come ad esempio la sostanziale integrità del bene – il consumatore avrà diritto all'ampliamento a novanta giorni del termine per recedere, e sarà esente dal dover sopportare il rischio dell'eventuale perimento del bene²⁸⁰.

Quanto alle obbligazioni in capo al professionista, quest'ultimo è tenuto a rimborsare tutte le somme percepite dal consumatore - anche a titolo di caparra - gratuitamente, senza alcun onere economico a carico di quest'ultimo²⁸¹.

L'eventuale clausola contrattuale che preveda limitazioni al rimborso nei confronti del consumatore delle somme versate per effetto dell'esercizio del diritto di recesso è sanzionata con la nullità²⁸².

Tale rimborso deve avvenire – secondo quanto previsto - «*nel minor tempo possibile*», e comunque entro *trenta giorni* dalla data in cui egli è venuto a conoscenza dell'esercizio del recesso²⁸³. Il termine di trenta giorni è un termine inderogabile in via convenzionale, pertanto una eventuale diversa previsione sarebbe sostituita *ex lege* dal termine legale e comporterebbe a carico del professionista l'inflizione delle sanzioni di cui all'art. 62 c.cons.²⁸⁴.

Se il pagamento anticipato sia stato effettuato dal consumatore per mezzo di effetti cambiari non ancora presentati all'incasso, il professionista è obbligato a restituirli²⁸⁵.

Il codice del consumo descrive anche la sorte – in caso di esercizio del diritto di recesso - del contratto accessorio di credito al consumo

²⁸⁰ DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1199; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 532 ss.

²⁸¹ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 850; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1190; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 535.

²⁸² COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 535.

²⁸³ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 850; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1190; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1199; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 535.

²⁸⁴ COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 535.

²⁸⁵ COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 536.

eventualmente stipulato dal consumatore con il professionista: il contratto di credito al consumo è risolto di diritto, senza alcuna penalità²⁸⁶.

Qualora il consumatore abbia stipulato il contratto di credito al consumo con un terzo che abbia, a sua volta, concluso un accordo con il professionista, quest'ultimo in caso di recesso è obbligato a comunicare al terzo concedente il credito l'avvenuto esercizio del diritto di recesso. Di conseguenza, le somme corrisposte dal terzo che ha concesso il credito sono rimborsate dal fornitore, senza alcuna penalità, ma con l'addizione degli interessi legali maturati²⁸⁷.

Come già anticipato, esistono alcune ipotesi in cui il diritto di recesso non è esercitabile da parte del consumatore.

Tali casi sono espressamente previsti dall'art. 55 c.cons., suddivisi in due categorie descritte nei rispettivi commi.

Al comma 1 sono contemplati i contratti nei quali non è esercitabile il diritto di recesso, il professionista non è tenuto a fornire i contenuti informativi preliminari di cui all'art. 52 né a rispettare il termine di trenta giorni per l'esecuzione della prestazione (art. 54, co. 1)²⁸⁸:

a) ai contratti di fornitura di generi alimentari, di bevande o di altri beni per uso domestico di consumo corrente forniti al domicilio del consumatore, al suo luogo di residenza o al suo luogo di lavoro, da distributori che effettuano giri frequenti e regolari. Tale esclusione si giustifica per la facile deperibilità dei beni, il modesto valore economico degli stessi e la conoscibilità della qualità e delle caratteristiche dei prodotti offerti²⁸⁹;

b) ai contratti di fornitura di servizi relativi all'alloggio, ai trasporti, alla ristorazione, al tempo libero, quando all'atto della conclusione del contratto il professionista si impegna a fornire tali prestazioni ad una data determinata o in un periodo prestabilito. Mediante questa disposizione, il legislatore ha

²⁸⁶ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 850; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1190; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1199.

²⁸⁷ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 850; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1190; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1199; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 536.

²⁸⁸ GIAMPIETRAGLIA R., *Art. 55*, cit., p. 414 ss.; COLOSIMO B., *Art. 55*, cit., p. 493 ss.

²⁸⁹ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 352 ss.; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 878; GIAMPIETRAGLIA R., *op. ult. cit.*, p. 415; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 494.

espressamente escluso l'applicabilità del recesso ai contratti turistici conclusi *online* (c.d. *last minute* e *last second*) che era stata al centro di un dibattito dottrinale²⁹⁰. Inoltre, la Corte di Giustizia – in una controversia sottoposta al suo esame²⁹¹ – ha interpretato estensivamente l'art. 3 della direttiva 97/7/CE comprendendo tra i contratti nei quali non si esercita il diritto di recesso anche quelli relativi al noleggio di autoveicoli, in quanto ricompresi tra i servizi per il trasporto²⁹².

Tale elencazione è tassativa e non derogabile²⁹³.

Al secondo comma sono descritti, invece, i casi in cui non è esercitabile soltanto il diritto di recesso – e devono essere, invece, adempiuti gli obblighi informativi nonché va rispettato il termine di trenta giorni per l'esecuzione della prestazione, salvo il diverso accordo tra le parti, pertanto si tratta di una disposizione derogabile²⁹⁴:

a) contratti di fornitura di servizi la cui esecuzione sia iniziata, con l'accordo del consumatore, prima della scadenza del termine previsto dall'art. 64, comma 1. In questo caso, tuttavia, c'è il rischio che il consenso del consumatore possa essere estorto, dunque privarlo dell'esercizio del diritto di recesso comporta un abbassamento del livello di tutela che dovrebbe essere assicurato al consumatore²⁹⁵;

b) contratti di fornitura di beni o servizi il cui prezzo è legato a fluttuazioni dei tassi del mercato finanziario che il professionista non è in grado di controllare. Tale ipotesi, legata prevalentemente ai contratti di fornitura di servizi finanziari a distanza, esclusi dall'applicazione degli artt. 50 e ss. del codice del consumo, ha ristretti margini di verifica²⁹⁶;

²⁹⁰ GIAMPIETRAGLIA R., *op. ult. cit.*, p. 415 ss.

²⁹¹ C.G.C.E. sentenza 10 marzo 2005, C-336/03, caso *Easycar(UK) Ltd v. Office of Fair Trading*; Prima relazione annuale sullo stato di avanzamento dei lavori in materia di diritto contrattuale europeo e di revisione dell'acquis, del 23 settembre 2005, COM(2005) 456 def., p. 9.

²⁹² RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 352 ss.; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 878; GIAMPIETRAGLIA R., *op. ult. cit.*, p. 417.

²⁹³ GIAMPIETRAGLIA R., *op. ult. cit.*, p. 414.

²⁹⁴ GIAMPIETRAGLIA R., *op. ult. cit.*, p. 414 ss.; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 493 ss.

²⁹⁵ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 346; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 878; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 494.

²⁹⁶ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 878; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 494.

c) contratti di fornitura di beni confezionati su misura o chiaramente personalizzati o che, per loro natura, non possono essere rispediti o rischiano di deteriorarsi o alterarsi rapidamente. La *ratio* di tale esclusione è evidente; per quanto concerne l'acquisto di beni personalizzati, l'esclusione dell'esercizio del diritto di recesso si giustifica per la difficoltà di reinserire sul mercato beni dotati di caratteristiche peculiari richieste dal consumatore²⁹⁷;

d) contratti di fornitura di prodotti audiovisivi o di *software* informatici sigillati, aperti dal consumatore. Nel momento in cui il consumatore apre la confezione del prodotto audiovisivo ed informatico consuma la facoltà di recedere: se si lasciasse al consumatore la possibilità di recedere, una volta aperta la confezione potrebbe riprodurre i *files* o i *software* acquistati e poi ottenere il rimborso del prezzo già corrisposto, conseguendo un indebito arricchimento e recando un grave danno al professionista²⁹⁸;

e) contratti di fornitura di giornali, periodici e riviste. Questi beni sono assimilati ai beni deteriorabili, nel senso che esauriscono in breve tempo la loro funzione e non potrebbero essere nuovamente immessi sul mercato dopo che è decorso anche un breve lasso di tempo²⁹⁹;

f) contratti di servizi di scommesse e lotterie³⁰⁰.

2.10 L'esecuzione del contratto³⁰¹.

Quanto alla esecuzione del contratto, l'art. 54 c.cons. prevede che il professionista sia tenuto ad adempiere la propria prestazione entro *trenta giorni*, decorrenti dal giorno successivo alla trasmissione dell'ordinazione da

²⁹⁷ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 352 ss.; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 878; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 495.

²⁹⁸ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 352 ss.; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 878; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 495.

²⁹⁹ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 352 ss.; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 878; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 495;

³⁰⁰ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 878.

³⁰¹ ALESSI R., *op. cit.*, p. 986 ss.

parte del consumatore, salvo diverso accordo tra le parti. Specificamente, il termine decorre dalla data di spedizione dell'ordinazione, e non da quella di ricevimento della stessa, e può essere derogato dalle parti³⁰².

Il codice del consumo prevede una ipotesi – discendente dalla direttiva 97/7/CE - di impossibilità sopravvenuta della prestazione da parte del professionista (art. 1256 c.c.) in caso di indisponibilità (anche temporanea) del bene o del servizio: in questo caso, il venditore è tenuto ad informare il consumatore di tale impedimento e a rimborsargli le somme già ricevute dall'acquirente³⁰³. L'impossibilità della prestazione deve essere oggettiva e non imputabile al professionista: ad esempio, l'indisponibilità del bene imputabile al venditore può darsi nell'ipotesi in cui questi non abbia calcolato esattamente la quantità di beni richiesti e non riesca a soddisfare tutte le ordinazioni inoltrate dai consumatori³⁰⁴.

Tuttavia – e quest'ultima è la fattispecie più ricorrente nella prassi – se il consumatore ha autorizzato il professionista, prima della conclusione del contratto o tramite l'adesione ad una clausola contenuta nello stesso, quest'ultimo può liberarsi validamente ed efficacemente dalla propria obbligazione eseguendo una prestazione diversa da quella convenuta³⁰⁵.

In mancanza di espressa autorizzazione da parte del consumatore, il professionista non può sostituire la prestazione che è tenuto ad adempiere con una diversa, neanche se è di valore e qualità equivalenti o superiori³⁰⁶.

³⁰² ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 850; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1191; SIMONE S., *Art. 54*, cit., p. 411; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, 1999, p. 1200; COLOSIMO B., *Art. 54*, cit., p. 488.

³⁰³ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 850; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1191; SIMONE S., *op. ult. cit.*, p. 412; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1201; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 489.

³⁰⁴ COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 490.

³⁰⁵ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 850; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1191; SIMONE S., *op. ult. cit.*, p. 412; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 492.

³⁰⁶ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 850; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1191; SIMONE S., *op. ult. cit.*, p. 412, 413; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1201; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 492.

L'obbligazione a carico del consumatore consiste nel pagamento del prezzo del bene o del servizio ordinato, nonché delle altre spese eventualmente poste a suo carico³⁰⁷.

Per far sì che il consumatore non sia vittima di operazioni fraudolente nell'uso dei mezzi di pagamento, l'art. 56 c.cons. detta delle tutele relative al pagamento mediante carta³⁰⁸.

La possibilità per il consumatore di pagare il prezzo del bene o del servizio mediante carta di pagamento va espressamente prevista nel contratto e comunicata come informazione preliminare (artt. 56 e 52, co. 1, *lett. e*)³⁰⁹.

Nell'ipotesi in cui venga utilizzata in modo fraudolento la carta di pagamento, ad esempio da colui che non è il legittimo titolare o nel caso in cui venga addebitato un importo superiore rispetto a quello pattuito nel contratto, il consumatore ha diritto al rimborso – da parte dell'istituto di credito - dei pagamenti inconsapevolmente effettuati (art. 56, co. 2)³¹⁰, salva in ogni caso la normativa penalistica vigente in materia di riciclaggio (art. 12 d.l. 3 maggio 1991, n. 143 convertito in l. 197/1991). L'onere della prova dell'effettuazione di un pagamento indebito grava sul consumatore: tuttavia, è palese che tale onere probatorio sia gravoso per quest'ultimo³¹¹. Il rischio della restituzione delle somme illecitamente sottratte al consumatore grava sull'istituto di credito, il quale, una volta riaccreditate le somme al consumatore, potrà rivalersi sul professionista addebitando a quest'ultimo quanto riaccreditato³¹².

Il fatto che nella disciplina sui contratti a distanza rivesta un ruolo centrale il consenso del consumatore si evince anche dal divieto generalizzato di

³⁰⁷ DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1201.

³⁰⁸ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 850; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1191; PALLOTTA A., *op. cit.*, p. 419 ss.; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1201; COLOSIMO B., *Art. 56*, in *Codice del consumo*, a cura di VETTORI G., 2007, p. 496.

³⁰⁹ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 850; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1191; PALLOTTA A., *op. cit.*, p. 423; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1201; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 496.

³¹⁰ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 850; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1191; PALLOTTA A., *op. cit.*, p. 424 ss.; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1201; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 497.

³¹¹ PALLOTTA A., *op. cit.*, p. 425.

³¹² ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 850; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1191; PALLOTTA A., *op. cit.*, p. 425; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 497 ss.

fornitura di beni o servizi al consumatore senza ordinazione, nel caso in cui la fornitura comporti la richiesta di pagamento (art. 57 c.cons.)³¹³.

Trattasi della fattispecie – già descritta al capitolo I e molto diffusa nella prassi – della fornitura non richiesta, avverso la quale il consumatore è stato dotato di una serie di tutele. Non integra tale ipotesi l'invio di campioni gratuiti dei beni o la fornitura gratuita dei servizi offerti poiché in questo caso manca l'elemento della richiesta di pagamento al consumatore, non essendo a suo carico alcun onere economico³¹⁴.

In primo luogo, è determinante in questo contesto la consapevolezza del consumatore circa l'espressione ed il valore del suo consenso. Infatti, il silenzio del consumatore non può essere interpretato come assenso a trattenere un bene che gli è stato recapitato o ad usufruire di un servizio fornito senza previa richiesta³¹⁵.

Né si può pretendere - nel periodo di tempo intercorrente tra la consegna del bene e il ritiro dello stesso da parte del professionista - un obbligo di custodia del bene non richiesto e ricevuto dal consumatore³¹⁶.

La norma di cui all'art. 57 c.cons. è a carattere sanzionatorio con effetto inibitorio della fornitura non richiesta di beni e servizi, poiché il professionista non può pretendere alcuna condotta da parte del consumatore - né la custodia del bene, tantomeno la sua restituzione - pertanto resta a suo carico il rischio di perdita del bene e di acquisto della proprietà in capo al consumatore a titolo originario - senza alcun obbligo di pagamento del corrispettivo - in caso di mancato ritiro dello stesso³¹⁷.

³¹³ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 850; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1191; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1201 ss.; COLOSIMO B., *Art. 57*, cit., p. 499 ss.

³¹⁴ DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1202; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 499.

³¹⁵ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 850; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1191; DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 1202; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 499 ss.

³¹⁶ ALPA G., *Contratti a distanza*, cit., p. 850; ALPA G., *New economy e libere professioni*, cit., p. 1191; COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 500 ss.

³¹⁷ COLOSIMO B., *op. ult. cit.*, p. 501.

Come specificato dal comma 2 dell'art. 57, la fornitura non richiesta è una pratica commerciale scorretta: qualora venga posta in essere dal professionista, il consumatore potrà ricorrere anche alle tutele previste agli artt. 27 ss. c.cons.

Nel caso di adempimento discontinuo del servizio da parte del professionista³¹⁸, il consumatore non dovrebbe essere costretto a pagare il servizio per il tempo in cui non ne ha goduto. Di conseguenza, qualora il professionista abbia ricevuto, come solitamente accade, il pagamento anticipato del corrispettivo per la prestazione periodica, è tenuto a restituire quanto già versato dal consumatore in relazione alla prestazione non eseguita. Invero, come già anticipato, in tale ipotesi potrebbe essere difficile per il consumatore ottenere la ripetizione di quanto già corrisposto al professionista³¹⁹.

Infine, è opportuno ricordare la norma a carattere processuale enunciata all'art. 63 c.cons., relativa al foro competente, secondo la quale le controversie civili relative alla applicazione della disciplina sui contratti a distanza appartengono alla inderogabile competenza territoriale del giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore, se ubicati nel territorio della Repubblica italiana.

³¹⁸ Una ipotesi frequente consiste nell'accesso a internet a giorni alterni o ogni due o tre giorni, così da avere un servizio discontinuo nell'arco della settimana.

³¹⁹ VALENTINO D., *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali e i contratti a distanza*, in GABRIELLI E. e MINERVINI E., *I contratti dei consumatori*, II, Torino, 2005, p. 710.

Sezione II. I contratti a distanza nella direttiva n. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori.

2.11 La revisione dell'acquis communautaire e le esigenze di riforma alla base della direttiva sui diritti dei consumatori n. 2011/83/UE.

Nella prima decade del nuovo millennio, la politica di tutela dei consumatori condotta dalla Commissione europea è consistita prevalentemente nella revisione dell'*acquis communautaire*, avvenuta mediante l'adozione di nuovi atti normativi³²⁰ che hanno riformato e perfezionato quelli adottati negli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso.

In particolare, per quanto riguarda la disciplina sui contratti a distanza e sui contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali, il principale esito dell'operazione di revisione dell'*acquis* è costituito dall'approvazione della direttiva n. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori³²¹.

Va precisato che la revisione dell'*acquis communautaire* non ha portato solo all'adozione di atti normativi, ma ha determinato anche alla formulazione di una serie di testi *opzionali*, non vincolanti per gli Stati membri – il *Draft Common Frame of Reference*, il *Feasibility Text* – la cui rielaborazione ha avuto come esito la presentazione, nell'ottobre 2011, della proposta di regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita³²².

³²⁰ Ad esempio, la direttiva sulle vendite a distanza di servizi finanziari ai consumatori n. 2002/65/CE; la direttiva sulle pratiche commerciali scorrette n. 2005/29/CE; la direttiva sul credito al consumo n. 2008/48/CE, ecc.

³²¹ Direttiva n. 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, in G.U.U.E. L 304/64 del 22 novembre 2011.

³²² Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita, COM(2011) 635 def. dell'11 ottobre 2011. ALPA G., *CESL, Fundamental Rights, General Principles, Rules of Contract Law*, in *The Proposed Common European Sales Law – The Lawyer's View*, a cura di ALPA G., CONTE G., PERFETTI U., GRAF VON WESTPHALEN F., 2013, p. 32 ss.; CONTE G., *The Proposed Regulation on a Common European Sales Law – An Italian Perspective*, in *The Proposed Common European Sales Law – The Lawyer's View*, a cura di ALPA G., CONTE G., PERFETTI U., GRAF VON WESTPHALEN F., 2013, p. 61.

Quest'ultimo testo costituisce argomento della sezione III del presente capitolo: in questa sezione ci si occuperà esclusivamente dell'analisi della direttiva 2011/83/UE.

L'opera di revisione dell'*acquis* ha avuto impulso con l'adozione del Libro verde del 2001 sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea³²³, con il quale la Commissione europea ha avviato un'ampia consultazione pubblica sui possibili sviluppi futuri della legislazione in materia di tutela dei consumatori.

In particolare, la Commissione evidenziava la necessità di incrementare le vendite transfrontaliere, a beneficio della concorrenza nel mercato interno e dell'offerta di beni e servizi a prezzi competitivi: tale obiettivo era conseguibile soltanto semplificando e completando il quadro normativo già esistente, incoraggiando le imprese e i consumatori a effettuare scambi transfrontalieri³²⁴.

La vera sfida che si presentava alle istituzioni comunitarie consisteva nell'appianamento delle differenze tra gli ordinamenti interni: infatti, il quadro normativo esistente in materia di tutela dei consumatori era frammentato e disorganico. Inoltre, a quell'epoca, in cui già si preannunciava il passaggio dall'Europa a 15 Stati all'Europa a 25 - allargamento realizzato nel 2004 e proseguito nel 2007 - era altissimo il rischio di un'ulteriore disomogeneità del

³²³ Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea, 2 ottobre 2001, COM (2001) 531 def.

³²⁴ Secondo quanto previsto nel considerando n. 5 della direttiva 2011/83/UE: «*Il potenziale transfrontaliero delle vendite a distanza, che dovrebbe essere uno dei principali risultati tangibili del mercato interno, non è completamente sfruttato. Rispetto alla crescita significativa delle vendite a distanza negli ultimi anni, è rimasta limitata la crescita delle vendite a distanza transfrontaliere. Tale discrepanza è particolarmente significativa per le vendite via Internet che hanno un elevato potenziale di ulteriore crescita [...] Rispondendo alle maggiori opportunità commerciali in molti Stati membri, le piccole e medie imprese (inclusi i singoli professionisti) o gli agenti di imprese di vendita diretta dovrebbero essere più inclini a cercare opportunità commerciali in altri Stati membri, in particolare nelle regioni di confine. La completa armonizzazione delle informazioni e il diritto di recesso nei contratti a distanza e nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali contribuirà quindi a un livello elevato di protezione dei consumatori e a un migliore funzionamento del mercato interno tra imprese e consumatori*». CONTE G., *op. ult. cit.*, p. 77; STAUDENMAYER D., *The Common European Sales Law – Why do we Need it and how should it be Designed*, in *The Proposed Common European Sales Law – The Lawyer's View*, a cura di ALPA G., CONTE G., PERFETTI U., GRAF VON WESTPHALEN F., 2013, p. 18; BASEDOW J., *Un comune diritto dei contratti per il mercato comune*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1997, p. 84 ss.; STANZIONE P., *Il regolamento di Diritto comune europeo della vendita*, in *I contratti*, 2012, p. 628 ss..

mercato interno e di una moltiplicazione dei problemi di applicazione della normativa già esistente³²⁵.

Per realizzare adeguatamente lo scopo di tutela dei consumatori, secondo la Commissione, era necessario creare un sistema di regolamentazione semplice e flessibile, durevole nel tempo, che fosse in grado di garantire un elevato livello di tutela del consumatore ad un costo minimo per le imprese e che offrisse certezza del diritto e la sua efficiente applicazione, specialmente nelle controversie transfrontaliere³²⁶.

Tuttavia, le direttive comunitarie già emanate in materia di tutela dei consumatori - ad armonizzazione minima - non costituivano un quadro normativo completo e sistematico per regolare le pratiche commerciali fra imprese e consumatori: inoltre, sebbene alcuni settori fossero stati sufficientemente disciplinati, altri settori strategici non lo erano ancora a livello comunitario, come le pratiche commerciali scorrette, l'assistenza postvendita, i sistemi di pagamento, ecc.³²⁷.

Nonostante alcune direttive - adottate per regolare settori specifici - avessero dato soluzione a vari problemi e vuoti normativi, la loro tardiva adozione³²⁸, combinata al repentino sviluppo di nuove pratiche commerciali ed alla adozione di nuovi mezzi di comunicazione nei traffici, aveva reso superate

³²⁵ BASEDOW J., *op. cit.*, p. 84 ss; D'AMICO G., *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *I contratti*, 2012, p. 612 ss.; DELOGU L., *La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori: la situazione ad un anno dalla sua presentazione*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2009, p. 961; STANZIONE P., *op. cit.*, p. 625 ss.

³²⁶ Nel considerando n. 7 della direttiva 2011/83/UE si legge: «L'armonizzazione completa di alcuni aspetti normativi chiave dovrebbe aumentare considerevolmente la certezza giuridica sia per i consumatori che per i professionisti. Entrambi dovrebbero poter fare affidamento su un unico quadro normativo basato su concetti giuridici chiaramente definiti che regolamentano taluni aspetti dei contratti tra imprese e consumatori nell'Unione. Grazie ad una tale armonizzazione dovrebbe essere possibile eliminare gli ostacoli derivanti dalla frammentazione delle norme e completare il mercato interno in questo settore. Tali barriere possono essere superate soltanto mediante un insieme di norme uniformi a livello dell'Unione. Inoltre, i consumatori dovrebbero beneficiare di un elevato livello di tutela in tutta l'Unione».

³²⁷ BASEDOW J., *op. cit.*, p. 92 ss.; RICCI F., *La direttiva 2011/83/UE*, cit., p. 104; STANZIONE P., *op. cit.*, p. 625 ss.; D'AMICO G., *op. cit.*, p. 612 ss.; DELOGU L., *op. cit.*, p. 961 ss.; RIVA I., *op. cit.*, p. 755 ss.

³²⁸ La direttiva sui contratti a distanza 97/7/CE, ad esempio, è stata proposta nel giugno 1992 ed è entrata in vigore ben otto anni dopo, nel giugno del 2000.

alcune disposizioni, definizioni, creando incoerenze terminologiche ed incertezza negli scambi, permettendo facili elusioni delle norme³²⁹.

La consultazione pubblica avviata dalla Commissione con il Libro verde del 2001 ha avuto un ampio seguito: sono state fornite risposte ai quesiti proposti e la iniziativa di revisione dell'*acquis communautaire* è stata ridefinita e sollecitata con ulteriori interventi della Commissione.

L'opera riformatrice ed innovatrice del legislatore comunitario – così come ridefinita nella Comunicazione della Commissione sul diritto contrattuale europeo e la revisione dell'*acquis*³³⁰ - riguardava ben otto direttive³³¹ in materia di tutela dei consumatori³³². La Commissione indicava tra i suoi obiettivi principali «*la promozione della fiducia dei consumatori e delle imprese nel mercato interno attraverso un elevato livello comune di protezione dei consumatori, l'eliminazione degli ostacoli al funzionamento del mercato interno e la semplificazione normativa*»³³³. L'idea di fondo che ha permeato l'intera operazione è sintetizzabile nella strategia: «*Ovunque vi troviate nell'UE o ovunque facciate acquisti a partire dall'UE non fa nessuna differenza: i vostri diritti essenziali sono gli stessi*»³³⁴.

Ciò che si è inteso rafforzare è la fiducia dei consumatori nel mercato, nelle imprese, nell'uso dei nuovi mezzi di comunicazione per effettuare transazioni commerciali, per consentire ai consumatori europei di potersi avvalere degli stessi diritti in tutti gli Stati membri, senza che vi siano oscillazioni e differenze nel livello di protezione da uno Stato all'altro tali da

³²⁹ STANZIONE P., *op. cit.*, p. 625 ss.

³³⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro*, dell'11 ottobre 2004, COM (2004) 651 def.

³³¹ Direttive 85/577/CEE, 90/314/CEE, 93/13/CEE, 94/47/CE, 97/7/CE, 98/6/CE, 98/27/CE e 99/44/CE.

³³² DELOGU L., *op. cit.*, p. 961 ss.; RIVA I., *op. cit.*, p. 754.

³³³ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro*, dell'11 ottobre 2004, COM (2004) 651 def., p. 4. DELOGU L., *op. cit.*, p. 961.

³³⁴ Libro verde della Commissione sulla revisione dell'*acquis* relativo ai consumatori, COM (2006) 744 def., dell'8 febbraio 2007.

indirizzare gli scambi transfrontalieri verso Stati che prevedono un livello di tutela più basso, a discapito di altri che lo mantengono più alto³³⁵.

Inoltre, la realtà giuridica andava adeguata a quella economica e tecnologica: come già anticipato nel capitolo I, il ruolo crescente della tecnologia digitale e dei servizi digitali ponevano alcuni problemi a carattere interpretativo ed applicativo che dovevano essere risolti.

Un'altra questione posta all'attenzione delle istituzioni comunitarie riguardava la tutela dei consumatori nelle aste *online*: la direttiva sulle vendite a distanza lasciava agli Stati membri la facoltà di escludere le aste dal campo di applicazione della direttiva: alcuni Stati membri si sono avvalsi di tale facoltà e ciò ha determinato una frammentazione normativa ed un diverso livello di tutela dei consumatori³³⁶.

La disomogeneità di discipline era determinata non solo dalla adozione di direttive ad armonizzazione minima – nel recepire le quali gli Stati membri potevano adottare regole più rigorose – ma anche dalla mancanza di coordinamento tra le diverse direttive in materia di vendite³³⁷.

Ciò si traduceva in costi aggiuntivi per le imprese, consistenti per lo più in acquisizione di consulenze giuridiche, nella modifica di materiale pubblicitario ed informativo, nell'aggiornamento dei contratti, e - in caso di violazione delle norme – nelle spese processuali. Del resto, il regolamento CE n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. Regolamento Roma I), ha imposto espressamente alle imprese che intendono operare a livello transfrontaliero di adeguare le pratiche commerciali e i contratti alle norme inderogabili del paese di residenza del consumatore, che non può essere privato della protezione derivante dalle norme interne (art. 6).

³³⁵ STAUDENMAYER D., *op. cit.*, p. 18; D'AMICO G., *op. cit.*, p. 612 ss.

³³⁶ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 144.

³³⁷ ALPA G., *Towards a European Contract Law*, in SCHULZE R. e STUYCK J., *Towards a European Contract Law*, 2011, p. 26 ss. STANZIONE P., *op. cit.*, p. 625 ss.; DONA M., *La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori: luci ed ombre nel futuro della tutela contrattuale*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, p. 583; D'AMICO G., *op. cit.*, p. 612 ss.

Questo ha rappresentato uno dei motivi principali per cui le imprese faticavano o stentavano ad effettuare scambi a livello transfrontaliero³³⁸.

La riluttanza delle imprese ad operare oltre i confini nazionali costituiva e costituisce tutt'ora un ostacolo alla loro espansione e produttività, traducendosi inevitabilmente in un danno per il consumatore che non può godere pienamente dei vantaggi del mercato interno, di prezzi più competitivi, di una maggiore offerta – sia qualitativa sia quantitativa - di beni e servizi³³⁹.

Nella *Prima relazione annuale sullo stato di avanzamento dei lavori in materia di diritto contrattuale europeo e di revisione dell'acquis*³⁴⁰ la Commissione ha illustrato due possibili soluzioni per la revisione dell'*acquis*, ossia l'adozione di:

1) un *approccio verticale* consistente nel rivedere singole direttive già esistenti o nel proporre nuovi atti normativi riguardanti settori specifici;

2) un *approccio orizzontale*, consistente nell'adottare uno o più strumenti quadro riguardanti aspetti comuni dell'*acquis*. Nell'ambito di tale approccio, la Commissione precisava che si sarebbe potuta elaborare una direttiva sulla vendita B2C di beni per disciplinare in modo coerente aspetti della vendita attualmente oggetto di disposizioni disseminate in molte direttive (quali la direttiva sulla vendita dei beni di consumo, la direttiva sulle clausole contrattuali abusive, la direttiva sui contratti a distanza e quella sulla vendita a domicilio), per razionalizzare, coordinare e rendere più coerente il quadro normativo sulle vendite B2C³⁴¹.

³³⁸ Secondo quanto previsto nel considerando n. 6 della direttiva 2011/83/UE: «*Talune disparità possono creare barriere importanti nel mercato interno con ripercussioni sui professionisti e sui consumatori. Tali disparità aumentano i costi di adempimento per i professionisti che desiderano esercitare a livello transfrontaliero la propria attività di vendita di merci o di fornitura di servizi. Un'eccessiva frammentazione mina inoltre la fiducia del consumatore nel mercato interno*»; STAUDENMAYER D., *op. cit.*, p. 17; HOWELLS G., *European Contract Law Reform and European Consumer Law – Two Related But Distinct Regimes*, in *ERCL*, 2011, p. 187 ss.; BASEDOW J., *op. cit.*, p. 94 ss.; DONA M., *op. ult. cit.* p. 583; SIRENA. P., *Diritto comune europeo della vendita vs. Regolamento di Roma I: quale futuro per il diritto europeo dei contratti?*, in *I Contratti*, 7/2012, p. 635 ss.; RIVA I., *op. cit.*, p. 755 ss.

³³⁹ STAUDENMAYER D., *op. cit.*, p. 19; DONA M., *op. ult. cit.*, p. 583.

³⁴⁰ COM (2005) 456 def. del 23 settembre 2005.

³⁴¹ *Prima relazione annuale sullo stato di avanzamento dei lavori in materia di diritto contrattuale europeo e di revisione dell'acquis*, COM (2005) 456 def. del 23 settembre 2005, p. 10 ss.

Nel Libro verde sulla revisione dell'*acquis* relativo ai consumatori del 2006³⁴², la Commissione - oltre a svolgere considerazioni ulteriori sugli "approcci" già indicati - si è interrogata anche sul grado di armonizzazione che dovrebbe caratterizzare l'atto riformatore della vigente disciplina. In particolare, successivamente alla adozione sulla direttiva sulle pratiche commerciali scorrette n. 2005/29/CE il legislatore comunitario era determinato ad emanare una direttiva ad armonizzazione massima per il riordino e la semplificazione delle direttive settoriali, così da limitare la frammentazione normativa, coordinare meglio il quadro normativo esistente, uniformare il livello di tutela del consumatore negli Stati membri³⁴³.

Sulla base di queste premesse, la Commissione europea - nel mese di ottobre del 2008 - ha presentato una proposta di direttiva sui diritti dei consumatori (COM (2008) 614), il cui obiettivo era di riformare la direttiva 85/577/CEE sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali, la direttiva 93/13/CE sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori, la direttiva 97/7/CE sulla protezione dei consumatori nei contratti a distanza e la direttiva 99/44/CE sulle vendite e le garanzie dei beni di consumo³⁴⁴.

Tra i vari dibattiti sorti sulla proposta di direttiva, uno molto acceso ha riguardato la base legale: in particolare, è stato censurato il fatto che la proposta di direttiva avesse come base l'art. 95 del Trattato CE relativo alla instaurazione e al buon funzionamento del mercato interno, anziché l'art. 153 TCE sulla tutela dei consumatori. Questa scelta è stata interpretata come se la proposta di direttiva - più che diretta a regolare i "diritti dei consumatori" e ad innalzare il livello di tutela - fosse diretta a favorire le imprese ed il commercio, come se la sua vocazione fosse esclusivamente l'eliminazione

³⁴² Libro verde della Commissione sulla revisione dell'*acquis* relativo ai consumatori, COM (2006) 744 def., dell'8 febbraio 2007.

³⁴³ HOWELLS G., *op. cit.*, p. 182; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 139 ss; DONA M., *op. ult. cit.*, p. 583; D'AMICO G., *op. cit.*, p. 612 ss.; RIVA I., *op. cit.*, p. 754.

³⁴⁴ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori, COM (2008) 614 def., dell'8 ottobre 2008; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 139; DONA M., *op. ult. cit.*, p. 583 ss.; D'AMICO G., *op. cit.*, p. 612 ss.; DELOGU L., *op. cit.*, p. 953 ss.; RIVA I., *op. cit.*, p. 754.

degli ostacoli giuridici agli scambi³⁴⁵. In particolare, il C.E.S.E. ha evidenziato: *«Il consumatore europeo non può essere visto soltanto nella prospettiva del mercato interno o considerato un attore razionale, avveduto e informato, che prende le sue decisioni esclusivamente secondo una logica di concorrenza e la cui protezione potrebbe consistere, in sintesi, nel mettere a sua disposizione informazioni migliori e più ampie [...] Il CESE esprime perplessità in merito alla base giuridica indicata nella direttiva: l'articolo 95 invece dell'articolo 153 del Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE). Il CESE si è ripetutamente espresso a favore dell'utilizzo dell'articolo 153 del TCE come base giuridica per le proposte normative riguardanti la tutela dei consumatori al posto dell'articolo 95, che riguarda il mercato interno. Tuttavia, in tutte le sue ultime proposte la Commissione ha fatto ricorso all'articolo 95 del TCE, ritenendolo appropriato in funzione della natura della proposta di direttiva, che si riferisce al mercato interno»*³⁴⁶.

Nonostante tali osservazioni, la base giuridica della direttiva n. 2011/83/UE è rimasto l'art. 114 TFUE (*ex art. 95 TCE*) e non vi è menzione dell'art. 169 TFUE (*ex art. 153 TCE*) se non nel considerando n. 3: *«L'articolo 169, paragrafo 1, e paragrafo 2, lettera a), del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) prevedono che l'Unione deve contribuire al conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori mediante misure adottate a norma dell'articolo 114 del medesimo»*.

Inizialmente, la proposta di direttiva sui diritti dei consumatori presentava un grado di armonizzazione massima, proprio perché si poneva come obiettivo di ridisegnare il quadro normativo già delineato dalle quattro direttive sottoposte a riforma. Tale scelta, tuttavia, non vantava opinioni convergenti³⁴⁷.

Era sostenuta dai professionisti e da alcuni organismi, come il C.C.B.E.³⁴⁸: *«la maggioranza del C.C.B.E. ritiene che la armonizzazione massima [...]»*

³⁴⁵ Parere del C.N.C.U. del 24 aprile 2009. DELOGU L., *op. cit.*, p. 953 ss.

³⁴⁶ Parere del Comitato economico e sociale europeo del 16 luglio 2009. DELOGU L., *op. cit.*, p. 966.

³⁴⁷ HOWELLS G., *op. cit.*, p. 173 ss.; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 140; D'AMICO G., *op. cit.*, p. 612 ss.; RIVA I., *op. cit.*, p. 754 ss.

³⁴⁸ Conseil des barreaux européens.

condurrà ad una maggiore certezza giuridica per i consumatori, poiché questi possono ragionevolmente aspettarsi il medesimo livello di protezione in tutti gli Stati Membri. La certezza giuridica quale risultato dell'armonizzazione massima porterà un decremento dei costi transattivi e le imprese saranno sottoposte agli stessi requisiti normativi all'estero come nel paese d'origine»³⁴⁹, ma anche fortemente osteggiata da altri, come le associazioni dei consumatori. In particolare, nel parere del C.N.C.U.³⁵⁰, si osservava che «nonostante il suo nome “diritti dei consumatori” la proposta si propone innanzitutto di eliminare le barriere per i “commercianti” che desiderano vendere all'interno del mercato unico europeo data la sua base legale (art. 95 del Trattato UE). Noi vorremmo che proprio perché la sua base legale non è l'art.153 si promuovesse il mercato interno facendo sentire i consumatori a casa propria, rendendo loro più semplice la vita di tutti i giorni, accrescendo la loro fiducia nelle scelte di acquisto, anche transfrontaliere. Perché ciò si realizzi occorre evitare che il principio di armonizzazione completa determini un abbassamento dei livelli di tutela riconosciuti ai consumatori oggi negli Stati membri. Riteniamo che l'adozione del principio di armonizzazione completa sia accettabile solo a condizione che il livello di armonizzazione previsto dalla direttiva non determini una limitazione o un abbassamento del livello di tutela offerto ai consumatori dagli ordinamenti nazionali. Ciò è possibile introducendo nella direttiva le disposizioni più favorevoli ai consumatori contenute nei singoli ordinamenti nazionali. Ove ciò non sia ritenuto possibile, riteniamo che la direttiva dovrebbe, in tutto o in parte, prevedere l'adozione del principio di armonizzazione minimale, lasciando in tal modo agli Stati membri la possibilità di mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli ai consumatori sulle singole materie soggette all'armonizzazione»³⁵¹; la Commissione giuridica del Parlamento europeo aveva evidenziato che «il proposto strumento della direttiva orizzontale

³⁴⁹ Parere del C.C.B.E. del 28 ottobre 2009.

³⁵⁰ Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti.

³⁵¹ Parere del C.N.C.U. del 24 aprile 2009. DELOGU L., *op. cit.*, p. 953 ss.

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. Occorre pertanto valutare se e in che misura possa essere preferibile una piena armonizzazione che verta su aspetti più specifici»³⁵²; il Comitato economico e sociale europeo, inoltre, suggeriva: «piuttosto che cercare di realizzare un'armonizzazione completa, ci si limiti a un'armonizzazione orizzontale delle vendite negoziate fuori dei locali commerciali e delle vendite a distanza, perché si tratta delle fattispecie più interessate dal commercio transfrontaliero. Bisognerebbe ritirare e sopprimere i paragrafi relativi alle clausole abusive e alla vendita e alle garanzie dei beni, in quanto affrontano aspetti che, allo stato attuale dell'evoluzione del diritto comunitario, non possono essere trattati adeguatamente con una completa armonizzazione [...] Per quanto concerne l'armonizzazione su scala comunitaria, il Comitato reputa che essa dovrebbe perseguire il livello di protezione migliore e più alto tra quelli esistenti nei vari Stati membri [...] il CESE ritiene che la proposta presentata dalla Commissione sia inferiore a quanto atteso ed auspicabile [...] nel quadro dell'obiettivo di revisione dell'acquis relativo ai consumatori vengono individuate otto direttive, mentre la Commissione nella sua proposta di revisione e integrazione si limita a quattro di esse. In tale contesto, il contenuto che adesso viene concretamente proposto, pur presentando alcuni aspetti positivi, risulta poco innovativo e carente dal punto di vista della strutturazione, perché si limita a riunire in un unico testo, preceduto da una serie di definizioni comuni, le norme di quattro direttive, senza oltretutto tener conto delle esigenze di consolidamento, chiarimento e perfezionamento derivanti dal livello elevato di tutela dei consumatori che l'UE è tenuta a garantire [...] Sebbene le direttive sull'armonizzazione minima siano state lo

³⁵² Parere della Commissione giuridica del Parlamento europeo del 15 aprile 2009. DELOGU L., *op. cit.*, p. 965 ss.; RIVA I., *op. cit.*, p. 758.

strumento utilizzato più di frequente nel diritto comunitario relativo ai consumatori, l'esempio della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali mostra che l'armonizzazione completa è un'opzione normativa veramente dannosa in quanto non tiene conto dei diritti acquisiti dei consumatori e rappresenta pertanto una chiara violazione dell'articolo 153 del Trattato»³⁵³.

Infine, nel corso della elaborazione della proposta di direttiva, sebbene la scelta dell'armonizzazione massima si fosse imposta come necessaria, le opinioni dissenzienti che si registravano sul punto alla fine hanno prevalso, poiché in taluni Stati membri la emananda direttiva avrebbe comportato un abbassamento del livello di tutela già assicurato ai consumatori³⁵⁴.

Pertanto, l'acceso dibattito che si è svolto in sede comunitaria ha avuto come esito il ritardo del completamento dell'*iter* legislativo, la completa ridefinizione dell'obiettivo riformatore della direttiva, il cui oggetto è stato limitato – sostanzialmente - alla revisione delle direttive sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali e sui contratti a distanza, estromettendo di fatto la direttiva sulle clausole vessatorie e quella sulle garanzie nella vendita di beni di consumo, se non per marginali aspetti³⁵⁵.

La direttiva sui diritti dei consumatori³⁵⁶ 2011/83/UE è stata approvata il 25 ottobre 2011 e dovrà essere recepita dall'Italia entro quest'anno (2013)³⁵⁷:

³⁵³ Parere del Comitato economico e sociale europeo del 16 luglio 2009. STANZIONE P., *op. cit.*, p. 625 ss.; DELOGU L., *La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori: la situazione ad un anno dalla sua presentazione*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2009, p. 955, 964 ss.

³⁵⁴ HOWELLS G., *op. cit.*, p. 174 ss.; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 140 ss.; D'AMICO G., *op. cit.*, p. 612 ss.

³⁵⁵ Secondo quanto previsto nel considerando n. 2 della direttiva 2011/83/UE: «Tali direttive sono state riesaminate alla luce dell'esperienza al fine di semplificare e aggiornare le norme applicabili, rimuovere le incoerenze e colmare le lacune indesiderate nella normativa. Il riesame ha dimostrato che è opportuno sostituire queste due direttive con una direttiva unica»; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 139 ss.; RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 104; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 862; D'AMICO G., *op. cit.*, p. 615; RIVA I., *op. cit.*, p. 757 ss.

³⁵⁶ Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, in G.U.U.E. L 304/64 del 22 novembre 2011.

³⁵⁷ Precisamente, il recepimento della direttiva va effettuato entro il 13 dicembre 2013, ma le disposizioni attuative interne ai singoli Stati membri devono essere applicate a partire dal 13 giugno 2014; RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 105.

ciò comporterà diverse modifiche alle già esaminate norme del codice del consumo, senz'altro per innalzare il livello di tutela del consumatore rispetto a quello attuale³⁵⁸.

All'art. 1 è esplicitato lo scopo della direttiva, ossia il «*contribuire*» tramite il conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori «*al corretto funzionamento del mercato interno mediante l'armonizzazione di taluni aspetti delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di contratti conclusi tra consumatori e professionisti*»³⁵⁹.

Quanto al grado di armonizzazione, si è optato per un grado di armonizzazione *massima* solo per determinati aspetti delle due direttive: segnatamente, per gli obblighi di informazione e per le modalità di esercizio del diritto di recesso, al fine di rendere più coerente ed uniforme il quadro normativo attualmente frammentato³⁶⁰. Secondo quanto si legge all'art. 4, «*salvo che la presente direttiva disponga altrimenti, gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso*»³⁶¹.

Pertanto, la scelta di limitare l'armonizzazione massima alle informazioni precontrattuali e al diritto di recesso è la conferma della rilevanza che il legislatore europeo riconosce a queste tutele, e si è inteso renderle accessibili a tutti i consumatori europei alle stesse condizioni³⁶².

³⁵⁸ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 139; CLIVE E., *Pre-contractual information duties in B2C Sales Contracts*, relazione al seminario *An Optional European Sales Law*, Trier 9-10 febbraio 2012; RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 104; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 862; RIVA I., *op. cit.*, p. 755 ss.

³⁵⁹ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 863.

³⁶⁰ HOWELLS G., *op. cit.*, p. 182; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 139; CRAVETTO C. e PASA B., *The "Non-sense" of Pre-contractual Information Duties in Case of Non-concluded Contracts*, in *European Review of Private Law*, 2011, p. 769 ss.; D'AMICO G., *op. cit.*, p. 615; RIVA I., *op. cit.*, p. 761.

³⁶¹ Secondo quanto previsto nel considerando n. 2 della direttiva 2011/83/UE: «*La presente direttiva dovrebbe pertanto stabilire norme standard per gli aspetti comuni dei contratti a distanza e dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali distanziandosi dall'approccio di armonizzazione minima di cui alle precedenti direttive e consentendo, al contempo, agli Stati membri di mantenere o adottare norme nazionali relative a taluni aspetti*». RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 104; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 863.

³⁶² HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 141.

2.12 *Il nuovo ambito applicativo della disciplina sui contratti a distanza.*

Passando ad analizzare il testo della direttiva sui diritti dei consumatori, si specifica preliminarmente il suo ambito applicativo.

La direttiva 2011/83/UE, secondo la consueta formulazione di origine comunitaria, contiene tra i primi articoli una serie di definizioni, molte delle quali costituiscono una conferma di quelle contenute in altre direttive.

In particolare, tra le tante, si segnala quella di *consumatore*, che apparentemente è rimasta immutata rispetto alla medesima contenuta in altre direttive³⁶³. Tuttavia, come indicato nel considerando n. 17 – che è e resta parte integrante della direttiva - «*nel caso di contratti con duplice scopo, qualora il contratto sia concluso per fini che parzialmente rientrano nel quadro delle attività commerciali della persona e parzialmente ne restano al di fuori e lo scopo commerciale sia talmente limitato da non risultare predominante nel contesto generale del contratto, la persona in questione dovrebbe altresì essere considerata un consumatore*»³⁶⁴. Ebbene, come auspicato da parte di alcuni esponenti della dottrina, sarebbe utile che il legislatore italiano sfrutti tale occasione per comprendere nella definizione di consumatore anche i professionisti che acquistano il bene o il servizio per uso promiscuo. Si pensi al caso dell'avvocato o dell'ingegnere che acquista un *computer* o che conclude un contratto per i servizi telefonici o l'accesso ad *internet* e li utilizzi sia a scopo professionale sia a scopo personale. Qualora si verificassero fatti che determinano una patologia del rapporto, tali soggetti - a ben vedere – si ritroverebbero nella stessa situazione di debolezza nei confronti della controparte contrattuale esattamente come se avessero concluso il contratto perché fermati per strada o contattati al telefono. Non possono

³⁶³ CLIVE E., *op. cit.*, *passim*; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 865.

³⁶⁴ CONTE G., *op. ult. cit.*, p. 75; CLIVE E., *op. cit.*, *passim*.

ritenersi esenti da tale asimmetria solo perché esercitano una attività professionale: si tratterebbe di una presunzione priva di riferimenti reali, concreti. Pertanto, anche se il legislatore comunitario all'art. 2, n. 1 ha confermato la nota definizione di consumatore, nel considerando n. 17 ha offerto una apertura che, laddove fosse recepita, potrebbe assicurare un livello più elevato di tutela anche ad altri soggetti finora esclusi.

Quanto alla definizione di *professionista*, è precisato espressamente – nonostante la circostanza fosse pacifica – che può essere anche una persona giuridica pubblica, oltre che privata (art. 2, n. 2)³⁶⁵.

La definizione di *bene* riguarda specificamente i beni *mobili* materiali; sono esclusi espressamente da tale definizione i beni oggetto di vendita forzata o comunque venduti secondo altre modalità dalle autorità giudiziarie ed implicitamente i beni immobili (art. 2, n. 3). Sono espressamente qualificati come beni «*l'acqua, il gas e l'elettricità, quando sono messi in vendita in un volume delimitato o in quantità determinata*»³⁶⁶.

Si noti che non sono compresi nella definizione di bene il *software* e gli altri prodotti digitali, e tale esclusione apparentemente potrebbe essere interpretata come una occasione mancata per risolvere definitivamente il dibattito sulla qualificazione di questi come beni (immateriali) – come sostengono alcuni – o come servizi – come sostengono altri³⁶⁷. Invero, come spiegato dal considerando n. 19³⁶⁸, i *software* e altri prodotti digitali sono

³⁶⁵ DONA M., *op. ult. cit.*, p. 585; RIVA I., *op. cit.*, p. 761.

³⁶⁶ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 107; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 863.

³⁶⁷ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 107; DONA M., *op. ult. cit.*, p. 585.

³⁶⁸ Considerando n. 19: «*Per contenuto digitale s'intendono i dati prodotti e forniti in formato digitale, quali programmi informatici, applicazioni, giochi, musica, video o testi, indipendentemente dal fatto che l'accesso a tali dati avvenga tramite download, streaming, supporto materiale o tramite qualsiasi altro mezzo. I contratti per la fornitura di contenuto digitale dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva. Se fornito su un supporto materiale, quale un CD o un DVD, il contenuto digitale dovrebbe essere considerato un bene ai sensi della presente direttiva. Analogamente ai contratti per la fornitura di acqua, gas, elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, o di teleriscaldamento, i contratti per la fornitura di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale non dovrebbero essere considerati ai sensi della presente direttiva né un contratto di vendita né un contratto di servizi. Per tali contratti il consumatore dovrebbe godere del diritto di recesso, salvo che egli abbia acconsentito che l'esecuzione del contratto avesse inizio durante il periodo di recesso e abbia riconosciuto che, così facendo, avrebbe perso il diritto di recesso dal contratto.*».

compresi nella definizione di *contenuto digitale* – ossia il dato prodotto e fornito in formato digitale. Solo se forniti su un supporto materiale, quale un CD o un DVD, il contenuto digitale può essere considerato un bene, altrimenti è qualificato come servizio. Tale precisazione appare chiarire quando un contenuto digitale può essere considerato un bene o un servizio, risolvendo i dubbi interpretativi sorti sulla sua qualificazione ai fini della corretta applicazione delle norme sui contratti a distanza.

Un'altra occasione mancata per ampliare l'ambito applicativo della disciplina sui contratti a distanza anche alle vendite *occasional* è costituito proprio dalla definizione di *contratto a distanza*, ossia dal «*contratto concluso tra il professionista e il consumatore nel quadro di un regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza senza la presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, mediante l'uso esclusivo di uno o più mezzi di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso*» (art. 2, n. 7). Il fatto che si ribadisca – come già previsto nella direttiva 97/7/CE - che il contratto deve essere concluso *nel quadro di un regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza*, è la conferma della volontà di escludere le vendite occasionali a distanza – ossia quelle effettuate senza soluzione di continuità e senza organizzazione di un sistema di vendita -, con una inutile restrizione dell'ambito di tutela a danno del consumatore³⁶⁹. Nel considerando n. 20³⁷⁰ - che fornisce importanti precisazioni sulla definizione in esame - è

³⁶⁹ RIVA I., *op. cit.*, p. 761.

³⁷⁰ Considerando n. 20: «*La definizione di contratto a distanza dovrebbe coprire tutti i casi in cui è concluso un contratto tra consumatore e professionista nel quadro di un regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza, mediante l'uso esclusivo di uno o più mezzi di comunicazione a distanza (ordine mediante posta, Internet, telefono o fax), fino al momento della conclusione del contratto incluso. Tale definizione dovrebbe anche includere le situazioni in cui il consumatore si limita a visitare i locali commerciali per raccogliere informazioni sui beni o i servizi e successivamente negozia e conclude il contratto a distanza. D'altro canto, un contratto negoziato nei locali del professionista e concluso definitivamente mediante comunicazione a distanza non dovrebbe essere considerato un contratto a distanza, così come non dovrebbe essere considerato un contratto a distanza il contratto avviato mediante comunicazione a distanza ma concluso definitivamente nei locali del professionista. Analogamente, il concetto di contratto a distanza non dovrebbe comprendere prenotazioni effettuate da un consumatore attraverso mezzi di comunicazione a distanza per richiedere la prestazione di un servizio da parte di un professionista, come nel caso di un consumatore che telefona per chiedere un appuntamento da un parrucchiere. Il concetto di regime*

precisato che debba considerarsi tale anche il contratto negoziato e concluso a distanza preceduto da una visita del consumatore nei locali del professionista per raccogliere informazioni sui beni o i servizi: infatti, non è infrequente che il consumatore, per visionare il bene prima dell'acquisto, si rechi nei locali del venditore e, una volta scelto cosa acquistare, decida di farlo a distanza, ordinandolo dal sito *internet* del professionista.

È considerato – invece - contratto negoziato al di fuori dei locali commerciali il contratto concluso a distanza *immediatamente dopo* che il consumatore è stato avvicinato personalmente e singolarmente fuori dei locali commerciali (art. 2, n. 8; considerando n. 21).

È un contratto a distanza – invece – quello concluso in un secondo momento tramite mezzi di comunicazione a distanza sulla base della stima del professionista che si è recato al domicilio del consumatore con l'unico scopo di fare delle misurazioni o di fornire una stima senza alcun impegno da parte sua. Ebbene, tale situazione sarebbe diversa da quella appena richiamata poiché il contratto non è concluso immediatamente dopo che il consumatore è stato avvicinato dal professionista, ed il consumatore ha avuto tempo di riflettere sulla stima fornita dal professionista prima della conclusione del contratto³⁷¹. È una distinzione di situazioni che può lasciare perplessi, in

organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza dovrebbe comprendere quei regimi offerti da un terzo diverso dal professionista ma utilizzati da quest'ultimo, come una piattaforma online. Dovrebbero tuttavia rimanere esclusi i casi in cui i siti web offrono informazioni solo sul professionista, sui beni e/o servizi che presta e sui suoi dati di contatto».

³⁷¹ Considerando n. 21: «Un contratto negoziato fuori dei locali commerciali dovrebbe essere definito come un contratto concluso alla presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, in un luogo diverso dai locali del professionista, ad esempio al domicilio o sul posto di lavoro del consumatore. Fuori dei locali commerciali il consumatore può essere sottoposto a una potenziale pressione psicologica o può trovarsi di fronte a un elemento di sorpresa, indipendentemente dal fatto che abbiano richiesto o meno la visita del professionista. La definizione di contratto negoziato fuori dei locali commerciali dovrebbe comprendere anche le situazioni in cui il consumatore è avvicinato personalmente e singolarmente fuori dei locali commerciali ma il contratto è concluso immediatamente dopo nei locali del professionista o mediante comunicazione a distanza. La definizione di contratto negoziato fuori dei locali commerciali non comprende le situazioni in cui i professionisti si recano inizialmente al domicilio del consumatore con l'unico scopo di fare delle misurazioni o di fornire una stima senza alcun impegno da parte del consumatore e in cui il contratto è successivamente concluso in un secondo momento nei locali commerciali del professionista o tramite mezzi di comunicazione a distanza sulla base della stima del professionista. In detti casi, il contratto non è concluso immediatamente dopo che il consumatore è stato avvicinato dal professionista se il consumatore ha avuto tempo di riflettere sulla stima fornita dal professionista prima della conclusione del contratto. Gli acquisti effettuati durante un'escursione organizzata dal

quanto l'uso dell'avverbio *immediatamente* non fornisce un riferimento temporale sicuro.

È da apprezzare il fatto che siano state escluse le vendite per corrispondenza dall'ambito applicativo dei contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali. In questo modo, è stato effettuato il coordinamento tra le due diverse discipline che non era stato reso possibile effettuare ai compilatori del codice del consumo.

È positivo che per *contratto di vendita* si intenda anche il *preliminare di vendita*: infatti, è espressamente considerata vendita anche il contratto con il quale il professionista «*si impegna a trasferire la proprietà di beni al consumatore e il consumatore ne paga o si impegna a pagarne il prezzo*» (art. 2, n. 5)³⁷².

Infine, una definizione nuova ed opportuna – in quanto non compresa nella direttiva 97/7/CE – è quella di supporto durevole, ossia «*ogni strumento che permetta al consumatore o al professionista di conservare le informazioni che gli sono personalmente indirizzate in modo da potervi accedere in futuro per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate e che permetta la riproduzione identica delle informazioni memorizzate*» (art. 2, n. 10). Come specificato dal considerando n. 23, il supporto durevole ha la funzione di conservare le informazioni comunicate al consumatore, e rientrano nella definizione di supporto durevole «*documenti su carta, chiavi USB, CD-ROM, DVD, schede di memoria o dischi rigidi del computer nonché messaggi di posta elettronica*». In questo modo, avendo il legislatore comunitario precisato quali siano i mezzi qualificabili come “supporto durevole”, ha risolto il problema - sollevato da alcuni Stati membri - della qualificazione dell'SMS (*short message service*) come supporto durevole³⁷³.

professionista durante la quale è effettuata la promozione e la vendita dei prodotti acquistati dovrebbero essere considerati contratti negoziati fuori dei locali commerciali».

³⁷² RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 107; RIVA I., *op. cit.*, p. 761.

³⁷³ Prima relazione annuale sullo stato di avanzamento dei lavori in materia di diritto contrattuale europeo e di revisione dell'*acquis*, del 23 settembre 2005, COM(2005) 456 def., p. 9.

L'ambito di applicazione della direttiva è indicato all'art. 3. In primo luogo, la direttiva è destinata ad applicarsi solo ai contratti B2C, secondo le definizioni già indicate, nonché ai contratti per la fornitura di acqua, gas, elettricità o teleriscaldamento³⁷⁴, anche da parte di prestatori pubblici, nella misura in cui detti prodotti di base sono forniti su base contrattuale (comma 1)³⁷⁵.

Tra i contratti esclusi dal campo di applicazione della disciplina sui contratti a distanza, oltre a quelli che sono stati già esclusi dalla direttiva 97/7/CE o dalla normativa di recepimento per i motivi già indicati sopra o perché disciplinati da altre direttive³⁷⁶, si aggiungono quelli di locazione di alloggi a scopo residenziale e quelli relativi alla trasformazione sostanziale di edifici esistenti, consistente nella costruzione di un nuovo edificio (ad esempio, quando viene conservata solo la facciata di un vecchio edificio). Come precisato dal considerando n. 26, invece, la direttiva si applica ai *«contratti di servizi, in particolare quelli relativi alla costruzione di annessi di edifici (ad esempio un garage o una veranda) e quelli relativi alla riparazione e ristrutturazione di edifici diverse dalla trasformazione sostanziale»* e ai *«contratti relativi ai servizi di un agente immobiliare e quelli relativi alla locazione di alloggi a scopo non residenziale»*³⁷⁷.

Inoltre, la direttiva non si applica ai contratti *«di attività di azzardo che implicano una posta di valore pecuniario in giochi di fortuna, comprese le lotterie, i giochi d'azzardo nei casinò e le scommesse»*³⁷⁸. Anche in questo caso, si spera in un intervento riformatore che rimuova tale esclusione, posto che – almeno nel nostro Paese – questo genere di attività incontra molti

³⁷⁴ Considerando n. 25: *«per teleriscaldamento si intende la fornitura di calore, anche sotto forma di vapore o di acqua calda, da una fonte centrale di produzione verso una pluralità di edifici tramite un sistema di trasmissione e distribuzione, al fine di riscaldarli»*.

³⁷⁵ RIVA I., *op. cit.*, p. 761.

³⁷⁶ Ad esempio, quelli relativi ai servizi finanziari o per la creazione, l'acquisizione o il trasferimento di beni immobili o di diritti su beni immobili; contratti di multiproprietà o relativi a servizi turistici. MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 866.

³⁷⁷ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 143; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 866; VIGLIONE F., *op. ult. cit.*, p. 445.

³⁷⁸ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 866.

consensi, ed è altissimo il numero di visite a siti *internet* che forniscono questo tipo di servizi: pertanto, sarebbe utile estendere anche a queste attività l'ambito di applicazione della direttiva, atteso che non sempre si rivelano gestite correttamente e celano numerose insidie³⁷⁹. Si noti che, se da una parte il legislatore europeo abbia ritenuto di escludere tali contratti dall'applicazione della direttiva, li ha esortati, dall'altra, ad «*adottare altre misure, anche più rigorose, di protezione dei consumatori in relazione a dette attività*» (considerando n. 31).

Nonostante le sollecitazioni della dottrina, anche ai servizi di trasporto passeggeri non si applica la direttiva, ad eccezione di alcune norme contenute agli artt. 8, co. 2³⁸⁰ - relativo alle informazioni precontrattuali nei contratti conclusi con mezzi elettronici -, 19³⁸¹ - relativo alle tariffe per l'utilizzo dei mezzi di pagamento - e 22³⁸² - relativo ai pagamenti supplementari³⁸³. Infatti, per questo tipo di contratti è previsto che le disposizioni della direttiva si applichino in caso di tariffe eccessive per l'utilizzo di mezzi di pagamento o in caso di costi occulti. Inoltre, per quanto riguarda i contratti di trasporto di merci e di noleggio di autovetture, i consumatori possono beneficiare della protezione prevista dalla direttiva, ma non possono esercitare il diritto di recesso (considerando n. 27).

Una importante novità contenuta nella direttiva è costituita dall'applicabilità della stessa ai contratti conclusi in occasione di una vendita all'asta: tali contratti, infatti, non sono contemplati all'art. 3 tra i contratti

³⁷⁹ RIVA I., *op. cit.*, p. 761.

³⁸⁰ Art. 8, co. 2: «*Se un contratto a distanza che deve essere concluso con mezzi elettronici impone al consumatore l'obbligo di pagare, il professionista gli comunica in modo chiaro ed evidente le informazioni di cui all'articolo 6, paragrafo 1, lettere a), e), o) e p), direttamente prima che il consumatore inoltri l'ordine*».

³⁸¹ Art. 19: «*Gli Stati membri vietano ai professionisti di imporre ai consumatori, in relazione all'uso di determinati strumenti di pagamento, tariffe che superino quelle sostenute dal professionista per l'uso di detti strumenti*».

³⁸² Art. 22: «*Prima che il consumatore sia vincolato dal contratto o dall'offerta, il professionista chiede il consenso espresso del consumatore per qualsiasi pagamento supplementare oltre alla remunerazione concordata per l'obbligo contrattuale principale del professionista. Se il professionista non ottiene il consenso espresso del consumatore ma l'ha dedotto utilizzando opzioni prestabilite che il consumatore deve rifiutare per evitare il pagamento supplementare, il consumatore ha diritto al rimborso di tale pagamento*».

³⁸³ RIVA I., *op. cit.*, p. 761.

esclusi³⁸⁴; tuttavia, se il consumatore conclude una vendita in occasione di un'asta pubblica³⁸⁵ non può esercitare il diritto di recesso (art. 16, lett. k). In effetti, è possibile che il consumatore partecipi all'asta pubblica ed abbia quindi la possibilità di visionare il bene o di conoscere le funzionalità del servizio prima dell'acquisto: probabilmente, è per questo motivo che si è optato per estendere la disciplina sui contratti a distanza anche ai contratti conclusi con questa modalità, escludendo l'esercizio del diritto di recesso di cui il consumatore avrebbe potuto abusare, in danno del professionista. Poiché il considerando n. 24 non assimila all'"asta pubblica" l'uso - a fini d'asta - di piattaforme *online* messe a disposizione di consumatori e professionisti, si può dedurre, in via interpretativa, che per questa tipologia di contratti è possibile esercitare il recesso da parte del consumatore.

Per gli ulteriori contratti esclusi, si rinvia direttamente al testo della direttiva³⁸⁶.

Il secondo comma dell'art. 3 disciplina il conflitto tra le norme della direttiva e quelle di un altro atto dell'Unione che disciplinano settori specifici: in caso di contrasto, prevalgono queste ultime³⁸⁷.

³⁸⁴ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 144 ss.

³⁸⁵ Secondo l'art. 2, n. 13, l'asta pubblica è il «*metodo di vendita in cui beni o servizi sono offerti dal professionista ai consumatori che partecipano o cui è data la possibilità di partecipare all'asta di persona, mediante una trasparente procedura competitiva di offerte gestita da una casa d'aste e in cui l'aggiudicatario è vincolato all'acquisto dei beni o servizi*».

³⁸⁶ Articolo 3, comma 3: «*La presente direttiva non si applica ai contratti: a) per i servizi sociali, compresi gli alloggi popolari, l'assistenza all'infanzia e il sostegno alle famiglie e alle persone temporaneamente o permanentemente in stato di bisogno, ivi compresa l'assistenza a lungo termine; b) di assistenza sanitaria come definita all'articolo 3, lettera a), della direttiva 2011/24/UE, sia essa fornita o meno attraverso le strutture di assistenza sanitaria;... g) che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 90/314/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"; h) che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 2008/122/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 gennaio 2009, 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; i) che, secondo i diritti degli Stati membri, sono istituiti con l'intervento di un pubblico ufficiale, tenuto per legge all'indipendenza e all'imparzialità, il quale deve garantire, fornendo un'informazione giuridica completa, che il consumatore conclude il contratto soltanto sulla base di una decisione giuridica ponderata e con conoscenza della sua rilevanza giuridica; j) di fornitura di alimenti, bevande o altri beni destinati al consumo corrente nella famiglia e fisicamente forniti da un professionista in giri frequenti e regolari al domicilio, alla residenza o al posto di lavoro del consumatore*».

³⁸⁷ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 104.

Degno di nota, infine, è il comma quarto dell'art. 3, che lascia gli Stati membri liberi di decidere «*di non applicare la presente direttiva o di non mantenere né introdurre disposizioni nazionali corrispondenti ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali in base ai quali il corrispettivo che il consumatore deve pagare non è superiore a 50 EUR. Gli Stati membri possono stabilire un valore inferiore nella rispettiva legislazione nazionale*»³⁸⁸. Questa norma non è ad armonizzazione massima: tale scelta è stata dettata dal fatto che si intende evitare che i professionisti sopportino oneri amministrativi per gli acquisti di lieve entità conclusi al di fuori dei locali commerciali³⁸⁹. Anche se il singolo consumatore potrebbe incorrere in una perdita irrilevante dal punto di vista economico, è invece innegabile l'enorme vantaggio derivante da tale disposizione per il professionista, che resterebbe indenne dalle c.d. *small claims*, ossia dalle controversie di modesto valore, generalmente seriali, che costituiscono un costo a carico delle imprese e una *chance* di tutela per il consumatore.

2.13 *Gli obblighi di informazione gravanti sul professionista.*

La direttiva distingue tra gli obblighi di informazione precontrattuale a carico del professionista e a favore del consumatore non solo nei contratti conclusi a distanza o al di fuori dei locali commerciali (art. 6) ma anche nei contratti diversi da questi (art. 5), dettando due discipline in parti distinte: per questi ultimi³⁹⁰ c'è un livello minimo di tutela imposto agli Stati membri, i quali sono legittimati a prevedere obblighi aggiuntivi di informazione precontrattuale (art. 5, co. 4), mentre per i contratti conclusi a distanza o al di

³⁸⁸ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 864; RIVA I., *op. cit.*, p. 761.

³⁸⁹ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 139.

³⁹⁰ Ad esempio, le vendite a distanza "occasionalmente", ossia che non avvengono nell'ambito di un sistema organizzato di vendita; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 143 ss.

fuori dei locali commerciali tale possibilità è preclusa, essendo l'art. 6 una norma di armonizzazione massima³⁹¹.

L'art. 6 contiene un lungo e articolato elenco di informazioni precontrattuali, da fornire in modo chiaro e comprensibile «*prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali o da una corrispondente offerta*»: viene superata l'indicazione «*in tempo utile prima della conclusione del contratto*» e ci si affida al riferimento temporale «*prima*» che, comunque, non è privo di indeterminatezza³⁹².

Le norme sulle informazioni precontrattuali – come anticipato - sono norme ad armonizzazione massima, dunque gli Stati membri non possono ampliare l'elenco di informazioni contenuto nell'art. 6. Tuttavia, secondo quanto previsto dall'art. 3, co. 6, questa prerogativa non è preclusa al professionista, il quale può «*offrire ai consumatori condizioni contrattuali che vanno oltre la tutela prevista dalla presente direttiva*»³⁹³.

Quanto alle modalità con cui devono essere comunicate le informazioni, è confermato che devono essere fornite in modo «chiaro e comprensibile», secondo il principio di trasparenza, ma non è precisato nulla riguardo alla lingua da impiegare: invero, l'utilizzo della lingua del destinatario dell'informazione è una espressione del requisito della comprensibilità delle clausole contrattuali³⁹⁴. A tale proposito, il comma 7 dell'art. 6 – che non è una norma ad armonizzazione massima - prevede che gli «*Stati membri possono mantenere o introdurre nel diritto nazionale requisiti linguistici relativi all'informazione contrattuale onde garantire che tali informazioni siano facilmente comprese dal consumatore*»: tuttavia, affermare che «*gli Stati*

³⁹¹ Considerando n. 35: «*le informazioni che il professionista deve fornire al consumatore dovrebbero essere obbligatorie e non dovrebbero essere modificate*»; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 142 ss.; RIVA I., *op. cit.*, p. 762.

³⁹² HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 146 ss.; RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 109. RIVA I., *op. cit.*, p. 762.

³⁹³ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 147.

³⁹⁴ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, 2012, p. 150; CINQUE M., *op. ult. cit.*, p. 453; RIVA I., *op. cit.*, p. 762.

membri possono mantenere o introdurre requisiti linguistici...” è di gran lunga diverso dal diritto, attualmente riconosciuto ai consumatori (art. 52, co. 4, c.cons.), di ricevere informazioni in lingua italiana qualora lo richiedano, al quale corrisponde il relativo obbligo per il professionista³⁹⁵. Infatti, la armonizzazione massima dei requisiti formali priverà gli Stati membri di disposizioni che prevedevano formalità rigorose per la fornitura delle informazioni, come ad esempio la normativa belga che prevedeva la indicazione delle informazioni in grassetto e sulla prima pagina del contratto³⁹⁶.

Analogamente al regime vigente, come specificato nel considerando n. 34, è previsto che nella fornitura di tali informazioni, il professionista deve tenere conto delle *«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 professionista può ragionevolmente prevedere. Tuttavia, la presa in considerazione di tali esigenze specifiche non dovrebbe condurre a discrepanze nei livelli di tutela dei consumatori»*³⁹⁷.

Le informazioni precontrattuali relative ai contratti a distanza sono indicate con un altissimo grado di dettaglio: alcune sono la conferma di quelle già previste dalla precedente direttiva, molte sono state aggiunte. L'onere probatorio relativo all'adempimento degli obblighi di informazione incombe sul professionista³⁹⁸.

Tra le più importanti si evidenziano quelle relative a:

- 1) le caratteristiche principali dei beni o servizi, nella misura adeguata al supporto e ai beni o servizi (lett. a);
- 2) l'identità del professionista, e i suoi recapiti (lett. b, c, d); nel caso di un'asta pubblica, tali informazioni possono essere sostituite dai corrispondenti dati della casa d'aste³⁹⁹;

³⁹⁵ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 141, 147; DONA M., *op. ult. cit.*, p. 588.

³⁹⁶ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 150.

³⁹⁷ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 149.

³⁹⁸ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 146 ss.

³⁹⁹ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 146 ss.

3) il prezzo totale dei beni o dei servizi comprensivo delle imposte o, in determinate circostanze, le modalità per calcolarlo; le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali e ogni altro costo ulteriore; il costo dell'utilizzo del mezzo di comunicazione a distanza per la conclusione del contratto, se calcolato diversamente dalla tariffa di base (lett. e, f)⁴⁰⁰. Come evidenziato dal considerando n. 33, il professionista è tenuto ad informare il consumatore in anticipo di qualsiasi accordo che preveda il pagamento di un acconto in suo favore, incluso un accordo in cui un importo viene trattenuto mediante la carta di credito o di debito del consumatore;

4) le modalità di pagamento, consegna ed esecuzione, la data entro la quale il professionista si impegna a consegnare i beni o a prestare i servizi e, se del caso, il trattamento dei reclami da parte del professionista (lett. g);

5) la sussistenza del diritto di recesso, completa di condizioni, termini, modalità di esercizio, effetti ed obblighi delle parti (lett. h, i, j, k);

6) l'esistenza della garanzia legale di conformità per i beni e di eventuale assistenza postvendita (lett. l, m);

7) la durata del contratto (lett. o);

8) la possibilità di servirsi di un meccanismo stragiudiziale di reclamo e ricorso cui il professionista è soggetto e le condizioni per avervi accesso, se applicabile (lett. t)⁴⁰¹.

Le informazioni sul recesso di cui al comma 1, lett. h), i) e j) possono essere fornite dal professionista anche mediante il modello-tipo sul recesso di cui all'allegato I, parte A. Il professionista adempie agli obblighi di informazione sul diritto di recesso se presenta tale modulo al consumatore, debitamente compilato (art. 6, co. 4)⁴⁰².

Degne di nota – in quanto soddisfano l'esigenza di aggiornamento dello strumento normativo per tenerlo al passo con lo sviluppo tecnologico - sono, in particolare, le informazioni relative alla funzionalità del contenuto digitale,

⁴⁰⁰ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 865.

⁴⁰¹ CLIVE E., *op. cit., passim*; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 144 ss.; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 868, 893 ss.; RIVA I., *op. cit.*, p. 763.

⁴⁰² HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 150.

ossia ai modi in cui il contenuto digitale può essere utilizzato, e alla interoperabilità pertinente dello stesso con l'*hardware* e il *software* ossia alla compatibilità del contenuto digitale con - ad esempio - il sistema operativo, la versione necessaria e talune caratteristiche dell'*hardware* (art. 6, lett. *r* e *s*; considerando n. 19)⁴⁰³.

Le obbligazioni precontrattuali vanno fornite anche se si concludono 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 (art. 6, co 2)⁴⁰⁴.

È espressamente previsto che le obbligazioni precontrattuali costituiscono parte integrante del contratto a distanza non possano essere modificate se non con l'accordo espresso delle parti (art. 6, co. 5).

Analogamente a quanto previsto nella disciplina vigente, le obbligazioni precontrattuali vanno integrate con gli obblighi di informazione contenuti nella direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno e nella direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico. Inoltre, in caso di conflitto tra le norme delle appena citate direttive e quelle contenute nella direttiva 2011/83/UE, prevalgono le prime (art. 6, co.8, e art. 8, co. 9)⁴⁰⁵.

Per quanto riguarda la modalità con la quale adempiere all'obbligo informativo, il professionista deve fornire o mettere a disposizione del consumatore le informazioni prima della conclusione del contratto, in modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza impiegato e in un linguaggio semplice e comprensibile. Qualora vengano fornite su un supporto durevole, devono essere leggibili (art. 8, co. 1)⁴⁰⁶. In questo modo, tuttavia, al di là della vaghezza dell'espressione "mettere a disposizione", è evidente che il consumatore non abbia margini di scelta sul mezzo di comunicazione a

⁴⁰³ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 147.

⁴⁰⁴ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 895 ss.

⁴⁰⁵ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 896.

⁴⁰⁶ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 109.

distanza da utilizzare per fornirgli le informazioni, e questo gli viene imposto dal professionista sulla base delle proprie scelte gestionali⁴⁰⁷.

Come precisato nel considerando n. 36, gli obblighi di informazione vanno adattati a seconda del mezzo di comunicazione impiegato, atteso che alcuni *media* presentano limiti tecnici, come il numero di caratteri sugli *smartphones* o i pochi secondi degli *spots* televisivi. In tali casi, il professionista può fornire un insieme minimo di informazioni, rinviando il consumatore ad un'altra fonte quale un numero telefonico gratuito o un *link* ipertestuale ad una pagina *web* del professionista dove le informazioni sono direttamente e facilmente accessibili.

L'art. 8, sui requisiti formali per i contratti a distanza, contiene numerose norme che disciplinano in modo più puntuale le modalità di conclusione delle vendite *online* e tutelano il consumatore dai costi occulti: in particolare, è previsto che se un contratto a distanza concluso con mezzi elettronici prevede pagamenti a carico del consumatore, vanno comunicate le informazioni sulle caratteristiche principali del bene e del servizio (lett. a), su tutti i costi (lett. e), sulla durata del contratto (lett. o) e sulla durata minima degli obblighi del consumatore (lett. p), direttamente prima che il consumatore inoltri l'ordine ed in modo chiaro ed *evidente* – che è ben più forte rispetto a “comprensibile”. Prima dell'inoltro dell'ordine *online* da parte del consumatore, questi deve riconoscere espressamente che l'ordine che sta per effettuare implica un obbligo di pagamento e il professionista deve predisporre un sistema che consenta tale conferma all'acquirente, cliccando ad esempio su di un pulsante o selezionando un'opzione che riporti in modo facilmente leggibile soltanto le parole «*ordine con obbligo di pagare*» o una analoga indicazione (co. 2)⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *Op. cit.*, p. 150 ss.; DONA M., *op. ult. cit.*, p. 587.

⁴⁰⁸ Considerando n. 39: «È importante garantire che, nei contratti a distanza conclusi tramite siti web, il consumatore sia in grado di leggere e comprendere nella loro interezza i principali elementi del contratto prima di inoltrare l'ordine. A tal fine è opportuno che la presente direttiva disponga che detti elementi siano visualizzati nell'immediata prossimità della conferma necessaria per l'inoltro dell'ordine. È altresì importante garantire che, in tali situazioni, il consumatore possa determinare il momento in cui si assume l'obbligo di pagare il professionista. È opportuno pertanto attirare in modo specifico l'attenzione del consumatore, mediante una formulazione inequivocabile, sul fatto che

Il terzo comma dell'art. 8 prevede l'obbligo per il professionista di indicare in modo chiaro e leggibile - al più tardi all'inizio del processo di ordinazione - se si applicano restrizioni relative alla consegna e quali mezzi di pagamento sono accettati. La disposizione solleva dubbi interpretativi circa cosa debba intendersi per "*inizio del processo di ordinazione*": ci si chiede se il processo di ordinazione si considera iniziato quando i beni o i servizi scelti sono selezionati dal consumatore nel "carrello virtuale" o quando i beni sono stati selezionati e la transazione è stata confermata. Se quest'ultima fosse la risposta al quesito, ciò creerebbe disagi per i consumatori che avrebbero sprecato tempo e denaro nella ordinazione, e che successivamente vengono informati che la transazione non può essere completata⁴⁰⁹.

Inoltre, se il contratto è concluso mediante un mezzo di comunicazione a distanza che consente uno spazio o un tempo limitato per visualizzare le informazioni, su quel particolare mezzo e prima della conclusione del contratto vengono comunicate solo le informazioni riguardanti le caratteristiche principali dei beni o servizi (lett. a), l'identità del professionista (lett. b), il prezzo totale (lett. e), il diritto di recesso (lett. h), la durata del contratto (lett. o) e, nel caso di contratti a tempo indeterminato, le condizioni di risoluzione del contratto, mentre le altre informazioni sono fornite dal professionista in un modo appropriato conformemente al paragrafo 1 del presente articolo (co. 4)⁴¹⁰.

Viene confermata la norma che prevede, a carico dei professionisti che contattano per via telefonica il consumatore al fine di concludere un contratto a distanza, di comunicare all'inizio della conversazione la sua identità e lo scopo commerciale della chiamata. Diversamente da quanto previsto nella disciplina vigente in Italia, non è prevista la sanzione della nullità del contratto qualora non venga adempiuto questo obbligo, ma non è da considerare negativamente tale omissione, per le criticità di tale sanzione che sono già

l'inoltro di un ordine comporta l'obbligo di pagare il professionista»; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., op. cit., p. 148 ss.; MAZZAMUTO S., op. cit., p. 897 ss.

⁴⁰⁹ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 149.

⁴¹⁰ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 144 ss.

state evidenziate nella sezione precedente⁴¹¹. In ogni caso, è lasciata agli Stati membri la facoltà di prevedere - quando un contratto a distanza deve essere concluso per telefono - che il professionista debba confermare l'offerta al consumatore (anche su un mezzo durevole, come la posta elettronica), che sarà vincolato alla stessa solo dopo averla firmata o dopo averla accettata per iscritto (art. 8, commi 5 e 6)⁴¹².

Una volta adempiuto l'obbligo di informazione, il professionista è tenuto a dare al consumatore la conferma del contratto concluso su un mezzo durevole, entro un termine ragionevole dopo la conclusione del contratto a distanza e al più tardi al momento della consegna dei beni oppure prima che l'esecuzione del servizio abbia inizio (art. 8, co. 7)⁴¹³. Il criterio della *ragionevolezza* per la determinazione del termine entro il quale dare al consumatore la conferma del contratto concluso, è un criterio sfuggente ed astratto: pertanto, per dare una interpretazione caso per caso equilibrata di tale criterio ci si affiderà all'attività delle Corti⁴¹⁴. Assieme alla conferma, diversamente dall'attuale regime, non devono essere fornite altre informazioni: tutte le informazioni sono quindi interamente comunicate al consumatore prima della conclusione del contratto, senza distinzione tra informazioni "preliminari" ed "ulteriori" (cfr. artt. 52 e 53 c. cons.).

Tale conferma comprende:

- a) tutte le informazioni di cui all'articolo 6, co. 1;
- b) se del caso, la conferma del previo consenso espresso all'esecuzione della fornitura di contenuto digitale mediante un supporto non materiale, con il riconoscimento della perdita, in questo caso, del diritto di recesso (cfr. art. 16, lett. m). Sul punto si tornerà più avanti.

Inoltre, il professionista può iniziare ad eseguire la fornitura di servizi ovvero la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in

⁴¹¹ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 899; DONA M., *op. ult. cit.*, p. 586.

⁴¹² HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 149; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 899.

⁴¹³ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 153; RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 109; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 899 ss.

⁴¹⁴ STANZIONE P., *op. cit.*, p. 629 ss.

vendita in un volume limitato o in quantità determinata, o di teleriscaldamento anche in pendenza del termine per recedere dal contratto, purchè il consumatore gliene faccia esplicita richiesta. Il fatto che si parli di “richiesta” e non di “consenso” fa pensare che l’iniziativa in tal senso provenga direttamente dal consumatore, e non rientri in tale ipotesi la adesione ad una proposta del professionista ad iniziare l’esecuzione del contratto prima della scadenza del termine per recedere. Quindi, se tale interpretazione è corretta, non si porrebbero problemi di estorsione del consenso del consumatore alla esecuzione anticipata della prestazione.

Infine, quale norma di chiusura, la clausola di armonizzazione massima: «*Gli Stati membri non impongono ulteriori requisiti formali di informazione precontrattuale per l’adempimento degli obblighi di informazione sanciti nella presente direttiva*» (art. 8, co. 10).

2.14 Le tutele del consumatore in caso di violazione degli obblighi di informazione.

Venendo alla analisi dell’apparato sanzionatorio predisposto dalla direttiva sui diritti dei consumatori in caso di violazione degli obblighi di informazione, si premette che ci si attendeva di più dal legislatore europeo, in termini di previsione esplicita dei rimedi a favore del consumatore: gli interpreti, infatti, si trovano dinanzi ad uno scenario frammentato e disorganico di norme sanzionatorie che non consente di comprendere agevolmente l’effettività della tutela assicurata al consumatore dalla direttiva⁴¹⁵.

L’art. 10 stabilisce che nel caso in cui il professionista ometta di fornire al consumatore le informazioni sul diritto di recesso, il periodo di ripensamento scade *dodici mesi* dopo la fine del periodo di recesso iniziale, ossia dopo

⁴¹⁵ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 866.

quattordici giorni, con le decorrenze previste all'art. 9, co. 2⁴¹⁶. Se le informazioni sul diritto di recesso vengono fornite dopo il *dies a quo* stabilito dall'art. 9, co. 2, ma entro i dodici mesi decorrenti da quella data, il periodo di recesso scade *quattordici giorni* dopo il giorno in cui il consumatore riceve le informazioni.

La sanzione del prolungamento del termine per recedere qualora sia stata omessa l'informazione sul diritto di recesso - già prevista dalla direttiva 97/7/CE - è confermata e anzi è resa ancora più efficace in quanto prevede un lasso di tempo più lungo (dodici mesi a fronte di novanta giorni).

Tuttavia, non è stata indicata alcuna sanzione per l'omissione, o l'incompletezza o la inesattezza - totale o parziale - nella fornitura delle informazioni sul recesso e delle altre informazioni elencate al primo comma dell'art. 6⁴¹⁷.

Una sanzione idonea - nel caso di totale omissione informativa - potrebbe essere la nullità del contratto, ma non è stata prevista dal legislatore europeo⁴¹⁸.

Un'altra sanzione prevista dalla direttiva riguarda l'inadempimento degli obblighi di informazione sul prezzo, sulle spese aggiuntive o sui costi della restituzione dei beni in caso di recesso: in questo caso, il consumatore non è tenuto a pagare alcunchè (art. 6, co. 6)⁴¹⁹.

Nell'art. 14, relativo agli obblighi a carico del consumatore nel caso di recesso, sono contenute alcune norme sanzionatorie, apprezzabili dal punto di vista della protezione che assicurano. In primo luogo, al comma 1 è previsto che il consumatore sostiene solo il costo della restituzione dei beni, salvo nell'ipotesi in cui il professionista abbia omesso di avvisarlo che tale costo è a suo carico; inoltre, al comma 2 si esclude la responsabilità del consumatore per la diminuzione del valore dei beni se il professionista ha omesso di

⁴¹⁶ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 152; RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 110, 111; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 870; DONA M., *op. ult. cit.*, p. 588.

⁴¹⁷ DONA M., *op. ult. cit.*, p. 588.

⁴¹⁸ DONA M., *op. ult. cit.*, p. 588.

⁴¹⁹ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 152.

informare il consumatore della possibilità di recedere dal contratto *ex art. 6, co. 1, lett. h*⁴²⁰.

Al comma 4, inoltre, è previsto che il consumatore non è tenuto a sostenere alcun costo per:

a) la prestazione di servizi o la fornitura di acqua, gas o elettricità - non in vendita in un volume limitato o in quantità determinata - o di teleriscaldamento, in tutto o in parte, durante il periodo di recesso quando il professionista ha ommesso di fornire le informazioni di cui all'art. 6, co. 1, lett. h) e j), oppure il consumatore non ha espressamente chiesto che la prestazione iniziasse durante il periodo di recesso, *ex art. 8, co. 8*;

b) la fornitura, in tutto o in parte, del contenuto digitale che non è fornito su un supporto materiale quando il consumatore non ha dato il suo previo consenso espresso circa l'inizio della prestazione prima della scadenza del periodo di quattordici giorni di cui all'art. 9 e non ha riconosciuto di perdere il diritto di recesso quando ha espresso il suo consenso, o il professionista ha ommesso di fornire la conferma di cui all'art. 8, co. 7.

Un'altra norma sanzionatoria è contemplata all'art. 8, co. 2: prima dell'inoltro di un ordine *online* da parte del consumatore, questi deve riconoscere espressamente che l'ordine che sta per effettuare implica un obbligo di pagamento e il professionista deve predisporre un sistema che consenta tale conferma all'acquirente. Altrimenti, il consumatore non è vincolato dal contratto o dall'ordine⁴²¹.

A parte quelle appena indicate, non sono state previste altre tutele nella direttiva.

In ogni caso, agli operatori del diritto non è certo precluso il ricorso alle tutele apprestate dal proprio ordinamento interno (risarcimento del danno, nullità, annullabilità, inefficacia) che potranno essere attivate a seconda della specifica violazione dell'obbligo di informazione e ove sussistano i presupposti per la loro applicazione.

⁴²⁰ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 152; RIVA I., *op. cit.*, p. 765.

⁴²¹ CLIVE E., *op. cit.*, *passim*; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 152.

L'art. 23 della direttiva 2011/83/UE prevede espressamente che gli Stati membri sono tenuti a garantire l'esistenza di strumenti «*adeguati ed efficaci per assicurare il rispetto*» della direttiva. Inoltre, il successivo art. 24 prescrive agli Stati membri di scegliere la sanzione applicabile - che deve essere effettiva, proporzionata e dissuasiva - in caso di violazione delle norme contenute nella direttiva e recepite nell'ordinamento interno⁴²².

Infine, all'art. 25 è espressamente affermato il carattere imperativo delle norme contenute nella direttiva, pertanto le «*eventuali clausole contrattuali che escludano o limitino, direttamente o indirettamente, i diritti derivanti dalla presente direttiva, non vincolano il consumatore*». È una ulteriore conferma della validità della sanzione dell'inefficacia, non vincolatività delle condizioni contrattuali contrastanti con i diritti riconosciuti e gli obblighi sanciti *ex lege*⁴²³.

Infine, l'art. 26 prevede che gli Stati membri sono tenuti ad adottare «*misure appropriate*» per informare i consumatori e i professionisti delle disposizioni nazionali di recepimento della direttiva, incoraggiando i professionisti e i responsabili dei codici ad informare i consumatori sui propri codici di condotta⁴²⁴.

L'auspicio è che nell'ordinamento italiano sia dato ampio risalto alle nuove norme che verranno introdotte con il recepimento della direttiva 2011/83/UE, per informare adeguatamente i consumatori delle nuove tutele a disposizione. È apprezzabile, inoltre, il riferimento ai codici di condotta, quali fonti integrative del diritto, che è tuttora uno strumento poco applicato⁴²⁵.

2.15 L'esercizio del diritto di recesso e i suoi effetti.

⁴²² CLIVE E., *op. cit.*, *passim*; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 151, 165; RIVA I., *op. cit.*, p. 763.

⁴²³ CLIVE E., *op. cit.*, *passim*; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 863 ss.

⁴²⁴ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 165.

⁴²⁵ DONA M., *op. ult. cit.*, p. 593.

La direttiva ha introdotto importanti novità sul recesso dal contratto, che comporteranno notevoli cambiamenti delle norme in vigore. Le regole sono le medesime sia per i contratti a distanza sia per i contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali, proprio come è già previsto nel nostro codice del consumo⁴²⁶.

La durata del periodo di recesso è stabilita in *quattordici giorni* di calendario (art. 9, co .1). In questo modo, è stato unificato a livello europeo il termine per recedere dal contratto, che attualmente è diverso da Stato a Stato. Infatti, le precedenti direttive non prevedevano un termine uguale per tutti gli Stati membri, ma li avevano lasciati liberi di stabilire il termine, purché non fosse inferiore a sette giorni. Il legislatore italiano ha stabilito per i contratti a distanza il termine di dieci giorni *lavorativi*, comprendenti dunque due fine settimana, e pertanto il nuovo termine di quattordici giorni non comporta alcuna modifica dal punto di vista temporale⁴²⁷.

Analogamente a quanto previsto dalla vigente disciplina, la decorrenza del termine per recedere varia a seconda che l'oggetto del contratto sia un bene o un servizio: le nuove regole poste dalla direttiva sono dettagliate e più semplici rispetto a quelle vigenti⁴²⁸. I quattordici giorni decorrono:

a) nel caso di contratti di servizi, o 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, dal giorno della conclusione del contratto;

b) nel caso di contratti di vendita, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico dei beni o: 1) 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,

⁴²⁶ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 154; RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 110; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 879 ss.; RIVA I., *op. cit.*, p. 764.

⁴²⁷ DONA M., *op. ult. cit.*, p. 587; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 154; RIVA I., *op. cit.*, p. 764 ss.

⁴²⁸ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 875; RIVA I., *op. cit.*, p. 764 ss.

acquisisce il possesso fisico dell'ultimo bene; 2) nel caso 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; 3) 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 (art. 9, co. 2)⁴²⁹.

L'ultimo comma dell'art. 9 contiene una norma che discrimina i contratti a distanza rispetto a quelli conclusi al di fuori dei locali commerciali. Si prevede che gli Stati membri non vietano alle parti del contratto di adempiere ai loro obblighi contrattuali durante il periodo di recesso: tuttavia, nel caso di contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali, i legislatori nazionali possono introdurre norme che limitino la esecuzione della prestazione da parte del consumatore solo al momento successivo rispetto alla scadenza del termine per recedere⁴³⁰. Tuttavia, qualora sia stato concluso un contratto negoziato fuori dei locali commerciali, gli Stati membri possono mantenere la legislazione nazionale in vigore che vieta al professionista di percepire il pagamento da parte del consumatore durante un determinato periodo dopo la conclusione del contratto.

Circa le condizioni del recesso, la direttiva conferma che può essere esercitato dal consumatore senza fornire alcuna motivazione al professionista e a titolo gratuito, salvo eventuali costi quale conseguenza del rimborso e le spese di restituzione del bene previste dall'art. 13, co. 2, e dall'art. 14⁴³¹.

Come già anticipato nel paragrafo 2.14, l'art. 10 prevede che, in caso di omessa informazione preliminare sul recesso, il termine per recedere scada dodici mesi dopo la fine del periodo di recesso iniziale e, se il professionista fornisce al consumatore le informazioni sul recesso entro dodici mesi dal *dies*

⁴²⁹ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 156; RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 110; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 878 ss.

⁴³⁰ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 879.

⁴³¹ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 158; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 875; DONA M., *op. ult. cit.*, p. 587.

a quo di cui all'art. 9, co. 2, il periodo di recesso scade quattordici giorni dopo il giorno in cui il consumatore ha ricevuto le informazioni. Il prolungamento del termine per recedere ha funzione sanzionatoria e una finalità dissuasiva, più che afflittiva⁴³².

Quanto alle modalità di esercizio sul diritto di recesso, la direttiva detta importanti novità, per rendere la manifestazione di volontà di sciogliersi dal contratto più semplice per il consumatore.

Prima dello scadere dei quattordici giorni, il consumatore è tenuto ad informare il professionista della sua intenzione di recedere dal contratto: tale informazione può essere fornita in qualsiasi forma, purché sia esplicita. Del resto, è interesse del consumatore esercitare il recesso su un supporto durevole, così da avere la prova documentale dell'esercizio del diritto, posto che l'onere probatorio è a suo carico (art. 11, co. 4 e considerando n. 44). Affinché il recesso sia efficace nei confronti del consumatore, la comunicazione va inviata prima della scadenza del termine per recedere: si segue, dunque, il criterio della spedizione (art. 11, co. 2). La dichiarazione di recesso può essere fornita o utilizzando un modulo-tipo di recesso indicato all'allegato I, parte B della direttiva⁴³³, oppure presentando una qualsiasi altra dichiarazione esplicita della sua decisione di recedere dal contratto (art. 11, co. 1)⁴³⁴.

Inoltre, il modulo-tipo di recesso può essere compilato dal consumatore direttamente dal sito *web* del professionista, se quest'ultimo offre tale possibilità. In tal caso, spetta al professionista trasmettere al consumatore una conferma di ricevimento del recesso su un supporto durevole, che può essere anche una *email* (art. 11, co. 3)⁴³⁵.

⁴³² HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 154; RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 110, 111; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 880; RIVA I., *op. cit.*, p. 765.

⁴³³ Secondo l'art. 11, co. 1, secondo periodo, gli Stati membri non prevedono requisiti formali applicabili al modulo tipo di recesso diversi da quelli indicati all'allegato I, parte B.

⁴³⁴ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 155 ss.; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 880; RIVA I., *op. cit.*, p. 765 ss.

⁴³⁵ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 155 ss.; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 880; DONA M., *op. ult. cit.*, p. 588.

Diversamente dal regime attuale, non è previsto alcun obbligo di conferma tramite raccomandata dell'intenzione di recedere.

All'art. 12 sono illustrati gli effetti del recesso: a ben vedere, però, il legislatore comunitario ha utilizzato una terminologia insolitamente atecnica: «*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*». È stato evidenziato, in dottrina, che sarebbe stato opportuno indicare espressamente che - in caso di recesso - il consumatore può rifiutare di eseguire la prestazione di pagamento del corrispettivo ed ha diritto al rimborso di quanto già versato al professionista⁴³⁶.

Circa la sorte dei contratti accessori al contratto a distanza, analogamente a quanto previsto nella vigente disciplina, l'art. 15 prevede che - nel caso di recesso esercitato dal consumatore - sono automaticamente annullati eventuali contratti accessori, senza alcun onere economico a carico del consumatore se non quelli di cui all'art. 13, co. 2, e all'art. 14, e salvo quanto previsto dall'art. 15 della direttiva sul credito al consumo⁴³⁷.⁴³⁸ Inoltre, è rimessa agli Stati membri la facoltà di dettare norme dettagliate per la risoluzione di questi contratti (art. 15, co. 2)⁴³⁹.

⁴³⁶ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 154.

RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 111; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 881; DONA M., *op. ult. cit.*, p. 58.

⁴³⁷ Art. 15, direttiva 2008/48/CE: «*Il consumatore che abbia esercitato un diritto di recesso basato sulla normativa comunitaria riguardo a un contratto per la fornitura di merci o la prestazione di servizi non è più vincolato da un eventuale contratto di credito collegato. 2. Qualora le merci o i servizi oggetto di un contratto di credito collegato non siano forniti o siano forniti soltanto in parte o non siano conformi al contratto per la fornitura degli stessi, il consumatore ha il diritto di agire nei confronti del creditore se ha agito nei confronti del fornitore o prestatore, senza ottenere la soddisfazione che gli spetta ai sensi della legge o in virtù del contratto per la fornitura di merci o la prestazione di servizi. Gli Stati membri stabiliscono in che misura e a quali condizioni possono essere esperiti tali rimedi. 3. Il presente articolo si applica fatte salve le norme nazionali secondo cui, se il consumatore ha ottenuto il finanziamento per l'acquisto delle merci o dei servizi tramite un contratto di credito, il creditore risponde in solido con il fornitore di merci o il prestatore di servizi qualora il consumatore faccia valere una pretesa nei confronti di quest'ultimo*».

⁴³⁸ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 110, 111; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 885; DONA M., *op. ult. cit.*, p. 589; RIVA I., *op. cit.*, p. 767.

⁴³⁹ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 162.

Con riguardo agli obblighi incombenti sul professionista in caso di recesso, è previsto il rimborso – con lo stesso mezzo di pagamento usato dal consumatore per la transazione iniziale, salvo che questi abbia espressamente convenuto altrimenti - di tutti i pagamenti effettuati dal consumatore, eventualmente comprensivi di spese di consegna, senza indebito ritardo e comunque entro *quattordici giorni* dal giorno in cui è informato della decisione del consumatore di recedere dal contratto (art. 13, co. 1). Qualora il consumatore abbia scelto espressamente un tipo di consegna diverso dal tipo meno oneroso offerto dal professionista, quest'ultimo non è tenuto al rimborso dei costi supplementari in favore del consumatore (art. 13, co. 2): salvo tale ipotesi, l'esercizio del diritto di recesso non comporta alcuna responsabilità per il consumatore (art. 14, co. 5)⁴⁴⁰.

Secondo quanto previsto al terzo comma dell'art. 13, il professionista sarebbe legittimato a trattenere il rimborso finché non abbia ricevuto i beni oppure finché il consumatore non abbia dimostrato di aver rispedito i beni, a seconda di quale situazione si verifichi per prima. Trattasi di un mezzo di autotutela sproporzionato ed irragionevole, posto che nella prassi è il consumatore a versare in una situazione di debolezza, in quanto teme di sostenere costi elevati per la restituzione del bene o di non riuscire ad ottenere la ripetizione di quanto già pagato. Pertanto, sarebbe stato opportuno affidare al consumatore il rimedio di trattenere il bene finché non abbia ricevuto il rimborso del prezzo da parte del venditore⁴⁴¹.

Quanto agli obblighi incombenti sul consumatore in caso di recesso, la direttiva prevede che - a meno che il professionista abbia offerto di ritirare egli stesso i beni - il consumatore è tenuto a restituire i beni o a consegnarli al professionista (o a un terzo da lui autorizzato), senza indebito ritardo e in ogni caso entro quattordici giorni dalla data in cui ha comunicato al professionista la sua decisione di recedere dal contratto. Il termine è rispettato se il

⁴⁴⁰ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 155, 159; RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 110, 111; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 882; RIVA I., *op. cit.*, p. 765 ss.

⁴⁴¹ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 155; RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 110, 111; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 882; DONA M., *op. ult. cit.*, p. 588; RIVA I., *op. cit.*, p. 766.

consumatore rispetta i beni prima della scadenza del periodo di quattordici giorni. I costi della restituzione del bene – come già anticipato – sono a carico del consumatore, a meno che il professionista non abbia concordato di sostenerlo o abbia ommesso di informare il consumatore che tale costo è a suo carico (art. 14). Al consumatore – secondo l’orientamento dettato dalla già citata sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea⁴⁴² - possono essere addebitate solo le spese di restituzione del bene al professionista e non quelle di consegna⁴⁴³.

Secondo quanto previsto dal secondo comma dell’art. 14, il consumatore può utilizzare il bene in pendenza del termine per recedere. Tuttavia – diversamente da quanto previsto dall’art. 67, co. 2, c.cons. - il consumatore è responsabile della diminuzione del valore dei beni risultante da una manipolazione *diversa* da quella necessaria per stabilire la natura, le caratteristiche e il funzionamento dei beni⁴⁴⁴. Il consumatore è esente da tale responsabilità se non è stato informato sul diritto di recesso da parte del professionista.

Nell’ipotesi in cui il consumatore abbia esercitato il diritto di recesso dal contratto dopo aver inoltrato al professionista una richiesta di esecuzione del servizio prima della scadenza dei quattordici giorni (cfr. art. 8, co. 8), è tenuto a versare al professionista un importo proporzionale a quanto è stato fornito rispetto a tutte le prestazioni previste dal contratto, fino al momento in cui ha esercitato il diritto di recesso^{445 446}.

Esattamente come nella vigente disciplina, anche nella direttiva sono elencati i contratti conclusi i quali il consumatore non può esercitare il diritto di recesso (art. 16). Alcune esclusioni sono la conferma di quelle già contenute

⁴⁴² C – 511/2008.

⁴⁴³ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 155; RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 111; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 882 ss.; RIVA I., *op. cit.*, p. 766.

⁴⁴⁴ DONA M., *op. ult. cit.*, p. 589.

⁴⁴⁵ L’importo proporzionale che il consumatore deve pagare al professionista è calcolato sulla base del prezzo totale concordato nel contratto. Se detto prezzo totale è eccessivo, l’importo proporzionale è calcolato sulla base del valore di mercato di quanto è stato fornito.

⁴⁴⁶ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 111.

nella direttiva 97/7/CE⁴⁴⁷. Quanto ai nuovi contratti esclusi, in particolare, il diritto di recesso non è esercitabile:

- in caso di vendita a distanza di servizi, se l'inizio dell'esecuzione del contratto avviene prima della scadenza del termine per recedere con l'accordo espresso del consumatore e con l'accettazione del fatto che perderà il diritto di recesso a seguito della piena esecuzione del contratto da parte del professionista (lett. a)⁴⁴⁸;

- in caso di contratti per la fornitura di beni confezionati su misura o chiaramente personalizzati. Con riguardo a tale fattispecie, già prevista dalla vigente disciplina, si è osservato che sarebbe stato preferibile prevedere la espressa richiesta del consumatore alla fornitura di beni confezionati su misura o chiaramente personalizzati, poiché nella prassi sono frequenti i casi di personalizzazioni dei beni offerte in omaggio all'insaputa del consumatore, al fine di lasciarlo privo della possibilità di recedere (lett. c)⁴⁴⁹;

- 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 (lett. e);

- i contratti in cui il consumatore ha specificamente richiesto una visita da parte del professionista ai fini dell'effettuazione di lavori urgenti di riparazione o manutenzione. Se, in occasione di tale visita, il professionista fornisce servizi ulteriori rispetto a quelli specificamente richiesti dal consumatore o beni diversi dai pezzi di ricambio necessari per effettuare la manutenzione o le riparazioni, il diritto di recesso si applicherà a tali servizi o beni supplementari (lett. h). Quest'ultima previsione è estremamente positiva, in quanto capita spesso nella prassi che il professionista approfitti della chiamata del consumatore per offrire forniture ulteriori alle quali, invece, si applicheranno le norme sul recesso⁴⁵⁰;

⁴⁴⁷ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 162.

⁴⁴⁸ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 885 ss.; DONA M., *op. ult. cit.*, p. 589.

⁴⁴⁹ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 885 ss.; DONA M., *op. ult. cit.*, p. 589.

⁴⁵⁰ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 885 ss.; DONA M., *op. ult. cit.*, p. 589.

- la fornitura di giornali, periodici e riviste, ad eccezione dei contratti di abbonamento per la fornitura di tali pubblicazioni (lett. j). In questo caso, si è osservato, sarebbe stato meglio precisare che il diritto di recesso è escluso solo nel caso in cui il consumatore abbia aperto il bene sigillato⁴⁵¹;
- i contratti conclusi in occasione di un'asta pubblica (lett. k);
- 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 del tempo libero qualora il contratto preveda una data o un periodo di esecuzione specifici (lett. l)⁴⁵²;
- 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 (lett. m)⁴⁵³.

2.16 L'esecuzione del contratto e il passaggio del rischio.

La direttiva non contiene alcuna disposizione sul momento di conclusione del contratto: pertanto, anche in questo caso - mancando una norma di uniformazione - si dovrà ricorrere ai criteri dettati dal diritto contrattuale interno degli Stati membri.

Quanto all'esecuzione del contratto, l'art. 18 contiene una disciplina innovativa rispetto a quella vigente, con molti aspetti positivi.

La prestazione a carico del professionista, nel caso di vendita di un bene, consiste nella consegna del prodotto mediante il trasferimento del possesso o del controllo fisico al consumatore senza indebito ritardo e comunque non oltre *trenta giorni* dalla conclusione del contratto, salvo che le parti abbiano concordato un termine diverso per la consegna (co. 1)⁴⁵⁴. Nulla di diverso rispetto al regime vigente, quanto al termine di trenta giorni e alla possibilità

⁴⁵¹ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 885 ss.; DONA M., *op. ult. cit.*, p. 589.

⁴⁵² HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 162.

⁴⁵³ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 885 ss.; RIVA I., *op. cit.*, p. 768 ss.

⁴⁵⁴ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 164; RIVA I., *op. cit.*, p. 769.

delle parti di accordarsi su di un termine diverso per l'esecuzione del contratto. Cambia il *dies a quo* decorrono i trenta giorni: attualmente, dalla trasmissione dell'ordinazione; nella direttiva 2011/83/UE dalla conclusione del contratto.

Il legislatore europeo ha inteso armonizzare le norme nazionali relative al momento in cui dovrebbe avvenire la consegna, precisando che il luogo e le modalità di consegna e le norme sulla determinazione delle condizioni e del momento del trasferimento della proprietà dei beni, rimangano soggetti alla legislazione nazionale. Per "*controllo fisico del bene*" si intende il momento in cui il consumatore - o un terzo da lui indicato - ha libero accesso ai beni per utilizzarli come proprietario, ovvero ha la possibilità di rivenderli (considerando n. 51).

In caso di mancata consegna del bene entro il termine legale o quello convenuto tra le parti, il consumatore può diffidare il professionista a consegnare il bene in un termine supplementare, adeguato alle circostanze. Se il professionista non consegna il bene neanche entro il termine supplementare, il consumatore ha diritto di risolvere il contratto. La diffida del consumatore non è necessaria - e il contratto sarà risolto *ipso iure* - se il professionista si rifiuta di consegnare il bene o se il termine fissato per la consegna è da ritenersi essenziale per le circostanze o perché il consumatore ha comunicato al professionista che la consegna ad una data specifica è essenziale (co. 2)⁴⁵⁵.

Una volta risolto il contratto, il professionista è tenuto a rimborsare senza indebito ritardo tutti gli importi versati in esecuzione del contratto da parte del consumatore (co. 3). L'espressione "*senza indebito ritardo*" fornisce una tutela più astratta rispetto alla previsione esplicita di un termine entro il quale il professionista è tenuto a rimborsare al consumatore quanto già percepito.

L'ultimo comma dell'art. 18 fa salvi gli ulteriori rimedi previsti dalla legislazione nazionale in caso di inadempimento: ad esempio, il risarcimento del danno contrattuale (art. 1218 c.c.).

⁴⁵⁵ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 164; RIVA I., *op. cit.*, p. 769.

Inoltre, l'art. 20 della direttiva regola il passaggio del rischio nei contratti di vendita di beni, prevedendo che il professionista è responsabile di qualsiasi perdita o danneggiamento del bene, fino a quando il consumatore o un terzo da questi designato diverso dal vettore non acquisisca il possesso fisico del bene. Questa regola ha una eccezione: se il consumatore ha incaricato il vettore del trasporto dei beni - senza alcun coinvolgimento del professionista in questa scelta - il rischio della perdita o del danneggiamento del bene passa al consumatore con la sola consegna al vettore⁴⁵⁶. È facile immaginare che il professionista avrà interesse a fare in modo che la designazione del vettore sia effettuata dal consumatore, così da liberarsi del rischio di perdita o danneggiamento del bene con la consegna al vettore.

Quanto alla prestazione a carico del consumatore, questi è tenuto al pagamento del corrispettivo del bene o del servizio richiesto. È previsto il divieto al professionista di imporre ai consumatori - in relazione all'uso di determinati strumenti di pagamento - tariffe che superino quelle sostenute dal professionista per l'uso di detti strumenti (art. 19)⁴⁵⁷.

Al consumatore non può essere imposto di effettuare pagamenti supplementari senza aver ottenuto il suo consenso, da esprimere prima che sia vincolato dal contratto o dall'offerta. Se il professionista non ha ottenuto il consenso del consumatore ma lo ha dedotto utilizzando opzioni prestabilite che il consumatore deve deselezionare per esprimere il proprio rifiuto al pagamento supplementare, il consumatore ha diritto al rimborso dell'eventuale pagamento effettuato (art. 22)⁴⁵⁸. In questo modo, il legislatore ha inteso risolvere il problema dei costi occulti nelle vendite, specialmente in quelle *online*, in cui il consumatore si ritrovava inconsapevolmente consenziente ed obbligato a sostenere dei costi ulteriori solo per non aver deselezionato delle caselle precompilate dal professionista⁴⁵⁹. Il consenso ad eventuali pagamenti

⁴⁵⁶ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 164; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 903; RIVA I., *op. cit.*, p. 769.

⁴⁵⁷ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 164.

⁴⁵⁸ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 164; RIVA I., *op. cit.*, p. 770.

⁴⁵⁹ cfr. Capitolo I, paragrafo 1.4.3.

ulteriori va comunicato in via diretta dal consumatore e non può desumersi *indirettamente* per il solo fatto che questi non abbia deselezionato delle opzioni già formulate dal venditore. Non può esigersi un simile comportamento attivo del consumatore che si palesa come una indebita estorsione del suo consenso.

Come già anticipato, le disposizioni della direttiva relative alle tutele avverso i costi eccessivi per l'utilizzo di mezzi di pagamento o i costi occulti si applicano anche ai contratti di trasporto di passeggeri (art. 3, co. 3, lett. k; considerando n. 27).

Con riguardo ai costi delle comunicazioni telefoniche, l'art. 21 obbliga gli Stati membri a garantire che se il professionista mette a disposizione una linea telefonica per essere contattato dal consumatore in merito al contratto concluso, il consumatore non è tenuto a pagare più della tariffa di base. Resta impregiudicato il diritto degli operatori di servizi di telecomunicazione di applicare una tariffa per dette telefonate⁴⁶⁰.

Infine, quanto alla ipotesi di fornitura di un bene o di un servizio non richiesto dal consumatore – questione già affrontata dalla direttiva 97/7/CE – è previsto che il consumatore «è 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» e viene ribadito che l'ipotesi della fornitura non richiesta è vietata, essendo una pratica commerciale scorretta (dir. 2005/29/CE), come già precisato sopra. Inoltre, è confermato che l'assenza di una risposta da parte del consumatore in seguito alla fornitura non richiesta non costituisce consenso (art. 27)⁴⁶¹. Sul punto, valgono tutte le considerazioni già esposte nella sezione precedente.

Gli artt. 18 e 20 si applicano solo ai contratti di vendita: sono esclusi dal loro campo di applicazione i contratti per la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in

⁴⁶⁰ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 164.

⁴⁶¹ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 165; RIVA I., *op. cit.*, p. 769.

quantità determinata, di teleriscaldamento o di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale. Gli artt. 19, 21 e 22 si applicano a tutti i contratti di vendita e ai contratti di servizio nonché ai contratti di fornitura di acqua, gas, elettricità, teleriscaldamento o contenuto digitale (art. 17) comunque conclusi da un professionista ed un consumatore: pertanto, tali norme hanno una applicazione non limitata soltanto alle vendite a distanza⁴⁶².

⁴⁶² RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 107.

Sezione III – I contratti a distanza e l’uniformazione del diritto contrattuale europeo.

2.17 Il progetto di unificazione del diritto contrattuale europeo.

L’Unione europea, negli ultimi dieci anni, oltre ad essersi impegnata nella revisione dell’*acquis communautaire*, ha avviato anche un complesso processo di uniformazione del diritto contrattuale europeo il cui esito è rappresentato – come già anticipato – dalla presentazione di una proposta di regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita⁴⁶³.⁴⁶⁴

Le esigenze poste alla base del progetto di uniformazione del diritto contrattuale europeo corrispondono parzialmente a quelle poste alla base della revisione dell’*acquis communautaire*, già evidenziate nel paragrafo 2.11.

Invero, l’uniformazione del diritto contrattuale europeo non ha un ambito limitato alla disciplina a tutela del consumatore, riguardando anche i contratti conclusi tra professionisti (B2B); la sua principale vocazione consiste nella risoluzione dei problemi pratici connessi agli scambi transfrontalieri, essendo finalizzata al perfezionamento e alla efficienza del mercato interno⁴⁶⁵.

Poiché il mercato interno è fondato su una moltitudine di contratti regolati da discipline nazionali diverse, tale disomogeneità normativa comporta inevitabilmente costi transattivi o di consulenza giuridica a carico delle imprese che potrebbero essere evitati - o quantomeno ridotti – con l’applicazione di regole comuni⁴⁶⁶.

⁴⁶³ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita, COM(2011) 635 def. dell’ 11 ottobre 2011.

⁴⁶⁴ HOWELLS G., *op. cit.*, p. 182 ss.; CASTRONOVO C., *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e diritto privato*, 2012, p. 289.

⁴⁶⁵ BASEDOW J., *op. cit.*, p. 86 ss.

⁴⁶⁶ STAUDENMAYER D., *op. cit.*, p. 17; HOWELLS G., *op. cit.*, p. 176; STANZIONE P., *op. cit.*, p. 625 ss.

Inoltre, la diversità di regimi normativi è fonte di incertezza giuridica sia per le imprese sia per i consumatori⁴⁶⁷.

Tutto ciò si traduce in un disincentivo per questi ultimi e – in particolar modo - per le piccole e medie imprese a concludere transazioni transfrontaliere, specialmente se sono residenti od operanti negli Stati membri più piccoli o con minore densità di popolazione, a danno della concorrenza e del buon funzionamento nel mercato interno⁴⁶⁸.

La visione di uniformare il diritto contrattuale europeo era stata già attuata a livello accademico da alcune commissioni di studiosi che avevano predisposto testi che successivamente hanno costituito la base per i lavori condotti sotto l'egida delle istituzioni comunitarie: ci si riferisce, in particolare, ai *Principi del Diritto Europeo dei Contratti e delle Obbligazioni* (2000) - elaborati dalla commissione coordinata dai professori Ole Lando e Hugh Beale - e al *Codice europeo dei contratti* - elaborato dall'Università di Pavia (2001)⁴⁶⁹.

Successivamente, la Commissione europea con la comunicazione COM (2001) 398 def. sul diritto contrattuale europeo⁴⁷⁰ ha allargato il dibattito sul diritto europeo dei contratti coinvolgendo le istituzioni comunitarie⁴⁷¹ e gli

⁴⁶⁷ STANZIONE P., *op. cit.*, p. 625 ss.

⁴⁶⁸ Libro Verde della Commissione sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per consumatori e le imprese COM (2010) 348, *passim*; BASEDOW J., *op. cit.*, p. 86.

⁴⁶⁹ ALPA G., *Towards*, cit., p. 24 ss.; SCHULZE R. e STUYCK J., *Towards a European Contract Law*, 2011, p. 3 ss.; ADAR Y. e SIRENA P., *Principles and Rules in the Emerging European Contract Law: From the PECL to the CESL, and Beyond*, in *ERCL*, vol. 9, 2013, p. 4 ss.; HONDIUS E., *Towards an Optional Common European Sales Law*, in *European Review of Private Law*, 2011, p. 710 ss.; CASTRONOVO C., *op. cit.*, p. 289; STANZIONE P., *op. cit.*, p. 624 ss.

⁴⁷⁰ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul diritto contrattuale europeo, 11 luglio 2001, COM (2001) 398 def.

⁴⁷¹ In realtà, il Parlamento europeo si era già pronunciato sulla opportunità di armonizzare il diritto privato sostanziale, cfr. GU C 158 del 26.6.1989, p. 400 (Risoluzione A2-157/89) e GU C 205 del 25.7.1994, p. 518 (Risoluzione A3- 0329/94). Inoltre, con la Risoluzione del 16 marzo 2000 (in GU C 377 del 29.12.2000, Risoluzione B5-0228, 0229 – 0230 / 2000, p. 326, punto 28) il Parlamento europeo ha ritenuto che «una maggiore armonizzazione nel settore del diritto civile sia divenuta essenziale nel mercato interno» ed ha chiesto alla Commissione di effettuare uno studio su tale materia. ALPA G., *L'armonizzazione del diritto contrattuale*, cit., p. 169; ALPA G., *Diritto privato europeo: fonti normative e programmi di armonizzazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, p. 28; ALPA G. e CONTE G., *Dal progetto generale di Common Frame alla revisione dell'acquis communautaire*, in NAVARRETTA E., *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, atti del convegno, Pisa, 25-26 maggio 2007, Milano, 2007, p. 663; CONTE G., *op. ult. cit.*, p. 61; SCHULZE R. e STUYCK J., *op. cit.*, p. 4; BASEDOW J., *op. cit.*, p. 84 ss.

stakeholders (imprese, professionisti, studiosi del diritto e associazioni dei consumatori), dando impulso ad un'ampia consultazione pubblica sulla realizzazione di un diritto europeo dei contratti volto a rimuovere gli ostacoli al buon funzionamento del mercato interno e a favorire gli scambi transfrontalieri, per i quali si ponevano problemi circa la conclusione del contratto, la sua interpretazione ed esecuzione⁴⁷².

Già in questa comunicazione la Commissione ha presentato varie opzioni per la realizzazione dell'uniformazione del diritto contrattuale europeo, tra le quali era compresa l'elaborazione di uno strumento comunitario a carattere trasversale che fosse completo ed esauriente sul piano del diritto contrattuale sostanziale.

Pochi anni dopo, nella comunicazione del 2003 dedicata alla «*Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo - Un piano d'azione*»⁴⁷³ - sulla base delle risposte ottenute all'esito della consultazione avviata nel 2001 - la Commissione europea ha proposto tre soluzioni per l'uniformazione del diritto contrattuale europeo: la elaborazione di un "quadro comune di riferimento" - contenente principi e terminologie comuni e norme-tipo utilizzabili dal legislatore comunitario e nazionale - o di clausole e condizioni contrattuali *standard* o di uno strumento opzionale di diritto europeo dei contratti⁴⁷⁴.

Con la comunicazione del 2004⁴⁷⁵ dedicata al «*Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro*», la Commissione ha specificato che non intende proporre un codice civile europeo che armonizzi il diritto contrattuale degli Stati membri, ma che intende adottare un «*quadro comune di riferimento*» (o *Common Frame of Reference*, CFR). È stata

⁴⁷² ALPA G., *L'armonizzazione del diritto contrattuale*, cit., p. 169; ALPA G., *Diritto privato europeo*, cit., p. 28; ALPA G. e CONTE G., *op. cit.*, p. 666 ss.; SCHULZE R. e STUYCK J., *op. cit.*, p. 4; CASTRONOVO C., *op. cit.*, 2012, p. 289 ss.; STANZIONE P., *op. cit.*, p. 624 ss.

⁴⁷³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio «*Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo: un piano d'azione*» del 12 febbraio 2003, COM (2003) 68 def.

⁴⁷⁴ Libro Verde della Commissione sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per consumatori e le imprese COM (2010) 348, *passim*; ALPA G., *L'armonizzazione del diritto contrattuale*, cit., p. 173; ALPA G. e CONTE G., *op. cit.*, p. 666 ss.; CONTE G., *op. ult. cit.*, p. 76; CASTRONOVO C., *op. cit.*, p. 290; STANZIONE P., *op. cit.*, p. 624 ss.

⁴⁷⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio «*Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro*» dell'11 ottobre 2004, COM (2004) 651 def.

accantonata l'opzione di elaborare un codice europeo di diritto contrattuale e si è scelto di realizzare uno strumento non vincolante e flessibile che possa essere utilizzato liberamente dagli interessati negli scambi transfrontalieri⁴⁷⁶.

Come indicato dalla Commissione, il CFR sarebbe stato in grado di svolgere molteplici funzioni: ad esempio, avrebbe potuto contribuire alla semplificazione dell'*acquis* esistente, contenendo al suo interno definizioni chiare ed univoche di termini giuridici, principi fondamentali e regole di diritto contrattuale⁴⁷⁷. Inoltre, il CFR sarebbe stato utilizzato anche dai legislatori nazionali nelle operazioni di recepimento nell'ordinamento interno delle direttive comunitarie di diritto contrattuale o nell'adozione di norme di diritto contrattuale in settori non disciplinati a livello comunitario. Il CFR sarebbe stato impiegato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea per l'interpretazione dell'*acquis* in materia di diritto contrattuale, nonché dalla giustizia privata, che si sarebbe avvalsa di tale strumento per risolvere le controversie devolute dalle parti alla sua cognizione⁴⁷⁸.

A seguito della Comunicazione del 2004, la Commissione europea nella prima relazione annuale sullo stato di avanzamento dei lavori in materia di diritto contrattuale europeo e di revisione dell'*acquis* (2005), ha proposto la costituzione di gruppi di studio e di discussione composti da esperti rappresentanti degli operatori economici e dei consumatori che avrebbero avuto l'incarico di individuare problemi e fornire soluzioni per uniformare il diritto contrattuale europeo (c.d. *CFR-net*)⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ HOWELLS G., *op. cit.*, p. 174 ss.; STANZIONE P., *op. cit.*, p. 624 ss.

⁴⁷⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio «*Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro*» dell'11 ottobre 2004, COM (2004) 651 def., p. 3.

⁴⁷⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio «*Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro*» dell'11 ottobre 2004, COM (2004) 651 def., p. 6; ALPA G. e CONTE G., *op. cit.*, p. 666 ss.

⁴⁷⁹ Prima relazione annuale sullo stato di avanzamento dei lavori in materia di diritto contrattuale europeo e di revisione dell'*acquis*, del 23 settembre 2005, COM (2005) 456 def.; CASTRONOVO C., *op. cit.*, p. 290 ss.; CASTRONOVO C., *L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita, in Europa e diritto privato*, 2011, p. 837 ss.

Il lavoro del CFR-net ha avuto quale esito la pubblicazione, nel 2009, del progetto di quadro comune di riferimento (*Draft Common Frame of Reference*, DCFR) realizzato dal *Research Group on EC Private Law* (c.d. *Acquis Group*) e dallo *Study Group on a European Civil Code*, uno strumento opzionale di diritto contrattuale volto alla razionalizzazione e alla semplificazione del diritto contrattuale europeo. Il DCFR contiene definizioni, principi e norme-tipo di diritto civile, e riguarda sia il diritto dei contratti sia la responsabilità extracontrattuale, ed è applicabile sia ai contratti B2B sia a quelli conclusi con i consumatori: costituisce, in sostanza, l'evoluzione dei progetti già elaborati a livello europeo e internazionale - in particolare, dei PECL a cui si è già fatto riferimento - e si è proposto come una sorta di codice di diritto europeo dei contratti⁴⁸⁰.

Con il Libro verde del 2010 sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese (COM 2010 348 def.)⁴⁸¹, la Commissione europea ha dato conto degli sviluppi e dei nuovi obiettivi che si è proposta di raggiungere per uniformare il diritto contrattuale europeo. In particolare, la Commissione è stata invitata a presentare una proposta su un quadro comune di riferimento per approfondire l'analisi della materia del diritto contrattuale europeo e per agevolare, rendendola meno onerosa per imprese e consumatori, la conclusione di contratti transfrontalieri. Per far fronte alla frammentazione del diritto contrattuale, si è proposto di elaborare uno *strumento opzionale* di diritto contrattuale che, inizialmente, era stato concepito per essere utilizzato o come uno strumento non vincolante - adatto

⁴⁸⁰ ALPA G., *Towards*, cit., p. 24 ss.; ALPA G., *L'armonizzazione del diritto contrattuale*, cit., p. 173; HONDIUS E., *op. cit.*, p. 709 ss.; HOWELLS G., *op. cit.*, p. 175 ss.; SCHULTE -NÖLKE H., *Scope and Function of the Optional Instrument on European Contract Law*, in SCHULZE R. e STUYCK J., *Towards a European Contract Law*, 2011, p. 35; SCHULZE R. e STUYCK J., *op. cit.*, p. 3; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 861 ss.; CASTRONOVO C., *Sulla proposta di regolamento*, cit., p. 290 ss.; CASTRONOVO C., *L'utopia della codificazione europea*, cit., p. 837 ss.

⁴⁸¹ Libro Verde della Commissione sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per consumatori e le imprese COM (2010) 348.

però a migliorare la coerenza e la qualità della legislazione UE - o come uno strumento vincolante, parallelo agli ordinamenti nazionali⁴⁸².

Sulla base di queste premesse, mentre sul fronte della revisione dell'*acquis communautaire* proseguiva l'*iter* di approvazione della direttiva 2011/83/UE, sul fronte del diritto contrattuale europeo è stato elaborato nel mese di agosto del 2011 a cura dell'*Expert Group* una bozza di regolamento, uno strumento opzionale adottabile dalle parti come legge applicabile al contratto, ed è utilizzabile in particolar modo per disciplinare le operazioni economiche transfrontaliere (c.d. *Feasibility Text*). Il testo comprende sia le regole generali in materia di contratti sia regole più specifiche in materia di vendita e servizi accessori, nonché regole sui contratti B2C e B2B⁴⁸³.

Infine, l'11 ottobre 2011 – con solo due settimane di anticipo rispetto alla approvazione della direttiva 2011/83/UE - è stata presentata dalla Commissione europea la proposta di regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita (o *Common European Sales Law*, CESL), COM (2011) 635 def.⁴⁸⁴.

La scelta dello strumento normativo per la disciplina del diritto contrattuale europeo è ricaduta sul regolamento poiché – diversamente dalla direttiva – ha un testo immodificabile da parte degli Stati Membri ed è stato

⁴⁸² Libro Verde della Commissione sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per consumatori e le imprese COM (2010) 348, *passim*; BERLINGUER L., *The Debate on CESL in the European Parliament*, in *The Proposed Common European Sales Law – The Lawyer's View*, a cura di ALPA G., CONTE G., PERFETTI U., GRAF VON WESTPHALEN F., 2013, p. 45; SCHULZE R. e STUYCK J., *op. cit.*, p. 4 ss.; MICKLITZ H.W., *A Certain Future for the Optional Instrument*, in SCHULZE R. e STUYCK J., *Towards a European Contract Law*, 2011, p. 181; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 861 ss.

⁴⁸³ ALPA G., *Towards*, *cit.*, p. 24 ss.; SCHULTE –NÖLKE H., *Scope and Function of the Optional Instrument on European Contract Law*, in SCHULZE R. e STUYCK J., *Towards a European Contract Law*, 2011, p. 35; CRAVETTO C., *Conference Report: "Towards a European Contract law" in Leuven, Belgium, 3 June 2011*, in *European Review of Private Law*, 2011, p. 1029 ss.; HONDIUS E., *op. cit.*, p. 709 ss.; SCHULZE R. e STUYCK J., *op. cit.*, p. 3 ss.; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 139 ss.; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 861 ss.; CASTRONOVO C., *Sulla proposta di regolamento*, *cit.*, p. 290 ss.; CASTRONOVO C., *L'utopia della codificazione europea*, *cit.*, p. 837 ss.; D'AMICO G., *op. cit.*, p. 616 ss.

⁴⁸⁴ CONTE G., *op. ult. cit.*, p. 77; GRAF VON WESTPHALEN F., *Some Preliminary Remarks*, in *The Proposed Common European Sales Law – The Lawyer's View*, a cura di ALPA G., CONTE G., PERFETTI U., GRAF VON WESTPHALEN F., 2013, p. 11; HONDIUS E., *op. cit.*, p. 709 ss.; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *Op. cit.*, p. 139 ss.; REDING. V., *The Next steps Further*, in SCHULZE R. e STUYCK J., *Towards a European Contract Law*, 2011, p. 18; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 861 ss.; D'AMICO G., *op. cit.*, p. 611 ss.; SIRENA. P., *op. cit.*, p. 634 ss.

concepito come uno strumento *opzionale* che può essere scelto dalle parti come legge applicabile al contratto, ed è utilizzabile in particolar modo per disciplinare le vendite transfrontaliere: tuttavia, il legislatore europeo lascia gli Stati membri liberi di prevedere che esso possa essere applicato anche negli scambi interni, non solo a quelli effettuati oltre frontiera⁴⁸⁵.

La proposta di regolamento per un diritto comune europeo della vendita consiste in un *corpus* di norme uniformi di diritto contrattuale che regolano l'intera vita del contratto⁴⁸⁶. In particolare, sebbene al momento della presentazione della proposta di regolamento si facesse riferimento al contratto *in generale*, nel testo emendato nel mese di febbraio 2013⁴⁸⁷, si dà maggiore risalto alle vendite a distanza, sostanzialmente mutando lo scopo iniziale della CESL, segno che per le istituzioni comunitarie è un obiettivo prioritario la crescita delle vendite a distanza nel mercato interno.

Di conseguenza, le vendite a distanza, da tema *complementare* alla vendita in generale, diventeranno o potrebbero diventare il tema *principale* della CESL: questo mutamento di prospettiva è stato chiaramente enunciato dal considerando n. 9, emendato: «*Il presente regolamento istituisce un diritto comune europeo della vendita per i contratti a distanza e in particolare per i contratti online. Esso si avvicina al diritto dei contratti degli Stati membri, non già imponendo modifiche ai regimi primari dei diritti nazionali dei contratti ma creando nell'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro un secondo regime di diritto dei contratti per i contratti rientranti nel suo campo di applicazione. Tale secondo regime direttamente applicabile dovrebbe costituire parte integrante dell'ordinamento giuridico applicabile sul territorio degli Stati membri. Nella misura in cui il suo ambito lo permetta e le*

⁴⁸⁵ SCHULZE R. e STUYCK J., *op. cit.*, p. 3; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 861 ss.; D'AMICO G., *op. cit.*, p. 611 ss.

⁴⁸⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un diritto comune europeo della vendita per agevolare le transazioni commerciali transfrontaliere nel mercato unico*, COM (2011) 636, def. dell'11 ottobre 2011, p. 8; SCHULZE R. e STUYCK J., *op. cit.*, p. 6 ss.; SIRENA. P., *op. cit.*, p. 634 ss.

⁴⁸⁷ Progetto di relazione sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita (COM (2011)635 – C7-329/2011 – 2011/284(COD)) del 18 febbraio 2013.

parti concordino validamente di utilizzarlo, il diritto comune europeo della vendita dovrà essere applicato anziché il regime primario del diritto dei contratti nazionale in seno a detto ordinamento giuridico. Esso dovrà essere identico in tutta l'Unione e coesistere con le norme vigenti di diritto nazionale dei contratti. Il diritto comune europeo della vendita si applicherà ai contratti transfrontalieri su base volontaria e per accordo espresso delle parti»^{488 489}.

Sulla natura del regolamento, e sui suoi rapporti con la disciplina nazionale, la Commissione europea ha inteso predisporre un testo che: 1) farà parte del diritto di ciascun Stato membro a titolo di “secondo regime” di diritto contrattuale, alternativo al diritto interno che si applicherebbe secondo le regole di diritto internazionale privato; 2) instaura un regime meramente *facoltativo* (2° regime), cioè le parti possono scegliere se applicare al contratto le norme del regolamento (*opt-in*), oppure se lasciare che questo venga disciplinato dalle norme di diritto contrattuale nazionale; 3) disciplina il contratto di vendita, ed è utile soprattutto per regolare gli acquisti *online*, che costituiscono la modalità di vendita del futuro e che attualmente stentano a crescere per la diversità tra i diritti contrattuali nazionali; 4) contiene disposizioni che seguono l'intero ciclo di vita del contratto, dagli obblighi di informazione precontrattuale alla sua conclusione, ai rimedi contro

⁴⁸⁸ Progetto di relazione sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita (COM (2001)635 – C7-329/2011 – 2011/284(COD)) del 18 febbraio 2013, p. 5-6.

⁴⁸⁹ Ma cfr. anche il considerando n. 8 della CESL: «*Le barriere legate al diritto dei contratti impediscono ai consumatori e ai professionisti di sfruttare pienamente il potenziale del mercato interno e sono particolarmente importanti nell'ambito della vendita a distanza che dovrebbe costituire uno dei risultati tangibili del mercato interno. In particolare, la dimensione digitale del mercato interno sta diventando essenziale tanto per i consumatori quanto per i professionisti dato che i consumatori fanno sempre più acquisti su Internet e un numero crescente di professionisti effettua vendite online. Dato che i mezzi tecnologici di comunicazione e di informazione sono in costante sviluppo e diventano sempre più accessibili, il potenziale di crescita delle vendite su Internet è molto elevato. Di fronte a tale scenario e per sormontare tali barriere legate al diritto dei contratti, alle parti dovrebbe essere riconosciuta la possibilità di convenire che i contratti che concludono a distanza e, in particolare, online, rispondano a un corpus unico e uniforme di norme di diritto dei contratti che abbiano lo stesso significato e siano interpretate allo stesso modo in tutti gli Stati membri: il diritto comune europeo della vendita. Detto diritto comune europeo della vendita dovrebbe rappresentare un'opzione in più per il commercio a distanza, e in particolare via Internet, che amplia la scelta delle parti ed è percorribile quando entrambe la considerano utile per facilitare gli scambi transfrontalieri e ridurre i costi di transazione e di opportunità, non meno di altri ostacoli che il diritto dei contratti oppone al commercio transfrontaliero. È auspicabile che diventi la base di un rapporto contrattuale solo qualora le parti decidano congiuntamente di applicarlo».*

l'inadempimento; 5) può essere applicato anche se una sola delle parti sia stabilita in uno Stato membro, dunque è utilizzabile anche per le transazioni con i Paesi terzi⁴⁹⁰.

La disciplina contenuta nella proposta di regolamento è applicabile – con le dovute differenze – sia ai contratti conclusi tra professionisti (B2B) sia ai contratti conclusi tra professionisti e consumatori (B2C) e si presenta come una raccolta completa di norme di diritto contrattuale generale e di quelle più specifiche del contratto di vendita e dei suoi contratti accessori⁴⁹¹.

Secondo quanto indicato dall'art. 7 della proposta di regolamento «*il diritto comune europeo della vendita può applicarsi ai soli contratti in cui il venditore di beni o il fornitore di contenuto digitale sia un professionista. Nei contratti in cui tutte le parti sono professionisti, il diritto comune europeo della vendita può applicarsi quando almeno una parte sia una piccola o media impresa (PMI). 2. Ai fini del presente regolamento, è una PMI il professionista che: (a) occupa meno di 250 persone, e (b) ha un fatturato annuo non superiore ai 50 milioni di euro oppure un totale di bilancio annuo non superiore ai 43 milioni di euro o, per una PMI che ha la residenza abituale in uno Stato membro la cui valuta non è l'euro o in un paese terzo, a un importo equivalente nella valuta di quello Stato membro o quel paese terzo*»⁴⁹².

Alla luce dell'avvicendamento di vari documenti delle istituzioni comunitarie sopra descritto, la dottrina si è domandata come mai si sia passati tanto rapidamente dalla idea di adottare un testo sul diritto contrattuale

⁴⁹⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un diritto comune europeo della vendita per agevolare le transazioni commerciali transfrontaliere nel mercato unico*, COM (2011) 636, def. dell'11 ottobre 2011; GRAF VON WESTPHALEN F., *op. cit.*, p. 11 ss.; HOWELLS G., *op. cit.*, p. 176; SIRENA. P., *op. cit.*, p. 634 ss.; D'AMICO G., *op. cit.*, p. 611 ss.; STAUDENMAYER D., *op. cit.*, p. 28; PERFETTI U., *Draft Optional Regulation on a Common European Sales Law – First Considerations*, in *The Proposed Common European Sales Law – The Lawyer's View*, a cura di ALPA G., CONTE G., PERFETTI U., GRAF VON WESTPHALEN F., 2013, p. 51.

⁴⁹¹ SCHULZE R. e STUYCK J., *op. cit.*, p. 7 ss.; D'AMICO G., *op. cit.*, p. 611 ss.

⁴⁹² LANDO O., *Comments and Questions Relating to the European Commission's Proposal for Regulation on a Common European Sales Law*, in *European Review of Private Law*, 2011, p. 720.

generale a quella di adottare un testo limitato principalmente al contratto di vendita, e ora alle vendite a distanza. Invero, il compito affidato all'*Expert Group* consisteva nell'assistere la Commissione nella preparazione di una proposta relativa a un quadro comune di riferimento nel settore del *diritto europeo dei contratti*, incluso il diritto contrattuale dei consumatori e delle imprese, sulla base dei risultati ai quali si era già pervenuti con il *Draft Common Frame of Reference*⁴⁹³.

Secondo alcuni autori, la CESL avrebbe uno scopo materiale limitato. A ben vedere, tuttavia, l'idea di elaborare un diritto comune europeo *della vendita* non è meno ambiziosa di quella iniziale di uniformare il diritto europeo *dei contratti*, anzi costituisce un enorme passo in avanti, essendo la vendita il contratto di scambio per antonomasia, sul quale si regge effettivamente il mercato, inteso come luogo di incontro di domanda ed offerta⁴⁹⁴.

Le finalità che la CESL si propone di conseguire sono indicate chiaramente all'art. 1 della proposta di regolamento: «1. *Il presente regolamento intende migliorare le condizioni per l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, predisponendo nell'ordinamento giuridico di ogni Stato membro un corpus uniforme di norme di diritto dei contratti di cui all'allegato I ("diritto comune europeo della vendita")*. Dette norme possono essere utilizzate nelle transazioni transfrontaliere per la vendita di beni, la fornitura di contenuto digitale e la prestazione di servizi connessi, qualora le parti del contratto lo convengano. 2. *Il presente regolamento consente ai professionisti, in particolare le piccole e medie imprese (PMI) di avvalersi di un corpus comune di norme e applicare le stesse clausole contrattuali a tutte le loro transazioni transfrontaliere, riducendo così i costi superflui e garantendo nel contempo un livello elevato di certezza giuridica*. 3.

⁴⁹³ CASTRONOVO C., *Sulla proposta di regolamento*, cit., p. 290 ss.; D'AMICO G., *op. cit.*, p. 611 ss.

⁴⁹⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un diritto comune europeo della vendita per agevolare le transazioni commerciali transfrontaliere nel mercato unico*, COM (2011) 636, def. dell'11 ottobre 2011, *passim*; D'AMICO G., *op. cit.*, p. 611 ss.

Per quanto riguarda i contratti tra professionisti e consumatori, il presente regolamento contiene un corpus completo di norme a tutela dei consumatori intese a garantire un livello elevato di protezione, rafforzare la fiducia dei consumatori nel mercato interno e stimolarli ad acquistare oltre frontiera».

La disciplina generale del contratto contenuta nell'allegato I della proposta di regolamento, tuttavia, non è completa come quella propria di ciascuno Stato membro, essendo sprovvista della regolazione di alcuni importanti istituti. A tale proposito, la Commissione ha osservato che sebbene il «*diritto comune europeo della vendita*» aspiri ad essere «*un corpus completo di norme di diritto contrattuale*», tuttavia «*alcune materie che sono di grande importanza per i diritti nazionali e meno pertinenti per i contratti transfrontalieri (come le norme sulla capacità giuridica, l'invalidità/illiceità o la rappresentanza e la pluralità di debitori e creditori) non saranno trattate dal diritto comune europeo della vendita e continueranno ad essere regolate dalle norme della legge nazionale applicabile ai sensi del regolamento Roma I*»⁴⁹⁵. Il legislatore europeo ha adottato questa soluzione per risolvere eventuali controversie che dovessero sorgere in merito ad uno degli istituti non regolati dal CESL, ossia solo per quello specifico profilo la disciplina dettata dal diritto comune europeo della vendita verrà integrata con la legge nazionale applicabile secondo quanto previsto dal regolamento Roma I⁴⁹⁶.

Attualmente, secondo gli ultimi emendamenti alla CESL, tale previsione è contenuta nell'art. 11, comma 2: «*Le materie non rientranti nel campo di applicazione del diritto comune europeo della vendita sono regolate dalle norme pertinenti della legge nazionale applicabile in virtù del regolamento (CE) n. 593/2008, del regolamento (CE) n. 864/2007 o di altre norme*

⁴⁹⁵ Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), in G.U.U.E. L 177/6 del 4 luglio 2008.

⁴⁹⁶ Considerando n. 27 della proposta di regolamento COM (2011) 635 def.; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un diritto comune europeo della vendita per agevolare le transazioni commerciali transfrontaliere nel mercato unico*, COM (2011) 636, def. dell'11 ottobre 2011, p. 10; CONTE G., *op. ult. cit.*, p. 70, 71; HOWELLS G., *op. cit.*, p. 187 ss.; D'AMICO G., *op. cit.*, p. 611 e 622 ss.; STANZIONE P., *op. cit.*, p. 628 ss.

pertinenti sui conflitti di leggi. Tali materie comprendono: (a) la personalità giuridica; (b) l'invalidità del contratto derivante da incapacità giuridica, illegalità o immoralità, salvo quando i motivi alla base dell'illegalità o dell'immoralità siano trattati dal diritto comune europeo della vendita; (c) la determinazione della lingua del contratto; (d) la non discriminazione; (e) la rappresentanza; (f) la pluralità di debitori e creditori, la modifica delle parti compresa la cessione; (g) la compensazione e la fusione; (h) il diritto di proprietà, compreso il trasferimento del titolo; (i) il diritto della proprietà intellettuale; e, (j) la responsabilità extracontrattuale, compresa la questione se domande concorrenti attinenti alla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale possano essere fatte valere assieme».

Quanto ai rapporti tra la CESL e la Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci (c.d. "CISG"), è stato previsto nel considerando n. 25 della CESL che se le parti scelgono di adottare il diritto comune europeo della vendita tale opzione escluderà l'applicazione della CISG⁴⁹⁷. Di conseguenza, tra i due testi vi è un rapporto di alternatività e di indipendenza.

Il ridimensionamento che la CESL ha subito in corso d'opera, limitando il processo di uniformazione alle vendite nell'UE, è dovuto alla riluttanza mostrata da alcuni Stati membri nei confronti della ipotesi della "codificazione" del diritto contrattuale europeo e nella loro intenzione di conservare le loro tradizioni giuridiche⁴⁹⁸.

L'effetto di tale ridimensionamento consiste nel lasciare fuori dal progetto di uniformazione alcuni settori ma ciò non toglie che i contratti esclusi possano essere disciplinati anche in un secondo momento con un nuovo

⁴⁹⁷ Considerando n. 25, della proposta di regolamento COM (2011) 635 def.: «Qualora a disciplinare il contratto in questione sia la convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di merci, è opportuno che la scelta del diritto comune europeo della vendita comporti l'accordo delle parti ad escludere tale convenzione»; CONTE G., *op. ult. cit.*, p. 71; STAUDENMAYER D., *op. cit.*, p. 24.

⁴⁹⁸ ALPA G., *op. ult. cit.*, p. 29 ss.; GRAF VON WESTPHALEN F., *op. cit.*, p. 12; HOWELLS G., *op. cit.*, p. 176 ss.; D'AMICO G., *op. cit.*, p. 611 ss.; CRAVETTO C., *op. cit.*, p. 1030 ss.

intervento normativo: si precisa inoltre, che la proposta di regolamento sulle vendite riguarda solo i beni *mobili*⁴⁹⁹.

Le parti possono scegliere la CESL quale disciplina applicabile al contratto nelle seguenti ipotesi: se stipulano *a)* un contratto di vendita o *b)* un contratto di fornitura di contenuto digitale o *c)* un contratto di servizio connesso ai primi due (art. 5). L'art. 6 regola i casi in cui la CESL si applica anche ai contratti misti o collegati a quello principale per il quale le parti hanno scelto di adottare il diritto contrattuale europeo.

Va riconosciuto che l'aver disciplinato in maniera unitaria anche solo il contratto di vendita – compresa la parte relativa alla disciplina “generale” del contratto europeo - può contribuire efficacemente a migliorare il funzionamento del mercato interno. Invero, al contratto si applicano *contestualmente* sia le norme “generali” sia le norme “speciali” proprie del tipo contrattuale prescelto. In questo modo, il legislatore comunitario - pur avendo limitato la sua iniziativa alle vendite - ha previsto una disciplina organica di norme “generali” applicabili, astrattamente, a qualsiasi altro contratto e di norme “speciali” relative al contratto di vendita⁵⁰⁰.

2.18 I contratti a distanza nella proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita.

La proposta di regolamento sulle vendite nell'UE contiene diverse norme sui contratti a distanza, che in parte riproducono quelle dettate dalla direttiva 2011/83/UE.

Infatti, come già anticipato, la prossimità temporale – solo quindici giorni – tra l'adozione della direttiva e la presentazione della proposta di regolamento non è casuale. Durante l'insidioso *iter* normativo di formazione della direttiva i progetti procedevano parallelamente e, in un primo momento,

⁴⁹⁹ D'AMICO G., *op. cit.*, p. 611 ss.; CASTRONOVO C., *op. ult. cit.*, p. 294.

⁵⁰⁰ BASEDOW J. G., *European Contract Law – The case for a growing Optional Instrument*, in SCHULZE R. e STUYCK J., *op. cit.*, p. 169; D'AMICO G., *op. cit.*, p. 616 ss.

si era pensato persino di accorparli. Di conseguenza, le norme ivi contenute non presentano differenze rilevanti, provenendo da una comune matrice⁵⁰¹.

La struttura della proposta di regolamento è articolata in tre parti:

1) il regolamento (artt. 1-16);

2) l'allegato I del regolamento (artt. 1-186), contenente il testo del diritto comune europeo della vendita, che è a sua volta suddiviso in varie parti: la *parte I «Disposizioni preliminari»* detta i principi generali di diritto dei contratti che tutte le parti sono tenute a rispettare (buona fede, correttezza, libertà contrattuale, ecc.); la *parte II «Concludere un contratto vincolante»* contiene disposizioni sul diritto delle parti di ricevere informazioni precontrattuali essenziali e sulle modalità per concludere l'accordo tra le parti, oltre alle disposizioni specifiche sul diritto di recesso dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali e alle norme sull'annullamento dei contratti; la *parte III «Valutazione del contenuto del contratto»* contiene disposizioni generali per l'interpretazione delle clausole contrattuali, norme sul contenuto e gli effetti del contratto e criteri per individuare eventuali clausole abusive; la *parte IV «Obbligazioni e rimedi delle parti del contratto di vendita»* contempla le norme specifiche sugli obblighi del venditore e del compratore nei contratti di vendita e nei contratti di fornitura di contenuto digitale e contiene anche disposizioni sui rimedi in caso di inadempimento del compratore o del venditore; la *parte V «Obbligazioni e rimedi delle parti nei contratti di servizi connessi»* si riferisce ai servizi accessori al contratto di vendita di beni o di fornitura di contenuto digitale (installazione, riparazione ecc.); la *parte VI «Risarcimento del danno e interessi»* contiene norme comuni sul risarcimento del danno e sugli interessi nel caso di ritardo del pagamento; la *parte VII «Restituzione»* contiene le norme sulle restituzioni come conseguenza dell'annullamento o della risoluzione del contratto; la *parte VIII «Prescrizione»* disciplina gli effetti del decorso del tempo sull'esercizio dei diritti derivanti dal contratto; infine, l'*appendice 1*, contiene le istruzioni sul

⁵⁰¹ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 139 ss.

recesso che il professionista deve fornire al consumatore prima della conclusione di un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali, mentre l'*appendice 2* contiene lo schema-tipo di recesso;

3) l'allegato II, contenente una nota informativa *standard* sul diritto comune europeo della vendita che il professionista deve rilasciare al consumatore prima che le parti concordino di applicare il diritto comune europeo della vendita⁵⁰².

Da questa breve panoramica sulla struttura della proposta di regolamento si evince che le norme relative ai contratti a distanza non hanno una specifica sezione loro dedicata, ma sono contenute in ordine sparso sia nella parte denominata "regolamento" sia nell'allegato I.

Ultimamente, i relatori della CESL hanno osservato che la articolazione della CESL in un regolamento introduttivo e in un allegato ha comportato molta confusione. Di conseguenza, è molto probabile che la versione definitiva della CESL vedrà combinati il regolamento e l'allegato, così da avere un testo unitario.

Le definizioni contenute nell'art. 2 della CESL sono più numerose di quelle della direttiva 2011/83/UE ma sostanzialmente non si registrano notevoli differenze tra le disposizioni.

Vi sono, tuttavia, significative eccezioni.

La definizione di "consumatore" è più articolata rispetto a quella della direttiva 2011/83/UE, tanto che è stata ricompresa nella figura di consumatore l'ipotesi del professionista che acquista il bene o il servizio per uso promiscuo.

È "consumatore" «*la persona fisica che agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale; nel caso di contratti con duplice scopo, qualora il contratto sia concluso per fini che parzialmente rientrano nel quadro delle attività commerciali della persona e parzialmente ne restano al di fuori e lo scopo commerciale sia talmente limitato da non risultare predominante nel contesto*

⁵⁰²GRAF VON WESTPHALEN F., *op. cit.*, p. 12; LANDO O., *op. cit.*, p. 718 ss.; CASTRONOVO C., *op. ult. cit.*, p. 291; STANZIONE P., *op. cit.*, p. 624, 628 ss.; ADAR Y. e SIRENA P., *op. cit.*, p. 6 ss.

generale del contratto, la persona in questione dovrebbe altresì essere considerata un consumatore» (art. 2, lett. f)⁵⁰³. Invece, per quanto riguarda la definizione di “*bene*”, la CESL - a differenza della direttiva 2011/83/UE – non comprende in tale indicazione il gas naturale e l’elettricità, nonché l’acqua e altri tipi di gas, quando non sono messi in vendita in un volume delimitato o in quantità determinata⁵⁰⁴.

Rispetto alla succinta definizione di “*contenuto digitale*” contenuta nella direttiva 2011/83/UE⁵⁰⁵, la CESL fornisce una descrizione più completa e ricca di indicazioni: «*i dati prodotti e forniti in formato digitale, secondo o meno le indicazioni del consumatore, inclusi le registrazioni audio o video, le immagini o i contenuti digitali scritti, i giochi digitali, il software e il contenuto digitale che permette di personalizzare l’hardware o il software esistente, ed esclusi: i) i servizi finanziari, compresi i servizi bancari online; ii) la consulenza legale o finanziaria per via elettronica; iii) i servizi di assistenza sanitaria per via elettronica; iv) i servizi e le reti di comunicazione elettronica, le infrastrutture e i servizi collegati; v) i giochi d’azzardo; vi) la creazione di nuovo contenuto digitale e la modifica del contenuto digitale esistente ad opera del consumatore, o altra interazione con le creazioni di altri utenti*»⁵⁰⁶.

Inoltre, è previsto espressamente che il diritto comune europeo della vendita si applica anche ai contratti di *cloud computing*⁵⁰⁷, ossia a contratti assimilabili alla vendita secondo i quali il contenuto digitale o i servizi afferenti siano forniti utilizzando una “nuvola informatica” che permette di scaricarli o di immagazzinarli temporaneamente.

Per quanto concerne l’obbligo di informazione precontrattuale a carico del professionista, la disciplina della CESL (artt. 13 – 16 dell’allegato I) non presenta novità rispetto a quanto previsto dall’art. 6 della direttiva

⁵⁰³ CONTE G., *op. ult. cit.*, p. 75; CLIVE E., *op. cit.*, *passim*; LANDO O., *op. cit.*, p. 720; CASTRONOVO C., *op. ult. cit.*, p. 302.

⁵⁰⁴ CASTRONOVO C., *op. ult. cit.*, p. 293.

⁵⁰⁵ Art. 2, n. 11: «*i dati prodotti e forniti in formato digitale*».

⁵⁰⁶ HONDIUS E., *op. cit.*, p. 712 ss.; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 904.

⁵⁰⁷ Considerando 17 *bis* della CESL, introdotto nel febbraio 2013.

2011/83/UE, ad ulteriore conferma che i due testi hanno viaggiato sullo stesso binario normativo⁵⁰⁸.

L'unica eccezione è costituita dalla indicazione che solo per le informazioni relative al prezzo e alle spese aggiuntive (art. 14) è previsto che debbano essere fornite o rese disponibili al consumatore in modo consono al mezzo di comunicazione a distanza impiegato, essere formulate in un linguaggio semplice e comprensibile e, in quanto presentate su un supporto durevole, essere leggibili (art. 13, comma 2, allegato I CESL)⁵⁰⁹. Non si comprende la ragione di limitare tali prescrizioni solo alle informazioni sul prezzo e sulle spese, anziché estenderle – come previsto dalla direttiva 2011/83/UE (art. 8, co. 1) e prima ancora dalla direttiva 97/7/CE *a tutte le informazioni*.

Secondo quanto previsto dal comma 3, art. 13, allegato I CESL, il professionista non ha alcun obbligo di informazione precontrattuale se vengono stipulati i contratti:

1) di fornitura di alimenti, bevande o altri beni destinati al consumo domestico corrente e materialmente forniti da professionisti in passaggi frequenti e regolari al domicilio, alla residenza o al posto di lavoro del consumatore;

2) conclusi tramite distributori automatici o locali commerciali automatizzati;

3) negoziati fuori dei locali commerciali, se il prezzo totale non è superiore a 50 euro.

A ben vedere, i primi due tipi di contratti a cui non si applicano le norme sulla informazione precontrattuale a carico del professionista sono gli stessi che sono totalmente esclusi dalla applicabilità della direttiva 2011/83/UE (art.

⁵⁰⁸ HONDIUS E., *op. cit.*, p. 712 ss.; BEALE H e HOWELLS G., *Pre-contractual Information Duties in the Optional Instrument*, in SCHULZE R. e STUYCK J., *Towards a European Contract Law*, 2011, p. 49, 53 ss.; HOWELLS G., *op. cit.*, p. 173 ss.; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 139 ss.; CLIVE E., *op. cit., passim*; CASTRONOVO C., *op. ult. cit.*, p. 300; RIVA I., *op. cit.*, p. 771; CRAVETTO C. e PASA B., *op. cit.*, p. 763 ss.

⁵⁰⁹ CLIVE E., *op. cit., passim*; RIVA I., *op. cit.*, p. 771.

3, co. 3, lett. j) e l))⁵¹⁰. Inoltre, a questi contratti non si applicano neanche le norme sul diritto di recesso (art. 40, co. 2, allegato I CESL).

Appare illogico, dunque, non applicare a questo tipo di contratti solo le norme relative alla informazione precontrattuale: sarebbe più coerente adeguare la previsione di cui al comma 3 dell'art. 13 allegato I della CESL a quanto previsto dalla direttiva 2011/83/UE (art. 3, co. 3, lett. j) e l))⁵¹¹.

Per quanto riguarda i contratti negoziati fuori dei locali commerciali il cui valore non supera i 50 euro, nella direttiva 2011/83/UE, come si è anticipato, era stata prevista la facoltà di escludere l'applicazione della stessa a questo tipo di contratti (art. 3, co. 4, direttiva 2011/83/UE).

Dal punto di vista stilistico, è stato evidenziato che l'art. 13 dell'allegato I – a causa dei continui rinvii agli artt. 14-17 – si legge meno agevolmente rispetto all'omologo art. 6 della direttiva 2011/83/UE, che è stato redatto unitariamente⁵¹².

Quanto al contratto concluso per via telefonica, mentre la direttiva 2011/83/UE ha lasciato agli Stati membri la possibilità di prevedere che il professionista debba confermare su un mezzo durevole l'offerta al consumatore, il quale è vincolato solo dopo aver firmato l'offerta o dopo averla accettata per iscritto, la CESL non lascia alcuna libertà agli Stati membri sulla applicabilità di tali previsioni, disponendo direttamente che *«il contratto a distanza concluso per telefono è valido solo se il consumatore ha firmato la proposta o ha inviato il proprio consenso scritto per la conclusione del contratto. Il professionista deve fornire al consumatore la conferma dell'accordo su un supporto durevole»* (art. 19, co. 4 allegato I CESL)⁵¹³.

Sulla conferma delle informazioni e sulla relativa tempistica non vi sono novità rispetto alla disciplina già dettata dalla direttiva 2011/83/UE (art. 19 allegato I CESL), e anche nella proposta di regolamento si ribadisce che l'onere della prova di aver fornito le informazioni prescritte grava sul

⁵¹⁰ CLIVE E., *op. cit.*, *passim*.

⁵¹¹ CLIVE E., *op. cit.*, *passim*.

⁵¹² RIVA I., *op. cit.*, p. 771.

⁵¹³ CLIVE E., *op. cit.*, *passim*; RIVA I., *op. cit.*, p. 771.

professionista (art. 21 allegato I CESL); inoltre, viene riaffermato che le norme relative ai contratti conclusi con i consumatori sono a carattere imperativo, ossia le parti non possono escluderne l'applicazione, né derogarvi o modificarne gli effetti (artt. 22, 27, 28 co. 3, 29 co. 4, 47, 56, 71-76 *ter*, 108, 117, 135, 142, 171, 186 allegato I CESL)⁵¹⁴.

La sezione III della parte II dell'allegato I CESL è di rilevante importanza, riguardando i *Contratti conclusi con mezzi elettronici*.

L'art. 24 si applica quando il professionista mette a disposizione gli strumenti per la conclusione del contratto (ad esempio, un sito *internet*) e tali strumenti sono elettronici e non comportano lo scambio esclusivo di messaggi di posta elettronica o altre comunicazioni individuali. Il professionista ha l'obbligo di mettere a disposizione del consumatore strumenti tecnici idonei ed accessibili che permettano a questi di riscontrare e correggere, prima di formulare o accettare una proposta, gli errori eventualmente commessi nell'inserimento dei dati. Inoltre, prima della formulazione o della accettazione della proposta, il professionista deve fornire una serie di informazioni consistenti, sostanzialmente, nelle fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto, nelle modalità di eventuale archiviazione del contratto da parte del professionista di accesso allo stesso, nei mezzi tecnici per correggere, prima di formulare o accettare la proposta, nelle condizioni contrattuali.⁵¹⁵

Infine, il professionista deve assicurare che le clausole contrattuali siano disponibili in forma intellegibile su un supporto durevole, utilizzando modalità che ne consentano la lettura, l'archiviazione, e la riproduzione dell'informazione. Il professionista deve avvisare l'altra parte, con mezzi elettronici e senza ingiustificato ritardo, di aver ricevuto la sua proposta o

⁵¹⁴ CLIVE E., *op. cit.*, *passim*; VENEZIANO A., *Offer and Acceptance, Defects in Consent, Rights of Withdrawal*, relazione al seminario *An Optional European Sales Law*, Trier 9-10 febbraio 2012; RIVA I., *op. cit.*, p. 771.

⁵¹⁵ CLIVE E., *op. cit.*, *passim*; RIVA I., *op. cit.*, p. 771.

accettazione. Queste norme si applicano sia ai contratti B2B sia ai contratti B2C⁵¹⁶.

L'art. 25 contempla ulteriori obblighi di informazione a carico del professionista nei contratti a distanza conclusi con mezzi elettronici, in materia di modalità di pagamento, che ricalca la disciplina contenuta all'art. 8, comma 2 e ss. della direttiva 2011/83/UE già analizzata al paragrafo 2.13 alla quale si rinvia⁵¹⁷.

L'art. 28 della CESL stabilisce l'obbligo - per la parte che fornisce le informazioni prima o al momento della conclusione del contratto - di assicurarsi adeguatamente che le informazioni siano corrette e non ingannevoli. In caso contrario, la parte che ha ricevuto informazioni inesatte o ingannevoli in violazione dell'obbligo di cui al comma 1, e che vi abbia fatto ragionevole affidamento nel concludere il contratto con la parte che le ha fornite, dispone dei rimedi di cui all'articolo 29. Tale disposizione solleva qualche perplessità, specialmente sul significato dell'espressione "*adeguatamente assicurarsi*", essendo vaga ed astratta: sul punto, l'opera della dottrina e della giurisprudenza contribuirà a dare un utile supporto interpretativo⁵¹⁸.

Quanto ai rimedi esperibili in caso di violazione dell'obbligo di informazione, la CESL - con una norma di scomoda lettura per i numerosi rinvii ad altre disposizioni - prevede che *«la parte che viola gli obblighi imposti»* dal capo n. 16 risponde *«di qualsiasi danno causato all'altra parte da tale violazione. Il consumatore non è tenuto a sostenere le spese aggiuntive di cui all'articolo 14 o i costi della restituzione dei beni di cui all'articolo 17, paragrafo 2, se il professionista viola gli obblighi di informazione relativi a tali spese o costi»* (art. 29, commi 1 e 2).

Dunque, qualora il consumatore non abbia ricevuto l'informazione sul prezzo o sulle spese di consegna (art. 14) o sull'obbligo di pagamento delle

⁵¹⁶ CLIVE E., *op. cit.*, *passim*.

⁵¹⁷ CLIVE E., *op. cit.*, *passim*; RIVA I., *op. cit.*, p. 771.

⁵¹⁸ STANZIONE P., *op. cit.*, p. 629 ss.

spese di restituzione del bene in caso di recesso (art. 17), non sarà tenuto a versare nulla al professionista.

Inoltre, è previsto espressamente che tali rimedi non pregiudicano l'applicazione dei rimedi previsti dall'articolo 42, co. 2 – ossia il prolungamento del termine per recedere in caso di omessa informazione sull'esercizio del diritto di recesso –, dall'articolo 48 o dall'articolo 49 – ossia l'annullamento del contratto per errore o dolo (art. 29, co. 3)⁵¹⁹.

Dal punto di vista delle tutele a fronte della violazione del dovere informativo a carico del professionista, la CESL permette di raggiungere l'obiettivo della uniformazione normativa in modo migliore rispetto alla direttiva 2011/83/UE⁵²⁰. Infatti, salvo qualche eccezione⁵²¹, quest'ultima lascia liberi gli Stati membri di determinare le sanzioni a fronte della omissione delle informazioni da parte del venditore, determinando una frammentazione che sarebbe stato opportuno evitare⁵²².

In merito all'esercizio del diritto di recesso, la CESL detta la relativa disciplina agli artt. 40 ss. dell'allegato I, senza innovazioni rispetto alla direttiva 2011/83/UE, sia per quanto riguarda il termine per recedere – che viene confermato pari a quattordici giorni – sia per quanto riguarda i contratti per i quali l'esercizio del diritto di recesso è escluso⁵²³.

Su quest'ultimo punto, a ben vedere, la CESL contempla tra i contratti dai quali non si può recedere alcuni contratti che nella direttiva 2011/83/UE sono esclusi dal suo campo di applicazione⁵²⁴.

Analogamente a quanto previsto dalla direttiva 2011/83/UE (art. 11, co. 3), se il professionista offre al consumatore la possibilità di compilare e inviare elettronicamente il modulo di recesso sul proprio sito *web*, e il consumatore si avvale di tale opzione, è tenuto a trasmettere senza indugio a

⁵¹⁹ CRAVETTO C. e PASA B., *op. cit.*, p. 763 ss. CLIVE E., *op. cit.*, *passim*; RIVA I., *op. cit.*, p. 771.

⁵²⁰ CRAVETTO C. e PASA B., *op. cit.*, p. 769 ss.

⁵²¹ Artt. 6, comma 6, e 10 della direttiva 2011/83/UE.

⁵²² CRAVETTO C. e PASA B., *op. cit.*, p. 769 ss.

⁵²³ CASTRONOVO C., *op. ult. cit.*, p. 300.

⁵²⁴ RIVA I., *op. cit.*, p. 771.

questi una ricevuta della comunicazione di recesso su un supporto durevole⁵²⁵. In caso contrario – e tale espressa previsione rappresenta una novità - il professionista risponde di qualsiasi danno causato all'altra parte dalla violazione di tale obbligo (art. 41, co. 3 allegato I CESL)⁵²⁶.

Identiche alla direttiva 2011/83/UE sono le disposizioni sulle modalità e sulle decorrenze del termine per recedere, sulla sanzione del prolungamento ad un anno del termine qualora sia stata omessa l'informazione sul diritto di recesso, sugli effetti del recesso, sugli obblighi del professionista e del consumatore in caso di recesso, sulla sorte dei contratti accessori al principale (artt. 41 - 46)⁵²⁷.

Di rilevante interesse è la disciplina, inderogabile dalle parti, sull'annullamento del contratto per vizi del consenso (errore, dolo, minacce e iniquo sfruttamento) contenuta agli artt. 48 e ss. della CESL.

Come anticipato al paragrafo 2.7, alla attuale disciplina sui contratti a distanza si applicano le norme generali sull'annullamento del contratto (artt. 1425 ss. c.c.) qualora ne ricorrano i presupposti. In caso di applicazione della CESL, le norme codicistiche verrebbero sostituite dall'applicazione degli artt. 48 e ss.

Quanto all'errore, dalla lettura dell'art. 48 si desume una diversità rispetto alla disciplina dettata dagli artt. 1427 ss. c.c., e sembra persino ricompresa nel vizio "errore" la fattispecie del dolo incidente di cui all'art. 1441 c.c.⁵²⁸.

All'art. 49 è descritto il vizio del dolo, e ci si riferisce esclusivamente al dolo determinante *ex art. 1440 c.c.*, con una previsione più ricca rispetto a quella codicistica: «Una parte può annullare il contratto qualora l'altra parte l'abbia indotta a concluderlo mediante falsa rappresentazione dolosa, attuata con parole o comportamenti, o reticenza dolosa di informazioni che secondo buona fede e correttezza o in base ad obblighi di informazione precontrattuale avrebbe dovuto comunicarle. 2. La falsa rappresentazione è dolosa se è

⁵²⁵ RIVA I., *op. cit.*, p. 771.

⁵²⁶ VENEZIANO A., *op. cit.*, *passim*.

⁵²⁷ VENEZIANO A., *op. cit.*, *passim*; RIVA I., *op. cit.*, p. 771.

⁵²⁸ VENEZIANO A., *op. cit.*, *passim*; RIVA I., *op. cit.*, p. 771.

realizzata con la consapevolezza o la convinzione che la dichiarazione è falsa, o ignorando per negligenza se è vera o falsa, e con l'intenzione di indurre il destinatario in errore. La reticenza è dolosa se è diretta ad indurre in errore la persona a cui l'informazione viene celata. 3. Al fine di determinare se la buona fede e la correttezza prescrivano alla parte di rivelare una determinata informazione, deve aversi riguardo a tutte le circostanze, in particolare:

- (a) l'eventuale competenza specifica della parte;*
- (b) il costo al quale la parte può ottenere l'informazione;*
- (c) la facilità con cui l'altra parte può procurarsi le informazioni con altri mezzi;*
- (d) la natura delle informazioni;*
- (e) la presunta importanza dell'informazione per l'altra parte; e*
- (f) nei contratti tra professionisti, le buone pratiche commerciali nella situazione di cui trattasi»⁵²⁹.*

All'art. 50, rubricato *Minacce*, ci si riferisce al vizio del consenso conosciuto nel nostro ordinamento come “violenza” (art. 1434 e ss. c.c.): «Una parte può annullare il contratto qualora sia stata indotta a concluderlo dall'altra parte con la minaccia di un danno ingiusto, imminente e grave o di un atto illecito».

Infine, è previsto un vizio del consenso non annoverato dal nostro codice civile quale causa di annullamento del contratto, ma riconducibile all'ipotesi della rescissione per lesione (art. 1448 c.c.), ossia “l'iniquo sfruttamento”: «Una parte può annullare il contratto se al tempo della sua conclusione: essa si trovava in uno stato di dipendenza o aveva un rapporto di fiducia con l'altra parte, versava in condizioni di difficoltà economica o aveva urgenti necessità, era affetta da prodigalità, era ignorante o inesperta; e l'altra parte ne aveva conoscenza o doveva ragionevolmente averne conoscenza e, date le circostanze e lo scopo del contratto, ha approfittato della situazione in cui

⁵²⁹ VENEZIANO A., *op. cit.*, *passim*; RIVA I., *op. cit.*, p. 771.

essa versava ottenendo un beneficio eccessivo o un vantaggio ingiusto» (art. 51)⁵³⁰.

Completamente diversa rispetto alla nostra disciplina codicistica dell'annullabilità è quella contenuta nella CESL: per annullare il contratto è sufficiente comunicarlo all'altra parte, entro sei mesi in caso di errore, entro un anno in caso di dolo, minacce o iniquo sfruttamento, decorrenti dal momento in cui la parte che la effettua ha avuto conoscenza delle circostanze rilevanti o è diventata capace di agire liberamente (art. 52)⁵³¹.

Analogamente a quanto previsto nel nostro codice civile, è ammessa la convalida del contratto annullabile. La parte legittimata all'annullamento del contratto, qualora intenda convalidarlo espressamente o tacitamente, non può più invocare l'annullamento del contratto (art. 53).

Circa gli effetti dell'annullamento del contratto, l'art. 54 dell'allegato I CESL⁵³² non prevede innovazioni rispetto alla attuale disciplina codicistica.

È prevista, inoltre, la possibilità - per la parte che ha prestato un consenso viziato alla conclusione del contratto - di richiedere, indipendentemente dall'effettivo annullamento del contratto, il risarcimento del danno subito a causa dell'errore, del dolo, delle minacce o dell'iniquo sfruttamento, a condizione che l'altra parte conoscesse o dovesse ragionevolmente conoscere tali circostanze (art. 55)⁵³³.

Infine, la scelta del rimedio al quale ricorrere è rimessa alla parte che può farlo valere, secondo quanto previsto dall'art. 57.

Degni di nota sono i nuovi articoli 61 *bis* e 61 *ter* i quali cristallizzano i principi della conservazione degli effetti del contratto e della *interpretatio*

⁵³⁰ VENEZIANO A., *op. cit.*, *passim*.

⁵³¹ VENEZIANO A., *op. cit.*, *passim*.

⁵³² Articolo 54, *Effetti dell'annullamento*: «1. Il contratto annullabile è valido sino a quando non sia annullato ma, una volta annullato, è invalido con efficacia retroattiva dall'inizio. 2. Se il motivo dell'annullamento riguarda soltanto singole clausole contrattuali, l'effetto dell'annullamento è limitato a tali clausole salvo che la parte restante del contratto non possa essere ragionevolmente mantenuta in vigore. 3. Il diritto della parte alle restituzioni in natura o per equivalente in denaro di quanto sia stato trasferito o corrisposto in forza del contratto annullato è regolato dalle norme sulla restituzione di cui al capo 17».

⁵³³ VENEZIANO A., *op. cit.*, *passim*; RIVA I., *op. cit.*, p. 771.

contra stipulatorem. L'art. 61 bis prevede che «l'interpretazione che rende le clausole del contratto efficaci prevale su quella non avente tale risultato», in maniera analoga a quanto previsto dall'art. 1367 c.c. L'art. 63 ter, norma inderogabile, prevede, invece, che «in caso di dubbio sul senso di una clausola in un contratto fra professionista e consumatore, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore, salvo che la clausola sia stata predisposta da quest'ultimo», analogamente a quanto previsto all'art. 1370 c.c.

Sulla eventualità di pagamenti supplementari a carico del consumatore, l'art. 76 ter dell'allegato I della CESL ricalca la disciplina dettata dall'art. 22 della direttiva 2011/83/UE, secondo cui non sono esigibili pagamenti ulteriori rispetto alla obbligazione principale se non dietro espresso consenso del consumatore, il quale non è neanche vincolato ad opzioni preselezionate in tal senso dal professionista. In quest'ultimo caso, il consumatore ha diritto ad ottenere il rimborso di quanto eventualmente corrisposto senza il suo espresso consenso.

Quanto all'esecuzione del contratto, gli artt. 91 e ss. disciplinano le obbligazioni principali del venditore. Le regole previste dal CESL appaiono più specifiche, complete ed articolate rispetto a quelle contenute nella direttiva 2011/83/UE (art. 18)⁵³⁴, ma dal punto di vista sostanziale sono coincidenti.

⁵³⁴ Art. 18, direttiva 2011/83/UE: «1. Salvo che le parti abbiano concordato altrimenti in merito al termine di consegna, il professionista consegna i beni mediante il trasferimento del possesso o del controllo fisico dei beni al consumatore senza indebito ritardo e comunque non oltre trenta giorni dalla conclusione del contratto.

2. Se il professionista non adempie all'obbligo di consegna dei beni al termine concordato con il consumatore o entro il termine di cui al paragrafo 1, il consumatore lo invita ad effettuare la consegna entro un termine supplementare appropriato alle circostanze. Se il professionista non consegna i beni entro detto termine supplementare, il consumatore ha diritto di risolvere il contratto.

Il primo comma non si applica ai contratti di vendita qualora il professionista abbia rifiutato di consegnare i beni o qualora la consegna entro il periodo di consegna convenuto sia essenziale, tenuto conto di tutte le circostanze che accompagnano la conclusione del contratto, o qualora il consumatore informi il professionista, prima della conclusione del contratto, che la consegna entro o ad una data determinata è essenziale. In tali casi, se il professionista omette di consegnare i beni al momento concordato con il consumatore o entro il termine di cui al paragrafo 1, il consumatore ha diritto alla risoluzione del contratto ipso iure.

3. A seguito della risoluzione del contratto, il professionista rimborsa senza indebito ritardo tutti gli importi versati in esecuzione del contratto.

4. Oltre alla risoluzione del contratto in conformità del paragrafo 2, il consumatore può avvalersi di altri rimedi previsti dalla legislazione nazionale».

In particolare, il comma 1 dell'art. 91 prevede che il venditore di beni o il fornitore di contenuto digitale – anche mediante un suo incaricato (art 92) - deve:

- a) consegnare i beni o fornire il contenuto digitale;*
- b) trasferire o impegnarsi a trasferire la proprietà dei beni, incluso il supporto materiale su cui è fornito il contenuto digitale; e*
- c) garantire che i beni o il contenuto digitale sono conformi a quanto previsto dal contratto;*
- d) garantire che il compratore ha il diritto di usare il contenuto digitale conformemente al contratto, e*
- e) consegnare i documenti che rappresentano i beni o che vi si riferiscono o i documenti inerenti al contenuto digitale, secondo quanto prescritto dal contratto».*

Nel testo emendato nel febbraio 2013 è stata anche inserita una disposizione sulla vendita con riserva di proprietà (art. 91 *bis*), secondo cui se è stata convenuta una clausola di riserva della proprietà, il venditore non è tenuto a trasferire la proprietà del bene fino a quando il compratore non ne ha pagato il prezzo.

Degna di apprezzamento è la analitica previsione del luogo di consegna del bene (art. 93)⁵³⁵ nonché delle modalità di consegna del bene (art. 94)⁵³⁶.

⁵³⁵ Art. 93: «1. Ove non possa essere determinato altrimenti, il luogo della consegna è costituito:

(a) dal luogo di residenza del consumatore al momento della conclusione del contratto, nel caso dei contratti di vendita al consumatore o dei contratti per la fornitura di contenuto digitale, sempre che si tratti di contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali o di contratti nei quali il venditore si sia impegnato a provvedere al trasporto fino al compratore;

(b) in ogni altro caso, i) dal più vicino punto di raccolta del primo vettore, se il contratto di vendita prevede il trasporto dei beni per mezzo di un vettore o più vettori; ii) dalla sede d'affari del venditore al momento della conclusione del contratto, se il contratto non prevede il trasporto.

2. Se il venditore ha più sedi d'affari, si considera come sede d'affari ai fini del paragrafo 1, lettera b), quella avente il rapporto più stretto con l'obbligazione di consegna».

⁵³⁶ Art. 94: «1. Salvo diverse disposizioni, il venditore adempie l'obbligazione di consegna:

(a) nel caso dei contratti di vendita al consumatore o dei contratti per la fornitura di contenuto digitale, se si tratta di contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali, o nei quali il venditore si sia impegnato a provvedere al trasporto fino al compratore: trasferendo il possesso o il controllo materiale dei beni o del contenuto digitale al consumatore;

(b) negli altri casi in cui il contratto implichi il trasporto dei beni per mezzo di un vettore: rimettendo i beni al primo vettore per la consegna al compratore e rimettendo al compratore ogni documento necessario per consentirgli di prendere in consegna i beni dal vettore che li detiene; oppure

Quanto al termine di consegna nei contratti B2C, nella CESL è previsto che, se non è possibile determinarlo, i beni o il contenuto digitale devono essere consegnati «entro un termine ragionevole» a partire dalla conclusione del contratto; inoltre, analogamente all'art. 18 della direttiva 2011/83/UE, anche nella CESL è previsto che, salvo quanto convenuto dalle parti, «il professionista è tenuto a consegnare i beni o il contenuto digitale entro 30 giorni dalla conclusione del contratto» (art. 95). L'art. 96 prevede ulteriori obbligazioni a carico del venditore con specifico riguardo al trasporto dei beni⁵³⁷.

Nell'ipotesi in cui il consumatore rifiuti la consegna dei beni o del contenuto digitale, il professionista è tenuto ad adottare misure ragionevoli per conservarli e custodirli; il professionista è liberato dall'obbligo di consegna se: a) deposita i beni o il contenuto digitale a condizioni ragionevoli presso un terzo che li tiene a disposizione dell'acquirente, e provvede ad informarlo; oppure b) vende i beni o il contenuto digitale a condizioni ragionevoli, dopo aver avvisato il consumatore, e gli corrisponde quanto ricavato. Il professionista ha diritto al rimborso di tutte le spese ragionevolmente sostenute in seguito alla vendita o a trattenerle sul ricavato della vendita stessa (art. 97).

(c) nei casi non contemplati dal disposto delle lettere a) o b): mettendo nella disponibilità del compratore i beni o il contenuto digitale oppure mettendo i documenti rappresentativi dei beni nella disponibilità del compratore, se le parti hanno pattuito che il venditore debba consegnare solo tali documenti.

2. Al paragrafo 1, lettere a) e c), ogni riferimento al consumatore o al compratore include il terzo, diverso dal vettore, indicato dal consumatore o dal compratore conformemente al contratto».

⁵³⁷ Art. 96: «1. Se il contratto prescrive che il venditore provveda al trasporto dei beni, questi deve stipulare i contratti che sono necessari per il trasporto verso il luogo indicato, con mezzi di trasporto adeguati alle circostanze e secondo le condizioni usuali per il trasporto di cui trattasi.

2. Se, in conformità al contratto, il venditore consegna i beni ad un vettore e se i beni non sono chiaramente contraddistinti per la consegna ai fini del contratto, mediante apposizione di un segno distintivo su di essi, mediante documenti di trasporto o mediante qualsiasi altro mezzo, il venditore deve dare al compratore un avviso di spedizione che indichi in maniera specifica i beni.

3. Il venditore, qualora non sia obbligato dal contratto a stipulare un'assicurazione per il trasporto dei beni, deve fornire al compratore, su richiesta, tutte le informazioni necessarie perché quest'ultimo possa stipulare tale assicurazione».

Il capo undicesimo della parte IV, allegato I della CESL contiene le norme sui rimedi esperibili dal consumatore in caso di inadempimento del professionista.

L'art. 106, comma 1, elenca una serie di rimedi, che sono alternativi tra loro, cumulabili se non incompatibili.

Il consumatore può, ove ne ricorrano i presupposti:

a) chiedere l'adempimento dell'obbligazione, in particolare l'esecuzione in forma specifica, la riparazione o la sostituzione dei beni o del contenuto digitale. Tuttavia, l'adempimento non è dovuto se è impossibile o è divenuto illecito e se l'onere o il costo dell'adempimento è sproporzionato rispetto al beneficio che ne deriverebbe al consumatore (art. 110)⁵³⁸. Per adempimento si intende anche la correzione, a titolo gratuito, delle prestazioni difformi dal contratto (art. 111)⁵³⁹;

b) rifiutarsi di adempiere le proprie obbligazioni fino a quando il venditore non abbia adempiuto o offerto di adempiere (art. 113);

c) risolvere il contratto - secondo una disciplina (artt. 114-118) che in buona parte è analoga a quella prevista nel nostro ordinamento (artt. 1453 ss. c.c.) – ed esigere la restituzione del prezzo pagato, ai sensi degli artt. 172-177;

d) ottenere la riduzione del prezzo, in proporzione al difetto di valore della prestazione ricevuta, riferito al momento in cui questa è stata eseguita, e al valore della prestazione conforme (art. 120); e

e) chiedere il risarcimento dei danni (artt. 159-165)⁵⁴⁰.

⁵³⁸ LANDO O., *op. cit.*, p. 726.

⁵³⁹ Art. 111: «*Nei contratti di vendita al consumatore, se il professionista è tenuto a correggere il difetto di conformità ai sensi dell'articolo 110, paragrafo 2, il consumatore può scegliere tra la riparazione e la sostituzione purché il rimedio prescelto non sia illecito o impossibile né gravi il venditore di costi sproporzionati rispetto al rimedio alternativo, considerando: (a) il valore che il bene avrebbe in assenza del difetto di conformità; (b) l'entità del difetto di conformità; (c) se il rimedio alternativo possa essere esperito senza notevoli inconvenienti per il consumatore. Il consumatore, qualora abbia chiesto la correzione del difetto di conformità mediante riparazione o sostituzione a norma del paragrafo 1, non può esperire altri rimedi a meno che il professionista ometta di effettuare la riparazione o la sostituzione entro un termine ragionevole e comunque non superiore a 30 giorni. Il consumatore può tuttavia rifiutarsi di adempiere in pendenza di tale termine.*».

⁵⁴⁰ LANDO O., *op. cit.*, p. 726 ss.; SIRENA P., *The Rules about Restitution in the Proposal on a Common European Sales Law*, in *European Review of Private Law*, 2011, p. 977 ss.; CASTRONOVO C., *op. ult. cit.*, p. 307 ss.

Qualora l'inadempimento del professionista sia giustificato, il consumatore può avvalersi di qualsiasi rimedio tra quelli appena indicati, eccetto la richiesta di risarcimento danni (art. 106, co. 4). Qualora il consumatore abbia causato l'inadempimento del professionista, non può avvalersi di alcuno dei rimedi (art. 106, co. 5).

Con gli ultimi emendamenti alla CESL sono stati precisati i rimedi esperibili in caso di inadempimento del contratto di fornitura di contenuti digitali. È stato previsto che se il contenuto digitale è fornito in cambio di una controprestazione diversa dal pagamento di un prezzo (ad es., la comunicazione dei dati personali dell'acquirente), il consumatore può ricorrere a uno dei rimedi di cui all'articolo 106, co. 1, ad eccezione della riduzione del prezzo; altrimenti, se il contenuto digitale non è fornito in cambio di una controprestazione, il compratore può richiedere solo il risarcimento dei danni subiti per effetto del difetto di conformità del contenuto digitale (ad es. all'*hardware*, al *software* e ai suoi dati) (considerando n. 18 CESL; art. 107).

Quanto alla restituzione del contenuto digitale, nonché della controprestazione in caso di fornitura di contenuti digitali, l'art. 172 *bis* - recentemente introdotto nel febbraio 2013 nel testo della CESL – detta una disciplina particolare. Il contenuto digitale deve essere restituito solo quando non possa essere ulteriormente utilizzato da parte dell'acquirente, ossia quando: è stato fornito su un supporto materiale ancora sigillato; o se è evidente che l'acquirente non l'abbia duplicato, oppure se il venditore ha impedito qualsiasi ulteriore utilizzo del contenuto da parte dell'acquirente, senza particolare sforzo o spesa. Se il contenuto digitale è fornito gratuitamente, in cambio di una controprestazione diversa dal pagamento del prezzo (come, ad esempio, la comunicazione dei dati personali dell'acquirente), il venditore è tenuto ad astenersi dal trattamento di tali dati in caso di restituzione del contenuto digitale da parte del consumatore, e ogni

eventuale trattamento degli stessi potrebbe essere oggetto di censura da parte dell'acquirente, nelle forme già analizzate nel paragrafo 2.5.

Finora sono stati analizzati gli obblighi del professionista nell'esecuzione del contratto ed i rimedi esperibili per il consumatore in caso di inadempimento. Si esaminano ora i corrispondenti obblighi del consumatore ed i rimedi esperibili dal professionista in caso di inadempimento.

L'art. 123 prevede che il consumatore deve:

a) pagare il prezzo del bene – al momento della consegna - o del servizio che intende acquistare, salvo che abbia concluso un contratto di fornitura di contenuto digitale a titolo gratuito (artt. 124-128);

b) prendere in consegna i beni o il contenuto digitale (artt. 129, 130), salvo che il contenuto digitale non sia offerto su un supporto durevole; tale deroga all'obbligo del compratore di prendere in consegna il contenuto digitale, in caso di contenuti digitali non forniti su un supporto materiale, è stata prevista a favore del consumatore poiché alcuni contenuti digitali possono causare danni all'acquirente e il venditore non rischia alcunché poiché non sostiene alcun costo di stoccaggio;

c) ricevere la documentazione relativa ai beni o al contenuto digitale, secondo quanto previsto dal contratto.

Quanto ai mezzi di pagamento, l'art. 124 prevede che il versamento del prezzo del prodotto acquistato viene effettuato dal consumatore con i mezzi indicati dalle clausole del contratto o, in mancanza di tale indicazione, con qualunque mezzo usato nell'esercizio corrente dell'attività commerciale nel luogo in cui il pagamento deve avvenire, tenuto conto della natura della transazione commerciale. Analogamente a quanto previsto dall'art. 19 della direttiva 2011/83/UE, il consumatore non è tenuto a pagare, per l'uso degli strumenti di pagamento, tariffe che superino i costi sostenuti a tal fine dal professionista (art. 124, co. 4).

Se il consumatore riceve la consegna anticipata del bene o del contenuto digitale, è tenuto ad accettarla, salvo che abbia un legittimo interesse a rifiutarla (art. 130, co. 1).

Analogamente deve comportarsi se il professionista consegna una quantità di beni o contenuto digitale *inferiore* a quanto previsto dal contratto (art. 130, co. 2). Qualora, invece, riceva una quantità di beni o contenuto digitale *superiore* a quanto previsto dal contratto, può accettarla o rifiutarla: se la accetta, è tenuto a pagare il prezzo secondo la tariffa contrattuale. È espressamente previsto che tale disposizione non si applica se il consumatore può ragionevolmente presumere che la fornitura in eccesso del bene integri una ipotesi di fornitura non richiesta.

I rimedi esperibili da parte del professionista in caso di inadempimento del consumatore sono elencati all'art. 131.

Il professionista può:

a) esigere l'adempimento (art. 132);

b) rifiutarsi di adempiere (art. 133), analogamente alla corrispondente eccezione di cui all'art. 113;

c) risolvere il contratto, secondo le norme speculari (artt. 134-139) a quelle già richiamate (artt. 114-118) e

d) richiedere il pagamento degli interessi sul prezzo o il risarcimento dei danni ai sensi degli artt. 159- 171⁵⁴¹.

Il capo quattordicesimo della parte IV, allegato I della CESL detta le norme relative al passaggio del rischio (artt. 140-146), distinguendo tra contratti B2C e contratti B2B⁵⁴².

Secondo le disposizioni generali, l'effetto del passaggio del rischio consiste nel non esonerare il compratore dall'obbligo di pagare il prezzo in caso di perdita o il danneggiamento dei beni o del contenuto digitale intervenuti dopo che il rischio sia passato nella sua sfera giuridica – tramite

⁵⁴¹ CASTRONOVO C., *op. ult. cit.*, p. 307.

⁵⁴² CASTRONOVO C., *op. ult. cit.*, p. 300.

l'individuazione (art. 141) - a meno che la perdita o il danneggiamento siano dovuti ad un'azione o omissione del venditore (art. 140).

Nei contratti di vendita al consumatore - con formulazione del tutto analoga rispetto a quella di cui all'art. 20 della direttiva 2011/83/UE - il rischio viene trasferito dal professionista al consumatore nel momento in cui quest'ultimo o un terzo, diverso dal trasportatore designato al tal fine, entra nel possesso dei beni o del supporto materiale su cui è fornito il contenuto digitale. Qualora il consumatore provveda al trasporto dei beni o del contenuto digitale fornito su un supporto materiale e il venditore non abbia proposto tale servizio, il rischio si trasferisce nel momento in cui i beni o il contenuto digitale fornito su supporto materiale sono consegnati al vettore, fatti salvi i diritti del consumatore nei confronti del vettore (art. 142)⁵⁴³.

La parte V della CESL è dedicata agli obblighi e ai rimedi delle parti nei contratti di servizi connessi aventi ad oggetto i beni o il contenuto digitale, come l'installazione, la manutenzione, la riparazione o altra trasformazione (art. 2, lett. *m*) della proposta di regolamento). Quanto alla sorte dei contratti di servizi connessi, in caso di risoluzione del contratto principale di vendita o di fornitura, anche questi vengono risolti automaticamente (art. 147).

Infine, l'allegato I della CESL termina con le norme sulla prescrizione (artt. 178-186).

In particolare, sono previsti per esercitare il diritto di credito, e i diritti accessori ad esso:

➤ un termine *breve*, pari a *due anni*, decorrente *dal giorno in cui il creditore ha conosciuto o era ragionevolmente tenuto a conoscere i fatti che rendono possibile l'esercizio del diritto*», e che – mediante accordo tra le parti - non può essere ridotto a meno di un anno o aumentato a più di dieci anni (artt. 178-180, 186);

➤ un termine *lungo* pari a *dieci anni*, decorrente dal giorno in cui il debitore deve eseguire la prestazione, e che – mediante accordo tra le parti -

⁵⁴³ CASTRONOVO C., *op. ult. cit.*, p. 300.

non può essere ridotto a meno di un anno o aumentato a più di trent'anni (artt. 178-180, 186);

➤ un termine *lungo* pari a trent'anni nel caso di diritto al risarcimento per lesioni personali, decorrente dal giorno in cui si verifica il fatto che dà origine al diritto (artt. 178-180, 186).

Seguono le norme sulla sospensione e sulla interruzione dei termini di prescrizione, nonché sugli effetti della stessa, cui specificamente si rinvia (artt. 181-185)⁵⁴⁴.

2.19 Natura non vincolante della CESL e il suo rapporto con l'acquis.

Come già anticipato, la CESL sarà applicabile al contratto concluso tra le parti solo se queste lo avranno scelto come legge regolatrice del loro rapporto. L'applicazione della CESL al contratto sarà esclusiva (art. 11)⁵⁴⁵.

La proposta di regolamento è intesa ad introdurre un regime facoltativo di diritto comune europeo della vendita, che si affianca a quello dei singoli Stati membri, senza sovrapposizioni o modifiche, ponendosi come un secondo regime di diritto dei contratti, uniforme in tutta l'Unione europea (art. 1)⁵⁴⁶.

Nella comunicazione del 2003 dedicata alla «*Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo - Un piano d'azione*», la Commissione precisava che lo strumento opzionale avrebbe avuto il pregio di conferire alle parti «*una soluzione accettabile e adeguata senza insistere sulla necessità di applicare il diritto nazionale di una delle parti, il che agevolerebbe la trattativa contrattuale*»⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ ARROYO I AMAYUELAS E. e VAQUER A., *Prescription in the Proposal for a Common European Sales Law*, in *ERCL*, vol. 9, 2013, p. 38 ss.

⁵⁴⁵ SCHULTE –NÖLKE H., *Scope and Function of the Optional Instrument on European Contract Law*, in SCHULZE R. e STUYCK J., *op. cit.*, p. 42; STANZIONE P., *op. cit.*, p. 628 ss.; CASTRONOVO C., *op. ult. cit.*, p. 301.

⁵⁴⁶ STANZIONE P., *op. cit.*, p. 628 ss.; SIRENA. P., *Diritto comune europeo della vendita*, cit., p. 634 ss.;

⁵⁴⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio «*Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo: un piano d'azione*» del 12 febbraio 2003, COM (2003) 68 def., par. 90;

La scelta di avvalersi del diritto comune europeo della vendita non va confusa con la scelta della legge applicabile ai sensi del diritto internazionale privato, ma si tratta di una opzione tra due discipline *diverse* sulle vendite: una dettata dall'ordinamento nazionale, un'altra dal CESL⁵⁴⁸.

Le parti sono libere di scegliere (*opt-in*) se essere vincolate agli obblighi e se godere dei diritti che discendono dal CESL: «*Le parti possono convenire che, fatti salvi i requisiti di cui agli articoli 8 e 9⁵⁴⁹, il diritto comune europeo della vendita disciplina i loro contratti transfrontalieri di vendita di beni, di fornitura di contenuto digitale e di prestazione di servizi connessi*» rientranti nel campo di applicazione territoriale, materiale e personale della CESL (art. 3)⁵⁵⁰.

L'ambito di applicazione territoriale della CESL è ben definito all'art. 4⁵⁵¹, ma può subire anche estensioni, poiché non è stato concepito soltanto per disciplinare le transazioni transfrontaliere, potendo applicarsi anche ai contratti conclusi tra professionisti o tra un professionista e un consumatore residenti nel medesimo Stato membro (art. 13)⁵⁵².

SCHULTE –NÖLKE H., *Scope and Function of the Optional Instrument on European Contract Law*, in SCHULZE R. e STUYCK J., *op. cit.*, p. 42; D'AMICO G., *op. cit.*, p. 615.

⁵⁴⁸ Considerando n. 10 della proposta di regolamento COM (2011) 635 def.: «È necessario che l'accordo di usare il diritto comune europeo della vendita sia frutto di una scelta espressa nell'ambito del proprio diritto nazionale applicabile in virtù del regolamento (CE) n. 593/2008 o, con riferimento agli obblighi di informativa precontrattuale, in virtù del regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (regolamento (CE) n. 864/2007) o di altre norme di conflitto pertinenti. L'accordo di ricorrere al diritto comune europeo della vendita non può pertanto essere assimilato o confuso con la scelta della legge applicabile ai sensi delle norme di conflitto, né può pregiudicarne l'applicazione. Il presente regolamento non inciderà pertanto sulle norme di conflitto vigenti»; STANZIONE P., *op. cit.*, p. 628 ss.

⁵⁴⁹ Ossia, la sottoscrizione dell'accordo sull'applicazione del diritto europeo della vendita, nonché il richiamo alla nota informativa *standard* nei contratti tra professionisti e consumatori.

⁵⁵⁰ STAUDENMAYER D., *op. cit.*, p. 20; STANZIONE P., *op. cit.*, p. 628 ss.;

⁵⁵¹ Articolo 4, *Contratti transfrontalieri*: «1. Il diritto comune europeo della vendita può applicarsi ai contratti transfrontalieri. [...] 3. Ai fini del presente regolamento, un contratto fra un professionista e un consumatore è transfrontaliero se: a) l'indirizzo indicato dal consumatore, l'indirizzo di consegna del bene o l'indirizzo di fatturazione si trovano in un paese diverso da quello in cui il professionista ha la residenza abituale, e b) almeno uno di questi paesi è uno Stato membro. [...] 6. Al fine di determinare se un contratto è transfrontaliero, il momento rilevante è quello in cui è stato raggiunto l'accordo di applicare il diritto comune europeo della vendita». Cfr. anche il considerando n. 13 della CESL. LANDO O., *op. cit.*, p. 721.

⁵⁵² Articolo 13, *Opzioni degli Stati membri*: «Uno Stato membro può decidere che il diritto comune europeo della vendita può applicarsi: a) quando, nei contratti tra professionisti, la residenza abituale dei professionisti o, nei contratti tra professionisti e consumatori, la residenza abituale del professionista, l'indirizzo indicato dal consumatore, l'indirizzo di consegna del bene o l'indirizzo di

Per quanto concerne il campo di applicazione personale della CESL, l'art. 7 prevede che il diritto comune europeo della vendita è diretto a regolare i contratti tra imprese e consumatori (B2C) e quelli tra imprese (B2B) in cui almeno una è una piccola o media impresa⁵⁵³.

Nei contratti tra un professionista e un consumatore, affinché questi siano vincolati al CESL, sarà allegato l'accordo che prevede la scelta della CESL quale testo regolatore del rapporto.

Come previsto dall'art. 8 della proposta di regolamento «1. *L'applicazione del diritto comune europeo della vendita è subordinata all'accordo delle parti. [...] 2. Nei rapporti tra professionista e consumatore l'accordo di applicare il diritto comune europeo della vendita è valido solo se il consenso del consumatore è prestato con una dichiarazione esplicita distinta dalla dichiarazione che esprime l'accordo a concludere il contratto. Il professionista dà conferma dell'accordo al consumatore su un mezzo durevole. 3. Nei rapporti tra professionista e consumatore il diritto comune europeo della vendita non può essere scelto in parte, ma solo nella sua integralità*»⁵⁵⁴.

L'art. 9, inoltre, prevede che nei contratti conclusi tra un consumatore ed un professionista quest'ultimo abbia l'obbligo, ulteriore rispetto a quelli di informazione precontrattuale, di «*richiamare l'attenzione del consumatore sull'intenzione di applicare il diritto comune europeo della vendita prima dell'accordo, rilasciandogli in modo palese la nota informativa di cui all'allegato II*». Nell'ipotesi in cui l'accordo di applicare la CESL si concluda per telefono - o con altro mezzo di comunicazione che non consente il rilascio al consumatore di una nota informativa - o se il professionista ha ommesso di rilasciare la nota informativa, il consumatore non è vincolato dall'accordo sull'applicazione della CESL, almeno fino a quando non abbia acconsentito

fatturazione si trovano in quello Stato membro, e/o b) quando tutte le parti del contratto sono professionisti ma nessuna è una PMI ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2». LANDO O., *op. cit.*, p. 721; REDING. V., *op. cit.*, p. 18.

⁵⁵³ GRAF VON WESTPHALEN F., *op. cit.*, p. 11; STANZIONE P., *op. cit.*, p. 628 ss..

⁵⁵⁴ STANZIONE P., *op. cit.*, p. 628 ss.

alla sua applicazione, previo ricevimento della conferma di cui all'art. 8, co. 2 e della nota informativa (art. 9, co. 2).

Per stabilire se l'accordo sulla scelta della CESL sia valido o invalido, si applicheranno comunque le norme della CESL (art. 8, co. 2).

La dottrina si è domandata se, in caso di invalidità dell'accordo sulla scelta della CESL, anche il contratto a cui accede sarà invalido: a tale quesito va data risposta negativa posto che, in tale ipotesi, al contratto di vendita si applicherà la legge prevista secondo i criteri stabiliti dal Regolamento Roma I.

La particolarità della proposta sul diritto europeo della vendita sta proprio nel fatto che è stato deciso di adottarla con regolamento, atto vincolante e direttamente applicabile negli Stati membri, la cui operatività è però subordinata ad una convenzione tra privati che, se lo ritengono vantaggioso, potranno scegliere di adottarlo al posto del diritto contrattuale interno⁵⁵⁵. Inoltre, un'altra caratteristica della CESL consiste nel fatto che il consumatore può *scegliere il proprio livello di tutela*, aderendo alla proposta del professionista di applicare la CESL al rapporto o rifiutando la proposta e restando tutelato dalle norme vigenti dello Stato membro di residenza.

Come già accennato, le norme contenute nella proposta di regolamento relative ai contratti a distanza sono in buona parte analoghe, nella sostanza, a quelle contenute nella direttiva 2001/83/UE. Ciò è dovuto al fatto che le previsioni contenute nella CESL sono state coordinate con quelle della direttiva sui diritti dei consumatori, provenendo entrambe dalla medesima matrice.

In ogni caso, va riconosciuto che la CESL e la direttiva 2001/83/UE costituiscono due strumenti con i quali sono stati compiuti notevoli passi avanti nella uniformazione e nella semplificazione del diritto europeo delle vendite⁵⁵⁶. Pertanto, va data risposta affermativa al quesito - posto dalla

⁵⁵⁵ CASTRONOVO C., *op. ult. cit.*, p. 315; STANZIONE P., *op. cit.*, p. 628 ss.

⁵⁵⁶ D'AMICO G., *op. cit.*, p. 611 e 612.

dottrina – sull'avvenuto innalzamento del livello di tutela dei consumatori rispetto al regime attuale⁵⁵⁷.

È anche vero, però, che potrebbe verificarsi l'ipotesi in cui un consumatore, scegliendo la CESL come legge regolatrice del rapporto possa essere meno tutelato rispetto a quanto attualmente è previsto dall'ordinamento dello Stato membro in cui risiede⁵⁵⁸; tuttavia, i casi in cui potrebbe verificarsi tale ipotesi sarebbero di gran lunga inferiori rispetto a quelli in cui può trarre benefici dall'applicazione della CESL⁵⁵⁹.

Quanto al rapporto tra la CESL e l'*acquis communautaire* si può notare che essi sono tra loro complementari⁵⁶⁰.

In primo luogo, perché le norme contenute nella CESL traggono ispirazione dall'*acquis* e sono coerenti con esso. Infatti, la CESL è stata concepita per incorporare l'intero *acquis* in un unico corpo di leggi⁵⁶¹.

In secondo luogo, atteso che la CESL è diretta prevalentemente a regolare gli scambi transfrontalieri, non può essere considerata semplicemente un doppione delle direttive - come la direttiva 2011/83/UE - essendo testi completamente distinti dal punto di vista funzionale e contenutistico⁵⁶².

La proposta di regolamento, infatti, assume la funzione di essere la piattaforma per la elaborazione di nuovi interventi normativi del legislatore

⁵⁵⁷ D'AMICO G., *op. cit.*, p. 611 e 620 ss.

⁵⁵⁸ D'AMICO G., *op. cit.*, p. 611 e 620 ss.

⁵⁵⁹ D'AMICO G., *op. cit.*, p. 611 e 620 ss.

⁵⁶⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un diritto comune europeo della vendita per agevolare le transazioni commerciali transfrontaliere nel mercato unico*, COM (2011) 636, def. dell'11 ottobre 2011, p. 12.

⁵⁶¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un diritto comune europeo della vendita per agevolare le transazioni commerciali transfrontaliere nel mercato unico*, COM (2011) 636, def. dell'11 ottobre 2011, p. 12; HOWELLS G., *op. cit.*, p. 174 ss.; GRAF VON WESTPHALEN F., *op. cit.*, p. 11.

⁵⁶² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un diritto comune europeo della vendita per agevolare le transazioni commerciali transfrontaliere nel mercato unico*, COM (2011) 636, def. dell'11 ottobre 2011, p. 12; HOWELLS G., *op. cit.*, p. 174 ss.; CASTRONOVO C., *op. ult. cit.*, p. 300; D'AMICO G., *op. cit.*, p. 611 e 622 ss.

europeo per abbattere ulteriormente gli ostacoli agli scambi nel mercato unico⁵⁶³.

Come preannunciato dalla Commissione europea, infatti, entro l'anno 2018 le disposizioni della CESL saranno riesaminate per – eventualmente – ampliare l'ambito di applicazione e per tener conto degli sviluppi tecnologici e del mercato riguardo al contenuto digitale, nonché dei futuri sviluppi dell'*acquis*⁵⁶⁴.

Si tenga conto, inoltre, che nel mese di marzo 2013 sono stati approvati dal Parlamento europeo la c.d. “direttiva ADR”⁵⁶⁵ e il c.d. “regolamento ODR”⁵⁶⁶.

L'adozione di tali atti normativi rivela che il legislatore comunitario, al fine di agevolare gli scambi, contenere i costi transattivi delle imprese e di infondere fiducia negli acquisti a distanza, non trascura la formulazione di norme a carattere processuale, strumentali rispetto a quelle sostanziali di cui alla direttiva 2011/83/UE e alla CESL, per agevolare l'accesso alla giustizia e facilitare la risoluzione delle controversie tra consumatori e professionisti nelle controversie interne e a carattere transfrontaliero.

Il testo della proposta di regolamento è certamente perfezionabile, come pure quello della direttiva 2011/83/UE⁵⁶⁷. Questi testi rappresentano un significativo primo passo del cammino che condurrà alla uniformazione effettiva del diritto contrattuale europeo, che è ancora tutto da percorrere⁵⁶⁸.

⁵⁶³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un diritto comune europeo della vendita per agevolare le transazioni commerciali transfrontaliere nel mercato unico*, COM (2011) 636, def. dell'11 ottobre 2011, p. 12; REDING. V., *op. cit.*, p. 19 ss.

⁵⁶⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un diritto comune europeo della vendita per agevolare le transazioni commerciali transfrontaliere nel mercato unico*, COM (2011) 636, def. dell'11 ottobre 2011, p. 12.

⁵⁶⁵ Ossia la direttiva sulle *Alternative Disputes Resolutions*.

⁵⁶⁶ Ossia il regolamento sulle *Online Disputes Resolutions*.

⁵⁶⁷ DONA M., *op. ult. cit.*, p. 593, 594.

⁵⁶⁸ ALPA G., *op. ult. cit.*, p. 33; LANDO O., *op. cit.*, p. 717, 728.

Capitolo III.

La risoluzione delle questioni aperte e le prospettive future.

SOMMARIO: 3.1 L'applicazione uniforme della disciplina sui contratti a distanza nell'ambito dell'UE. – 3.2 I nuovi equilibri tra i contrapposti interessi del professionista e del consumatore. – 3.3 Gli strumenti per assicurare al consumatore la prestazione di un consenso libero ed informato all'acquisto: l'incremento delle informazioni e i rimedi in caso di violazione dell'obbligo di informazione. - 3.4 Il diritto di recesso: nuove modalità e termini più ampi per esercitarlo. - 3.5 L'esecuzione del contratto a distanza: nuove soluzioni e problemi irrisolti.

3.1 L'applicazione uniforme della disciplina sui contratti a distanza nell'ambito dell'UE.

Dalla analisi svolta nel capitolo precedente si può constatare facilmente il particolare interesse mostrato dal legislatore europeo nei confronti delle vendite, ed in particolare delle vendite a distanza.

Con l'adozione della direttiva 2011/83/UE sono stati compiuti notevoli miglioramenti rispetto alla precedente disciplina contenuta nella direttiva 97/7/CE - in termini di aggiornamento, semplificazione ed efficienza del quadro normativo - e l'armonizzazione di alcune disposizioni contribuirà all'uniformazione delle regole a tutela dei consumatori in tutto il territorio dell'Unione europea⁵⁶⁹.

Si confida che l'applicazione delle disposizioni contenute nella direttiva 2011/83/UE comporti una riduzione consistente della frammentazione normativa esistente negli Stati membri e incoraggi i consumatori a concludere scambi transfrontalieri di beni e servizi in misura maggiore di quella attuale⁵⁷⁰.

La soluzione di compromesso raggiunta con la scelta del criterio dell'armonizzazione mista - sebbene non risolva completamente il problema della disomogeneità normativa negli Stati membri – ha permesso di soddisfare

⁵⁶⁹ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 165, 166.

DONA M., *op. ult. cit.*, p. 593, 594.

⁵⁷⁰ DONA M., *op. ult. cit.*, p. 593, 594; RIVA I., *op. cit.*, p. 757, 758.

l'esigenza di mantenere un elevato livello di tutela del consumatore tramite l'uniformazione degli obblighi di informazione e della disciplina del recesso⁵⁷¹.

Infatti, l'esigenza di assicurare una tutela adeguata ai consumatori e l'esigenza di uniformare il quadro normativo nei diversi settori del diritto contrattuale – lontano dall'essere bisogni confliggenti – sono tra loro in un rapporto di funzionalità reciproca: la soddisfazione dell'una, ottenuta senza la soddisfazione dell'altra, non costituirebbe un risultato positivo, ed il legislatore europeo verrebbe meno ad uno degli obblighi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 38): «*nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori*»⁵⁷².

Qualora il criterio dell'armonizzazione massima non comporti anche un generale innalzamento del grado di protezione dei consumatori, il mero raggiungimento dell'unificazione normativa non migliorerebbe il quadro normativo esistente, lo renderebbe solo uniforme⁵⁷³.

L'adozione della direttiva 2011/83/UE, ad armonizzazione mista, costituisce un precedente rilevante per quanto riguarda il tema dell'armonizzazione, che è e resta una questione ancora aperta in ambito comunitario⁵⁷⁴. In particolare, ci si chiede se sia positivo che le istituzioni comunitarie proseguano ad armonizzare alcuni settori “a macchia di leopardo”, anche se l'alternativa auspicabile - ossia la scelta del livello di tutela più elevato tra quelli vigenti nell'UE - appare poco realistica e difficile da conseguire⁵⁷⁵.

C'è da aggiungere che l'attuazione della direttiva 2011/83/UE potrà comportare negli ordinamenti dei singoli Stati membri degli abbassamenti del livello di tutela.

⁵⁷¹ HOWELLS G., *op. cit.*, p. 182 ss.; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 165, 166; RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 104; DONA M., *op. ult. cit.*, p. 593, 594; RIVA I., *op. cit.*, p. 757, 758.

⁵⁷² ALPA G., *Diritto privato europeo*, cit., p. 30; DONA M., *op. ult. cit.*, p. 593, 594.

⁵⁷³ DONA M., *op. ult. cit.*, p. 593, 594.

⁵⁷⁴ HOWELLS G., *op. cit.*, p. 174 ss.; RIVA I., *op. cit.*, p. 757, 758.

⁵⁷⁵ RIVA I., *op. cit.*, p. 757, 758.

Ciò rappresenta l'inconveniente maggiore che comporta il raggiungimento della uniformazione legislativa a livello europeo ed è uno dei rischi paventati dalle associazioni dei consumatori che, attualmente, stanno osteggiando la adozione della CESL⁵⁷⁶.

Si auspica che anche la proposta di regolamento sul diritto comune europeo della vendita, qualora venga adottata, consenta di accrescere la fiducia del consumatore nel mercato e così gli scambi transfrontalieri di beni e servizi.

Non è sufficiente ritenere fideisticamente che il consumatore sia protetto dalle norme della CESL: alla valutazione astratta dell'efficacia delle norme a tutela del consumatore deve seguire l'analisi del suo comportamento economico e l'individuazione dei problemi applicativi posti dalla disciplina⁵⁷⁷.

Invero, il diritto comune europeo della vendita si presenta come una soluzione *concreta* a problemi *concreti* di imprese e consumatori: l'aumento dei costi e la persistente incertezza giuridica quando concludono scambi transfrontalieri⁵⁷⁸.

Uno dei maggiori problemi per gli operatori economici consiste nel fatto che quando dirigono oltrefrontiera il commercio dei loro prodotti sono vincolati al rispetto delle norme inderogabili a tutela del consumatore residente in quello Stato membro, secondo quanto previsto dall'art. 6 del Regolamento Roma I⁵⁷⁹.

Ciò comporta per i professionisti il fatto di dover predisporre versioni diverse dello stesso tipo di contratto, a seconda degli Stati membri verso i quali viene esercitata la propria attività, con rilevanti costi che costituiscono un deterrente per dirigere la propria attività oltrefrontiera⁵⁸⁰.

⁵⁷⁶ HOWELLS G., *op. cit.*, p. 182 ss.; RIVA I., *op. cit.*, p. 757, 758.

⁵⁷⁷ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 165, 166.

⁵⁷⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un diritto comune europeo della vendita per agevolare le transazioni commerciali transfrontaliere nel mercato unico*, COM (2011) 636, def. dell'11 ottobre 2011, p. 13.

⁵⁷⁹ STAUDENMAYER D., *op. cit.*, p. 17; HOWELLS G., *op. cit.*, p. 187 ss.; SIRENA. P., *op. ult. cit.*, p. 636 ss.

⁵⁸⁰ STAUDENMAYER D., *op. cit.*, p. 17; HOWELLS G., *op. cit.*, p. 174 ss.; SIRENA. P., *op. ult. cit.*, p. 635 ss.

Ad esempio, se un professionista esercita l'attività commerciale servendosi di un sito *internet*, è obbligato a formulare ventisette contratti diversi, ciascuno da sottoporre ai vari acquirenti *online* residenti nei singoli Stati membri. I costi potranno essere pure sostenibili per le grandi imprese, ma certo costituiscono un freno per le piccole e medie imprese che hanno un volume d'affari più contenuto e sono scoraggiate dall'espandere all'estero la propria offerta di prodotti⁵⁸¹.

La proposta di regolamento è una soluzione a questa ipotesi, poiché - nel momento in cui le parti si accorderanno per la sua applicazione al contratto - saranno vincolate solo dalle disposizioni contenute nella CESL. Tuttavia, alcuni Stati stanno ostacolando l'*iter* normativo della proposta di regolamento lamentando la violazione del principio di sussidiarietà (art. 5 TUE) e rivendicando una maggiore tutela delle proprie tradizioni giuridiche⁵⁸².

Certamente il "*diritto europeo della vendita*" solleva questioni a carattere sostanziale e metodologico che vanno approfondite, ma sarebbe un errore sottovalutare il suo potenziale o la sua importanza dal punto di vista pratico, in quanto la risoluzione dei problemi reali che mira a risolvere non può essere ulteriormente rimandata.

Nel corso di un seminario tenutosi a Trier nel febbraio 2012⁵⁸³ alcuni relatori hanno espresso l'opinione che si stia "correndo troppo" nella adozione della CESL e che un tema così strategico e delicato come l'uniformazione del diritto contrattuale europeo meriterebbe una meditazione più profonda, affinché alla sua adozione segua poi l'applicazione pratica e diffusa a livello europeo.

⁵⁸¹ SIRENA. P., *op. ult. cit.*, p. 637.

⁵⁸² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un diritto comune europeo della vendita per agevolare le transazioni commerciali transfrontaliere nel mercato unico*, COM (2011) 636, def. dell'11 ottobre 2011, p. 13; STAUDENMAYER D., *op. cit.*, p. 17 ss.; GRAF VON WESTPHALEN F., *op. cit.*, p. 12; SIRENA. P., *op. ult. cit.*, p. 637; PERFETTI U., *Draft Optional Regulation on a Common European Sales Law – First Considerations*, in *The Proposed Common European Sales Law – The Lawyer's View*, a cura di ALPA G., CONTE G., PERFETTI U., GRAF VON WESTPHALEN F., 2013, p. 50 ss.

⁵⁸³ Seminario organizzato da ERA – Academy of European Law dal titolo "An Optional European Sales Law", Trier 9-10 febbraio 2012.

La CESL – per come è attualmente formulata - assicura un elevato livello di tutela del consumatore e risulta vantaggiosa anche per le imprese che potranno ridurre di molto i costi sostenuti nelle vendite transfrontaliere. Tuttavia, il fatto che la CESL contenga previsioni molto favorevoli per i consumatori potrebbe essere il motivo per il quale le imprese eviteranno di proporre ai loro clienti la sua applicazione⁵⁸⁴.

L'applicazione esclusiva della CESL al contratto evita conflitti di legge e in ogni modo non influisce sulla operatività delle norme contenute nel regolamento Roma I o su quelle interne dei singoli Stati membri⁵⁸⁵. Come previsto dal considerando n. 12 della proposta di regolamento, recentemente emendato per regolare meglio il rapporto con l'art. 6 del regolamento Roma I *«una volta che si sia concordato validamente di applicare il diritto comune europeo della vendita, soltanto il diritto comune europeo della vendita deve disciplinare le questioni che rientrano nel suo ambito di applicazione. Poiché il diritto comune europeo della vendita contiene un corpus globale di norme imperative uniformi a tutela dei consumatori completamente armonizzate, se le parti scelgono di applicarlo i diritti degli Stati membri non presenteranno divergenze al riguardo. Di conseguenza, l'articolo 6, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 593/2008, che si fonda sull'esistenza di livelli divergenti di protezione del consumatore negli Stati membri, non ha rilevanza pratica per gli aspetti disciplinati dal diritto comune europeo della vendita dato che ciò equivarrebbe a un raffronto tra le disposizioni obbligatorie di due secondi regimi identici di diritto dei contratti»*.

Infatti, è opportuno precisare che il regolamento Roma I permette di individuare la legge applicabile nei casi di conflitti di legge in materia di obbligazioni contrattuali, qualora le parti non abbiano scelto la legge

⁵⁸⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un diritto comune europeo della vendita per agevolare le transazioni commerciali transfrontaliere nel mercato unico*, COM (2011) 636, def. dell'11 ottobre 2011, p. 13; STAUDENMAYER D., *op. cit.*, p. 17; HOWELLS G., *op. cit.*, p. 187 ss.; HONDIUS E., *op. cit.*, p. 712 ss.

⁵⁸⁵ HOWELLS G., *op. cit.*, p. 194.

applicabile ad un determinato rapporto⁵⁸⁶. Se, in applicazione dell'art. 3 del regolamento Roma I, le parti abbiano scelto di adottare la CESL quale legge applicabile al contratto, tale scelta non si pone in contrasto con l'art. 6, comma 2, del regolamento Roma I, poiché le norme contenute nella CESL assicurano un elevato livello di tutela del consumatore⁵⁸⁷.

In ogni caso, i consumatori - che potrebbero trarre grandi vantaggi dall'applicazione della CESL, in termini di una più ampia scelta di prodotti a prezzi più competitivi e di una maggiore tutela in caso di inosservanza delle norme da parte delle imprese - non avranno alcuna possibilità di sceglierlo se l'altra parte non glielo propone⁵⁸⁸.

Pertanto, la sorte della applicazione o meno, nella pratica, della CESL appare rimessa totalmente nelle mani delle imprese⁵⁸⁹.

Qualsiasi strumento opzionale, per poter funzionare in modo efficiente ed essere utile al raggiungimento degli obiettivi prefissati dalle istituzioni comunitarie, deve poter essere in grado di soddisfare gli interessi di entrambe le parti contrapposte che volontariamente decidono di utilizzarlo: se non verrà raggiunto tale bilanciamento, difficilmente la CESL sarà prescelta quale legge regolatrice del rapporto contrattuale⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ CONTE G., *op. ult. cit.*, p. 70; PERFETTI U., *Draft Optional Regulation on a Common European Sales Law – First Considerations*, in *The Proposed Common European Sales Law – The Lawyer's View*, a cura di ALPA G., CONTE G., PERFETTI U., GRAF VON WESTPHALEN F., 2013, p. 50 ss.

⁵⁸⁷ PERFETTI U., *Draft Optional Regulation on a Common European Sales Law – First Considerations*, in *The Proposed Common European Sales Law – The Lawyer's View*, a cura di ALPA G., CONTE G., PERFETTI U., GRAF VON WESTPHALEN F., 2013, p. 50 ss.

⁵⁸⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un diritto comune europeo della vendita per agevolare le transazioni commerciali transfrontaliere nel mercato unico*, COM (2011) 636, def. dell'11 ottobre 2011, p. 13; STAUDENMAYER D., *op. cit.*, p. 18; HOWELLS G., *op. cit.*, p. 187 ss.; BASEDOW J. G., *op. ult. cit.*, p. 169; BERLINGUER L., *op. cit.*, p. 46.

⁵⁸⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un diritto comune europeo della vendita per agevolare le transazioni commerciali transfrontaliere nel mercato unico*, COM (2011) 636, def. dell'11 ottobre 2011, p. 13; HOWELLS G., *op. cit.*, p. 187 ss.; BASEDOW J. G., *op. ult. cit.*, p. 169.

⁵⁹⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un diritto comune europeo della vendita per agevolare le transazioni commerciali transfrontaliere nel mercato unico*, COM (2011) 636, def. dell'11 ottobre 2011, p. 13; HOWELLS G., *op. cit.*, p. 194.

3.2 I nuovi equilibri tra i contrapposti interessi del professionista e del consumatore.

Nella direttiva n. 2011/83/UE alcune norme favoriscono i professionisti, altre i consumatori: da un punto di vista generale, tuttavia, sembra essersi trovato un equilibrio tra i contrapposti interessi di categoria⁵⁹¹.

Le nuove disposizioni e le nuove tutele, anche se possono presentare alcune imperfezioni e sollevare dubbi interpretativi, anche se non danno soluzione a tutte le questioni che si pongono nella prassi, tutto sommato appaiono convincenti: appare arduo negare che la direttiva 2011/83/UE - o la CESL, vista l'attuale analogia formulazione - innalzi il livello di tutela del consumatore nei contratti a distanza⁵⁹².

In particolare, la definizione di *consumatore*, apparentemente immutata rispetto alla medesima contenuta in altre direttive, viene ampliata sia dalla direttiva 2011/83/UE (considerando n. 17) sia dalla CESL (considerando n. 11a, e art. 2, lett. f), del testo emendato a febbraio 2013), sino a comprendere anche i professionisti che acquistano il bene o il servizio per uso promiscuo⁵⁹³.

In entrambi i testi si nota un incremento delle informazioni precontrattuali, oggetto di approfondita integrazione ed aggiornamento rispetto a quelle contenute nella direttiva 97/7/CE. Per quanto riguarda le informazioni sui costi a carico del consumatore, è espressamente previsto che in caso di omessa (o incompleta o errata) fornitura delle stesse gli acquirenti non sono tenuti a corrispondere alcunché; la prova della comunicazione delle informazioni grava sul professionista. In questo modo, si è inteso operare sul piano del diritto sostanziale assicurando una maggiore quantità di contenuti informativi, e si è agito anche sul piano sanzionatorio per garantire la tutela del consumatore dai c.d. "costi occulti"⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ HOWELLS G., *op. cit.*, p. 194; RIVA I., *op. cit.*, p. 774.

⁵⁹² STAUDENMAYER D., *op. cit.*, p. 18; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 154; HOWELLS G., *op. cit.*, p. 194; RIVA I., *op. cit.*, p. 774.

⁵⁹³ CLIVE E., *op. cit.*, *passim*.

⁵⁹⁴ LANDO O., *op. cit.*, p. 723 ss.; RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 109.

Tuttavia, c'è il rischio che i vantaggi dell'armonizzazione sulle norme relative all'informazione precontrattuale vengano vanificati da alcune ambiguità terminologiche che prestano il fianco a diverse interpretazioni e applicazioni negli Stati membri che possono alterare il livello di tutela uniforme che si intendeva perseguire con le norme ad armonizzazione massima. In questo caso, il criterio dell'armonizzazione massima non favorisce il consumatore⁵⁹⁵.

Ad esempio, quanto alle vendite *online*, la norma di cui all'art. 8, co. 2, della dir. 2011/83/UE - secondo la quale prima dell'inoltro di un ordine *online* l'acquirente deve confermare espressamente l'obbligo di pagamento a suo carico, altrimenti non è tenuto ad alcun corrispettivo – solleva qualche perplessità per quanto riguarda il termine “ordine”, posto che all'art. 2 non è stata prevista una definizione. La parola “ordine” potrebbe essere intesa sia come *offerta*, sia come *accettazione*. È preferibile scegliere la seconda ipotesi interpretativa, atteso che con l'accettazione alla proposta di vendita, ossia l'inoltro dell'ordine da parte del consumatore, sorge in capo al consumatore l'obbligo di pagamento. Tuttavia, in alcuni Stati membri, ad esempio nel Regno Unito, l'ordine è visto come l'invito a concludere un contratto⁵⁹⁶. Se si seguisse questa interpretazione, il consumatore non sarebbe vincolato all'“ordine” e non avrebbe concluso un contratto, ma qualora la prestazione fosse eseguita dal professionista la norma esporrebbe il consumatore alle restituzioni. Sarebbe opportuno, dunque, chiarire il significato di questo termine, prestandosi a diverse interpretazioni che possono condurre a diversi livelli di tutela, nonostante si tratti di una norma ad armonizzazione massima⁵⁹⁷.

Inoltre, sono state chiarite e ben suddivise le discipline relative ai contratti a distanza e ai contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali. In particolare, le vendite a distanza non possono più essere considerate una

⁵⁹⁵ CLIVE E., *op. cit., passim*; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 154, 165, 166; HOWELLS G., *op. cit.*, p. 181 ss.; RIVA I., *op. cit.*, p. 763.

⁵⁹⁶ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 152-153.

⁵⁹⁷ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 153.

sottocategoria delle vendite negoziate al di fuori dei locali commerciali, essendo stata rimossa dall'ambito di queste ultime la fattispecie delle vendite per corrispondenza che aveva generato dubbi interpretativi a seguito del recepimento nel nostro ordinamento delle direttive 93/577/CEE e 97/7/CE⁵⁹⁸. Le vendite negoziate al di fuori dei locali commerciali sono, per espressa definizione, quelle che avvengono alla presenza del professionista (o di un suo incaricato) e fuori dai locali ordinariamente destinati alla vendita dei suoi prodotti⁵⁹⁹. Pertanto, le vendite per corrispondenza rientrano esclusivamente nell'ambito applicativo delle vendite a distanza⁶⁰⁰.

Tuttavia, sebbene il legislatore comunitario abbia rimosso alcune incongruenze tra le due diverse discipline e le abbia regolate unitariamente rispettando, comunque, le loro differenze ontologiche, si segnala che alcune norme più favorevoli al consumatore – che verranno evidenziate nei successivi paragrafi - si applicano soltanto a coloro che hanno concluso un contratto negoziato al di fuori dei locali commerciali: ciò crea illogiche disparità di tutela, posto che tra le due tipologie contrattuali sono le vendite a distanza a richiedere più tutele, avendo una potenzialità lesiva maggiore.

Il fatto, poi, che le norme sui contratti a distanza si applichino congiuntamente a quelle sulle pratiche commerciali scorrette (artt. 18 ss. c.cons.) nonché alle norme sulla *privacy* (d.lgs. 196/2003) rappresenta un rafforzamento della protezione del consumatore che potrà servirsi delle tutele apprestate da tali discipline per meglio tutelare i propri interessi economici e personali. In aggiunta, ciò contribuirà ad aumentare l'attenzione dei consumatori e delle istituzioni sui comportamenti degli operatori economici e a realizzare l'opera di moralizzazione del mercato, emarginando coloro che adottano condotte scorrette, e premiando e tutelando i concorrenti che operano correttamente.

⁵⁹⁸ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 106.

⁵⁹⁹ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 106.

⁶⁰⁰ RICCI F., *op. ult. cit.*, p. 106.

Un obiettivo che è stato raggiunto sia dalla direttiva 2011/83/UE sia dalla CESL è l'ampliamento dell'ambito applicativo della disciplina sulle vendite a distanza, attraverso la inclusione di nuove fattispecie precedentemente escluse: in questo modo, i consumatori potranno beneficiare delle nuove norme in circostanze che precedentemente erano prive di tutela o erano tutelate da altre direttive. Già da tempo la dottrina si è interrogata sull'opportunità di ampliare l'ambito applicativo della normativa sulle vendite a distanza, così da ricomprendere fattispecie attualmente al di fuori dal suo raggio di operatività.

A mero titolo di esempio, alcune norme della direttiva 2011/83/UE - artt. 8, co. 2 relativo alle informazioni precontrattuali nei contratti conclusi con mezzi elettronici, 19 relativo alle tariffe per l'utilizzo dei mezzi di pagamento e 22 relativo ai pagamenti supplementari – si applicano anche ai servizi di trasporto passeggeri, precedentemente esclusi dall'ambito di operatività della direttiva 97/7/CE.

Inoltre, la direttiva 2011/83/UE si applica anche ai contratti di trasporto di merci e di noleggio di autovetture - fattispecie, quest'ultima, per la quale la maggior parte della dottrina aveva caldeggiato l'applicazione delle norme sui contratti a distanza - ad esclusione del diritto di recesso (considerando n. 27).

Un altro tipo di vendite alle quali si applicherà la direttiva 2011/83/UE e la CESL sono quelle concluse in occasione di un'asta pubblica, anche se in questo caso il consumatore non può esercitare il diritto di recesso (art. 16, lett. k, dir. 2011/83/UE; art. 40 CESL): l'esclusione è giustificata per evitare che il consumatore possa abusare del rimedio recedendo dopo l'acquisto, pur avendo avuto la possibilità di partecipare all'asta pubblica e di visionare il bene offerto o di conoscere le potenzialità del servizio. Inoltre, poiché tra le aste pubbliche non sono comprese quelle *online* messe a disposizione di consumatori e professionisti, per questa tipologia di contratti è esercitabile il diritto di recesso, non avendo l'acquirente la possibilità di visionare il bene o di valutare concretamente le funzionalità del servizio offerto. Il fatto che le aste *online* saranno coperte dalla disciplina sui contratti a distanza costituisce

un vantaggio sia per i professionisti sia per i consumatori che saranno più tutelati nella effettuazione di questi scambi.

Inoltre, sia nella direttiva n. 2011/83/UE sia nella CESL viene dato ampio risalto ai contratti per la fornitura di contenuto digitale. Infatti, il legislatore europeo ha inteso conferire certezza giuridica a questo tipo di vendite, atteso che «*il trasferimento di contenuti digitali a fini di conservazione, trasformazione o accesso e di uso ripetuto, come lo scaricamento di musica, è in rapida ascesa e presenta un elevato potenziale di crescita ma si svolge in un contesto in cui è ancora notevole la discrepanza e l'incertezza giuridica*» (considerando n. 17 della CESL, cfr. pure l'art. 2, n. 6 della direttiva n. 2011/83/UE)⁶⁰¹.

In questo modo, è divenuto per gli operatori economici e del diritto più chiara la distinzione tra *beni* e *servizi* - e delle relative norme applicabili nel caso di acquisto dell'uno o dell'altro prodotto - attraverso la formulazione della categoria di "contenuto digitale" ossia dei dati prodotti e forniti in formato digitale, che includono le registrazioni audio o video, le immagini o i contenuti digitali scritti, i giochi digitali, il *software* e il contenuto digitale che permette di personalizzare l'*hardware* o il *software* esistente. Infatti, nella precedente disciplina questo tipo di prodotti aveva diviso la dottrina sulla qualificazione degli stessi come bene o come servizio. Il legislatore europeo, tramite la formulazione della categoria *contenuto digitale* ha conferito certezza ai rapporti giuridici e ha positivamente risolto tale questione.

Anche le norme sul recesso sono state aggiornate e rese più equilibrate e fruibili da parte degli operatori economici, come verrà analizzato nei successivi paragrafi.

L'idea di fondo che si percepisce dalla lettura della direttiva 2011/83/UE e della CESL è che tali testi siano stati elaborati per essere *user friendly*: esempio emblematico di tale impostazione è la predisposizione di un modello-

⁶⁰¹ HONDIUS E., *op. cit.*, p. 712 ss.

tipo sul recesso da parte del professionista per adempiere all'obbligo di informazione⁶⁰².

In sostanza, si ha l'impressione che i rapporti di forza tra le parti contrattuali siano stati ristabiliti, non a livello nazionale ma a livello europeo.

Probabilmente, in alcuni Stati membri ci saranno degli abbassamenti del livello di tutela. Ad esempio, per quanto riguarda il diritto interno italiano, qualora le parti scelgano di adottare la CESL quale legge regolatrice del contratto, il professionista potrebbe non incorrere nelle sanzioni amministrative stabilite dall'art. 62 c. cons.⁶⁰³.

Dal punto di vista generale, si è stabilito un livello di protezione del consumatore elevato, tenendo conto in ogni caso degli interessi del professionista⁶⁰⁴.

3.3 Gli strumenti per assicurare al consumatore la prestazione di un consenso libero ed informato all'acquisto.

Sia nella direttiva 2011/83/UE sia nella CESL è presente una minuziosa indicazione delle informazioni che devono essere comunicate al consumatore prima della conclusione di un contratto a distanza.

Il legislatore europeo ha inteso rafforzare la protezione del consumatore prevedendo un ampio numero di informazioni così da renderlo edotto fin dall'inizio dell'impegno che gli si propone di assumere: l'incremento delle informazioni rispetto a quelle previste dalla direttiva 97/7/CE non può che essere valutato positivamente⁶⁰⁵.

L'uniformazione delle informazioni precontrattuali ha lo scopo di rimuovere le particolarità esistenti nei singoli Stati membri per effetto del

⁶⁰² HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 150.

⁶⁰³ STAUDENMAYER D., *op. cit.*, p. 18.

⁶⁰⁴ STAUDENMAYER D., *op. cit.*, p. 18.

⁶⁰⁵ CLIVE E., *op. cit.*, *passim*; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 154, 165, 166; HOWELLS G., *op. cit.*, p. 181 ss.; RIVA I., *op. cit.*, p. 763.

recepimento della direttiva 97/7/CE, e può concorrere a far aumentare la domanda di beni e servizi ora che diventeranno più espliciti i termini dell'accordo⁶⁰⁶.

Rispetto a quelle indicate nella direttiva 97/7/CE, le informazioni che ora devono essere comunicate ai consumatori hanno il pregio di essere comunicate tutte *prima della conclusione del contratto*: viene meno, così, la suddivisione tra informazioni da comunicare prima e quelle "ulteriori" da comunicare al momento o prima dell'esecuzione del contratto assieme alla conferma di quelle già fornite. Si supera positivamente la scansione temporale di cui agli artt. 52 e 53 c.cons. – che aveva generato dubbi sulla meritevolezza di alcune informazioni di essere comunicate prima o dopo la conclusione del contratto - e si assicura al consumatore una conoscenza globale di tutto quanto discende dall'accordo, in termini di diritti e di obblighi, in modo da poter determinare il suo consenso informato all'acquisto⁶⁰⁷.

Ad esempio, rendere noto al consumatore l'identità e tutti i recapiti del professionista prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza - e non solo per quelli che prevedono il pagamento anticipato del prezzo come attualmente previsto – comporta per l'acquirente la immediata conoscenza dell'altra parte e gli permette di mettersi agevolmente in contatto con essa per qualsiasi esigenza relativa al contratto. Oltre a ciò, la indicazione dell'esistenza di un servizio di assistenza postvendita e di garanzie commerciali può contribuire a determinare la fiducia del consumatore nei confronti del professionista e a saggiarne l'affidabilità.

Inoltre, l'indicazione precisa di qualsiasi onere economico a carico del consumatore lo mette al riparo da richieste di pagamento illegittime, che siano state effettuate senza una preventiva informazione sull'entità e sulla ragione del pagamento⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 146 ss, 165, 166; HOWELLS G., *op. cit.*, p. 181 ss.

⁶⁰⁷ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 165, 166; HOWELLS G., *op. cit.*, p. 181 ss.

⁶⁰⁸ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 165, 166; HOWELLS G., *op. cit.*, p. 181 ss.

Infine, l'informazione sull'esistenza del diritto di recesso e delle condizioni, termini e procedure per esercitarlo rende edotto sin da subito il consumatore di quali sono le tutele accordate dall'ordinamento nel caso in cui abbia maturato in maniera frettolosa o disinformata il proprio consenso in ordine all'acquisto e voglia sciogliersi dal vincolo contrattuale⁶⁰⁹.

Ora il professionista può avvalersi anche della predisposizione di un modello-tipo sul recesso (allegato I, parte A della direttiva 2011/83/UE; appendice 1, allegato I della CESL) adempiendo al relativo obbligo di informazione semplicemente consegnando tale modulo compilato al consumatore (art. 6, co. 4, dir. 2011/83/UE; art. 17, allegato I, CESL)⁶¹⁰. Questa previsione va a beneficio sia del professionista – che potrà liberarsi validamente dal proprio obbligo utilizzando il modulo, identico in tutti gli Stati membri, sia per il consumatore che potrà essere maggiormente avveduto sulla possibilità di recedere dal contratto e sulle modalità per farlo.

Oltre a queste, che sono le principali, molte altre informazioni vanno comunicate al consumatore prima della conclusione del contratto, senza aspettare il momento della conferma su un supporto durevole.

Rafforza la tutela dell'acquirente la previsione che l'onere della prova di aver adempiuto gli obblighi contrattuali grava sul professionista (art. 6, co. 9, dir. 2011/83/UE; art. 21, allegato I, CESL)⁶¹¹.

Il legislatore italiano non aveva recepito la norma contemplata dalla direttiva 97/7/CE (art. 11, co. 3) relativa alla previsione dell'onere della prova a carico del professionista di aver fornito l'informazione preliminare, la conferma scritta e di aver rispettato i termini per la comunicazione delle informazioni⁶¹². Pertanto, tale previsione potrà finalmente trovare attuazione in tutti gli Stati membri e non solo in quelli che l'avevano già adottata per effetto del recepimento della direttiva 97/7/CE.

⁶⁰⁹ RIVA I., *op. cit.*, p. 763.

⁶¹⁰ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 150.

⁶¹¹ DONA M., *op. ult. cit.*, p. 588; RIVA I., *op. cit.*, p. 763.

⁶¹² Tale lacuna verrà colmata nel nostro ordinamento per effetto del recepimento della direttiva sui diritti dei consumatori n. 2011/83/UE (art. 11).

In caso di eventuale difformità tra le informazioni comunicate in via orale e quelle confermate per iscritto, si ritiene che il consumatore sia vincolato a quelle confermate per iscritto se l'informazione successiva difforme da quella preliminare è stata fornita prima della conclusione del contratto. Se è successiva, poiché il consenso del consumatore si è formato sull'informazione precontrattuale effimera, la successiva informazione difforme è da ritenersi inefficace nei confronti di quest'ultimo, che ha maturato un legittimo affidamento sulle condizioni contrattuali stabilite nella informazione preliminare.

Rimane in ogni caso il rischio, a carico del consumatore, che l'eccesso di contenuti informativi possa vanificare lo scopo cognitivo degli stessi⁶¹³.

Per quanto riguarda la chiarezza e la comprensibilità delle informazioni, sia la direttiva 2011/83/UE (art. 6, co. 7) sia la CESL (art. 61, allegato I) non contengono disposizioni migliorative per quanto concerne la lingua impiegata nel contratto. Contrariamente a quanto attualmente previsto nel nostro ordinamento (art. 52, co. 4, c.cons.) - non è sancito alcun dovere a carico del professionista di comunicare al consumatore le informazioni nella sua lingua di origine, qualora questo espressamente lo richieda. Non sarebbe stato superfluo prevedere requisiti linguistici più stringenti a carico del venditore, atteso che l'ostacolo linguistico è uno dei tanti che incontrano i consumatori negli acquisti transfrontalieri, tale da farli desistere dal compierli⁶¹⁴.

Per quanto riguarda le sanzioni in caso di violazione degli obblighi informativi, l'apparato sanzionatorio previsto dalla direttiva 2011/83/UE e dalla CESL, pur essendo efficace sotto alcuni profili, risulta carente e asistemico sotto altri.

A parte la norma (art. 10 dir. 2011/83/UE; art. 42, co. 2, allegato I CESL) che prevede che - in caso di *omissione* delle informazioni sul diritto di recesso - il termine per recedere è prolungato ad un anno, termine decorrente dalla scadenza del termine iniziale per recedere, nulla è previsto nel caso in cui

⁶¹³ RIVA I., *op. cit.*, p. 772, 773.

⁶¹⁴ DONA M., *op. ult. cit.*, p. 588; RIVA I., *op. cit.*, p. 760.

queste non siano comunicate in modo *completo ed esatto*: pertanto, in via estensiva, si ritiene che anche nell'ipotesi di incompletezza o inesattezza delle informazioni sul diritto di recesso il consumatore abbia diritto al prolungamento del termine per recedere, poiché l'informazione fornita dal professionista non ha soddisfatto lo scopo cognitivo e di tutela alla quale è destinata.

In entrambi i testi è espressamente previsto che caso di omissione delle informazioni relative al prezzo, alle spese aggiuntive o ai costi per la restituzione dei beni in caso di recesso, il consumatore non è tenuto a pagare alcunché (art. 6, co. 6, dir. 2011/83/UE; art. 29, co. 1 e 2, allegato I CESL)⁶¹⁵.

Anche nell'art. 14 dir. 2011/83/UE - relativo agli obblighi a carico del consumatore nel caso di recesso - è ribadito che il consumatore è tenuto al pagamento delle sole spese per la restituzione dei beni, purché il professionista lo abbia informato su tale costo a suo carico; in caso contrario, è esonerato da tale pagamento⁶¹⁶.

Altre norme contenute all'art. 14 della dir. 2011/83/UE riconnettono alla omissione delle informazioni sul diritto di recesso o al mancato consenso alla esecuzione anticipata della prestazione prima del decorso del termine per recedere l'esonero del consumatore da qualsiasi costo eventualmente sostenuto dal professionista (comma 4).

La sanzione della inopponibilità, della inefficacia di obblighi a carico del consumatore che non siano stati oggetto di espressa informazione si conferma, attraverso questa previsione, come il rimedio prescelto per tutelare il consumatore e per contrastare la inottemperanza agli obblighi informativi, ferma restando la possibilità di invocare il risarcimento del danno, nonché la nullità o la annullabilità del contratto ove ne ricorrano i presupposti⁶¹⁷.

L'art. 23 della direttiva 2011/83/UE stabilisce che gli Stati membri sono tenuti a garantire l'esistenza di strumenti *«adeguati ed efficaci per assicurare*

⁶¹⁵ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 152.

⁶¹⁶ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 152; RIVA I., *op. cit.*, p. 765.

⁶¹⁷ RICCI F., *Doveri di informazione*, cit., p. 586.

il rispetto» della direttiva e il successivo art. 24 prescrive agli Stati membri di scegliere la sanzione - che deve avere i caratteri di efficacia, proporzionalità, dissuasività - in caso di violazione delle norme di recepimento della direttiva, e di adottare tutte le misure necessarie per assicurarne l'applicazione⁶¹⁸.

Tuttavia, questa possibilità rimessa agli Stati membri sulla scelta della sanzione applicabile è destinata a generare inevitabilmente una frammentazione normativa con gravi ripercussioni dal punto di vista economico e giuridico, in quanto ci saranno Paesi che adotteranno sanzioni più rigide e altri che saranno più permissivi⁶¹⁹.

Peraltro, è evidente che i professionisti che intendono operare a livello transfrontaliero preferiranno espandere la propria attività soltanto verso i mercati dei Paesi con sanzioni meno afflittive. Per far questo, dovranno prima premunirsi di consulenze giuridiche sul regime applicato nei vari Paesi, e questi costi, come anche le appena richiamate conseguenze, si potrebbero evitare includendo le norme sanzionatorie tra le norme ad armonizzazione massima.

Invero, prevedere l'armonizzazione massima solo per gli obblighi informativi e non anche per le sanzioni in caso di violazione degli stessi produce una disgiunzione sistematica che nuoce alla uniformazione della tutela e alla certezza giuridica che si intendeva perseguire con la direttiva sui diritti dei consumatori.

L'adozione della CESL quale legge regolatrice del contratto eviterebbe tale problema, ma potrebbe determinare un abbassamento del livello di tutela già esistente nei singoli diritti nazionali.

Invece, la disciplina dell'annullamento del contratto concluso per vizio del consenso (errore, dolo, minacce, iniquo sfruttamento) – dettata dalla CESL e descritta nel capitolo precedente – potrà sicuramente rendere più fruibile per il consumatore il ricorso a tale rimedio, sia dal punto di vista temporale, sia dal

⁶¹⁸ CLIVE E., *op. cit.*, *passim*; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 151, 165; RIVA I., *op. cit.*, p. 763.

⁶¹⁹ STAUDENMAYER D., *op. cit.*, p. 29; RIVA I., *op. cit.*, p. 763.

punto di vista processuale e dei costi, atteso che non è previsto il coinvolgimento di un soggetto terzo ed imparziale come un giudice o un arbitro.

Sia la direttiva 2011/83/UE sia la CESL (art. 19, co. 4 allegato I) prevedono la conferma per iscritto, da parte del professionista al consumatore, dell'offerta effettuata per via telefonica: l'acquirente sarà vincolato ad essa solo dopo averla sottoscritta o accettata per iscritto. La conferma per iscritto dell'offerta, sebbene assicuri un'idonea protezione al consumatore per gli acquisti di beni di elevato valore (ad esempio un elettrodomestico o un'automobile), secondo alcuni esponenti della dottrina appare eccessivamente rigida per gli acquisti di modico valore⁶²⁰. Viene definitivamente superata, in quanto non prevista né nella direttiva 2011/83/UE né nella CESL, la previsione della nullità del contratto qualora all'inizio della conversazione telefonica non venga comunicato lo scopo commerciale della chiamata al consumatore.

Un problema che non è stato risolto né dalla direttiva sui diritti dei consumatori né dalla CESL riguarda i costi delle comunicazioni telefoniche.

Come evidenziato nel capitolo I, non capita di rado che per contattare il professionista il consumatore sia tenuto a pagare la conversazione telefonica ad una tariffa maggiore di quella di base.

A tale proposito, l'art. 21 della direttiva 2011/83/UE obbliga gli Stati membri ad assicurare che il consumatore non sia tenuto a pagare più della tariffa di base per le comunicazioni telefoniche con il professionista.

L'art. 14, comma 3 della CESL prevede soltanto che il costo derivante dall'uso del mezzo di comunicazione a distanza per la conclusione del contratto deve essere comunicato al consumatore solo se è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base.

Specialmente quest'ultima disposizione non appare migliorativa del quadro normativo esistente. Il consumatore dovrebbe sempre essere informato

⁶²⁰ CLIVE E., *op. cit.*, *passim*; RIVA I., *op. cit.*, p. 771.

sulla entità della tariffa applicata alle conversazioni telefoniche con il professionista, indipendentemente dal fatto che i costi della chiamata siano superiori, uguali o inferiori rispetto alla tariffa di base.

Ad ogni modo, sarebbe opportuno permettere al consumatore di avvalersi di tariffe quantomeno agevolate, rispetto a quelle di base, per contattare il professionista o di disporre di un numero verde gratuito specificamente previsto per i reclami.

Una ulteriore norma sanzionatoria a carico del professionista - contenuta sia nella direttiva 2011/83/UE (art. 14, co. 2) sia nella CESL (art. 45, co. 3) - riguarda l'esenzione di responsabilità del consumatore per la diminuzione del valore dei beni risultante da una manipolazione diversa da quella necessaria per stabilirne la natura, le caratteristiche e il funzionamento, se non gli è stata comunicata l'informazione sul diritto di recesso. Tale previsione è da valutare positivamente, in quanto riconduce alla omessa informazione sul recesso una ulteriore conseguenza sfavorevole per il professionista, che – attraverso questa via – sarà ancora più accorto a informare l'acquirente della possibilità di recedere⁶²¹.

Dal punto di vista *astratto*, le nuove norme sulle informazioni e sulle sanzioni in caso di violazione appaiono più avanzate ed efficaci di quelle contenute nella direttiva 97/7/CE e nel nostro codice del consumo.

Sarà solo la loro applicazione *in concreto* a confermare tale prospettiva o a suggerire nuovi interventi normativi.

3.4 Il diritto di recesso: nuove modalità e termini più ampi per esercitarlo.

La disciplina del recesso è tra le novità più rilevanti presentate dalla direttiva 2011/83/UE e dalla CESL.

⁶²¹ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 152, 160 ss.; RIVA I., *op. cit.*, p. 765.

Non solo le norme ad armonizzazione massima in materia di recesso verranno applicate uniformemente in tutto il territorio dell'Unione europea, ma semplificheranno ed aggiorneranno l'attuale disciplina rendendola più moderna e fruibile da parte del consumatore.

È positivo che in tutti gli Stati membri entreranno in vigore le medesime norme sulla durata, sulle modalità e sugli obblighi delle parti in caso di esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore. Inoltre, la semplificazione delle norme sulle decorrenze del termine per recedere conferirà certezza ai rapporti giuridici.

È opportuna, altresì, la precisazione che non si computa il *dies a quo* nel calcolo del termine per recedere: infatti, nei diversi Stati membri vigevano dei regimi differenti per il computo del tempo e ciò provocava differenze di tutela⁶²². Il legislatore comunitario, avendo notato tale diversità, ha rimediato con la norma appena citata. Come segnalato dal considerando n. 40 della direttiva 2011/83/UE, «*i diversi termini di recesso tra Stati membri e per i contratti a distanza e i contratti fuori dei locali commerciali sono causa di incertezza giuridica e di costi di adempimento. Lo stesso termine di recesso dovrebbe applicarsi a tutti i contratti a distanza e i contratti negoziati fuori dei locali commerciali*». Il considerando n. 43, inoltre, fa riferimento alla necessità di ampliare il termine per recedere in caso di inadempimento dell'obbligo di fornire le informazioni: «*Se il professionista non ha adeguatamente informato il consumatore prima della conclusione di un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali, il termine di recesso dovrebbe essere prorogato. Tuttavia, per garantire la certezza giuridica per quanto riguarda la durata del periodo di recesso, è opportuno introdurre un limite di dodici mesi*»⁶²³.

In base a quanto previsto dalla direttiva 2011/83/UE e dalla CESL, prima della scadenza dei quattordici giorni per recedere, il consumatore può

⁶²² HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 156, 163.

⁶²³ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 155.

esercitare il proprio diritto di sciogliersi dal contratto informando il professionista in qualsiasi forma, purchè sia *espressa*.

Posto che l'onere della prova dell'avvenuto esercizio del diritto di recesso è a carico del consumatore, è nel suo interesse manifestare la propria volontà di recedere su un supporto durevole, così da avere la prova documentale dell'esercizio del diritto. Tuttavia, potrebbe costituire una forma di manifestazione tacita del recesso la restituzione dei beni al professionista senza aggiungere altro, fattispecie già prevista dal *Draft Common Frame of Reference* (art. II-5.102)⁶²⁴ ma negletta sia dalla direttiva 2011/83/UE e dalla CESL. In ogni caso, la previsione di una comunicazione scritta per recedere soddisfa i requisiti di certezza legale dei rapporti e può tornare utile al consumatore ai fini probatori⁶²⁵.

Resta irrisolto il problema, sollevato dalle associazioni dei consumatori⁶²⁶ ma trascurato dalle istituzioni comunitarie, di non consentire al consumatore alcun pagamento prima dello spirare del termine per recedere proprio per tutelarlo dalla difficoltà di ottenere la ripetizione delle somme da parte del professionista, specialmente per quanto riguarda gli acquisti transfrontalieri.

Invece, se è stato concluso un contratto negoziato fuori dai locali commerciali, la direttiva 2011/83/UE (art. 9, co. 3) prevede che gli Stati membri possono mantenere la legislazione nazionale in vigore che vieta al professionista di ricevere il pagamento da parte dell'acquirente durante un determinato periodo successivo alla conclusione del contratto. Questo *discrimen* tra contratti a distanza e contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali appare del tutto immotivato ed illogico, posto che la prestazione di un consenso libero e consapevole del consumatore in ordine ad un prodotto è più rischiosa nei contratti a distanza⁶²⁷.

⁶²⁴ Comma 2 dell'art. II-5.102 del *Draft Common Frame of Reference*: «Returning the subject matter of the contract is considered a notice of withdrawal unless the circumstances indicate otherwise».

⁶²⁵ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 158.

⁶²⁶ cfr. il parere del C.N.C.U. già citato al paragrafo 2.11.

⁶²⁷ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 159; MAZZAMUTO S., *op. cit.*, p. 879; RIVA I., *op. cit.*, p. 760.

Anche la previsione di un modulo-tipo di recesso da consegnare al consumatore costituisce una novità da valutare positivamente, poiché in questo modo i professionisti dispongono di un modello uniforme, validamente utilizzabile per ogni vendita in tutto il territorio dell'Unione europea⁶²⁸.

Come anticipato, tra gli obblighi incombenti sul professionista in caso di recesso del consumatore, è previsto il rimborso – con lo stesso mezzo di pagamento usato dall'acquirente, salvo altro accordo tra le parti - di tutti i pagamenti effettuati dal consumatore, senza alcun ritardo ed entro il termine di *quattordici giorni* dal giorno in cui è informato della decisione del consumatore di recedere dal contratto (art. 13, co. 1, dir. 2011/83/UE; art. 44 CESL). Attualmente, il termine per il rimborso è di *trenta giorni*, dunque questa riduzione del termine apportata dalla direttiva 2011/83/UE e dalla CESL è estremamente positiva⁶²⁹.

A ben vedere, tuttavia, l'obbligo di rimborso entro quattordici giorni a carico del professionista non è contemplato tra le informazioni precontrattuali di cui all'art. 6 della direttiva 2011/83/UE né degli artt. 13 e ss. della CESL ma è menzionato solo nella informativa sul diritto di recesso. Di conseguenza, solo nell'ipotesi in cui tale modello venga utilizzato dal professionista per informare il consumatore sulle modalità per recedere, quest'ultimo potrebbe venirne a conoscenza⁶³⁰. Invero, per il consumatore potrebbe essere determinante per il suo consenso avere la conoscenza della previsione, in caso di recesso, di un obbligo di rimborso a carico del professionista e del relativo termine entro il quale ha diritto di conseguirlo: se tale informazione fosse stata prevista tra quelle obbligatorie avrebbe potuto contribuire ad innalzare il livello di trasparenza e ad accrescere la fiducia dei consumatori nei contratti a distanza⁶³¹.

Invece, la previsione secondo la quale il professionista può negare il rimborso al consumatore finché non abbia ricevuto indietro la merce o il

⁶²⁸ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 159.

⁶²⁹ VENEZIANO A., *op. cit., passim*; HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 159.

⁶³⁰ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 159.

⁶³¹ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 159.

consumatore abbia provato di averla già restituita, costituisce una forma di “autotutela” che si motiva con la necessità di proteggere il venditore da un eventuale recesso dell’acquirente senza la contestuale restituzione del bene e – *prima facie* - non appare negativa. Tuttavia, in considerazione della naturale posizione di debolezza in cui si ritrova il consumatore nei rapporti con il professionista, è facile immaginare che tale disposizione possa essere strumentalizzata dal professionista per ritardare il rimborso al consumatore delle somme già corrisposte. Anche questa fattispecie conferma ulteriormente la necessità di un divieto di pagamento del corrispettivo prima della scadenza del termine per recedere.

Per quanto concerne la disciplina del recesso, vi è una ulteriore ed illogica discriminazione tra contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali e contratti a distanza. Sia nella direttiva 2011/83/UE (art. 14, co. 1) sia nella CESL (art. 44) è previsto, esclusivamente per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali, che «*il professionista ritira i beni a sue spese qualora i beni, per loro natura, non possano essere normalmente restituiti a mezzo posta*» e siano stati consegnati al domicilio del consumatore al momento della conclusione del contratto. Anche in questo caso, non si comprende la *ratio* di una distinzione tra le due fattispecie contrattuali e perché si sia scelto di privare di tale possibilità il consumatore che abbia concluso un contratto a distanza⁶³².

È a carico del consumatore il rischio della diminuzione del valore dei beni risultante da una manipolazione diversa da quella necessaria per stabilirne la natura, le caratteristiche e il funzionamento: tale obbligo potrebbe verificarsi anche qualora abbia agito in buona fede e si sia accorto tardi che il prodotto scelto non è quello voluto. La norma è stata valutata dai primi commentatori più come un avvertimento nei confronti del consumatore piuttosto che come una sanzione. Tuttavia, se fosse stata corredata dall’obbligo a carico del professionista di informare il consumatore che la responsabilità per la

⁶³² HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 160 ss.

diminuzione del valore dei beni è a suo carico, la disposizione sarebbe risultata ancora più efficace ed utile in un'ottica di equilibrio degli interessi contrapposti delle parti (cfr. direttiva 2011/83/UE, art. 14, co. 2; art. 45 CESL)⁶³³.

In caso di recesso, i contratti accessori al contratto a distanza sono automaticamente annullati (art. 15, direttiva 2011/83/UE); tuttavia, la previsione che gli Stati membri hanno facoltà di dettare norme dettagliate per la risoluzione di questi contratti non soddisfa la necessità di uniformazione e di certezza giuridica dei rapporti successiva all'esercizio del diritto di recesso, producendo una inutile frammentazione normativa⁶³⁴.

La norma che dispone che in caso di recesso vadano rimborsati al consumatore solo i costi *standard* di consegna del bene opera un equilibrio tra le contrapposte posizioni delle parti, riconoscendo al consumatore il giusto rimborso delle spese di consegna senza onerare eccessivamente il professionista (art. 13, comma 2, dir. 2011/83/UE; art. 44 CESL)⁶³⁵.

In conclusione, la valutazione delle norme in materia di recesso dettate dalla direttiva 2011/83/UE e dalla CESL è positiva: oltre alle nuove disposizioni che innalzano il livello di tutela del consumatore, c'è una maggiore chiarezza dei diritti ed obblighi delle parti.

Inoltre, il fatto che le norme contenute nella direttiva siano disposizioni ad armonizzazione massima contribuirà a rimuovere le particolarità esistenti nei singoli Stati membri e conferirà maggiore certezza giuridica ai rapporti tra le parti.

In ogni caso, ma questo è un problema connaturato alla natura dello scambio transfrontaliero, persiste il rischio per il consumatore di affrontare costi elevati per la restituzione della merce in caso di recesso⁶³⁶.

⁶³³ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 160 ss.

⁶³⁴ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 162.

⁶³⁵ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 163.

⁶³⁶ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 163; RIVA I., *op. cit.*, p. 760.

3.5 *L'esecuzione del contratto a distanza: nuove soluzioni e problemi irrisolti.*

La direttiva 2011/83/UE e la CESL dettano una disciplina più articolata della esecuzione del contratto a distanza, prevedendo delle norme più dettagliate circa gli obblighi delle parti e proponendo soluzioni ai problemi individuati nel primo capitolo.

Viene definitivamente superata la previsione di cui all'art. 54, comma 2, c. cons. – che aveva suscitato un ampio dibattito in dottrina. Attualmente, in caso di in caso di indisponibilità, anche temporanea, del bene o del servizio, il professionista, se è stato autorizzato dal consumatore, può liberarsi validamente ed efficacemente dalla propria obbligazione eseguendo una prestazione diversa da quella convenuta, anche se di valore e qualità equivalenti o superiori. Pertanto, è facile per il professionista farsi autorizzare dal consumatore ad adempiere una prestazione alternativa a quella principale: di conseguenza, la situazione di “indisponibilità” del bene si ritorce negativamente sul consumatore che ha formato il proprio consenso in ordine all'acquisto di un bene diverso rispetto a quello effettivamente prestato dal professionista.

Sia nella direttiva 2011/83/UE sia nella CESL non esiste una norma pari a questa, che evidentemente non è considerata efficace o idonea a salvaguardare gli interessi economici del consumatore.

Per assicurare all'acquirente la certezza, anche dal punto di vista temporale, dell'adempimento della prestazione del professionista, è confermato che quest'ultimo, nel caso di vendita di un bene, è tenuto a consegnare il prodotto al consumatore entro un termine ragionevole e comunque non oltre *trenta giorni* dalla conclusione del contratto, salvo diverso accordo tra le parti sul termine di consegna (art. 18, co. 1, dir. 2011/83/UE; art. 95, allegato I, CESL)⁶³⁷.

⁶³⁷ RIVA I., *op. cit.*, p. 769.

Nella direttiva 2011/83/UE è previsto espressamente che, in caso di inadempimento del professionista, il consumatore può diffidarlo a consegnare il bene in un termine supplementare, adeguato alle circostanze. Se il professionista persiste nell'inadempimento, il consumatore ha diritto di risolvere il contratto. È positiva tale previsione, così il consumatore può fissare il periodo supplementare, decorso il quale ha la certezza di essere sciolto dal vincolo contrattuale⁶³⁸.

Invero, non si è superato il problema di non consentire alcun pagamento al consumatore prima del decorso del termine per recedere, posto che è più difficile per il consumatore, specialmente negli acquisti transfrontalieri, ottenere la ripetizione delle somme già corrisposte al professionista.

Per quanto riguarda le modalità di pagamento del prezzo, il consumatore deve attenersi a quelle indicate dal contratto e se non sono determinate potrà validamente adempiere e liberarsi della propria obbligazione semplicemente utilizzando qualunque mezzo idoneo allo scopo, fermo restando il divieto per il professionista di imporre tariffe relative all'uso degli strumenti di pagamento che superino i costi sostenuti dallo stesso (cfr. art. 19, dir. 2011/83/UE; art. 124, co. 4, CESL).

Per quanto riguarda il problema dei pagamenti supplementari effettuati dal consumatore che ha espresso il consenso non attivamente, ma passivamente per effetto di opzioni precompilate dal professionista, il consumatore ha certamente diritto al rimborso dell'eventuale pagamento effettuato (art. 22 dir. 2011/83/UE; art. 76 *ter*, CESL)⁶³⁹. In questo modo, il legislatore ha inteso risolvere il problema dei costi occulti nelle vendite, specialmente *online*, in cui il consumatore si ritrovava inconsapevolmente consenziente ed obbligato a sostenere dei costi ulteriori solo per non aver deselezionato delle caselle precompilate dal professionista⁶⁴⁰. Il consenso ad eventuali pagamenti ulteriori va comunicato direttamente dal consumatore e non può desumersi

⁶³⁸ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 164.

⁶³⁹ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 164; RIVA I., *op. cit.*, p. 770.

⁶⁴⁰ cfr. Capitolo I, paragrafo 1.4.3.

indirettamente per il solo fatto che questi non abbia deselezionato delle opzioni già formulate dal venditore. Non può esigersi un simile comportamento attivo del consumatore che si palesa come una indebita estorsione del suo consenso. Di conseguenza, la norma contenuta nella direttiva 2011/83/UE è un ulteriore contributo per assicurare al consumatore la prestazione di un consenso informato nelle decisioni a carattere economico⁶⁴¹.

Nella CESL sono previste delle ipotesi di adempimento anticipato o inesatto della prestazione da parte del professionista. Nel caso di consegna anticipata del bene, il consumatore deve accettarla a meno che non abbia un legittimo interesse a rifiutarla. Vale la stessa regola se il professionista consegna una quantità di beni o contenuto digitale *inferiore* a quanto previsto dal contratto (art. 130, co. 2).

Specialmente quest'ultima previsione appare eccessivamente rigida ed irrispettosa del diritto del consumatore di rifiutare la consegna di un bene in quantità inferiore rispetto a quella legittimamente attesa. Inoltre, permette al professionista di adempiere parzialmente la propria obbligazione lasciando al consumatore l'onere di provare di avere un legittimo interesse a rifiutare la consegna.

Qualora, invece, riceva una quantità di beni o contenuto digitale *superiore* rispetto a quella convenuta, il consumatore può accettarla o rifiutarla: tuttavia, in caso di accettazione, è tenuto a pagarne il prezzo. Tale disposizione non trova applicazione se il consumatore *può ragionevolmente presumere* che la fornitura in eccesso del bene integri una ipotesi di fornitura non richiesta.

Anche questa previsione suscita forti perplessità: dalla semplice lettura, ci si avvede facilmente di quanto sia labile il confine tra l'inesatto adempimento (in misura superiore rispetto a quello convenuto) e la fattispecie della fornitura non richiesta. Infatti, il consumatore potrebbe non avvedersi tempestivamente di aver accettato un quantitativo eccessivo rispetto a quello convenuto, ma a quel punto il professionista può legittimamente richiedergli il versamento del

⁶⁴¹ HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *op. cit.*, p. 164, 165.

prezzo. Di conseguenza, per liberarsi dall'obbligo di pagamento della merce in eccesso, sarebbe onere del consumatore dimostrare che il professionista ha violato il divieto di fornitura non richiesta e ha consegnato un quantitativo di beni eccessivo per mero errore. Appare dubbia la possibilità per il consumatore di raggiungere tale prova e la pericolosa affinità tra l'ipotesi descritta e la fornitura non richiesta dovrebbe suggerire la revisione di tale disposizione.

Nel caso in cui un consumatore fruisca di un servizio in modo discontinuo, pure a fronte del pagamento integrale del corrispettivo si ritroverebbe a goderne in modo limitato (si pensi all'esempio - già proposto nel capitolo I - dell'accesso ad *internet* a intermittenza).

Dinanzi a tale ipotesi, la direttiva 2011/83/UE e la CESL non offrono soluzioni specifiche al problema. Ad ogni modo, si ritiene che il consumatore potrà richiedere il risarcimento del danno derivante dalla mancata fruizione del servizio, nonché la restituzione delle eventuali somme già corrisposte, ferma restando la possibilità di risolvere il contratto.

Infatti, con riguardo alla ipotesi della fornitura non richiesta, la direttiva 2011/83/UE (art. 27) ribadisce che il consumatore non è tenuto a pagare alcun corrispettivo e che sono inefficaci le clausole che collegano alla mancata riconsegna della merce la conclusione del contratto: in ogni caso, pur non essendo espressamente prevista - in accordo con quanto stabilito dall'art. 26, lett. f), c.cons. - si deve ritenere implicita la precisazione che il consumatore non è tenuto alla custodia dei beni non richiesti né alla loro restituzione.

In conclusione, anche per quanto riguarda la esecuzione del contratto a distanza sembra che con la direttiva 2011/83/UE e con la CESL si siano fatti dei progressi dal punto di vista normativo, anche se alcune soluzioni restano irrisolte o sollevano legittimi dubbi.

Ad ogni modo, solo la prassi contrattuale potrà rivelare potenziali inefficienze e vuoti normativi, ai quali il legislatore europeo o nazionale dovrà porre rimedio.

Conclusioni

L'azione del legislatore comunitario è volta alla realizzazione dell'efficiente funzionamento del mercato interno, al rafforzamento della coesione economica e sociale, nonché al raggiungimento di un giusto equilibrio tra un elevato livello di tutela dei consumatori e la competitività delle imprese.

Per incrementare gli scambi, specialmente transfrontalieri, tra imprese e consumatori il legislatore comunitario ha aggiornato le norme sui contratti a distanza e sta elaborando un *corpus* autonomo e uniforme di norme di diritto dei contratti, comprensivo di norme a tutela del consumatore in relazione alle vendite a distanza di beni e servizi.

La direttiva 2011/83/UE e la CESL offrono una disciplina più evoluta e particolareggiata delle vendite a distanza rispetto a quella che è stata dettata dalla direttiva n. 97/7/CE.

L'interprete si confronta con una moltitudine di definizioni volte ad esplicitare e a semplificare l'interpretazione delle regole nonché ad attribuire un significato univoco e ad aggiornare i termini utilizzati.

La disciplina sui contratti a distanza è stata resa applicabile ad un più ampio numero di fattispecie precedentemente escluse, elevando così il livello di tutela del consumatore europeo che potrà accedere alle tutele ivi previste in ipotesi ulteriori rispetto a quelle precedenti.

È stato esponenzialmente aumentato il numero delle informazioni da fornire al consumatore, definite con un alto grado di dettaglio e rese uniformi attraverso la clausola di armonizzazione massima.

Inoltre, è stato reso più efficace l'apparato sanzionatorio previsto in caso di violazione delle informazioni, attraverso l'onere della prova - incombente sul professionista - dell'adempimento dell'obbligo informativo, e l'opponibilità al professionista della omissione, della

inesattezza o della incompletezza delle informazioni a fronte di una richiesta di pagamento.

Tuttavia, la mancata armonizzazione, nella direttiva 2011/83/UE, delle norme sanzionatorie e la conseguente rimessione della scelta della sanzione applicabile agli Stati membri rischia di generare una frammentazione normativa che costituisce un grave inconveniente per il buon funzionamento del mercato interno, perché potrebbe determinare ostacoli dal punto di vista economico e giuridico: ad esempio, le imprese potranno comunque essere tenute a sostenere costi di transazione, per consulenze giuridiche ecc.; inoltre, la coesistenza di Paesi che adotteranno sanzioni più rigide e di altri che saranno più permissivi comporterà che il flusso degli investimenti sarà rivolto dai professionisti nei confronti di questo ultimo gruppo di Stati, poiché chi intende operare a livello transfrontaliero preferirà espandere la propria attività verso i mercati degli Stati membri che imporranno sanzioni meno afflittive.

Uno degli obiettivi raggiunti dal legislatore comunitario è quello di aver semplificato la prassi contrattuale, prevedendo sistemi più immediati per il consumatore per esercitare i propri diritti nonché per il professionista per adempiere più facilmente i propri obblighi. Un esempio in tal senso è costituito dalla predisposizione di una nota informativa sul diritto di recesso, attraverso la quale il professionista adempie al relativo obbligo di informazione semplicemente consegnandola al consumatore.

Inoltre, sono state previste modalità più fruibili per l'esercizio del diritto di recesso (anche tramite la compilazione di una dichiarazione esplicita direttamente sul sito *web* del professionista, nonché mediante una qualsiasi altra dichiarazione esplicita della sua decisione di recedere) e in caso di mancata informazione sul diritto di recesso è previsto che il termine scada dodici mesi dopo la fine del periodo di recesso iniziale.

Inoltre, sono stati chiariti e specificati i diritti e gli obblighi delle parti in caso di recesso, ribadendo la gratuità dello stesso, l'obbligo del consumatore di pagare solo le spese dirette di restituzione del bene al mittente e non quelle di consegna, e l'obbligo del professionista di rimborsare il corrispettivo già ricevuto.

Diversamente dalla disciplina vigente, che prevede che il professionista in caso di recesso debba rimborsare al consumatore le somme già percepite entro trenta giorni dalla data in cui è a conoscenza del recesso del consumatore, la direttiva 2011/83/UE e la CESL riducono questo termine a quattordici giorni, decorrenti sempre dal giorno in cui è informato della decisione del consumatore di recedere dal contratto.

Una questione irrisolta riguarda il pagamento anticipato del corrispettivo, prima che sia scaduto il termine per recedere. Sebbene sia previsto che il professionista è tenuto a rimborsare al consumatore le spese da quest'ultimo anticipate, il consumatore – in caso di recesso – resta comunque esposto al rischio di non riuscire ad ottenere la ripetizione delle somme già corrisposte, rischio che è ancora più accentuato nelle operazioni economiche transfrontaliere.

In merito alla esecuzione del contratto, sono state specificamente indicate le prestazioni a carico delle parti e sono state proposte nuove soluzioni per tutelare il consumatore dall'inadempimento totale o parziale del professionista. Tuttavia, alcune soluzioni non convincono in quanto sembrano porti in antitesi con il dovere di assicurare al consumatore un elevato livello di protezione.

Mentre la direttiva 2011/83/UE è già una realtà normativa, costituendo la fine di un *iter* lungo e complesso di riforma dell'*acquis communautaire*, nel corso dell'ultimo anno le istituzioni comunitarie e la dottrina nazionale ed europea che seguono la elaborazione della CESL sono alla ricerca di soluzioni analoghe a quelle già dettate dalla direttiva 2011/83/UE o più avanzate.

I due testi, invero, provengono dalla medesima matrice e condividono molte regole in materia di vendita a distanza: ciononostante, non vi possono essere delle interferenze tra di loro dal punto di vista applicativo né di scopo, essendo stati concepiti e modulati per soddisfare esigenze diverse.

L'elaborazione di un codice sul diritto contrattuale europeo ha subito già nel corso dell'anno 2011 una contrazione, data dalla scelta di restringere il suo ambito applicativo alle vendite.

Con gli emendamenti apportati nel mese di febbraio del 2013 alla CESL, il legislatore europeo ha apertamente dichiarato il proprio intento di limitare l'ambito applicativo ai contratti a distanza, in particolare alle vendite *online*, segno che a questo genere di scambi è rivolta particolare attenzione da parte delle istituzioni comunitarie.

I risultati delle prime applicazioni della direttiva 2011/83/UE influiranno certamente sull'*iter* normativo della stessa CESL: si potrà verificare la efficacia delle regole adottate e si potranno ricercare nuove soluzioni per rendere sempre più elevato il livello di tutela del consumatore e, nel contempo, favorire il buon funzionamento del mercato interno.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, a cura di Association Henri Capitant & Société de législation comparée, 2008.

AA.VV., *Diritto dei consumi*, (a cura di ROSSI CARLEO L.), Torino, 2012.

ADAR Y. e SIRENA P., *Principles and Rules in the Emerging European Contract Law: From the PECL to the CESL, and Beyond*, in *ERCL*, vol. 9, 2013, p. 1 ss.

AJANI G., *Un diritto comune europeo della vendita? Nuove complessità*, in *Contratto e Impresa/ Europa*, 2012, p. 72 ss.

ALPA G., CONTE G., PERFETTI U. e VON WESTPHALEN G., *The Proposed Common European Sales Law – the Lawyers' View*, Munich, 2013.

ALPA G., *I diritti dei consumatori*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea* diretto da AJANI G. e BENACCHIO G.A., Torino, 2009.

ALPA G., *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma, 2006.

ALPA G., *Il codice civile europeo: e pluribus unum*, in *Contratto e Impresa/ Europa*, 1999, II, p. 703 ss.

ALPA G., *Nuove garanzie a tutela del consumatore. Commento alla direttiva 97/7/CE*, in *I Contratti*, 1997, p. 421 ss.

ALPA G., *I contratti a distanza. Prime considerazioni*, in *Contratti*, 1999, p. 848 ss.

ALPA G., *I diritti dei consumatori e il codice del consumo nell'esperienza italiana*, in *Contratto e Impresa/ Europa*, 2006, I, p. 1 ss.

ALPA G., *Il draft common frame of reference del diritto privato europeo*, Padova, 2009.

ALPA G., *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Roma, 2007.

ALPA G., *Autonomia delle parti e libertà contrattuale, oggi*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2008.

ALPA G., *L'armonizzazione del diritto contrattuale e il progetto di codice civile europeo*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, p. 169 ss.

ALPA G., *Diritto privato europeo: fonti normative e programmi di armonizzazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, p. 16 ss.

ALPA G., *La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato*, in *Vita Notarile*, 2009, p. 3 ss.

ALPA G., *New economy e libere professioni: il diritto privato e l'attività forense nell'era della rivoluzione digitale*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 1175 ss.

ALPA G., *Towards a European Contract Law*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2012.

ALPA G. e ROSSI CARLEO L., *Codice del consumo, commentario*, Napoli, 2005.

ALPA G. e CONTE G., *Riflessioni sul progetto di Common frame of reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2008.

ALPA G. e CONTE G., *Dal progetto generale di Common Frame alla revisione dell'acquis communautaire*, in NAVARRETTA E., *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, atti del convegno, Pisa, 25-26 maggio 2007, Milano, 2007.

ALPA G., IUDICA G., PERFETTI U., ZATTI P., *Il DRAFT Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, 2009.

ALPA G. e CAPILLI G., *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007.

ARROYO I AMAYUELAS E. e VAQUER A., *Prescription in the Proposal for a Common European Sales Law*, in *ERCL*, vol. 9, 2013, p. 38 ss.

ATELLI M., *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza*, Torino, 2000.

BASEDOW J., *Un comune diritto dei contratti per il mercato comune*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1997, p. 81 ss.

BASTIANON S., *Prime osservazioni sulla direttiva 97/7/CE in tema di contratti a distanza*, in *Resp. Civ. Prev.*, 1997, p. 1277 ss.

BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2000.

BRAVO F., *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Milano, 2007.

BRAVO F., GAMBINO A.M., TOZZI F., *I contratti telematici e il commercio elettronico*, in ALPA G. (a cura di), *I diritti dei consumatori*, volume terzo del “*Trattato di Diritto Privato dell’Unione Europea*” diretto da G. AJANI e G.A. BENACCHIO, Torino, 2009, vol. II, p. 599 ss.

BRAVO F., *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica mediante agenti software nella distribuzione B2C*, Bologna, 2006.

BRECCIA U., *Principles, definitions e model rules nel “comune quadro di riferimento europeo” (Draft Common Frame of Reference)*, in *I Contratti*, I, 2010.

CAPOBIANCO E. e PERLINGIERI G., *Codice del consumo: annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di), Roma, 2009.

CARINGELLA F., *Studi di diritto civile*, II, 2003.

- CARINGELLA F. E DE MARZO G., *I contratti dei consumatori*, Milano, 2007.
- CASTRONOVO C., *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e diritto privato*, 2012, p. 289 ss.
- CASTRONOVO C., *L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e diritto privato*, 2011, p. 837 ss.
- CASTRONOVO C., *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2005.
- CATELANI A., *Codice del consumo: commento al D. lgs. 6 settembre 2005 n. 2006*, Milano, 2006.
- CHINÈ G., *Diritto comunitario dei contratti*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di TIZZANO A., Torino, 2000, p. 640 ss.
- CLIVE E., *Pre-contractual information duties in B2C Sales Contracts*, relazione al seminario *An Optional European Sales Law*, Trier 9-10 febbraio 2012.
- COMANDÈ G., *Vendite a distanza: regole comuni per l'Europa*, in *Guida al Diritto*, 1999, fasc. 28, p. 27 ss.
- COMANDÈ G., *Gli obblighi d'informazione dell'acquirente, il rapporto commerciale diventa trasparente*, in *Guida al Diritto*, 1999, XVIII, pag. 22 ss.
- CONTE G., *I diritti individuali "omogenei" nella disciplina dell'azione di classe*, in *Rivista di diritto civile*, 2012, p. 609 ss.
- CRAVETTO C., *Conference Report: "Towards a European Contract law" in Leuven, Belgium, 3 June 2011*, in *European Review of Private Law*, 2011, p. 1029 ss.
- CRAVETTO C. e PASA B., *The "Non-sense" of Pre-contractual Information Duties in Case of Non-concluded Contracts*, in *European Review of Private Law*, 2011, p. 759 ss.
- CUFFARO V., *Codice del consumo e norme collegate*, Milano, 2008.

D'AMICO G., *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *I contratti*, 2012, p. 611 ss.

DANOVI F., *Il foro dei consumatori nei contratti a distanza*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2000, p. 430 ss.

DE CRISTOFARO G. E ZACCARIA A., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010.

DE CRISTOFARO G., *Principi del diritto comunitario dei contratti: acquis communautaire e diritto privato europeo*, Torino, 2009.

DE CRISTOFARO G., *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *Studium Iuris*, 1999, p. 1190.

DE CRISTOFARO G., *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rassegna di diritto civile*, 2010, p. 880 ss.

DE CRISTOFARO G., *Il (futuro) diritto comune europeo della vendita mobiliare: profili problematici della Proposta di Regolamento*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2012.

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

DE MARZO G., *Contratti a distanza: commento al Decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185*, Milano, 1999.

DE NOVA G., *Un contratto di consumo via Internet*, in *I Contratti*, 1999, p. 234 ss.

DELOGU L., *La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori: la situazione ad un anno dalla sua presentazione*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2009, 953 ss.

DONA M., *Il codice del consumo, regole e significati*, 2005.

DONA M., *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, 2008.

DONA M., *La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori: luci ed ombre nel futuro della tutela contrattuale*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, p. 582 ss.;

FIORENTINO L., *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2011, p. 165 ss.

FOLLIERI L., *Il contratto concluso su internet*, Napoli, 2005.

FRANCESCHELLI V., *Commercio elettronico*, (a cura di), Milano, 2001.

FRANZONI M., *Codice ipertestuale del consumo: commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, Torino, 2008.

FRATERNALE A., *I contratti a distanza*, Milano, 2002.

GABRIELLI E. e MINERVINI E., *I contratti dei consumatori*, II, Torino, 2005.

GAMBARO M., *Consumo e difesa dei consumatori. Un'analisi economica*, Bari, 1995.

GAMBINO A.M., *Commercio elettronico e tutela del consumatore*, in *Documento informatico, firma digitale e commercio elettronico* a cura di Rizzo V., Napoli, 2000.

GENTILI A., *Documento informatico e tutela dell'affidamento*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1998, p. 28 ss.

GENTILI A., *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *I contratti*, 2006, p. 159 ss.

GIORGIANNI M., *Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 2010.

GRANELLI C., *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l’attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2007, p. 776 ss.

GRISI G., *La frontiera telematica della contrattazione a distanza*, in *Eur. Dir. Priv.*, 1998, p. 879 ss.

GRISI G., *L’obbligo precontrattuale di informazione*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1990.

GUTMAN K., *The Commission’s 2010 Green Paper on European Contract law: Reflections on Union Competence in the Light of the Proposed Options*, in *ERCL*, 2011, p. 151 ss.

HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *The Consumer Rights Directive – An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law*, in *ERCL*, 2012, p. 139 ss.

HESSELINK M.W., *The case for a Common European Sales Law in an Age of Rising Nationalism*, in *ERCL*, vol. 8, 2012, p. 342 ss.

HESSELINK M.W., *How to opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission’s Proposal for a Regulation*, in <http://ssrn.com/abstract=1050107>.

HONDIUS E., *Towards an Optional Common European Sales Law*, in *European Review of Private Law*, 2011, p. 709 ss.

HOWELLS G., *European Contract Law Reform and European Consumer Law – Two Related But Distinct Regimes*, in *ERCL*, 2011, p. 173 ss.

IRTI N., *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al Prof. Bianca)*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2000, p. 601 ss.

IRTI N., *“È vero ma ...” (replica a Giorgio Oppo)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1999, p. 273 ss.

IRTI N., *Scambi senza accordo?*, in *Riv. Trim. Dir. Civ.*, 1998, p. 349 ss.

IURILLI C. E VECCHIO G., *Il nuovo diritto dei consumatori*, Torino, 2009.

JANNARELLI A., *Le vendite aggressive: vendite stipulate fuori dei locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, 1995.

LANDO O., *Comments and Questions Relating to the European Commission's Proposal for Regulation on a Common European Sales Law*, in *European Review of Private Law*, 2011, p. 717 ss.

LIVI M.A., *L'attuazione della Direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza*, in *Contr. Impr.*, 1998, p. 1094 ss.

LUCHETTI G. e PETRUCCI A., *Fondamenti di diritto contrattuale europeo: dalle radici romane al Draft common frame of reference*, Bologna, 2010.

MANCALEONI A.M., *La nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità*, in *Diritto del Turismo*, n. 4/2007, p. 345 ss.

MANCALEONI A.M., *La tutela del consumatore nei contratti a distanza alla luce della futura direttiva sul commercio elettronico*, in *Nuova Giur. Civ. Commentata*, 2000, II, p. 313 ss.

MARTINIELLO P. - CRESTA M., *Progresso tecnologico e diritto comunitario: la Comunità europea emana una nuova disciplina per i contratti a distanza*, in *Dir. Un. Eur.*, 1997, pag. 753 ss.

MAZZAMUTO S., *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa e diritto privato*, 2011, p. 861 ss.

MAZZAMUTO S., *Il diritto europeo e la sfida del codice civile unitario*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2012.

MEMMO D., *La privacy informatica: linee di un percorso normativo*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 1213 ss.

MELI M., *Proposta di regolamento – diritto europeo della vendita*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2012, I, p. 194 ss.

MICKLITZ H.W., STUYCH J., TERRY E., *Cases, Materials and Text on Consumer Law*, 2010.

MICKLITZ H.W., *La mano visibile del diritto privato europeo in materia normativa - La trasformazione del diritto privato dall'autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolamentazione*, in *European University Institute Working Papers*, 2010.

MINERVINI E., *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2010.

MINERVINI E. e ROSSI CARLEO L., *Le modifiche al codice del consumo*, Torino, 2009.

MINERVINI E. e ROSSI CARLEO L., *Le pratiche commerciali sleali: direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007.

MINERVINI E., *La tutela collettiva dei consumatori in materia di contratti a distanza*, in *I Contratti*, 12, 2000, p. 1166 ss.

MOSCARINI L.V., *Diritti ed obblighi di informazione e forma del contratto*, in *Diritto Privato ed Interessi Pubblici*, I, Milano, 2001, p. 347 ss.

NAVARRETTA E., *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, atti del convegno, Pisa, 25-26 maggio 2007, Milano, 2007.

OPPO G., *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1998, p. 525 ss.

PASQUINO T., *La vendita attraverso reti telematiche: profili civilistici*, in *Dir. Inf.*, 1990, p. 697 ss.

PERFETTI M., *Prime riflessioni sul D.lgs. 22 maggio 1999 n. 185 in materia di contratti a distanza*, in *Nuove leggi civili*, 2000, pag. 110 ss.

PERFETTI U., *Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali*, in *I contratti del consumatore*, a cura di ALPA G., *Nuova Giurisprudenza di Diritto civile e commerciale*, fondata da BIGIAMI W., 2011.

PERLINGIERI P., *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato*, Napoli, 2007.

PIZZOLANTE G., *Contrattazione a distanza e tutela del consumatore in diritto comunitario*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2000, p. 389 ss.

REDOLFI D., *Reti telematiche e commercio elettronico: la tutela dei consumatori*, in *Dir. Ind.*, 1997, p. 250 ss.

REGOLI F.A., *Due note sulla direttiva concernente i contratti a distanza: la Direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori nei «contratti a distanza»*, in *Contr. Impr./Europa*, 1997, p. 832 ss.

RICCI F., *Scritture private e firme elettroniche*, Giuffrè, 2003.

RICCI F., *Teleshopping e vendite a distanza nella disciplina delle vendite aggressive*, in G. Vettori (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, p. 258 ss.

RICCI F., *L'informazione del consumatore e l'inefficacia delle clausole occulte*, in *Temi romana*, Città di Castello, 2000, p. 829 ss.

RICCI F., *Informazioni per il consumatore e volontarietà del contratto telematico*, atti del Convegno di Porto Torres - Alghero (19-20 maggio 2000) su «L'operazione nelle reti telematiche», in *Temi romana*, Città di Castello, 2000, p. 841 ss.

RICCI F., *Compatibilità della disciplina della firma tradizionale con la natura della firma digitale*, in *Diritto dell'economia*, atti dei seminari tenuti nell'Auditorium della Cassa Forense in Roma, 11 ottobre 2001 – 8 febbraio 2002, a cura di ALPA G., DE TILLA M., PATTI S., Milano, 2002, p. 749 ss.

RICCI F., *I contratti a distanza*, in *I contratti informatici*, a cura di R. Clarizia, Vol. VI del *Trattato dei contratti* diretto da RESCIGNO P. e GABRIELLI E., Torino, 2007, p. 319 ss.

RICCI F., *Libertà e responsabilità nei contratti telematici*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, vol. III, Napoli, 2008, p. 1593 ss.

RICCIUTO V., *Il contratto telematico e i pagamenti elettronici*, (a cura di), Milano, 2004.

ROSSI CARLEO L., *Il codice del consumo: prime considerazioni*, in *Contr. Imp. Eur.*, 2006, I, pag. 1 ss.

RUGGIERO B., *La disciplina dei contratti a distanza e la trasparenza contrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2001, pag. 238 ss.

SANNA P., *Considerazioni a margine del d.lgs. del 22 maggio 1999, n. 185 in tema di tutela dei consumatori nei contratti a distanza*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2000, p. 485 ss.

SANTANIELLO G., *La protezione dei dati personali*, Padova, 2005.

SCANNICCHIO S., *Consumatori e conclusione dei contratti a distanza tra ordinamenti nazionali, direttive comunitarie e diritto comparato*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1994, p. 3 ss.

SCHULZE R., *Common frame of reference and existing EC contract law*, München, 2008.

SCHULZE R. e STUYCK J., *Towards a European Contract Law*, 2011.

SIRENA P., *The Rules about Restitution in the Proposal on a Common European Sales Law*, in *European Review of Private Law*, 2011, p. 977 ss.

SIRENA. P., *Diritto comune europeo della vendita vs. Regolamento di Roma I: quale futuro per il diritto europeo dei contratti?*, in *I Contratti*, 7/2012, p. 634 ss.

SOMMA A., *The politics of the draft common frame of reference*, in *Kluwer Law International*, 2009.

STANZIONE P. e SCIANCALEPORE G., *Commentario al codice del consumo*, 2006.

STANZIONE P., *Il regolamento di Diritto comune europeo della vendita*, in *I contratti*, 2012, p. 628 ss.

TENELLA SILLANI C., *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, p. 775 ss.

TESAURO G., *Diritto comunitario*, Padova, 2003.

TORIELLO F., *La direttiva sulle vendite a distanza: prime note di commento*, in *Contr. Impr./Europa*, 1997, p. 843 ss.

TORIELLO F., *Contratti di vendita stipulati dai consumatori. Recenti sviluppi*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di TIZZANO A., Torino, 2000, p. 671 ss.

TORIELLO F., *La protezione dell'acquirente a distanza*, in *Contr. Iust.* 1997, p. 1279 ss.

TORIELLO F., *La protezione dell'acquirente a distanza*, in *Il Corriere Giuridico* n. 9/1999, p. 1066 ss.

TOSI E., *Diritto privato dell'informatica e di Internet*, 2006.

TOSI E., *Codice del diritto dell'informatica e di internet*, 2010.

TRIPODI E. M., *Codice del consumo : commentario del D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206: aggiornato con le rettifiche riportate nella G.U. 3 gennaio 2006, n. 2*, 2006, p. 444 ss.

TROIANO O., *Disciplina dei mercati e jus poenitendi nella contrattazione a distanza e in quella sorprendente*, in *Saggi di diritto privato europeo: persona, proprietà, contratto, responsabilità civile, private*, a cura di Pardolesi R., Napoli, 1995.

VALENTINO D., *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1996.

VALENTINO D., *Obblighi di informazione e vendite a distanza*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1998, p. 375 ss.

VALERIANI A., *La Direttiva 97/7/CE in materia di vendita a distanza e la pubblicità via internet*, in *Dir. Inf.*, 1999, p. 189 ss.

VENEZIANO A., *Offer and Acceptance, Defects in Consent, Rights of Withdrawal*, relazione al seminario *An Optional European Sales Law*, Trier 9-10 febbraio 2012.

VETTORI G., *Codice del consumo*, (a cura di), 2007.

VETTORI G., *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in AA.VV., *Remedies in contract: the common rules for a european law*, a cura di VETTORI G., Padova, 2008.

VON BAR C. e CLIVE M. E., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, 2009.