



*Dipartimento di Impresa e Management
Cattedra Diritto Privato*

La tutela del contraente debole

RELATORE Prof. Roberto Carleo

CANDIDATO Davide Trinchese
Matr. 201551

ANNO ACCADEMICO 2017/2018

Capitolo 1

Nozioni introduttive sulla nascita ed evoluzione del diritto dei consumatori

Le origini	pag 4
L'Evoluzione normativa del diritti dei consumatori	pag 6
Il diritto dei consumatori in Italia e le sue fonti	pag 8

Capitolo 2

Il consumatore ed il professionista: La tutela del contraente debole nei rapporti tra imprenditori

Le definizioni (Sentenza Corte di Giustizia 25 gennaio 2018 – Utente Facebook)	pag 12
Esigenze di tutela nei rapporti tra imprese	pag 16

Capitolo 3

I contratti del consumatore: clausole vessatorie

Definizione	pag 18
Accertamento della vessatorietà delle clausole	pag 19
Forma ed interpretazione	pag 23
Giudizio di vessatorietà delle clausole e loro significato	pag 23
La tutela collettiva	pag 25
La class action	pag 27
La class action Amministrativa	pag 32

Capitolo 4

L'informazione precontrattuale

Introduzione	pag 33
Ambito di applicazione ed esclusione	pag 34
Obbligo di informazione precontrattuale	pag 35
Il diritto di recesso	pag 38

Capitolo 5

Le pratiche commerciali scorrette, Le microimprese: pratiche commerciali scorrette e tutela del contraente debole

Introduzioni: definizioni soggettive ed oggettive	pag 42
Pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive	pag 44
Azioni, condotte ed omissioni ingannevoli: nozioni	pag 48
Le microimprese	pag 51
Funzioni dell'agcm nelle pratiche commerciali scorrette	pag 53

Concorrenza sleale e pubblicità ingannevole pag 54

Capitolo 6

La sicurezza dei prodotti

Sviluppo e definizioni pag 58

Enforcement della disciplina sulla sicurezza dei prodotti pag 64

Capitolo 7

Le tutele: individuali, collettive ed alternative

Introduzione pag 67

Private enforcement pag 69

Private enforcement: tutele collettive pag 71

Le tutele alternative pag 73

Bibliografia pag 79

Capitolo 1

Nozioni introduttive sulla nascita ed evoluzione del diritto dei consumatori

Le origini

La difesa del consumatore è un tema che già è stato affrontato in passato, i primi passi volti a proibizioni contro il cibo adulterato possono essere rintracciati già nel Vecchio Testamento, nel Codice di Hammurabi, o nelle antiche leggi indiane, tuttavia tali interventi possono essere considerati soltanto semplici interventi di contenimento dei costi di transazione, ben lontani dal moderno concetto di politiche a favore dei consumatori. Anche nel Medio Evo si rinvengono prime forme di tutela dei consumatori, rintracciabili sia dalla protezione offerta dalle strutture morali della chiesa cattolica che dalle norme interne delle corporazioni, tuttavia tali norme si riferivano solo in senso limitato alle transazioni commerciali, ma non erano dirette a proteggere in senso specifico il consumatore.

Negli Stati Uniti d'America possono essere rintracciate le prime forme di movimento in difesa dei consumatori, dato che in tale Paese si crearono le condizioni per la nascita e lo sviluppo di un capitalismo monopolistico ed oligopolistico¹.

Il primo evento significativo per la tutela dei consumatori può essere rintracciato nello (Sherman Antitrust Act) del 1890, detto anche Sherman Act, la più antica legge antitrust degli Stati Uniti, che rappresenta la prima azione del Governo degli Stati Uniti per limitare i monopoli e i cartelli. Con tale intervento si volevano eliminare pratiche restrittive della concorrenza e proibire alle imprese monopolistiche di estendere il monopolio anche ad altri settori. Lo Sherman Act fu quindi tesa a ridurre la concorrenza sleale con l'obiettivo di tutelare i consumatori dalle pratiche commerciali scorrette.

Un altro elemento di grande importanza fu l'apporto delle donne, le quali divennero le principali consumatrici nel mercato di massa e conseguentemente leader della situazione politica.

Nel 1899 fu fondata la National Consumer League, un'organizzazione di consumatori americani, senza scopo di lucro, che aveva come scopo di proteggere i consumatori, il lavoro minorile e la sicurezza alimentare.

Da ciò si desume che i primi interventi tesi a proteggere il consumatore furono una diretta conseguenza del capitalismo aggressivo e delle frodi alimentari.

Successivamente, verso la metà degli anni 30 iniziarono a sorgere nuovi tipi di problemi quali:

1) rapida crescita dei prezzi al consumo 2) commercializzazione di medicinali nocivi. Proprio al fine di sanare tali problematiche furono concesse in America leggi più incisive sulla genuinità degli alimenti anche grazie agli scioperi in massa delle casalinghe nonché ai poteri della Trade Commission tesi a combattere l'uso di pratiche illecite e fraudolenti². In tale emersero due necessità³:

1) necessità di informazioni da parte del consumatore

¹ G. Alpa, *Il Diritto dei consumatori*, Bari, 1995, p. 12.

² G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, op. cit., p.4.

³ F. Silva, A. CAVALIERE, "*I diritti del consumatore e l'efficienza economica*", in *La tutela del consumatore tra...*, a cura di F. SILVA, op., cit., p.15.

2) necessità per i consumatori di avere una rappresentanza politica che in tal senso rappresentere le volontà della massa.

Tuttavia una vera svolta relativa alla tutela del consumatore che ha segnato un consolidamento delle posizioni ed una consapevolezza nei consumatori è iniziata intorno agli anni '50. La prima organizzazione di consumatori nel vecchio continente nasce in Danimarca nel 1947 e successivamente nel 1955 in Gran Bretagna attraverso il "Consumer Council".

Con tale intervento anche i consumatori ebbero la possibilità di esprimersi su materie riservate tradizionalmente a produttori ed a commercianti⁴. Tale esempio fu successivamente seguito sia dai paesi scandinavi e dall'area del Benelux, che dalla Francia e dalla Germania. In Tali paesi si istituirono dapprima organismi ed in seguito apposite legislazioni.

Nel 1975 fu approvata dalla CEE la Risoluzione sui diritti dei consumatori che fu anteceduta da una serie di dichiarazioni di intenti di perseguire una protezione attiva nei confronti del consumatore ed in particolare dalla Carta europea di protezione dei consumatori del 1973.

In seguito nel 1987 entrò in vigore l'Atto unico Europeo sempre in materia di protezione del consumatore che sostituì il Trattato di Roma allo scopo di rafforzare il Comitato economico e sociale nonché furono rafforzate norme in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e dei consumatori.

In particolare gli obiettivi su cui si è soffermata la Comunità Europea sono tesi a:

- 1) Proteggere la salute del consumatore
- 2) Proteggere gli interessi economici del consumatore
- 3) Adottare misure tese a risarcire il danno cagionato a consumatori
- 4) Informare ed educare il consumatore
- 5) Consultare e rappresentare i consumatori nelle decisioni che li riguardano.

Successivamente con il Trattato di Maastricht che fu firmato il 07/02/1992 e ratificato con legge n. 454 del 03.11.1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993 fu trasformata la comunità europea in Unione Europea e previste apposite misure volte a tutelare il consumatore nonché a promuovere azioni al fine di tutelare la salute, gli interessi economici dei consumatori e di garantire loro una adeguata informazione⁵.

Una svolta ulteriore si ha con il Trattato di Amsterdam⁶, entrato in vigore il 1° maggio 1999 che prevede l'inclusione al comma 2 dell'art. 153 di una disposizione secondo la quale: «Nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività comunitarie sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori».

L'importanza della protezione del consumatore assume sempre più un ruolo nevralgico, difatti dopo il Trattato di Maastricht vi sono stati ulteriori interventi in chiave evolutiva segnati dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e dall'art. 169 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) – in vigore dal 1° dicembre 2009, che è volto a tutelare: la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori,

⁴ G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, op. cit., p. 34.

⁵ G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, op. cit., p. 30.

⁶ L. ROSSI CARLEO, *Diritto dei consumi. Soggetti, atti, attività, enforcement*, Torino, 2015.

nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei loro interessi.

Oggi il consumatore è quindi non soltanto tutelato nella sua individualità, ma anche parte integrante di un gruppo di soggetti che svolgono atti di consumo denominati consumatori e che pertanto svolgono atti di consumo vero e proprio.

In tale contesto assumono un ruolo cruciale gli interessi economici dei consumatori, il rispetto delle regole, di concorrenza e di corretta informazione.

Si è passati dall'attenzione sul consumatore a quella sull'atto di consumo, ove al mercato è attribuito il compito di realizzare i diritti fondamentali della persona e, pertanto, non più soltanto quelli di matrice economica.

Quindi il processo in corso ha come obiettivo primario quello di integrare gli interessi dei consumatori ed in particolare la costruzione di un mercato unico europeo.

L'Evoluzione normativa del diritto dei consumatori

L'evoluzione normativa del diritto dei consumatori può essere divisa in quattro fasi:

Nella prima fase che ha inizio con la carta europea di protezione dei consumatori del 1973 gli interventi sono specifici e circoscritti essi incidono essenzialmente sui diversi segmenti nei quali si articola il rapporto individuale fra il consumatore ed il professionista e predispongono non solo una tutela individuale, ma anche per il fatto che la tutela prevista si profila come tutela di carattere successivo. Si tiene in conto quindi delle distorsioni più gravi e si cerca di porre rimedio alle necessità più impellenti.

La seconda fase si caratterizza per le misure adottate all'art 100 nel quadro della realizzazione del mercato interno che promuove azioni specifiche di sostegno e di integrazioni della politica svolta dagli Stati membri al fine di tutelare la salute e gli interessi economici dei consumatori e di garantire loro una informazione adeguata, pone la propria attenzione sui contratti in particolare quello di compravendita, attraverso cui si realizza l'atto di consumo.

La normativa consumeristica di tale periodo si compone quindi di pubblicità, informazione, qualità rimedi e strumenti di tutela al fine di proteggere il contraente debole.

In tale fase grande risalto assume la Direttiva 93/13/CEE⁷ la quale disciplina la materia delle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori al fine di fornire al contraente debole strumenti di tutela.

Tale Direttiva da una parte è volta a ridurre le asimmetrie informative che emergono dal rapporto contrattuale tra professionista e consumatore e di favorire al tempo stesso la concorrenza tra operatori economici europei attraverso l'introduzione di discipline armonizzate destinate alla progressiva instaurazione di un mercato comune.

La Direttiva 93/13 CEE è stata recepita in Italia con l'art. 25 della legge 52 del 6 febbraio 1996, che ha introdotto nel libro IV del codice civile, al Titolo II (Dei contratti in generale), il capo XIV-*bis* dedicato ai "Contratti del consumatore" (artt. da 1469 *bis* a 1469 *sexies*).

⁷ Direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 05/04/1993

Le disposizioni sono, da ultimo, riconfluite nel Codice del consumo approvato con D.lgs 6 settembre 2005, n. 206 ed in vigore dal 23 ottobre 2005 (allegato 3).

Tale disciplina protettiva riguarda i contratti conclusi tra consumatore ("la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta") e professionista ("la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che, nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, utilizza il contratto") e contiene al suo interno la definizione di "clausola vessatoria" intesa quale clausola che determina, a carico del consumatore, un significativo squilibrio con riguardo ai diritti e agli obblighi derivanti dal contratto.

Fornisce inoltre l'elencazione esemplificativa di clausole che si presumono vessatorie fino alla prova contraria (art. 33, 2° comma del Codice del consumo, lettere da a) a v), c.d. "lista grigia"), contrapposta alla individuazione di una serie di clausole ritenute comunque vessatorie (art. 36, 2° comma del Codice del Consumo, lett. da a) a c), c.d. "lista nera") di cui parleremo in seguito.

Inoltre tale direttiva permette di superare la tutela, solo formale, riguardante la disciplina delle condizioni generali di contratto prevista agli artt. 1341 e 1342 del c.c. che continua ad assumere rilevanza solo nei casi di contratti stipulati tra professionisti o tra consumatori.

Per quanto riguarda le sanzioni eventuali per la vessatorietà esse sono rilevabili anche d'ufficio dal giudice, fatto salvo comunque il restante contenuto contrattuale.

Si garantisce quindi la tutela inibitoria al fine di garantire trasparenza e tutela nei confronti del consumatore. Le clausole vessatorie saranno illustrate nel capitolo 3.

La terza fase riguarda invece i comportamenti, in questa fase viene attivata la direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali: La direttiva n. 2005/29/CE si applica nei casi in cui il consumatore sia stato indotto da una pratica commerciale sleale relativa ad un acquisto oppure sulla volontà decisoria di un diritto contrattuale.⁸

L'applicazione di tale disciplina riguarda le pratiche commerciali poste in essere tra imprenditori e consumatori.

Tali pratiche si configurano in quanto disposto dall'art. 2, lett. d), in "qualsiasi azione, omissione, condotta, dichiarazione o comunicazione commerciale, ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto di consumatori".

La tutela opera sia in fase precontrattuale, sia in sede di conclusione del contratto, sia nella fase successiva.

L'art. 5 stabilisce che "le pratiche commerciali sleali sono vietate", allorché a) contrarie alle norme sulla diligenza professionale; b) idonee a falsare in misura rilevante il comportamento del consumatore medio.

Inoltre tale direttiva introduce la definizione di azione ingannevole:

Ovvero tutte quelle pratiche che contengono false informazioni, ingannano o possono ingannare il consumatore medio. L'art. 8 definisce, invece la pratica commerciale aggressiva : "nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il

⁸ Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali

ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, limiti o sia idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induca o sia idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”.

L’art. 11 prevede che la scelta delle sanzioni da irrogare per le violazioni delle disposizioni della direttiva viene riservata ai singoli Stati membri.⁹

Nel dettaglio le pratiche commerciali scorrette saranno analizzate nel capitolo 5.

La quarta fase: quella attuale da grande importanza da una parte ai contratti. L’attenzione s’incentra sul rapporto di consumo ed il passaggio dalla promozione alla protezione del consumatore. Si cerca di semplificare il processo decisionale agendo attraverso una maggiore informazione così da ridurre le asimmetrie informative che tuttavia persistono e rendono necessario un continuo aggiornamento del codice.

Appare dunque che l’evoluzione normativa getta le sue fondamenta dal consumatore inteso come soggetto consapevole che non deve essere ingannato con l’obiettivo di rendere il mercato più efficiente anche sotto un profilo concorrenziale.¹⁰

Il diritto dei consumatori in Italia e le sue fonti

Le prime leggi italiane a tutela dei consumatori vengono promulgate alla fine degli anni 80 ma è negli ultimi anni che hanno raggiunto una produzione ragguardevole. La regolamentazione di tale materia è il frutto dell’adeguamento del nostro ordinamento alla normativa comunitaria.

Il DPR 24 maggio 1988 n. 224, attuazione della Direttiva CEE 85/374, stabilisce, per la prima volta, la responsabilità del produttore per i danni cagionati dai difetti dei suoi prodotti¹¹. Successivamente, con il D.Lgs. 15 gennaio 1992 n. 50, attuazione della Direttiva 85/577/CEE, vengono introdotte le garanzie per il consumatore che stipula un contratto fuori dai locali commerciali, con esclusione di quelli aventi ad oggetto beni immobili, la fornitura di prodotti alimentari e quelli assicurativi e finanziari. Al consumatore è concesso, il c.d. “diritto di ripensamento”¹², cioè il diritto di recesso senza specificare alcun motivo e senza incorrere in alcuna sanzione e/o spesa, da esercitare entro sette giorni.

Con il D.Lgs. n. 174/95, anch’esso di adeguamento alla normativa comunitaria, viene accordato tale diritto di recesso, da esercitare entro trenta giorni dalla stipula, anche a coloro che contraggono una polizza sulla vita. In Italia, le norme sui diritti dei consumatori e degli utenti hanno trovato collocazione mediante leggi speciali ed attraverso il codice civile nonché in materia di clausole contrattuali abusive o di garanzie post-vendita dei beni di consumo¹³.

La legge 6 febbraio 1996 n. 52, attuazione della Legge comunitaria 1994, ha introdotto nel nostro codice civile gli articoli 1469-*bis* e seguenti in tema di clausole abusive nei contratti col consumatore. Per la prima volta il consumatore o l’utente riceve dal legislatore una tutela effettiva. Infatti le clausole ritenute abusive, cioè che

⁹ Codice del consumo, D.Lgs 06/09/2005 n° 206, G.U. 08/10/2005

¹⁰ L. ROSSI CARLEO, *Diritto dei consumi. Soggetti, atti, attività, enforcement*, Torino, 2015.

¹¹ DPR 24/05/1988, n. 224 Art. 1 co. 1 *Il produttore è responsabile del danno cagionato da difetti del suo prodotto*

¹² Art. 4 D.Lgs 24 maggio 1992 n. 50.

¹³ Art. 111, D.Lgs n. 174/95

determinano a carico del consumatore o dell'utente un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, e che non sono oggetto di trattativa individuale, sono inefficaci e quindi inapplicabili. Alle associazioni dei consumatori e alle Camere di Commercio è riconosciuta l'azione inibitoria volta ad evitare che il professionista continui ad usare nelle condizioni generali di contratto le clausole accertate abusive.

Tale azione è volta tuttavia soltanto ad evitare che la persona subisca un danno derivante dal potere contrattuale dell'imprenditore mentre per arrivare ad una tutela positiva, ai "diritti essenziali" del consumatore, come li definisce il Prof. Guido Alpa, occorrerà prima attendere la Legge 30 luglio 1998 n. 281 (la c.d. legge quadro sui diritti dei consumatori) e poi il D.Lgs 2 febbraio 2002 n. 24 sulle c.d. garanzie post-vendita¹⁴.

La legge quadro n. 281/98 recante "la disciplina dei consumatori e degli utenti" all'art. 1, secondo comma enuclea i diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti:

- a) Tutela della salute,
- b) Sicurezza e qualità dei prodotti e dei servizi,
- c) Adeguata informazione e corretta pubblicità,
- d) Educazione al consumo
- e) Correttezza trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi
- f) Promozione e sviluppo delle associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti ed erogazione dei servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza.

L'elencazione è puramente esemplificativa. In ogni caso tra i diritti elencati va evidenziato il diritto all'informazione. Tale diritto garantisce la qualità del prodotto o del servizio che deve essere rispondente alle informazioni comunicate previamente dal produttore o dal fornitore.

Questo diritto è stato specificato nel D.Lgs 17 marzo 1995 n. 111¹⁵, attuazione della Direttiva 90/314 sui c.d. pacchetti turistici e dal D.Lgs 9 novembre 1998 n. 427¹⁶, attuazione della Direttiva 94/47 sulla c.d. multiproprietà.

In particolare a seguito di tali decreti il fornitore o il venditore devono consegnare prima della sottoscrizione del contratto un documento informativo contenente tutta una serie di comunicazioni e/o notizie sul servizio o sul bene venduto. L'omissione delle informazioni dà al consumatore il diritto di recesso senza alcuna penalità nonché il diritto al risarcimento dei danni.

Rispetto agli altri Paesi l'Italia era notevolmente in ritardo nel raccogliere le varie disposizioni vigenti in materia di tutela del consumatore in un unico testo legislativo che pur essendo stata segnalata da cospicua dottrina, non era stata soddisfatta in via ufficiale.

In ambito comunitario infatti si era da tempo affermata la volontà di armonizzare e coordinare in modo sistematico le regole concernenti i rapporti con i consumatori.

¹⁴ G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, op. cit.

¹⁵ Art. 82 D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 111

¹⁶ Art. 2, D.Lgs 9 novembre 1998 n. 427

Il 22 luglio 2005, il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro Claudio Scajola, ha varato il Codice del consumo, dopo *iter*, caratterizzato da proroghe dei termini per la sua adozione. Il decreto legislativo approvato in ottemperanza all'art.7 della legge delega 229/2003, costituisce un enorme passo avanti per la tutela dei consumatori e per la trasparenza del mercato interno, in quanto in un unico testo sono state accorpate diverse normative.

Sono state infatti accorpate numerose direttive in materia di tutela dei consumatori, recepite e vigenti nel nostro ordinamento in maniera frammentata. Tra queste: la direttiva 85/374/CEE¹⁷ del 25/07/1985 sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, le direttive 84/450/CEE del 10/09/1984¹⁸ e 97/55/CEE del 06/10/1997¹⁹ in materia di pubblicità ingannevole, quella 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze, i circuiti tutto compreso, la 93/13/CEE 052/04/1993²⁰ in materia di clausole abusive nei contratti con i consumatori, e l'elenco potrebbe continuare fino a ricomprendere la direttiva 2001/95/CE del 03/12/2001²¹ relativa alla sicurezza generale dei prodotti e altri numerosi provvedimenti di diritto interno.

Il Codice entra in vigore il 23 ottobre 2005 e rappresenta il testo fondamentale di riferimento in materia di tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti.

Oggigiorno si può far quindi riferimento ad una normativa organica e rispondente alle problematiche quotidiane.

Per la prima volta, il Codice fa assumere un autonomo rilievo al diritto dei consumatori nell'ambito dell'ordinamento civile e la sua articolazione si ispira alle teorie sul processo di acquisto. Il Codice riunisce, coordina e semplifica le disposizioni normative incentrate intorno alla figura del consumatore, come cittadino conscio dei propri diritti e doveri.

Esso inoltre è volto a favorire una maggiore informazione per il consumatore, a tutelarlo nella fase di raccolta delle informazioni, ad assicurare la correttezza dei processi negoziali e di tutte quelle forme contrattuali da cui discendono le decisioni di acquisto nonché volto a tutelare non soltanto gli interessi individuali ma anche gli interesse collettivi dei consumatori.

In tal modo si migliora la concorrenza, la trasparenza e l'informazione nel mercato, favorendo la qualità dei prodotti e dei servizi, nonché la crescita della fiducia dei cittadini e degli operatori economici.

Il testo si compone di 146 articoli ed è finalizzato al riordino e alla semplificazione della normativa a tutela del consumatore.

Il Codice del Consumo s'interessa non soltanto della fase contrattuale ma anche quella antecedente ad essa e pertanto tutela anche la fase precontrattuale al fine di assicurare prontamente un elevato livello di tutela del consumatore.

¹⁷ Direttiva 85/374/CEE del Consiglio del 25 luglio 1985 *relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi*

¹⁸ Direttiva 84/450/CEE del Consiglio del 10 settembre 1984 relativa alla pubblicità ingannevole

¹⁹ Direttiva 97/55/CEE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 06 ottobre 1997 relativa alla pubblicità ingannevole

²⁰ Direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori

²¹ Direttiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio

In particolare tale codice dedica attenzione all'educazione del consumatore per favorirne la consapevolezza dei propri diritti, regola la corretta informazione all'utente e il suo diritto di recesso e rafforza le tutele anche nella materia delle televendite.

Tale codice s'interessa del credito al consumo, dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza, nonché dei pacchetti turistici; ribadisce la disciplina delle clausole vessatorie e si sofferma su qualità e sicurezza dei prodotti.

Seguendo il discorso del Ministro Scajola che "con il codice il consumatore è messo nella condizione di tutelarsi e di essere tutelato, sia sul piano individuale che collettivo. Anche le imprese troveranno nel codice articoli di riferimento adeguati alla corretta informazione sul mercato, alla trasparenza e al miglioramento della concorrenza" possiamo affermare che il codice sia foriero di vantaggi non solo per i consumatori, ma, come affermato dal Governo, agisca su tre livelli.

A difesa della posizione giuridica del consumatore sia sul piano individuale che collettivo migliorando le regole sulla correttezza delle pratiche commerciali, sull'informazione e sull'accesso alla giustizia.

Sulla concorrenza, la trasparenza e l'informazione sul mercato, favorendo una migliore qualità dei prodotti e dei servizi.

Infine sul mercato in generale, al fine di incrementare la fiducia dei consumatori e delle imprese e quindi una crescita degli scambi a beneficio di tutta la collettività nazionale.

A differenza del codice civile che è un codice statico il codice del consumo è invece un codice dinamico ed in continuo aggiornamento.

Il codice del consumo è aggiornato periodicamente con cadenza quasi annuali: l'ultima revisione è del 2016.

Il testo normativo si compone di sei parti:

Nella prima parte si trovano i diritti fondamentali e le definizioni; nella Parte II le norme sull'educazione, l'informazione, le pratiche commerciali e la pubblicità;

nella Parte III i contratti di consumo;

nella Parte IV la disciplina della sicurezza e della qualità dei prodotti;

nella Parte V le associazioni dei consumatori, l'accesso alla giustizia e la class-action;

nella Parte VI le disposizioni finali

Nel tempo si è passati ad un cambiamento di prospettiva dall'atto all'attività e da una regolazione che prevede un rapporto tra soggetti uguali ad una regolamentazione che tiene conto delle diseguaglianze e delle molte asimmetrie determinate dall'attuale assetto economico.

Per quanto attiene invece alle fonti in primis deve essere citata la costituzione ed in particolare attraverso l'art 2 "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".²² Tale articolo tutela pertanto la persona l'art 41 che tutela l'iniziativa economica: "Ai fini della elevazione economica e sociale del lavoro e in armonia con le esigenze della produzione, la

²² Art. 2 Cost.

Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende”.²³

Tuttavia il vero fulcro della disciplina si rinviene nella disciplina comunitaria. Le leggi che hanno recepito tale direttiva sono confluite nel codice del consumo e concorrono a determinare il quadro insieme ad altre leggi a cui vanno aggiunti i provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti ed il potere di autoregolamentazione.

Tale processo di autoregolamentazione trae le proprie radici nell’art. 118 Cost.: “Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

I Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze.

La legge statale disciplina forme di coordinamento fra Stato e Regioni nelle materie di cui alle lettere *b)* e *h)* del secondo comma dell'articolo 117, e disciplina inoltre forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali.

Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività d’ interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”.²⁴

Tale principio incentiva l’autonoma iniziativa dei cittadini per lo svolgimento di attività d’interesse generale.

Capitolo 2

Il consumatore ed il professionista: La tutela del contraente debole nei rapporti tra imprenditori

Le definizioni²⁵ (Sentenza Corte di Giustizia 25 gennaio 2018 – Utente Facebook)

Grande importanza è attribuita alle definizioni di consumatore e professionista.

In particolare l’art 3 del codice del consumo offre una descrizione di carattere generale:

“Ai fini del presente codice ove non diversamente previsto, si intende per (1):

- a) Consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta;
- b) Associazioni dei consumatori e degli utenti: le formazioni sociali che abbiano per scopo statutario esclusivo la tutela dei diritti e degli interessi dei consumatori o degli utenti;
- c) Professionista: la persona fisica o giuridica che agisce nell’esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario (2);
- d) Produttore: fatto salvo quanto stabilito nell’articolo 103, comma 1, lettera d), e nell’articolo 115, comma 2-bis, il fabbricante del bene o il fornitore del servizio, o un suo intermediario, nonché l’importatore del bene o del servizio nel territorio dell’Unione europea o qualsiasi altra persona fisica o giuridica che si presenta come produttore identificando il bene o il servizio con il proprio nome, marchio o altro segno distintivo (2);

²³ Art. 41 Cost.

²⁴ Art. 118 Cost.

²⁵ L. ROSSI CARLEO, Diritto dei consumi. Soggetti, atti, attività, enforcement, Torino, 2015

e) Prodotto: fatto salvo quanto stabilito nell'articolo 18, comma 1, lettera c), e nell'articolo 115, comma 1, qualsiasi prodotto destinato al consumatore, anche nel quadro di una prestazione di servizi, o suscettibile, in condizioni ragionevolmente prevedibili, di essere utilizzato dal consumatore, anche se non a lui destinato, fornito o reso disponibile a titolo oneroso o gratuito nell'ambito di un'attività commerciale, indipendentemente dal fatto che sia nuovo, usato o rimesso a nuovo; tale definizione non si applica ai prodotti usati, forniti come pezzi d'antiquariato, o come prodotti da riparare o da rimettere a nuovo prima dell'utilizzazione, purché il fornitore ne informi per iscritto la persona cui fornisce il prodotto (2);

f) Codice: il presente decreto legislativo di riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori”²⁶

Per quanto riguarda la nozione di consumatore l'art. 3 del codice del consumo offre una definizione unitaria e restrittiva identificandolo con la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta.

Viceversa viene qualificato (professionista) sia la persona fisica sia la persona giuridica che agisce nell'esercizio dell'attività professionale o imprenditoriale svolta.

Tuttavia la questione è stata affrontata dalla Suprema Corte precedentemente all'emanazione del codice del consumo in una sentenza dell'anno 2001 e anche a livello sovranazionale dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea che ritenne essenziale il requisito della natura “fisica” del consumatore. L'orientamento dottrinario contrario, seguito da talune sentenze di merito, volto a porre l'accento sulle condizioni di debolezza nei confronti del professionista e ad estendere la nozione di consumatore anche alla persona giuridica o ente, è stato superato dalla Corte Costituzionale che, con sentenza del 20 novembre 2002, ha ritenuto non censurabile la scelta del legislatore di attribuire la qualità di consumatore alla persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività professionali o imprenditoriali. Ciò in conformità del testo della direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori e alla normativa di numerosi paesi membri della Comunità Europea, escludendo, pertanto dalla speciale tutela tutti quei soggetti quali professionisti, imprenditori e artigiani che in forma individuale o anche collettiva agiscono per scopi comunque connessi all'attività economica, quantunque senza finalità di lucro.

Tuttavia, il dubbio restava per quanto riguarda la disciplina applicabile ai cd contratti a finalità promiscua, privata e professionale. Si pensi ad esempio all'avvocato che acquisti un computer per utilizzarlo ai fini professionali, ma anche per farlo utilizzare ai propri familiari, o anche ad un agente di commercio che acquista un'autovettura sia per raggiungere i propri clienti, ma anche per spostarsi con la famiglia durante il fine settimana.

Sul punto si sono formati vari orientamenti. Vi è chi ritiene che colui che stipuli un contratto con destinazione funzionale mista debba essere considerato consumatore in quanto la lettera della norma non richiedendo *expressis verbis* che gli scopi estranei all'attività professionale siano perseguiti in modo esclusivo, sembrerebbe includere tra gli atti di consumo quelli aventi finalità promiscua. All'opposto, secondo un

²⁶ Art. 3 cod. cons.

orientamento più rigoroso, proprio ponendo l'accento sul concetto di "estraneità" alla professione cui testualmente si riferisce l'art. 3, 1 comma lett. A) la qualifica di consumatore andrebbe esclusa quando il bene non sia destinato esclusivamente alle esigenze personali o familiari. I fautori di tale orientamento sottolineano anche la ratio sottesa alla disciplina consumeristica volta a tutelare quei soggetti, che agendo al di fuori dell'attività professionale, risultino sprovvisti della preparazione necessaria per ponderare gli eventuali rischi derivanti dalla stipulazione contrattuale. Sul punto la Corte di Giustizia Europea venne già chiamata a pronunciarsi sulla corretta interpretazione da attribuire all'art. 13 della Convenzione di Bruxelles del 1968 e con una sentenza del 2005 (sent. 20/01/2005)²⁷, ha avallato l'orientamento più rigido. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea è intervenuta con una recentissima sentenza del 25 gennaio 2018²⁸ in riferimento agli artt. 15 e 16 del Regolamento CE n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale, che sostituisce la Convenzione del 27 settembre 1968, come modificato dalle successive convenzioni relative all'adesione dei nuovi Stati membri.

Nella sentenza la Corte precisa che soltanto i contratti conclusi al di fuori e indipendentemente da qualsiasi attività o finalità di natura professionale, all'unico scopo di soddisfare le proprie necessità di consumo privato di un individuo, rientrano nel particolare regime previsto dal suddetto regolamento in materia di tutela del consumatore, in quanto parte ritenuta debole. Protezione che non è giustificabile nel caso di contratti che hanno come scopo un'attività professionale. Ne consegue che le regole specifiche di competenza di cui agli artt. 15 e 17 del regolamento n. 44/2001 si applicano in linea di principio, solo nell'ipotesi in cui la finalità del contratto concluso tra le parti abbia ad oggetto un uso non professionale del bene o del servizio.

Per quanto riguarda, più in particolare, una persona che conclude un contratto per un uso che si riferisca in parte alla sua attività professionale e che sia quindi solo in parte estraneo a quest'ultima, la Corte ha dichiarato che tale persona potrebbe avvalersi di tali disposizioni solo nell'ipotesi in cui il collegamento di siffatto contratto con l'attività professionale dell'interessato sia talmente tenue da divenire marginale e abbia, pertanto, solo un ruolo trascurabile nel contesto dell'operazione per la quale il contratto è stato stipulato, considerata nel suo complesso (v., in tal senso, sentenza del 20 gennaio 2005 sez. II, Gruber, C 464/01, EU:C:2005:32, punto 39)²⁹.

Per quanto riguarda la Corte ha precisato che la nozione di "consumatore", ai sensi degli articoli 15 e 16 del regolamento n. 44/2001, deve essere interpretata in maniera restrittiva, facendo riferimento alla posizione di tale persona in un determinato contratto, in relazione alla natura ed alla finalità di quest'ultimo, e non invece alla situazione soggettiva di quella stessa persona, potendo un solo e medesimo soggetto essere considerato un consumatore nell'ambito di determinate operazioni ed un operatore economico nell'ambito di altre (v., in tal senso, sentenze del 3 luglio 1997, Benincasa, C. 269/95. EU.: C:1997:337, punto 16, e del 20 gennaio 2005, Gruber, C 464/01, EU:C:2005:32, punto 36)³⁰.

²⁷ Corte di Giustizia dell'Unione Europea sez. II, sent. 20/01/2005

²⁸ Corte di Giustizia dell'Unione Europea sez. III, sent. 25/01/2018

²⁹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea sez. II, sent. 20/01/2005

³⁰ Corte di Giustizia dell'Unione Europea sez. VI, sent. 03/07/1997

È alla luce di tali principi secondo la Corte che occorre esaminare se utente di un account Facebook non perda la qualità di “consumatore” ai sensi dell’art. 15 del regolamento 44/2001 in circostanze come quelle di cui al procedimento in questione sottoposta alla Corte di Giustizia UE e decisa con la sentenza in commento. La questione riguarda una controversia che vedeva opposti il sig. M.S. e Facebook Ireland Limited con sede in Irlanda in merito a domande di accertamento, di inibitoria, di rilascio di informazioni, di rendicontazioni nonché dirette al pagamento di euro 4000, relativamente agli account privati tanto dal signor S. quanto di oltre sette persone che hanno ceduto a quest’ultimo il loro diritti relativi a tali account.

Il signor S. aveva utilizzato la rete sociale Facebook dal 2008, all’inizio solo a fini privati e sotto falso nome. A partire dal 2010 aveva dedicato un account Facebook unicamente alle proprie attività private con circa 250 amici. Inoltre, a partire dal 2011, ha aperto una pagina Facebook che ha registrato e creato egli stesso per informare gli utenti di internet della sua azione contro Facebook Ireland, delle sue conferenze, partecipazioni a dibattiti, nonché per avviare richieste di donazioni e pubblicare i suoi libri. Con la sua prima questione il giudice del rinvio ha chiesto in sostanza se nel caso descritto l’utente di un account Facebook perda la sua qualità di consumatore allorché smetta di utilizzare Facebook privatamente e utilizzi anche una pagina Facebook. Secondo il ricorrente nel procedimento principale esistano due contratti distinti uno per la pagina Facebook, l’altro per l’account.

Facebook Ireland sostiene invece che l’account Facebook e la pagina Facebook formino parte di uno steso rapporto contrattuale. Ebbene, la conclusione a cui è pervenuto la Corte è la seguente: un eventuale collegamento contrattuale tra l’account Facebook e la pagina Facebook non pregiudicherebbe la valutazione di tale qualità alla luce dei principi enunciati ai punti 26 a 29 nella sentenza.³¹

La nozione di consumatore quale soggetto operante per scopi estranei alla propria attività professionale è stata introdotta per la prima volta nella direttiva 85/577/CE, relativa ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali, ad essa sono seguite altre direttive ora confluite all’interno del codice del consumo. Il consumatore è quindi una persona fisica: una società o anche un ente senza scopo di lucro. La corte di Giustizia mediante sentenza del 2001 ha escluso l’irragionevolezza della scelta legislativa di limitare la tutela delle persone fisiche.

Inoltre un certo soggetto assume la funzione di professionista o consumatore a seconda del contesto in cui viene posta in essere l’operazione ed in particolare è colui che agisce per “scopi estranei alla professione”. Un medesimo soggetto assume pertanto di volta in volta le vesti di consumatore o professionista a seconda che il contratto presenti o meno in concreto un legame funzionale con l’attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta. Il consumatore quindi è un attore del mercato che svolge atti di consumo, da ciò deriva in tal senso la tutela.

Preme specificare che il consumatore non è solo la persona fisica che consuma un bene ma anche l’utente che usufruisce di un servizio pubblico o privato. Di conseguenza la possibile estensione della disciplina di tutela dell’utente dei servizi pubblici.

³¹ Corte di Giustizia dell’Unione Europea sez III, sent. 25/01/2018, *la tutela degli utenti di Facebook*

Con la direttiva 2005/29/CE ha fatto ingresso nel codice del consumo la figura del consumatore medio quale “soggetto informato e ragionevolmente attento ed avveduto tenendo conto dei fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l’interpretazione della corte di giustizia”.

Il legislatore ha pertanto deciso di tenere conto degli usi e delle abitudini del Paese di origine del consumatore, un esempio può essere rintracciabili nella diversa frequenza dell’uso della lingua Inglese tra L’Italia ed un Paese Scandinavo e, pertanto, vi sarà un diverso grado di diligenza tra i due consumatori nella stipula di un contratto in lingua inglese. Dal consumatore differiscono le associazioni dei consumatori e degli utenti intese come quelle formazioni sociali a “tutela dei diritti e degli interessi di consumatoti o utenti”.

Invece per quanto riguarda il professionista, esso è definito come: la persona fisica o giuridica che agisce nell’esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario.

Il professionista è pertanto sinonimo di fornitore, venditore etc. Ovvero un soggetto che esercita un’attività economica non occasionalmente e con l’organizzazione dei mezzi necessari.

Sono considerati professionisti anche gli enti no profit qualora svolgano attività economica.

Naturalmente il professionista è meno tutelato del consumatore poiché, a differenza di quest’ultimo, è innanzitutto più informato e, pertanto, più preparato ma, inoltre, è spinto ad agire con motivazioni razionali a differenza del consumatore che spesso è spinto da fattori emotivi.

Il professionista in definitiva assume la posizione di contraente forte, mentre il consumatore assume la posizione di contraente debole.

L’articolo in esame fa inoltre espresso riferimento ai produttori, ovvero coloro che forniscono beni o servizi, oppure che svolgono attività di importazione, oppure che imprimono il proprio nome o il proprio marchio su un determinato prodotto, ove per prodotto deve intendersi il bene o servizio utilizzato o destinato ai consumatori.

Esigenze di tutela nei rapporti tra imprese³²

La disciplina in oggetto si applica a categorie eterogenee di individui, dove si riscontra una disparità di forza tra i due contraenti. In esame, è, pertanto, il comportamento del professionista nei confronti del consumatore nel caso in cui si configuri una condotta pregiudizievole nei confronti di quest’ultimo.

Tuttavia, preme specificare che, anche nel caso in cui le parti del contratto appartengano a categorie omogenee, potranno talora applicarsi alcune specifiche norme volte a tutelare un imprenditore debole contro la maggior forza contrattuale dell’altro.

Esempi di tale genere sono rintracciabili in taluni specifici interventi normativi quali per esempio la disciplina della subfornitura.

Di grande importanza assume in tal senso la legge del 18 giugno 1998 n.192 di cui l’art.1 dispone: “Con il contratto di subfornitura un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna

³² L. ROSSI CARLEO, Diritto dei consumi. Soggetti, atti, attività, enforcement, Torino, 2015.

a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente”.

Nel caso preso in esame piccole imprese organizzano la propria attività in funzione delle specifiche esigenze dell'impresa committente e si trovano in una posizione di eccessiva debolezza nei confronti di quest'ultima. L'intervento legislativo prevede che il contratto deve essere stipulato in forma scritta ad substantiam, vi deve essere un contenuto minimo del contratto nel quale deve essere indicato prezzo, termini, modalità di consegna, di collaudo e di pagamento.

L'art.3 stabilisce che il contratto deve fissare i termini di pagamento della subfornitura. Il prezzo pattuito deve essere corrisposto in un termine che non può eccedere i 60 giorni dal momento della consegna del bene o della comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione. Tuttavia, può essere fissato un termine diverso, non eccedente i 90 giorni.

“4. In ogni caso, la mancata corresponsione del prezzo entro i termini pattuiti costituirà titolo per l'ottenimento di un'ingiunzione di pagamento provvisoriamente esecutiva ai sensi degli art.633 e seguenti del codice di procedura civile”.

L'articolo 6 inoltre rafforza la tutela del subfornitore stabilendo che:

1. E' nullo il patto tra subfornitore e committente che riservi ad uno di essi la facoltà di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto di subfornitura. Sono tuttavia validi gli accordi contrattuali che consentano al committente di precisare, con preavviso ed entro termini e limiti contrattualmente prefissati, le quantità da produrre ed i tempi di esecuzione della fornitura.

2. E' nullo il patto che attribuisca ad una delle parti di un contratto di subfornitura ad esecuzione continuata o periodica la facoltà di recesso senza congruo preavviso.

3. E' nullo il patto con cui il subfornitore disponga, a favore del committente e senza congruo corrispettivo, di diritti di privativa industriale o intellettuale.

Le nullità sono considerate assolute mentre la nullità n.3 essendo solo a vantaggio del subfornitore è considerata nullità di protezione

Di grande importanza è inoltre l'art 9, il quale stabilisce che:

“1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.

3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo".³³

In definitiva secondo la teoria prevalente l'istituto dell'abuso di dipendenza economica benché disciplinato dalla L.192/1998 ha carattere generale e non riguarda, pertanto, solo il contratto di subfornitura ma tutti gli abusi riguardanti i rapporti tra imprenditori.

Capitolo 3

I contratti del consumatore: clausole vessatorie

Definizione

Il contratto costituisce lo strumento fondamentale dell'autonomia privata ovvero il potere riconosciuto ai privati di definire le regole per risolvere i conflitti d'interesse nei quali sono coinvolti. Tuttavia talune circostanze possono portare alla creazione di contratti asimmetrici. Tali squilibri possono essere di tipo economico (squilibrio tra il valore delle prestazioni a carico di una parte e dell'altra), normativo (squilibrio tra le posizioni giuridiche soggettive attive e passive).

Con riguardo allo squilibrio economico l'art. 1447 del codice civile stabilisce che: "Il contratto con cui una parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique, per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, può essere rescisso sulla domanda della parte che si è obbligata".³⁴ In tal caso si avrà quindi l'azione di rescissione del contratto concluso in stato di pericolo. Mentre l'art. 1448 codice civile stabilisce che: "Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto.

L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto".³⁵ In tal caso si fa espresso riferimento all'azione generale di rescissione per lesione.

Con riguardo allo squilibrio normativo l'ordinamento stabilisce che:

- 1) Nei rapporti tra imprenditori vige il divieto di abuso di dipendenza economica
- 2) Nei rapporti di diritto comune vige il divieto di introdurre nei contratti le clausole vessatorie a meno che non siano espressamente approvate per iscritto dall'aderente.
- 3) Nei rapporti tra consumatori e professionisti sono nulle le clausole imposte che, malgrado buona fede, determinano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Materia di grande interesse nell'ambito dello studio del contratto è la disciplina contenute nelle clausole vessatorie che il professionista è in grado di imporre al consumatore. In questo contesto il professionista è in grado di determinare uno squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto attraverso: asimmetria informativa, effetto sorpresa, maggiore forza contrattuale.

³³ Legge del 18 giugno 1998 n 192 art. 1,3,4,6,9

³⁴ Art. 1447 cod. civ.

³⁵ Art. 1448 cod. civ.

I contratti del consumatore sono comunque oggetto della disciplina del Codice Civile per tutto quello non derogato dal codice del consumo o da altre disposizioni di legge.

Le condizioni generali del contratto già sono riscontrabili nell'art 1341 e 1342 del Codice Civile i quali rispettivamente recitano:

“Le condizioni generali di contratto [1342, 1679, 2211] predisposte da uno dei contraenti (1) sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto (2) questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza [1176, 1370]. In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità [1229], facoltà di recedere dal contratto [1373] o di sospenderne l'esecuzione [1461], ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze [2965], limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni [1462], restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi [1379, 1566, 2596], tacita proroga o rinnovazione del contratto [1597, 1899], clausole compromissorie [808 c.p.c.] o deroghe alla competenza dell'Autorità giudiziaria [1370; 6, 28, 29, 30, 413 c.p.c.] (3)”.

“Nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari [1370], predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali (1), le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse anche se queste ultime non sono state cancellate. Si osserva inoltre la disposizione del secondo comma dell'articolo precedente”.

Tuttavia, nel corso del tempo si è deciso di passare da una tutela meramente formale ad una tutela di tipo sostanziale. In particolare tutte “le clausole che malgrado la buona fede determinino a carico dei consumatori un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti da contratto”³⁶ art. 33 comma 1 codice del consumo sono dette clausole vessatorie. Per buona fede deve intendersi la buona fede oggettiva, ovvero che sono abusive le clausole in contrasto con il principio della buona fede che ispira il diritto dei contratti comportino un abuso di una parte in danno dell'altra.

Accertamento della vessatorietà delle clausole

La legge non reprime uno squilibrio del valore delle prestazioni, ma lo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti. Tale concetto è inquadrabile nel comma 2 dell'art 34 del codice del consumo. L'articolo 34 si focalizza sull'accertamento della vessatorietà della clausola: il primo comma pone in relazione la clausola con il bene o il servizio oggetto del contratto e sulle altre circostanze che incidono sulla valutazione della clausola e stabilisce che:

“1. La vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende”.

Il secondo comma come detto spiega come le clausole dipendano da squilibri di diritti e degli obblighi delle parti e non dal valore dei beni e dei servizi.

Esso recita:

³⁶ Art. 33 cod. cons.

“2. La valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell’oggetto del contratto, né all’adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile”.

Non possono considerarsi vessatorie neanche le clausole che riproducono disposizioni di legge né quelle oggetto di trattativa individuale. Ciò si evince dal comma 3 e 4 dell’art 34:

“3. Non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che siano riproduttive di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell’Unione europea o l’Unione europea.”

“4. Non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale.”³⁷

L’onere della prova inoltre relativo ad una specifica trattativa dove vi sono specifici rapporti contrattuali tra consumatore e professionista sono a carico del professionista come spiegato nel comma 5 dell’art 34:

“Nel contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, incombe sul professionista l’onere di provare che le clausole, o gli elementi di clausola, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti, siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore.”

Il legislatore affida all’articolo 33 comma 2 tutte quelle categorie di clausole che la legge presume abbiano carattere vessatorio. L’articolo recita:” Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di:

- a) Escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un’omissione del professionista (1);
- b) Escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un’altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista;
- c) Escludere o limitare l’opportunità da parte del consumatore della compensazione di un debito nei confronti del professionista con un credito vantato nei confronti di quest’ultimo;
- d) Prevedere un impegno definitivo del consumatore mentre l’esecuzione della prestazione del professionista è subordinata ad una condizione il cui adempimento dipende unicamente dalla sua volontà;
- e) Consentire al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest’ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest’ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere;
- f) Imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell’adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d’importo manifestamente eccessivo;
- g) Riconoscere al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto, nonché consentire al professionista di trattenere anche solo in parte la somma versata dal consumatore a titolo di corrispettivo per prestazioni non ancora adempiute, quando sia il professionista a recedere dal contratto;

³⁷ Art. 34 cod. cons.

- h) Consentire al professionista di recedere da contratti a tempo indeterminato senza un ragionevole preavviso, tranne nel caso di giusta causa;
 - i) Stabilire un termine eccessivamente anticipato rispetto alla scadenza del contratto per comunicare la disdetta al fine di evitare la tacita proroga o rinnovazione;
 - l) Prevedere l'estensione dell'adesione del consumatore a clausole che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto;
 - m) Consentire al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso;
 - n) Stabilire che il prezzo dei beni o dei servizi sia determinato al momento della consegna o della prestazione;
 - o) Consentire al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto;
 - p) Riservare al professionista il potere di accertare la conformità del bene venduto o del servizio prestato a quello previsto nel contratto o conferirgli il diritto esclusivo d'interpretare una clausola qualsiasi del contratto;
 - q) Limitare la responsabilità del professionista rispetto alle obbligazioni derivanti dai contratti stipulati in suo nome dai mandatari o subordinare l'adempimento delle suddette obbligazioni al rispetto di particolari formalità;
 - r) Limitare o escludere l'opponibilità dell'eccezione d'inadempimento da parte del consumatore;
 - s) Consentire al professionista di sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti dal contratto, anche nel caso di preventivo consenso del consumatore, qualora risulti diminuita la tutela dei diritti di quest'ultimo;
 - t) Sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'Autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi;
 - u) Stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore;
 - v) Prevedere l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo come subordinati ad una condizione sospensiva dipendente dalla mera volontà del professionista a fronte di un'obbligazione immediatamente efficace del consumatore. È fatto salvo il disposto dell'articolo 1355 del codice civile;
 - v-bis) Imporre al consumatore che voglia accedere ad una procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie prevista dal titolo II-bis della parte V, di rivolgersi esclusivamente ad un'unica tipologia di organismi ADR o ad un unico organismo ADR (2);
 - v-ter) Rendere eccessivamente difficile per il consumatore l'esperimento della procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie prevista dal titolo II-bis della parte V (3).
3. Se il contratto ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato il professionista può, in deroga alle lettere h) e m) del comma 2:
- a) Recedere, qualora vi sia un giustificato motivo, senza preavviso, dandone immediata comunicazione al consumatore;

b) Modificare, qualora sussista un giustificato motivo, le condizioni del contratto, preavvisando entro un congruo termine il consumatore, che ha diritto di recedere dal contratto.

4. Se il contratto ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari il professionista può modificare, senza preavviso, sempreché vi sia un giustificato motivo in deroga alle lettere n) e o) del comma 2, il tasso di interesse o l'importo di qualunque altro onere relativo alla prestazione finanziaria originariamente convenuti, dandone immediata comunicazione al consumatore che ha diritto di recedere dal contratto.

5. Le lettere h), m), n) e o) del comma 2 non si applicano ai contratti aventi ad oggetto valori mobiliari, strumenti finanziari ed altri prodotti o servizi il cui prezzo è collegato alle fluttuazioni di un corso e di un indice di borsa o di un tasso di mercato finanziario non controllato dal professionista, nonché la compravendita di valuta estera, di assegni di viaggio o di vaglia postali internazionali emessi in valuta estera.

6. Le lettere n) e o) del comma 2 non si applicano alle clausole di indicizzazione dei prezzi, ove consentite dalla legge, a condizione che le modalità di variazione siano espressamente descritte.

Tali clausole non sono sempre vessatorie essendo lasciata al professionista la possibilità di provare che queste clausole erano state oggetto di una specifica trattativa di cui il già citato articolo 34 comma 4 specifica che l'onere della prova è a carico del professionista oppure dimostrando che la clausola (Cass., 28 Agosto 2010, n. 18785) non determini un “ significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi posti dal contratto in capo a ciascuna delle parti.

Le clausole che sono sempre considerate vessatorie sono quelle di cui l'art 36, comma 2:

“Sono nulle le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di:

- a) Escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista;
- b) Escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista;
- c) Prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto”.

Inoltre l'articolo al comma 3 specifica che: “La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice” tale principio in giurisprudenza è denominato interpretatio contra stipulatorem, mentre “Il venditore ha diritto di regresso nei confronti del fornitore per i danni che ha subito in conseguenza della declaratoria di nullità delle clausole dichiarate abusive” di cui al comma 4.

Le clausole di cui l'art 34 comma due proprio a causa della loro pericolosità sono sempre invalide anche se oggetto di specifica trattativa e per tale motivo codesta lista è anche chiamata “Black list”.

La nullità relativa alle clausole considerate nulle ai sensi dell'art 36 è detta nullità di protezione poiché posta a tutela di una sola parte. Si tratta di una nullità relativa poiché la legittimazione attiva è riservata solo al consumatore. L'art 36 al primo comma specifica che:” Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto”, mentre il terzo comma del medesimo articolo

specifica che “La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d’ufficio dal giudice”.

Il legislatore ha optato per un rimedio specifico a favore del consumatore in una prospettiva di conservazione del contratto, invero qualora una clausola sia essenziale essa impedirà la conservazione del contratto.

Infine l’art. 36 comma 5 sancisce la nullità di ogni clausola che prevedendo l’applicabilità al contratto di una legge extracomunitaria abbia l’effetto di privare il consumatore della tutela disposta a suo favore.” È nulla ogni clausola contrattuale che, prevedendo l’applicabilità al contratto di una legislazione di un Paese extracomunitario, abbia l’effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dal presente titolo , laddove il contratto presenti un collegamento più stretto con il territorio di uno Stato membro dell’Unione europea”.³⁸

Forma ed interpretazione

La forma e l’interpretazione delle clausole vessatorie sono oggetto dell’articolo 35 del codice del consumo il quale commenta che:

“1. Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile.

2. In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l’interpretazione più favorevole al consumatore.

3. La disposizione di cui al comma 2 non si applica nei casi di cui all’articolo 37.”³⁹

Per quanto riguarda il primo comma per chiarezza e comprensibilità s’intende da un lato che esse devono essere redatte in modo non equivoco, dall’altro che devono essere espresse in lingua conosciuta alla controparte, essere leggibili e non contenere espressioni tecniche o specialistiche il cui significato possa essere oscuro per coloro che non hanno una particolare competenza nel settore di riferimento.

Come disposto dal comma 2 nel dubbio sul senso della clausola prevale “l’interpretazione più favorevole al consumatore”; tale disposizione di diritto è analoga a quella di cui l’art 1370 c.c. secondo cui “Le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti s’interpretano, nel dubbio, a favore dell’altro”.

Attraverso lo strumento dell’inibitoria contrattuale è possibile impedire al professionista l’utilizzo di clausole non chiare e comprensibili anche se favorevoli al consumatore.

Giudizio di vessatorietà delle clausole e loro significato

In relazione al giudizio di vessatorietà si segnalano alcune recenti pronunce della Cassazione.

Recentemente la Cassazione Civile Sez VI con sentenza del 12/02/2018 n. 3007⁴⁰ ha ribadito che “in materia di contratti conclusi con la sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in modo uniforme determinati rapporti (nella specie utenza telefonica), la clausola con cui si stabilisce una deroga alla competenza territoriale ha natura vessatoria e deve essere approvata espressamente per iscritto da parte del contraente cd. debole. Qualora la medesima risulti scarsamente o per nulla leggibile, sia perché il modello è

³⁸ Art. 36 cod. civ.

³⁹ Art. 35 cod. cons.

⁴⁰ Sentenza Cassazione Civile Sez VI del 12/02/2018 n. 3007

in fotocopia sia perché i caratteri grafici sono eccessivamente piccoli, il contraente debole può esigere dalla controparte che gli venga fornito un modello contrattuale pienamente leggibile, ma ove ciò non abbia fatto, non può lamentare in sede giudiziale di non aver nettamente compreso la portata della suddetta clausola derogativa”. La decisione richiama un precedente risalente (Corte Cass. 2562/1973) nel quale venne statuito che la specifica approvazione per iscritto, di clausole onerose previste dall’art. 1341 cc rendesse inammissibile la presunzione di una loro mancata conoscenza, per l’asserito insufficiente rilievo tipografico o per la loro scarsa leggibilità.

Nella sentenza la Suprema Corte senza soluzione di continuità con la pronuncia da ultimo citata, respingendo il ricorso di una società contro la British Telecom, fornisce la corretta interpretazione dell’art. 1341 cc per il quale “l’eventuale illeggibilità di una o più clausole vessatorie non esonera il contraente debole dall’onere di vigilare affinché non vengano apposte firme ad “occhi chiusi”.⁴¹

Per quanto riguarda il significato di “clausola vessatoria”, così come emergeva dal precedente art. 1469 bis, comma 1, c.c., nonché così come è ora disciplinato dal nuovo art. 33, comma 1, c. cons., si sono dibattute alcune recenti ed interessanti pronunce, su cui è opportuno in questa sede soffermare la nostra attenzione.

In particolare L’art. 33 Cod. cons. stabilisce che una clausola è abusiva quando, malgrado buona fede del professionista, comporta un significativo squilibrio di diritti ed obblighi a carico del consumatore. Per buona fede è oramai pacifico che, si tratti di buona fede oggettiva: una clausola produttiva di un significativo squilibrio è per ciò vessatoria ed invero è del tutto irrilevante lo stato psicologico in cui il professionista versa in ordine alla conoscenza dell’abusività della clausola stessa. E’ stato inoltre chiarito nella Relazione illustrativa al Codice del Consumo che tale nozione oggettiva offre un livello maggiore di tutela nei confronti del consumatore, dato che non è richiesto l’accertamento ulteriore delle violazioni di regole quali lealtà e correttezza.

In base a tale impostazione, una clausola che produce di un significativo squilibrio si considera in ogni caso vessatoria, dunque anche se il professionista non era in grado di comprenderne la vessatorietà e non intendeva usarla ai danni del consumatore.

Per quanto concerne invece i criteri di accertamento della vessatorietà, si consideri altresì l’art. 34, commi 1 e 2, cod.cons. ed in particolare il comma 2, che valorizza l’importanza della trasparenza, che, se manca, attrae nel giudizio di vessatorietà anche le clausole che determinano l’oggetto o il corrispettivo.

Da ultimo, la Cassazione è intervenuta in materia con la sentenza n. 6481 (Cassazione civile, sez. III, 17/3/2010, n. 6481).

La sentenza in esame ribadisce e valorizza l’importanza del principio secondo cui il carattere abusivo delle clausole predisposte dal professionista deve essere valutato alla luce di un doppio criterio di giudizio e quindi da un lato tenendo sempre conto che sono considerate vessatorie come da regola generale contenuta nel 1° comma dell’art. 1469 bis le clausole che determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto; dall’altro lato, tenendo altresì in considerazione la presunzione

⁴¹ Art. 1341 c.c. *condizioni generali di contratto*

di vessatorietà di cui alle fattispecie tipizzate nel 3° comma della citata norma. È proprio attraverso il combinato disposto di tali due parametri di vessatorietà – uno generale, l'altro specifico e attinente a ipotesi tipizzate dal legislatore - che è possibile pervenire ad un effettivo e completo giudizio sulla eventuale natura abusiva delle clausole contrattuali.

È interessante richiamare una recente sentenza, la quale ha affermato che “è abusiva la clausola che permette alla banca di modificare unilateralmente le condizioni del contratto di conto corrente, in mancanza di giustificato motivo. Per escludere la vessatorietà della clausola che riserva alla banca la facoltà di modificare le condizioni economiche applicate ai rapporti regolati in conto corrente è insufficiente che l'esercizio di dette facoltà, per il caso delle variazioni in senso sfavorevole al correntista, sia espressamente subordinato al solo rispetto delle prescrizioni del t.u.b.; ed è invece necessario - ex art. 1469 bis comma 5 c.c. - che la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, nei rapporti fra banca e consumatori, sia espressamente condizionata alla ricorrenza di un giustificato motivo” (Cass., 21/05/2008, n. 13051).

La tutela collettiva

Gli interessi collettivi del consumatore sono tutelati dall'inibitoria contrattuale di cui all'art 37 e l'azione collettiva art 139 del codice dei consumatori. L'inibitoria contrattuale mira ad ottenere dal giudice una pronuncia mediante il quale l'operatore professionale si astenga dall'utilizzo di clausole vessatorie.

L'azione inibitoria è disciplinata dall'art 37:

“1. Le associazioni rappresentative dei consumatori, di cui all'articolo 137, le associazioni rappresentative dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, possono convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano, o che raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività ai sensi del presente titolo (1).

2. L'inibitoria può essere concessa, quando ricorrono giusti motivi di urgenza, ai sensi degli articoli 669- bis e seguenti del codice di procedura civile.

3. Il giudice può ordinare che il provvedimento sia pubblicato in uno o più giornali, di cui uno almeno a diffusione nazionale.

4. Per quanto non previsto dal presente articolo, alle azioni inibitorie esercitate dalle associazioni dei consumatori di cui al comma 1, si applicano le disposizioni dell'articolo 140.”⁴²

L'art 139 specifica quali sono i soggetti legittimati ad agire:

“Le associazioni dei consumatori: le quali sono legittimate ad agire, ai sensi dell'articolo 140, a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti nelle ipotesi di violazione degli interessi collettivi dei consumatori contemplati nelle materie disciplinate dal codice e da specifiche disposizioni legislative.

Gli organismi pubblici indipendenti nazionali e le organizzazioni riconosciute in altro Stato dell'Unione europea ed inseriti nell'elenco degli enti legittimati a proporre azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi

⁴² Art. 37 cod. cons.

dei consumatori possono agire nei confronti di atti o comportamenti lesivi per i consumatori del proprio Paese, posti in essere in tutto o in parte sul territorio dello Stato”.⁴³

L’art 140 dispone che I soggetti di cui l’articolo 139 possono richiedere al tribunale:

- “a) Di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti;
- b) Di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate;
- c) Di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate.

2. Le associazioni di cui al comma 1, nonché i soggetti di cui all’articolo 139, comma 2, possono attivare, prima del ricorso al giudice, la procedura di conciliazione dinanzi alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura competente per territorio, a norma dell’articolo 2, comma 4, lettera a), della legge 29 dicembre 1993, n. 580, nonché agli altri organismi di composizione extragiudiziale per la composizione delle controversie in materia di consumo a norma dell’articolo 141. La procedura è, in ogni caso, definita entro sessanta giorni.

3. Il processo verbale di conciliazione, sottoscritto dalle parti e dal rappresentante dell’organismo di composizione extragiudiziale adito, è depositato per l’omologazione nella cancelleria del tribunale del luogo nel quale si è svolto il procedimento di conciliazione.

4. Il tribunale, in composizione monocratica, accertata la regolarità formale del processo verbale, lo dichiara esecutivo con decreto. Il verbale di conciliazione omologato costituisce titolo esecutivo.

5. In ogni caso l’azione di cui al comma 1 può essere proposta solo dopo che siano decorsi quindici giorni dalla data in cui le associazioni abbiano richiesto al soggetto da esse ritenuto responsabile, a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento, la cessazione del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori e degli utenti.

6. Il soggetto al quale viene chiesta la cessazione del comportamento lesivo ai sensi del comma 5, o che sia stato chiamato in giudizio ai sensi del comma 1, può attivare la procedura di conciliazione di cui al comma 2 senza alcun pregiudizio per l’azione giudiziale da avviarsi o già avviata. La favorevole conclusione, anche nella fase esecutiva, del procedimento di conciliazione viene valutata ai fini della cessazione della materia del contendere.

7. Con il provvedimento che definisce il giudizio di cui al comma 1 il giudice fissa un termine per l’adempimento degli obblighi stabiliti e, anche su domanda della parte che ha agito in giudizio, dispone, in caso di inadempimento, il pagamento di una somma di denaro da 516 euro a 1.032 euro, per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto. In caso di inadempimento degli obblighi risultanti dal verbale di conciliazione di cui al comma 3 le parti possono adire il tribunale con procedimento in camera di consiglio affinché, accertato l’inadempimento, disponga il pagamento delle dette somme di denaro. Tali somme di denaro sono versate all’entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate

⁴³ Art. 139 cod. cons.

con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze al fondo da istituire nell'ambito di apposita unità previsionale di base dello stato di previsione del Ministero dello sviluppo economico per finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori (3).

8. Nei casi in cui ricorrano giusti motivi di urgenza, l'azione inibitoria si svolge a norma degli articoli da 669-bis a 669-quaterdecies del codice di procedura civile.

9. Fatte salve le norme sulla litispendenza, sulla continenza, sulla connessione e sulla riunione dei procedimenti, le disposizioni di cui al presente articolo non precludono il diritto ad azioni individuali dei consumatori che siano danneggiati dalle medesime violazioni.

10. Per le associazioni di cui all'articolo 139 l'azione inibitoria prevista dall'articolo 37 in materia di clausole vessatorie nei contratti stipulati con i consumatori, si esercita ai sensi del presente articolo.

11. Resta ferma la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici ai sensi dell'articolo 133, comma 1, lettera c) del codice del processo amministrativo (2).

12. Restano salve le procedure conciliative di competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di cui all'articolo 1, comma 11".⁴⁴

Grazie all'art 140 bis del nostro ordinamento del Codice del consumo dal 2010 è stata istituita un'azione collettiva risarcitoria tesa a proteggere interessi individuali ed omogenei di più consumatori lesi da un'azione pregiudizievole da parte di un'impresa autrice del danno meritevoli pertanto del risarcimento del danno.

La class action

La class action costituisce una realtà consolidata in molti Paesi stranieri, in particolar modo gli Stati Uniti d'America.

Le prime forme di class action negli Stati Uniti risalgono al 1938. Esse sono state rielaborate nel 1964 e due anni dopo vide la luce quella che oggi è definita Federal Rule 23. Essa delinea i quattro requisiti che la class action deve avere:

- 1) Il numero delle persone che possono essere interessate dall'azione deve essere rilevante;
- 2) La situazione giuridica da tutelare deve essere comune a coloro i quali si avvalgono di tale azione;
- 3) La tipicità della situazione giuridica e l'adeguatezza della rappresentazione.
- 4) La predominanza delle questioni generali su quelle personali e la economicità in senso lato della class action rispetto ad altre azioni possibili.

Le class action Sono azioni collettive, e non individuali, con cui più risparmiatori e/o consumatori fanno richiesta al giudice di risarcire i danni subiti per via di comportamenti illeciti di società e imprese. In pratica, risparmiatori e/o consumatori, anziché agire in giudizio da soli per soddisfare le loro pretese risarcitorie, agiscono congiuntamente, avendo subito danni da una medesima condotta illecita della società convenuta in giudizio.

Per quanto riguarda l'Italia, una norma di questo tipo è stata introdotta con la Legge 281/98.

⁴⁴ Art. 140 cod. cons.

Il primo tentativo del Parlamento italiano di tutelare collettivamente i consumatori è avvenuto durante la XIV Legislatura con il Progetto di Legge ad iniziativa parlamentare C. 3838 a firma dell'On. Bonito (DS-Ulivo) e altri. Il PDL si limitava a modificare un articolo della Legge n. 281 del 30 luglio 1998 per prevedere “il risarcimento dei danni e la restituzione di somme dovute direttamente ai singoli consumatori e utenti interessati, in conseguenza di atti illeciti plurioffensivi”⁴⁵ che ledono i diritti di una pluralità di consumatori e di utenti. L'iter parlamentare si arenò al Senato.

Il 15 novembre 2007, è stato approvato l'emendamento 53.0.200 (testo 3), a firma dei senatori Manzione e Bordon, che introduce, salvo possibili modifiche nel passaggio alla Camera dei Deputati, per la prima volta la class action nel nostro ordinamento.

Si tratta di una novità di grande importanza e di portata rivoluzionaria nel sistema giuridico italiano, basato sul concetto di tutela giurisdizionale individuale, di cui all'art. 24 della Costituzione.

La class action italiana è ben lontana dall'omologa azione americana, difatti mentre negli Stati Uniti le azioni collettive possono essere esperite direttamente dagli interessati, purché il numero degli attori che agiscono sia così elevato da rendere impossibile lo svolgimento di processi individuali paralleli, in Italia, invece spetta alle associazioni di categoria la decisione esclusiva sul se e come agire. Viene comunque fatto salvo il diritto all'azione individuale.

Il singolo consumatore può quindi agire in giudizio da solo nelle forme di giustizia tradizionale se però decide di fare una class action non la può fare, nemmeno se trova migliaia di persone disposte ad agire insieme a lui. La decisione sulla class action spetta soltanto alle associazioni di categoria, a dispetto del diritto costituzionale dell'individuo ad agire in giudizio a tutela dei propri interessi.

Nel sistema americano la class action, prima di essere istruita, può essere bloccata dal giudice il quale, con una valutazione sommaria e senza entrare nel merito della controversia, la dichiara inammissibile ove la consideri infondata e pretestuosa. Si tratta di un filtro importante che serve a non appesantire il sistema giudiziario e a evitare processi palesemente senza fondamento. La norma italiana, invece, non prevede tale filtro. Nel momento in cui un'associazione di categoria agisce, il processo si deve svolgere nelle forme previste, e in tutti e tre i gradi di giudizio, se si procede alle normali impugnative.

Ancora, nelle class actions statunitensi è prevista la discovery, uno strumento processuale che consente all'attore di accedere ai documenti e agli archivi delle società convenute in giudizio e di interrogarne i rappresentanti legali sotto giuramento, mentre nessuna traccia di tutto ciò può essere riscontrata nella proposta italiana.

Sembra assolutamente fuori luogo che in un sistema come il nostro, incentrato sul diritto individuale ad avere un processo (art. 24 Costituzione), il diritto alla class action sia sottratto ai singoli per essere affidato alle associazioni di categoria le quali potrebbero decidere di agire in giudizio non per tutelare interessi concreti ma solo per ragioni di peso o opportunità politiche.

⁴⁵ Legge n. 281 del 30 luglio 1998

Ed invero appare assolutamente fuori luogo che si faccia un discrimen tra associazioni di categoria abilitate alle class actions e associazioni non abilitate, soprattutto se a decidere su tale abilitazione sono organi politici come i Ministri. In questo modo non solo si rischia di aumentare il peso delle lobby, ma gli enti abilitati ad agire sono suscettibili di cambiamento a seconda del colore politico del Governo.

Nel nostro Ordinamento la legittimazione attiva è riconosciuta a ciascun componente della classe, ma anche a determinate associazioni, in base a regolare mandato, o a comitati cui il consumatore/utente partecipa, mentre la legittimazione passiva è a carico delle imprese, produttori, gestori di servizi pubblici o pubblica utilità.

L'oggetto del giudizio è di tipo risarcitorio/restitutorio, i diritti tutelati sono quelli derivanti dal rapporto contrattuale tra consumatore e professionista. Sono altresì compresi i diritti lesi da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

Gli elementi relativi ai diritti dei consumatori devono essere affini e uniformi.

La domanda giudiziale può essere dichiarata inammissibile qualora sia manifestamente infondata, in conflitto di interessi, quando non si ravvisi l'omogeneità dei diritti individuali tutelabili o, ancora se il proponente non appaia in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe.

In caso di accoglimento della domanda il Tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui stabilisce le somme da liquidare a coloro che hanno aderito a tale azione. La sentenza fa capo solo a coloro che hanno aderito all'azione collettiva mentre coloro i quali non vi hanno aderito possono proporre azione individuale.

Di seguito riportiamo l'articolo 140 bis, articolo cardine dell'azione di classe:” I diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 nonché gli interessi collettivi sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo. A tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni (2).

2. L'azione di classe ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori. L'azione tutela (3):

a) I diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile (4);

b) I diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale (5);

c) I diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali (6).

3. I consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela di cui al presente articolo aderiscono all'azione di classe, senza ministero di difensore anche tramite posta elettronica certificata e fax. L'adesione comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo, salvo quanto previsto dal comma 15. L'atto di adesione, contenente, oltre all'elezione di domicilio, l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria, è depositato in cancelleria, anche

tramite l'attore, nel termine di cui al comma 9, lettera b). Gli effetti sulla prescrizione ai sensi degli articoli 2943 e 2945 del codice civile decorrono dalla notificazione della domanda e, per coloro che hanno aderito successivamente, dal deposito dell'atto di adesione (7).

4. La domanda è proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, ma per la Valle d'Aosta è competente il tribunale di Torino, per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia è competente il tribunale di Venezia, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise è competente il tribunale di Roma e per la Basilicata e la Calabria è competente il tribunale di Napoli. Il tribunale tratta la causa in composizione collegiale.

5. La domanda si propone con atto di citazione notificato anche all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale adito, il quale può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità.

6. All'esito della prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, ma può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'Autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo. La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2, nonché quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe (8).

7. L'ordinanza che decide sulla ammissibilità è reclamabile davanti alla corte d'appello nel termine perentorio di trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione se anteriore. Sul reclamo la corte d'appello decide con ordinanza in camera di consiglio non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso. Il reclamo dell'ordinanza ammissiva non sospende il procedimento davanti al tribunale.

8. Con l'ordinanza di inammissibilità, il giudice regola le spese, anche ai sensi dell'articolo 96 del codice di procedura civile, e ordina la più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente.

9. Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale fissa termini e modalità della più opportuna pubblicità, ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe. L'esecuzione della pubblicità è condizione di procedibilità della domanda. Con la stessa ordinanza il tribunale:

a) Definisce i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione;

b) Fissa un termine perentorio, non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità, entro il quale gli atti di adesione, anche a mezzo dell'attore, sono depositati in cancelleria. Copia dell'ordinanza è trasmessa, a cura della cancelleria, al Ministero dello sviluppo economico che ne cura ulteriori forme di pubblicità, anche mediante la pubblicazione sul relativo sito internet.

10. E' escluso l'intervento di terzi ai sensi dell'articolo 105 del codice di procedura civile.

11. Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale determina altresì il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo. Con la stessa o con successiva ordinanza, modificabile o revocabile in ogni tempo, il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; onera le parti della

pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti; regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio.

12. Se accoglie la domanda, il tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'articolo 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme. In questo ultimo caso il giudice assegna alle parti un termine, non superiore a novanta giorni, per addivenire ad un accordo sulla liquidazione del danno. Il processo verbale dell'accordo, sottoscritto dalle parti e dal giudice, costituisce titolo esecutivo. Scaduto il termine senza che l'accordo sia stato raggiunto, il giudice, su istanza di almeno una delle parti, liquida le somme dovute ai singoli aderenti. In caso di accoglimento di un'azione di classe proposta nei confronti di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, il tribunale tiene conto di quanto riconosciuto in favore degli utenti e dei consumatori danneggiati nelle relative carte dei servizi eventualmente emanate. La sentenza diviene esecutiva decorsi centottanta giorni dalla pubblicazione. I pagamenti delle somme dovute effettuati durante tale periodo sono esenti da ogni diritto e incremento, anche per gli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza (9).

13. La corte d'appello, richiesta dei provvedimenti di cui all'articolo 283 del codice di procedura civile, tiene altresì conto dell'entità complessiva della somma gravante sul debitore, del numero dei creditori, nonché delle connesse difficoltà di ripetizione in caso di accoglimento del gravame. La corte può comunque disporre che, fino al passaggio in giudicato della sentenza, la somma complessivamente dovuta dal debitore sia depositata e resti vincolata nelle forme ritenute più opportune.

14. La sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti. E' fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva. Non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9. Quelle proposte entro detto termine sono riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale; altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giudice.

15. Le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito. Gli stessi diritti sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo".

16. Abbiamo precisato che la class action di natura risarcitoria è soggetta ad una preventiva delibazione di ammissibilità da parte del giudice, volta a verificare fra gli altri presupposti che il ricorso sia diretto a tutelare interessi risarcitori della classe e non dei singoli appartenenti.

Si è posto il problema se la pronuncia di inammissibilità sia impugnabile con ricorso per cassazione e se tale provvedimento precluda la possibilità di un'altra azione di classe da parte di un soggetto collettivo diverso e di conseguenza quali rapporti intercorrono tra l'azione dichiarata inammissibile e le azioni individuali.

Di questi temi si è occupata la Corte di Cassazione a Sezioni Unite Civili nella sentenza n. 2610 del 01 febbraio 2017.

Le Sezioni Unite hanno stabilito che, ove l'azione di classe di cui all'art. 140-bis del D. Lgs. N. 206 del 6 settembre 2005 (il "Codice del Consumo") sia finalizzata ad ottenere la tutela risarcitoria di un pregiudizio subito dai singoli appartenenti alla classe e non anche di un interesse collettivo, l'ordinanza di inammissibilità adottata dalla Corte di Appello, in sede di reclamo, non è impugnabile con il ricorso ex art. 111, comma 7, Cost., essendo il medesimo diritto tutelabile attraverso l'azione individuale volta ad ottenere il risarcimento del danno, e che tale dichiarazione di inammissibilità preclude la riproposizione dell'azione da parte dei medesimi soggetti, ma non anche da parte di chi non abbia aderito all'azione oggetto di tale declaratoria.

La pronuncia in esame trae origine da una vicenda processuale risalente al 2010, allorquando il Codacons, a nome proprio e quale mandatario dei sigg. M.A., B.D. e V.P., citava davanti al tribunale di Roma la British American Tobacco – B.A.T. Italia S.p.A. (già Ente Tabacchi Italiani – E.T.I. S.p.a.) (BAT) al fine di ottenere la condanna della stessa, ai sensi dell'art.140-bis del Codice del Consumo, al risarcimento dei danni, patrimoniali e non, determinati dallo svolgimento di un'attività pericolosa ex art. 2050 cod. civ. (i.e.: la produzione e vendita di sigarette) senza l'adozione delle opportune cautele a tutela della salute dei consumatori.

Alla luce del principio di diritto sancito dalla Corte ne discende che, ove sia stata promossa un'azione ex art. 140 bis del Codice del Consumo per far valere una pretesa risarcitoria dei singoli appartenenti alla classe, nulla vieta che, ove tale domanda sia stata dichiarata inammissibile la stessa possa essere riproposta dal singolo tramite azione individuale ovvero da parte di altri soggetti che non abbiano preso parte all'azione di classe. Tuttavia, avverso tale declaratoria di inammissibilità rimane precluso il rimedio del giudizio di legittimità.

La class action amministrativa⁴⁶

La class action amministrativa trae le proprie origini con il D.Lgs 15 del 2009, che ha introdotto nel sistema della giustizia amministrativa l'azione per l'efficienza delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari pubblici e pertanto la così detta "class action amministrativa".

Sono legittimati ad agire associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati a causa di una lesione concreta e attuale che deve derivare:

- 1) Dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento;
- 2) Dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi;
- 3) Dalla violazione di standard qualitativi ed economici;
- 4) Dall'omesso esercizio di poteri di vigilanza e di controllo o sanzionatori.

Tale azione si differenzia dall'analoga class action prevista dal Codice del consumo, in quanto non ha scopi risarcitori. In tal senso il giudice che decide per l'accoglimento della domanda, accertando la violazione, l'omissione o l'inadempimento, ordina alla pubblica amministrazione o al concessionario di porvi rimedio entro un congruo termine.

⁴⁶ Giurdanella.it: la class action amministrativa

Una serie di pubbliche amministrazioni sono escluse dalla disciplina in questione; quali gli Organi Giurisdizionali, le assemblee legislative e gli altri Organi Costituzionali nonché la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Il 9 giugno 2011 è stata depositata la prima sentenza in Consiglio di Stato in materia, (sentenza n. 3512 del 2011 sezione V), che ha confermato la sentenza del TAR Lazio (sezione III bis n. 552 del 2011). I giudici di primo grado avevano accolto il ricorso proposto dal Codacons condannando i Ministri dell'Istruzione e dell'Economia a emanare nel termine di quattro mesi il piano generale di edilizia scolastica. In tale occasione il TAR Lazio ha precisato che nel caso di atti generali e obbligatori per legge non rilevi l'effettiva esigibilità del comportamento in relazione alle risorse finanziarie disponibili trattandosi di un aspetto già vagliato dal legislatore nel momento in cui ha già imposto l'adozione dell'atto.

Il TAR Lazio sezione I n. 8231 del 2012 ha accolto il ricorso dell'associazione Amici dei Bambini ordinando al Ministero della Giustizia di mettere in funzione la banca dati dei minori adottabili e delle coppie disponibili.

Il TAR Basilicata in accoglimento del ricorso dell'Associazione Agorà digitale, con la sentenza n. 478 del 2011 ha imposto alla Regione di pubblicare l'elenco degli indirizzi PEC permettendo agli utenti di comunicare con gli uffici.

In senso contrario il TAR Lazio che con sentenza n. 8142 del 2012 ha rigettato il ricorso. Ciò perché, affinché possa esperirsi un'azione collettiva è necessario che l'amministrazione abbia violato un termine contenuto in una legge o in un regolamento di diritto interno, e non basta un termine imposto dalla normativa comunitaria agli stati membri e non direttamente ad una pubblica amministrazione.

Capitolo 4

L'informazione precontrattuale

Introduzione

La legge persegue due fondamentali obiettivi: da un lato promuove la conoscenza e la capacità di valutazione del consumatore; dall'altro impone apposite regole di correttezza nell'informazione precontrattuale.

Sul primo versante si colloca l'art 4 del codice del consumatore:"

1. 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.

2. 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".⁴⁷

Tale articolo mira a non rendere possibili scelte non consapevoli da parte dei consumatori.

Gli obblighi di informazione sono invece discussi nell'art 5 del codice del consumo:"

⁴⁷ Art. 4 cod. cons.

1. Fatto salvo quanto disposto dall'articolo 3, comma 1, lettera a), ai fini del presente titolo, s'intende per consumatore o utente anche la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali.
2. Sicurezza, composizione e qualità dei prodotti e dei servizi costituiscono contenuto essenziale degli obblighi informativi.
3. Le informazioni al consumatore, da chiunque provengano, devono essere adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore".⁴⁸

Tali informazioni come soglia minima devono pertanto riguardare la sicurezza, la composizione e la qualità dei prodotti e dei servizi e devono essere fornite in modo chiaro e comprensibile così da assicurare la consapevolezza del consumatore.

L'attuazione della direttiva n. 83/2011/UE del 25 ottobre 2011 ad opera del D.Lgs del 21 Febbraio 2014 n. 21 ha introdotto nel Codice del consumo nuovi diritti a tutela del consumatore nell'ambito delle diverse categorie di rapporti contrattuali dalla stessa direttiva individuati.⁴⁹

Il legislatore europeo ha voluto rafforzare gli obblighi informativi al fine di rafforzare la correttezza, la chiarezza e la completezza dell'informazione.

Il legislatore ha quindi predisposto l'art 48 del codice del consumo per quanto concerne gli obblighi informativi attinenti ai contratti "diversi" e l'art 49 del codice dei consumatori per i contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali.

In particolare il legislatore ha deciso che per i contratti a distanza e per quelli stipulati al di fuori dei locali commerciali le informazioni relative alla fase precontrattuale sono parte integrante del contratto e pertanto possono subire modifiche solo quando vi sia la volontà delle parti. Tale decisione è riscontrabile nel comma 5 dell'art 49 del codice del consumo. Per tale tipo di obblighi il legislatore ha introdotto all'art 66 del codice del consumo un'apposita tutela amministrativa individuando l'Autorità garante della concorrenza e del mercato come organo di supervisione del rispetto di tali obblighi.

Ambito di applicazione ed esclusione

Innanzitutto bisogna segnalare che l'art 47 del codice del consumo elenca una serie di contratti ai quali la disciplina protettiva che ci si accinge ad esaminare non si applica, in ragione della tipologia o dell'oggetto del contratto:" Le disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo non si applicano 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, per i servizi prestati da professionisti sanitari a pazienti, al fine di valutare, mantenere o ristabilire il loro stato di salute, ivi compresa la prescrizione, la somministrazione e la fornitura di medicinali e dispositivi medici, sia essa fornita o meno attraverso le strutture di assistenza sanitaria;

⁴⁸ Art. 5 cod. cons.

⁴⁹ Direttiva n. 83/2011/UE

- c) 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;
- d) Di servizi finanziari;
- e) Aventi ad oggetto la creazione di beni immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti su beni immobili;
- f) Per la costruzione di nuovi edifici, la trasformazione sostanziale di edifici esistenti e per la locazione di alloggi a scopo residenziale;
- g) Che rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso", di cui agli articoli da 32 a 51 del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79;
- h) Che rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina concernente la 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, di cui agli articoli da 69 a 81-bis del presente Codice;
- i) Stipulati 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 concluda il contratto soltanto sulla base di una decisione giuridica ponderata e con conoscenza della sua rilevanza giuridica;
- l) 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;
- m) Di servizi di trasporto passeggeri, fatti salvi l'articolo 51, comma 2, e gli articoli 62 e 65;
- n) Conclusi tramite distributori automatici o locali commerciali automatizzati;
- o) Conclusi con operatori delle telecomunicazioni impiegando telefoni pubblici a pagamento per il loro utilizzo o conclusi per l'utilizzo di un solo collegamento tramite telefono, Internet o fax, stabilito dal consumatore.

2. Le disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo non si applicano ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali in base ai quali il corrispettivo che il consumatore deve pagare non è superiore a 50 euro. Tuttavia, si applicano le disposizioni del presente Capo nel caso di più contratti stipulati contestualmente tra le medesime parti, qualora l'entità del corrispettivo globale che il consumatore deve pagare, indipendentemente dall'importo dei singoli contratti, superi l'importo di 50 euro".⁵⁰

Obbligo di informazione precontrattuale

Il consumatore durante lo svolgimento della trattativa deve mantenere un rapporto di tipo collaborativo con il professionista, ad egli è richiesto uno sforzo di diligenza minimo tale da permettergli di acquisire informazioni attinenti al contesto, ovvero che acquisisce e rielabora in modo quasi inconsapevole, passivo.

Gli obblighi di informazione precontrattuale sono elencati nell'art 48 comma 1 del codice del consumo: "Prima che il consumatore sia vincolato da un contratto diverso da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali o da una corrispondente offerta, il professionista fornisce al consumatore le seguenti informazioni in modo chiaro e comprensibile, qualora esse non siano già apparenti dal contesto:

⁵⁰ Art. 47 cod. cons.

- a) Le caratteristiche principali dei beni o servizi, nella misura adeguata al supporto e ai beni o servizi;
- b) L'identità del professionista, l'indirizzo geografico in cui è stabilito e il numero di telefono e, ove questa informazione sia pertinente, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale egli agisce;
- c) Il prezzo totale dei beni o servizi comprensivo delle imposte o, se la natura dei beni o dei servizi comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo e, se applicabili, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore;
- d) Se applicabili, le modalità di pagamento, consegna ed esecuzione, la data entro la quale il professionista si impegna a consegnare i beni o a prestare il servizio e il trattamento dei reclami da parte del professionista;
- e) Oltre a un richiamo dell'esistenza della garanzia legale di conformità per i beni, l'esistenza e le condizioni del servizio postvendita e delle garanzie commerciali, se applicabili;
- f) La durata del contratto, se applicabile, o, se il contratto è a tempo indeterminato o è un contratto a rinnovo automatico, le condizioni di risoluzione del contratto;
- g) Se applicabile, la funzionalità del contenuto digitale, comprese le misure applicabili di protezione tecnica;
- h) Qualsiasi interoperabilità pertinente del contenuto digitale con l'hardware e il software, di cui il professionista sia a conoscenza o di cui ci si può ragionevolmente attendere che sia venuto a conoscenza, se applicabili". L'articolo quindi specifica che il professionista deve fornire al consumatore una serie di elementi quali: caratteristiche del bene, identità del professionista, il prezzo dei beni o servizi, modalità di pagamento e di esecuzione di consegna, l'esistenza di garanzie legali di conformità, la durata del contratto e le condizioni di rinnovo e di risoluzione.

Per chiarezza e comprensibilità delle informazioni s'intende che esse siano leggibili e riconoscibili secondo una parte della dottrina, semplici ed esaustive secondo l'altra parte della dottrina.

Inoltre il comma 3 stabilisce che: "Gli obblighi di informazione precontrattuali, di cui al comma 1, non si applicano ai contratti che implicano transazioni quotidiane e che sono eseguiti immediatamente al momento della loro conclusione".⁵¹

Per quanto riguarda le modalità di comunicazione delle informazioni, il legislatore ha previsto che esse siano a capo del professionista.

Per quanto concerne la disciplina relativa agli obblighi informativi nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali e ai contratti a distanza trova oggi una disciplina uniforme all'interno dell'art 49 del codice del consumo.

Tale disciplina nasce dall'esigenza di rendere maggiormente uniformi gli obblighi informativi a cui il professionista è tenuto ad adempiere durante il corso delle trattative, così da ampliare il grado di effettività della tutela.

⁵¹ Art 48 cod. cons.

L'art 49 stabilisce che: “1. Prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali o da una corrispondente offerta, il professionista fornisce al consumatore le informazioni seguenti, in maniera chiara e comprensibile:

- a) Le caratteristiche principali dei beni o servizi, nella misura adeguata al supporto e ai beni o servizi;
- b) L'identità del professionista;
- c) L'indirizzo geografico dove il professionista è stabilito e il suo numero di telefono, di fax e l'indirizzo elettronico, ove disponibili, per consentire al consumatore di contattare rapidamente il professionista e comunicare efficacemente con lui e, se applicabili, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale agisce;
- d) Se diverso dall'indirizzo fornito in conformità della lettera c), l'indirizzo geografico della sede del professionista a cui il consumatore può indirizzare eventuali reclami e, se applicabile, quello del professionista per conto del quale agisce;
- e) Il prezzo totale dei beni o dei servizi comprensivo delle imposte o, se la natura dei beni o servizi comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo e, se del caso, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali e ogni altro costo oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore; nel caso di un contratto a tempo indeterminato o di un contratto comprendente un abbonamento, il prezzo totale include i costi totali per periodo di fatturazione; quando tali contratti prevedono l'addebitamento di una tariffa fissa, il prezzo totale equivale anche ai costi mensili totali; se i costi totali non possono essere ragionevolmente calcolati in anticipo, devono essere fornite le modalità di calcolo del prezzo;
- f) Il costo dell'utilizzo del mezzo di comunicazione a distanza per la conclusione del contratto quando tale costo è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base;
- g) 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;
- h) In caso di sussistenza di un diritto di recesso, le condizioni, i termini e le procedure per esercitare tale diritto conformemente all'articolo 54, comma 1, nonché il modulo tipo di recesso di cui all'allegato I, parte B;
- i) Se applicabile, l'informazione che il consumatore dovrà sostenere il costo della restituzione dei beni in caso di recesso e in caso di contratti a distanza qualora i beni per loro natura non possano essere normalmente restituiti a mezzo posta;
- l) Che, se il consumatore esercita il diritto di recesso dopo aver presentato una richiesta ai sensi dell'articolo 50, comma 3, o dell'articolo 51, comma 8, egli è responsabile del pagamento al professionista di costi ragionevoli, ai sensi dell'articolo 57, comma 3;
- m) Se non è previsto un diritto di recesso ai sensi dell'articolo 59, l'informazione che il consumatore non beneficerà di un diritto di recesso o, se del caso, le circostanze in cui il consumatore perde il diritto di recesso;
- n) Un promemoria dell'esistenza della garanzia legale di conformità per i beni;

- o) Se applicabili, l'esistenza e le condizioni dell'assistenza postvendita al consumatore, dei servizi postvendita e delle garanzie commerciali;
- p) L'esistenza di codici di condotta pertinenti, come definiti all'articolo 18, comma 1, lettera f), del presente Codice, e come possa esserne ottenuta copia, se del caso;
- q) La durata del contratto, se applicabile, o, se il contratto è a tempo indeterminato o è un contratto a rinnovo automatico, le condizioni per recedere dal contratto;
- r) Se applicabile, la durata minima degli obblighi del consumatore a norma del contratto;
- s) Se applicabili, l'esistenza e le condizioni di depositi o altre garanzie finanziarie che il consumatore è tenuto a pagare o fornire su richiesta del professionista;
- t) Se applicabile, la funzionalità del contenuto digitale, comprese le misure applicabili di protezione tecnica;
- u) Qualsiasi interoperabilità pertinente del contenuto digitale con l'hardware e il software, di cui il professionista sia a conoscenza o di cui ci si può ragionevolmente attendere che sia venuto a conoscenza, se applicabile;
- v) Se applicabile, la possibilità di servirsi di un meccanismo extra-giudiziale di reclamo e ricorso cui il professionista è soggetto e le condizioni per avervi accesso.

In particolare come previsto dal comma 1 le informazioni devono essere fornite al consumatore in modo chiaro e trasparente, tale tutela è dunque rafforzata rispetto a quella dei contratti in genere prevista dall'art 48. Il professionista è pertanto tenuto ad informare il consumatore di informazioni non soltanto attinenti al rapporto contrattuale ma anche esterni ad esso.

Inoltre al comma 5 è specificato che le informazioni per tali tipologie di contratti non possono essere modificate se non mediante accordo delle parti:

“5. Le informazioni di cui al comma 1 formano parte integrante del contratto a distanza o del contratto negoziato fuori dei locali commerciali e non possono essere modificate se non con accordo espresso delle parti”.

Per quanto riguarda l'onere della prova, esso è a carico del professionista come previsto dal comma 10:

“10. L'onere della prova relativo all'adempimento degli obblighi di informazione di cui alla presente sezione incombe sul professionista.”⁵²

Il diritto di recesso

Per assicurare una piena espressione della volontà negoziale del soggetto il legislatore ha accordato il diritto di pentimento relativo la stipula del contratto, tale diritto è irrinunciabile, esercitabile entro un determinato limite di tempo ed è uno strumento di autotutela, esso è generalmente attribuito in rapporto a contratti ad esecuzione istantanea quali quelli con effetti reali.

Tale diritto è accordato per consentire di evitare al contraente debole il sorgere del vincolo contrattuale, esso trova una collocazione sparsa all'interno del codice del consumo.

⁵² Art. 49 cod. cons.

Il termine per recedere varia quindi in relazione alle categorie del contratto: è di quattordici giorni in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori (art 67 codice consumatori), multiproprietà (art 73 codice consumatori) e credito al consumo, trenta per i contratti di assicurazione sulla vita; sette per le vendite a distanza di strumenti finanziari e gestione di portafogli individuali, dieci giorni invece per i contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali (art 52 comma 2 codice dei consumatori).

Il periodo è prolungato in caso di omissione delle informazioni da parte del professionista sul diritto di pentimento.

Tale diritto è applicabile senza alcuna penalità e motivazione, inoltre durante il periodo di riflessione il consumatore ha il dovere di comportarsi secondo buona fede e correttezza così da non diminuire il valore del bene oggetto del contratto.

Sul professionista grava una volta che il consumatore ha fatto valere il proprio diritto di pentimento l'obbligo di rimborsare tutti i pagamenti ricevuti mentre sul consumatore l'obbligo di rimborsare il bene oggetto del contratto. In particolare l'art 55 del codice dei consumatori spiega quali sono gli effetti del recesso affermando che: "L'esercizio del diritto di recesso pone termine agli obblighi delle parti:

- a) Di eseguire il contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali; oppure
- b) Di concludere un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali nei casi in cui un'offerta sia stata fatta dal consumatore".⁵³

L'articolo 56 si dilunga su quale siano gli obblighi del professionista in caso di recesso: "Il professionista rimborsa tutti i pagamenti ricevuti dal consumatore, eventualmente comprensivi delle 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 ai sensi dell'articolo 54. Il professionista esegue il rimborso di cui al primo periodo utilizzando lo stesso mezzo di pagamento usato dal consumatore per la transazione iniziale, salvo che il consumatore abbia espressamente convenuto altrimenti e a condizione che questi non debba sostenere alcun costo quale conseguenza del rimborso.

Nell'ipotesi in cui il pagamento sia stato effettuato per mezzo di effetti cambiari, qualora questi non siano stati ancora presentati all'incasso, deve procedersi alla loro restituzione. E' nulla qualsiasi clausola che preveda limitazioni al rimborso nei confronti del consumatore delle somme versate in conseguenza dell'esercizio del diritto di recesso.

2. Fatto salvo il comma 1, il professionista non è tenuto a rimborsare i costi supplementari, qualora il consumatore abbia scelto espressamente un tipo di consegna diversa dal tipo meno costoso di consegna offerto dal professionista.

⁵³ Art. 55 cod. cons.

3. Salvo che il professionista abbia offerto di ritirare egli stesso i beni, con riguardo ai contratti di vendita, il professionista può 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”.⁵⁴

L’articolo 57 invece spiega quali sono gli obblighi che incombono invece sul consumatore:

“1. A meno che il professionista abbia offerto di ritirare egli stesso i beni, il consumatore restituisce i beni o li consegna al professionista o a un terzo autorizzato dal professionista a ricevere i beni, 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 ai sensi dell’articolo 54. Il termine è rispettato se il consumatore rispedisce i beni prima della scadenza del periodo di quattordici giorni. Il consumatore sostiene solo il costo diretto della restituzione dei beni, purché il professionista non abbia concordato di sostenerlo o abbia omesso di informare il consumatore che tale costo è a carico del consumatore. Nel caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali in cui i beni sono stati consegnati al domicilio del consumatore al momento della conclusione del contratto, il professionista ritira i beni a sue spese qualora i beni, per loro natura, non possano essere normalmente restituiti a mezzo posta.

2. Il consumatore è responsabile unicamente della diminuzione del valore dei beni risultante da una manipolazione dei beni diversa da quella necessaria per stabilire la natura, le caratteristiche e il funzionamento dei beni. Il consumatore non è in alcun caso responsabile per la diminuzione del valore dei beni se il professionista ha omesso di informare il consumatore del suo diritto di recesso a norma dell’articolo 49, comma 1, lettera h).

3. Qualora un consumatore eserciti il diritto di recesso dopo aver presentato una richiesta in conformità dell’articolo 50, comma 3, o dell’articolo 51, comma 8, il consumatore versa al professionista un importo proporzionale a quanto è stato fornito fino al momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell’esercizio del diritto di recesso, rispetto a tutte le prestazioni previste dal contratto. 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.

4. Il consumatore non sostiene alcun costo per:

a) La prestazione di servizi o la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, o di teleriscaldamento, in tutto o in parte, durante il periodo di recesso quando:

1) Il professionista ha omesso di fornire informazioni in conformità all’articolo 49, comma 1, lettere h) ed l); oppure

2) Il consumatore non ha espressamente chiesto che la prestazione iniziasse durante il periodo di recesso in conformità all’articolo 50, comma 3, e dell’articolo 51, comma 8; oppure

b) La fornitura, in tutto o in parte, del contenuto digitale che non è fornito su un supporto materiale quando:

⁵⁴ Art. 56 cod. cons.

- 1) Il consumatore non ha dato il suo previo consenso espresso circa l'inizio della prestazione prima della fine del periodo di quattordici giorni di cui all'articolo 52;
- 2) Il consumatore non ha riconosciuto di perdere il diritto di recesso quando ha espresso il suo consenso; oppure
- 3) Il professionista ha ommesso di fornire la conferma conformemente all'articolo 50, comma 2, o all'articolo 51, comma 7.

5. Fatto salvo quanto previsto nell'articolo 56, comma 2, e nel presente articolo, l'esercizio del diritto di recesso non comporta alcuna responsabilità per il consumatore.”⁵⁵

Le ipotesi di esclusione sono invece spiegate dall'art 59 del codice dei consumatori:

“Il diritto di recesso di cui agli articoli da 52 a 58 per i contratti a distanza e i contratti negoziati fuori dei locali commerciali è escluso relativamente a:

- a) I contratti di servizi dopo la completa prestazione del servizio se l'esecuzione è iniziata con l'accordo espresso del consumatore e con l'accettazione della perdita del diritto di recesso a seguito della piena esecuzione del contratto da parte del professionista;
- b) La fornitura di beni o servizi il cui prezzo è legato a fluttuazioni nel mercato finanziario che il professionista non è in grado di controllare e che possono verificarsi durante il periodo di recesso;
- c) La fornitura di beni confezionati su misura o chiaramente personalizzati;
- d) La fornitura di beni che rischiano di deteriorarsi o scadere rapidamente;
- e) 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;
- f) La fornitura di beni che, dopo la consegna, risultano, per loro natura, inscindibilmente mescolati con altri beni;
- g) La fornitura di bevande alcoliche, il cui prezzo sia stato concordato al momento della conclusione del contratto di vendita, la cui consegna possa avvenire solo dopo trenta giorni e il cui valore effettivo dipenda da fluttuazioni sul mercato che non possono essere controllate dal professionista;
- h) 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 oltre 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 applica a tali servizi o beni supplementari;
- i) La fornitura di registrazioni audio o video sigillate o di software informatici sigillati che sono stati aperti dopo la consegna;
- l) La fornitura di giornali, periodici e riviste ad eccezione dei contratti di abbonamento per la fornitura di tali pubblicazioni;
- m) I contratti conclusi in occasione di un'asta pubblica;

⁵⁵ Art. 57 cod. cons.

n) 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;

o) 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 in tal caso avrebbe perso il diritto di recesso".⁵⁶

Tali ipotesi di esclusione finiscono per stemperare l'incisività del diritto di ripensamento inteso sia come garanzia dell'autonomia negoziale dei consumatori e sia come strumento garante della parità delle parti.

Capitolo 5

Le pratiche commerciali scorrette, Le microimprese: pratiche commerciali scorrette e tutela del contraente debole

Introduzione: definizioni soggettive ed oggettive

Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori sono stati oggetto di disciplina della direttiva 2005\29\CE.⁵⁷

Tale direttiva definisce due categorie specifiche di pratiche commerciali sleali: le pratiche ingannevoli e le pratiche aggressive.

Tale disciplina è di tipo orizzontale, in quanto investe tutte le pratiche a prescindere dal settore economico ed è sussidiaria laddove esistano specifiche disposizioni che disciplinino specifici aspetti di una pratica commerciale.

I soggetti che vengono esaminati nelle pratiche commerciali sono:

Il consumatore: "qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale" ex art 18 codice dei consumatori.

Le micro imprese: "entità, società o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003".

Il professionista: "qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista".⁵⁸

Oggetto in esame è invece la pratica commerciale tra professionista e consumatore di cui l'art 18 comma d definisce: "qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa

⁵⁶ Art. 59 cod. cons.

⁵⁷ Direttiva 2005/29/CE del Parlamento del Consiglio *relativa alle pratiche sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno*

⁵⁸ Art. 18 cod. cons.

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”.

La condotta può quindi essere sia omissiva che commissiva, la disciplina ai sensi dell’art 19 comma 1 del codice dei consumatori si applica alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori "poste in essere prima, durante e dopo un’operazione commerciale relativa ad un prodotto”.

La disciplina in esame comprende quindi tutte le fasi del rapporto di consumo.

Le altre definizioni oggettive riscontrabili nell’articolo 18 del codice del consumo sono: (comma i art 18 cod cons): i) "invito all'acquisto": una comunicazione commerciale indicante le caratteristiche e il prezzo del prodotto in forme appropriate rispetto al mezzo impiegato per la comunicazione commerciale e pertanto tale da consentire al consumatore di effettuare un acquisto” e la definizione di prodotto art 18 cod cons comma c: “qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni”.

Le pratiche commerciali sono vietate ai sensi del comma 1 dell’art 20 del codice del consumo e sono considerate scorrette ai sensi dell’articolo 20 comma 2: “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 qualora siano contemporaneamente contrarie a diligenza professionale ed idonee ad incidere in misura apprezzabile sul comportamento economico del consumatore medio”.

La diligenza richiesta è la diligenza professionale la cui definizione è rintracciabile nell’art 18 comma h del codice dei consumatori: h) diligenza professionale:” il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista”.

La buona fede intesa in tal caso è oggettiva ovvero la correttezza detenuta dal professionista nei confronti del consumatore nell’ambito della relazione commerciale tra essi istaurata.

Il professionista è tenuto a svolgere pratiche di mercato oneste e detenere comportamenti idonei ad assolvere gli obblighi di informazione e trasparenza nei confronti del consumatore desumibili dalle discipline di settore, dall’esperienza nonché dalle finalità di tutela perseguite dal codice.

Una pratica commerciale è scorretta qualora sia idonea a "falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori": l'impiego di una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso” (art 18 codice consumatore comma e).

Pertanto il consumatore: deve essere in una posizione tale che in assenza di un determinato comportamento non avrebbe preso quella seguente decisione, di cui è stato lesa.

Tale tutela posta per favorire la libertà di scelta del consumatore, cosicché il processo di determinazione della volontà dei consumatori sia libero, in tal caso l’obiettivo considerato dal legislatore è quello di inquadrare i consumatori come operatori economici razionali e non come soggetti deboli sopraffatti dal professionista. Il

consumatore medio è pertanto visto come” un consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici.

Quindi se prendessimo un consumatore Italiano egli sarebbe comunque ben istruito e dotato di capacità critica, tuttavia come già specificato in precedenza il consumatore relazionandosi con un professionista si trova in ogni caso in una situazione di squilibrio informativo riconducibile sia alla complessità della tecnologia che all'evoluzione dei servizi, soprattutto anche considerando la continua evoluzione globale (normativa, economica etc.).

Dal consumatore medio va tuttavia distinto il consumatore medio vulnerabile di cui l'articolo 20 comma 3: “Le pratiche commerciali che, pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, sono idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo. È fatta salva la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera”.⁵⁹ Tale soggetto ed in particolare il minore è ancor meno avveduto rispetto ad un consumatore adulto ragionevolmente attento ed informato.

La direttiva definisce due categorie di pratiche commerciali sleali: le pratiche commerciali ingannevoli e le pratiche commerciali aggressive.

Pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive

Le pratiche ingannevoli possono essere realizzate mediante condotte omissive, commissive ed hanno come obiettivo quello di creare una falsa rappresentazione della realtà che ostacoli una decisione commerciale consapevole ed una corretta informazione del consumatore.

Quindi oggetto del discorso non è la sussistenza di un pregiudizio economico ma la potenziale lesione della libera determinazione del consumatore. Pertanto il pregiudizio economico è una condizione sufficiente e non necessaria al fine di riscontrare l'ingannevolezza di una pratica.

La *black list* delle pratiche ingannevoli è contenuta nell'art 23 del codice del consumo, sono individuate ventitré pratiche ingannevoli in ogni caso.

l'art. 23 del codice di consumo recita: “Sono considerate in ogni caso ingannevoli le seguenti pratiche commerciali:

- a) Affermazione non rispondente al vero, da parte di un professionista, di essere firmatario di un codice di condotta;
- b) Esibire un marchio di fiducia, un marchio di qualità o un marchio equivalente senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione;
- c) Asserire, contrariamente al vero, che un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura;

⁵⁹ Art. 20 cod. cons.

- d) Asserire, contrariamente al vero, che un professionista, le sue pratiche commerciali o un suo prodotto sono stati autorizzati, accettati o approvati, da un organismo pubblico o privato o che sono state rispettate le condizioni dell'autorizzazione, dell'accettazione o dell'approvazione ricevuta;
- e) Invitare all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo senza rivelare l'esistenza di ragionevoli motivi che il professionista può avere per ritenere che non sarà in grado di fornire o di far fornire da un altro professionista quei prodotti o prodotti equivalenti a quel prezzo entro un periodo e in quantità ragionevoli in rapporto al prodotto, all'entità della pubblicità fatta del prodotto e al prezzo offerti;
- f) Invitare all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo e successivamente:
- 1) Rifiutare di mostrare l'articolo pubblicizzato ai consumatori, oppure
 - 2) Rifiutare di accettare ordini per l'articolo o di consegnarlo entro un periodo di tempo ragionevole, oppure
 - 3) Fare la dimostrazione dell'articolo con un campione difettoso, con l'intenzione di promuovere un altro prodotto.
- g) Dichiarare, contrariamente al vero, che il prodotto sarà disponibile solo per un periodo molto limitato o che sarà disponibile solo a condizioni particolari per un periodo di tempo molto limitato, in modo da ottenere una decisione immediata e privare i consumatori della possibilità o del tempo sufficiente per prendere una decisione consapevole;
- h) Impegnarsi a fornire l'assistenza post-vendita a consumatori con i quali il professionista ha comunicato prima dell'operazione commerciale in una lingua diversa dalla lingua ufficiale dello Stato membro in cui il professionista è stabilito e poi offrire concretamente tale servizio soltanto in un'altra lingua, senza che questo sia chiaramente comunicato al consumatore prima del suo impegno a concludere l'operazione;
- i) Affermare, contrariamente al vero, o generare comunque l'impressione che la vendita del prodotto è lecita;
- l) Presentare i diritti conferiti ai consumatori dalla legge come una caratteristica propria dell'offerta fatta dal professionista;
- m) Salvo quanto previsto dal decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, e successive modificazioni, impiegare contenuti redazionali nei mezzi di comunicazione per promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati sostenuti dal professionista senza che ciò emerga dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore;
- n) Formulare affermazioni di fatto inesatte per quanto riguarda la natura e la portata dei rischi per la sicurezza personale del consumatore o della sua famiglia se egli non acquistasse il prodotto;
- o) Promuovere un prodotto simile a quello fabbricato da un altro produttore in modo tale da fuorviare deliberatamente il consumatore inducendolo a ritenere, contrariamente al vero, che il prodotto è fabbricato dallo stesso produttore;
- p) Avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti;
- q) Affermare, contrariamente al vero, che il professionista è in procinto di cessare l'attività o traslocare;

- r) Affermare che alcuni prodotti possono facilitare la vincita in giochi basati sulla sorte;
- s) Affermare, contrariamente al vero, che un prodotto ha la capacità di curare malattie, disfunzioni o malformazioni;
- t) Comunicare informazioni inesatte sulle condizioni di mercato o sulla possibilità di ottenere il prodotto allo scopo d'indurre il consumatore all'acquisto a condizioni meno favorevoli di quelle normali di mercato;
- u) Affermare in una pratica commerciale che si organizzano concorsi o promozioni a premi senza attribuire i premi descritti o un equivalente ragionevole;
- v) Descrivere un prodotto come gratuito o senza alcun onere, se il consumatore deve pagare un supplemento di prezzo rispetto al normale costo necessario per rispondere alla pratica commerciale e ritirare o farsi recapitare il prodotto;
- z) Includere nel materiale promozionale una fattura o analoga richiesta di pagamento che lasci intendere, contrariamente al vero, al consumatore di aver già ordinato il prodotto;
- aa) Dichiarare o lasciare intendere, contrariamente al vero, che il professionista non agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, o presentarsi, contrariamente al vero, come consumatore;
- bb) Lasciare intendere, contrariamente al vero, che i servizi post-vendita relativi a un prodotto siano disponibili in uno Stato membro diverso da quello in cui è venduto il prodotto.”⁶⁰

Le pratiche commerciali aggressive assumono invece autonoma rilevanza e sono riscontrabili quando vi siano determinati comportamenti quali: molestie, coercizione, ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento che incidono sul comportamento del consumatore limitandone la libertà ed influenzando le sue considerazioni.

L'articolo 24 del codice del consumo ci fornisce la definizione di pratica commerciale aggressiva:

“1. E' considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o 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 ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”.⁶¹

La volontà del legislatore è quindi nel favorire un consenso libero senza alcuna forma di costrizione: quali molestie ove per esse va inteso qualsiasi disagio arrecato dal professionista al consumatore introducendosi con aggressività nella sua sfera privata, ed in generale tutti gli atteggiamenti attraverso i quali il messaggio è ricevuto a prescindere dal suo contenuto.

Per coercizione invece possono farsi rientrare le minacce verbali e le costrizioni fisiche che si concretizzano in atteggiamenti che incutono timore nei confronti del consumatore di avere conseguenze negative in caso di mancanza di determinate azioni.

⁶⁰ Art. 23 cod. cons.

⁶¹ Art. 24 cod. cons.

Per indebito condizionamento espressa definizione è riscontrabile nell'articolo 18 lettera l del codice dei consumatori che lo descrive come:” lo sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o la minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole”.

Inoltre l'articolo 25 del codice del consumo esplica se una pratica commerciale possa comportare molestie, coercizione o indebito condizionamento:

“Nel determinare se una pratica commerciale comporta, ai fini del presente capo, molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, sono presi in considerazione i seguenti elementi:

- a) I tempi, il luogo, la natura o la persistenza;
- b) Il ricorso alla minaccia fisica o verbale;
- c) Lo sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto;
- d) Qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista;
- e) Qualsiasi minaccia di promuovere un'azione legale ove tale azione sia manifestamente temeraria o infondata (1)”.⁶²

Per quanto riguarda invece le pratiche aggressive l'art 26 del codice del consumo individua otto fattispecie che si considerano in ogni caso pratiche aggressive:” Sono considerate in ogni caso aggressive le seguenti pratiche commerciali:

- a) Creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto;
- b) Effettuare visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi, fuorché' nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale;
- c) Effettuare ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza, fuorché' nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale, fatti salvi l'articolo 58 e l'articolo 130 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196;
- d) Imporre al consumatore che intenda presentare una richiesta di risarcimento del danno in virtù' di una polizza di assicurazione di esibire documenti che non possono ragionevolmente essere considerati pertinenti per stabilire la fondatezza della richiesta, o omettere sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza, al fine di dissuadere un consumatore dall'esercizio dei suoi diritti contrattuali;

⁶² Art. 25 cod. cons.

e) Salvo quanto previsto dal decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, e successive modificazioni, includere in un messaggio pubblicitario un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri adulti ad acquistare loro i prodotti reclamizzati;

f) Esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto, salvo quanto previsto dall'articolo 66- sexies, comma 2 (2);

g) Informare esplicitamente il consumatore che, se non acquista il prodotto o il servizio saranno in pericolo il lavoro o la sussistenza del professionista;

h) Lasciare intendere, contrariamente al vero, che il consumatore abbia già vinto, vincerà o potrà vincere compiendo una determinata azione un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti non esiste alcun premio né vincita equivalente oppure che qualsiasi azione volta a reclamare il premio o altra vincita equivalente è subordinata al versamento di denaro o al sostenimento di costi da parte del consumatore".⁶³

Azioni, condotte ed omissioni ingannevoli: nozioni

Le azioni ingannevoli sono quelle informazioni non rispondenti al vero che seppure di fatto corrette inducono in errore il consumatore medio, portandolo ad assumere una decisione naturale commerciale che in alternativa non avrebbe preso (art 21 comma 1 codice del consumo).

Le azioni ingannevoli trovano espresso richiamo all'articolo 21 il quale specifica che: E' considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso riguardante:

a) L'esistenza o la natura del prodotto;

b) Le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto;

c) La portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto;

d) Il prezzo o il modo in cui questo è calcolato o l'esistenza di uno specifico vantaggio relative ad esso;

e) La necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione;

f) La natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, lo status, il riconoscimento, l'affiliazione o i collegamenti e i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale o i premi e i riconoscimenti;

⁶³ Art. 26 cod. cons.

g) I diritti del consumatore, incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi dell'articolo 130 del presente Codice.

L'azione ingannevole si identifica quindi in una condotta omissiva che può consistere:

- 1) Nella diffusione di false informazioni
- 2) Nel presentare informazioni idonee ad indurre in errore il consumatore medio

L'azione si articola inoltre in due fasi:

La prima consistente nella falsità dell'informazione professionale mentre la seconda la potenzialità che l'azione tragga in errore il consumatore medio in modo da fargli assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso tale da incidere sul comportamento economico del consumatore medio.

Il comma b del codice del consumo dà rilevanza alle informazioni concernenti le caratteristiche principali del bene, mentre il comma c attribuisce rilevanza giuridica a concetti quali: la portata degli impegni del professionista ovvero gli obblighi assunti dal professionista nei confronti dei consumatori, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto. Di grande rilievo inoltre hanno le informazioni di cui il comma d relative al prezzo, rientrano tra le false informazioni volte a falsare il comportamento del consumatore anche quelle riguardanti manutenzioni ricambi sostituzioni o riparazioni e quelli inerenti ad attributi propri del professionista comma 1 lettera e ed f. L'articolo in esame aggiunge inoltre:

“2. E' altresì considerata ingannevole una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, induce o è idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso e comporti:

a) Una qualsivoglia attività di commercializzazione del prodotto che ingenera confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente, ivi compresa la pubblicità comparativa illecita;

b) Il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare, ove si tratti di un impegno fermo e verificabile, e il professionista indichi in una pratica commerciale che è vincolato dal codice.

3. E' considerata scorretta la pratica commerciale che, riguardando prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori, omette di darne notizia in modo da indurre i consumatori a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza.

3- bis. È considerata scorretta la pratica commerciale di una banca, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obbliga il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca, istituto o intermediario ovvero all'apertura di un conto corrente presso la medesima banca, istituto o intermediario (2)

4. E' considerata, altresì, scorretta la pratica commerciale che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, può, anche indirettamente, minacciare la loro sicurezza.

4- bis. E' considerata, altresì, scorretta la pratica commerciale che richieda un sovrapprezzo dei costi per il completamento di una transazione elettronica con un fornitore di beni o servizi “.

L'art 21 al comma 2 comprende invece quelle pratiche che si sostanziano in attività confusoria tra i quali la pubblicità comparativa illecita e le attività di commercializzazione del prodotto ed altri segni distintivi di un concorrente di cui parleremo a breve.

La disposizione contempla altre due fattispecie di pratiche commerciali ingannevoli: da un lato la pratica che riguarda prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori di cui si omette di darne notizia inducendo i consumatori a trascurare le norme di prudenza e vigilanza (art 21 comma 3 cod cons) da un'altra parte una pratica che minacci la sicurezza di bambini ed adolescenti (art 21 comma 4 cod cons).⁶⁴

In tale direzione si pone anche l'art 26 comma e il quale specifica che è considerata pratica commerciale sempre aggressiva:” salvo quanto previsto dal decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, e successive modificazioni, includere in un messaggio pubblicitario un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri adulti ad acquistare loro i prodotti reclamizzati”.

La definizione di omissione ingannevole è invece fornita dall'articolo (22 comma 1 cod cons) il quale statuisce che:” E' considerata ingannevole una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché' dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o è idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”.

L'omissione ingannevole si configura quindi nel momento in cui vi sia:

- 1) Omissione di informazioni rilevanti
- 2) Induce o è idonea a indurre il consumatore medio a prendere una decisione che altrimenti non avrebbe preso.

Dunque gli elementi essenziali sono due: l'idoneità dell'omissione ad incidere sulla decisione commerciale del consumatore medio, la rilevanza delle informazioni omesse.

Il comma due dello stesso articolo invece stabilisce che:

“Una pratica commerciale è altresì considerata un'omissione ingannevole quando un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui al comma 1, tenendo conto degli aspetti di cui al detto comma, o non indica l'intento commerciale della pratica stessa qualora questi non risultino già evidente dal contesto nonché' quando, nell'uno o nell'altro caso, ciò induce o è idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”.

In tal caso gli elementi fondamentali al fine che vi sia una pratica commerciale considerata omissione ingannevole sono:

- 1) Omissione di informazioni

⁶⁴ Art. 21 cod. cons.

2) Omissione dell'indicazione relativa all'intento commerciale della pratica

3) Tale omissione induce o è idonea a indurre il consumatore medio a prendere una decisione che altrimenti non avrebbe preso.

Il comma 3 invece dibatte a riguardo dell'uso dei mezzi di comunicazione ed in particolare:” Qualora il mezzo di comunicazione impiegato per la pratica commerciale imponga restrizioni in termini di spazio o di tempo, nel decidere se vi sia stata un'omissione di informazioni, si tiene conto di dette restrizioni e di qualunque misura adottata dal professionista per rendere disponibili le informazioni ai consumatori con altri mezzi”.

Infine il comma 4 fornisce una serie di elementi considerati rilevanti al fine di consentire al consumatore di prendere una decisione; tali elementi sono:

“a) Le caratteristiche principali del prodotto in misura adeguata al mezzo di comunicazione e al prodotto stesso;

b) L'indirizzo geografico e l'identità del professionista, come la sua denominazione sociale e, ove questa informazione sia pertinente, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale egli agisce;

c) Il prezzo comprensivo delle imposte o, se la natura del prodotto comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo e, se del caso, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore;

d) Le modalità di pagamento, consegna, esecuzione e trattamento dei reclami qualora esse siano difformi dagli obblighi imposti dalla diligenza professionale;

e) L'esistenza di un diritto di recesso o scioglimento del contratto per i prodotti e le operazioni commerciali che comportino tale diritto.”

Ai sensi del comma 5 sono altresì considerati rilevanti al fine che il consumatore possa compire una piena decisione:

“Gli obblighi di informazione, previsti dal diritto comunitario, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o la commercializzazione del prodotto”.⁶⁵

Le microimprese

Il decreto legislativo del 24 Gennaio 2012 n. 1 introduce all'articolo 7 la tutela delle microimprese da pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive e ed in particolare prevede di inserire dopo la lettera d la lettera d-bis:”
"microimprese": “entità, società o associazioni, che, a prescindere dalla forma giuridica esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003”.⁶⁶

⁶⁵ Art. 26 cod. cons.

⁶⁶ D.Lgs. n. 1 del 24 gennaio 2012 *disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*

Mentre all'articolo 19 comma 1 dopo le parole: "relativa a un prodotto" sono aggiunte: "nonché' alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese. Per le microimprese la tutela in materia di pubblicità ingannevole e di pubblicità comparativa illecita è assicurata in via esclusiva dal decreto legislativo 2 agosto 2007, n.145."

Attualmente l'articolo 19 comma 1 codice del consumo recita: 1. "Il presente titolo si applica alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto, nonché' alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese.

Per le microimprese la tutela in materia di pubblicità ingannevole e di pubblicità comparativa illecita è assicurata in via esclusiva dal decreto legislativo 2 agosto 2007, n.145 (2)".⁶⁷

L'equiparazione delle microimprese ai consumatori avviene solamente per la tutela da prassi commerciali aggressive che sono scorrette in quanto contrarie a diligenza professionale che è il parametro principale per valutare la correttezza di un comportamento commerciale.

Tale parametro varia in relazione al mercato considerato e attesa quale sia il livello di conoscenza, competenza ed organizzazione dell'impresa nella sua attività di promozione, vendita o fornitura di prodotti o servizi nei diversi mercati.

Le microimprese sono tutelate Garante della Concorrenza e del Mercato che ha il compito di vigilare sulle pratiche commerciali di mercato scorrette.

L'agcm svolge tre tipologie di attività:

Informativa: dove acquisisce le informazioni necessarie

Ispettiva: dove verifica che vi siano pratiche scorrette ispezionando le imprese

Sanzionatorie: dove emana provvedimenti: la sanzione amministrativa pecuniaria a seguito del d.l n. 21/2014, va da € 5.000,00 ad € 5.000.000,00.

L'Autorità amministrativa può pertanto agire sia mediante azione inibitoria: assumendosi l'impegno di porre fine all'infrazione o nei casi più urgenti sospendere una pratica ed anche includere una sanzione per il professionista e sospendere l'attività d'impresa di quest'ultimo fino a trenta giorni.

In particolare la microimpresa, parte lesa in quanto abbia sottoscritto un accordo in seguito a coercimento fisico o in ogni caso un atto che possa essere annoverato come violento, potrà veder annullato quanto sottoscritto per violenza ai sensi dell'articolo 1434 del Codice Civile ed allo stesso se la microimpresa è ingannata o comunque soggetta a qualunque azione che possa essere considerata dolo quanto sottoscritto potrà essere annullato ai sensi dell'art. 1439 c.c..

L'Agcm potrà quindi liquidare il danno alla microimpresa per la pratica commerciale scorretta, tuttavia il giudice ordinario in ogni caso giudica su atti di concorrenza sleale, pubblicità illecitamente comparativa, violazioni del diritto d'autore e contraffazione di marchi d'impresa, denominazioni di origine e di altri segni

⁶⁷ Art. 19 cod. cons.

distintivi di imprese, beni e servizi concorrenti (art. 27 del Codice del Consumo) e in materia di malafede nello svolgimento delle trattative contrattuali (art. 1337 del Codice Civile).

Infine si precisa che l'aver ottenuto una decisione dell'AGCM che abbia accertato la scorrettezza della pratica, può essere molto utile per tentare di ottenere, avanti al giudice ordinario, il risarcimento del danno nei confronti del soggetto che ha tenuto una condotta scorretta.

Funzioni dell'agcm nelle pratiche commerciali scorrette

L'Autorità garante della concorrenza trova espressa disciplina nell'articolo 27 e seguenti del codice del consumo, ai sensi dell'articolo 19, comma 3: "la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che l'esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente". Tale ente svolge inoltre le proprie funzioni in materia di pratiche commerciali scorrette.

Tale Autorità "inibisce la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e ne elimina gli effetti"⁶⁸ comma due articolo 27 cod. cons. e si avvale come già detto in precedenza di poteri investigativi ed esecutivi, proprio per tale ragione tale Autorità ha la possibilità di avvalersi della Guardia di finanza la quale svolge funzioni di accertamento relative all'imposta sul valore aggiunto ed all'imposta sui redditi.

L'articolo 27 inoltre sempre al comma 2 precisa che "L'intervento dell'Autorità è indipendente dalla circostanza che i consumatori interessati si trovino nel territorio dello Stato membro in cui è stabilito il professionista o in un altro Stato membro".

L'Autorità garante della concorrenza può inoltre sospendere le pratiche commerciali scorrette in caso di urgenza comunicando l'apertura dell'istruttoria al professionista.

Nel caso in cui senza giustificato motivo il professionista non sospenda le pratiche l'Autorità può applicare una sanzione amministrativa pecuniaria che oscilla tra 2.000,00 e 20.000,00 euro, mentre qualora le informazioni richieste non siano veritiere la sanzione pecuniaria prevista oscilla tra 4.000,00 euro a 40.000,00 euro.

L'onere della prova riguardo al fatto che il professionista "non poteva ragionevolmente prevedere l'impatto della pratica commerciale sui consumatori" spetta al professionista ai sensi dell'articolo 20, comma 3 cod. cons:

Il professionista può impegnarsi quindi a cessare l'infrazione, tale dichiarazione verrà in ogni caso esplicitata a mezzo stampa.

Infine per quanto riguarda le sanzioni il comma 9 dell'articolo 27 specifica che:

"Nel caso di pratiche commerciali scorrette ai sensi dell'articolo 21, commi 3 e 4, la sanzione non può essere inferiore a 50.000,00 euro."

L'Autorità stabilisce anche dei tempi entro i quali vi debba essere la cessazione dell'attività ma l'articolo 27 comma 15 recita:

⁶⁸ Art. 27 cod. cons.

“E’ comunque fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale, a norma dell’articolo 2598 del codice civile, nonché’, per quanto concerne la pubblicità comparativa, in materia di atti compiuti in violazione della disciplina sul diritto d’autore protetto dalla legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, e dei marchi d’impresa protetto a norma del decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, e successive modificazioni, nonché’ delle denominazioni di origine riconosciute e protette in Italia e di altri segni distintivi di imprese, beni e servizi concorrenti”.

I codici di condotta sono dei codici che regolano il comportamento dei professionisti che intendono rispettarli e che vengono vigilati da un apposito organismo scelto.

Tali codici trovano espressa disciplina nell’articolo 27 *bis*, sono redatti in lingua italiana e inglese ed accessibili anche per via telematica, garantiscono la tutela del minore la “salvaguardia della dignità umana. E sono periodicamente aggiornati.

L’autodisciplina è invece una pratica attraverso la quale i consumatori o anche i concorrenti possono agire in modo da risolvere il conflitto relativo a far vietare o cessare una pratica commerciale scorretta, senza tuttavia pregiudicare il consumatore ad agire presso il giudice competente. Tale pratica trova espresso riferimento nell’articolo 27 *ter*.

Concorrenza sleale e pubblicità ingannevole

Come abbiamo visto le pratiche sleali sono tutte quelle pratiche attraverso le quali i professionisti fanno sicché il consumatore prenda decisioni che altrimenti non avrebbe preso.

Tra imprenditori invece è assicurata ai sensi dell’art 41 della costituzione: “L’iniziativa economica privata è libera.

Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”.

La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

Il consumatore in tal caso è tutelato dal fatto che sul mercato operano una serie di operatori economici che offrono prodotti simili e che sono in concorrenza tra loro.

E’ tuttavia interesse generale che la competizione tra imprenditori si svolga in modo corretto e leale, onde evitare che si vengano ad instaurare regimi monopolistici.

In tal caso il mercato fallisce poiché l’impresa monopolistica essendo una può vendere i propri prodotti ad un prezzo più alto, a quantità molto più ridotte rispetto alle imprese che si trovano in concorrenza.

La concorrenza perfetta è invece considerata il tipo di mercato ideale poiché le imprese concorrendo tra loro applicano i prezzi più bassi possibili cercando di far leva sulle economie di scale (all’aumentare della produzione si riducono i costi) e sulla leadership di costo (vendo al prezzo più basso così da attirare maggiore domanda) o ancora cercando di differenziare il proprio prodotto così da farlo considerare nella mente del consumatore come unico.

Quindi è interesse generale che le competizioni fra imprenditori si svolgano in modo corretto e leale al fine di un corretto funzionamento del mercato. Un atto per essere oggetto di concorrenza sleale deve danneggiare gli altri imprenditori ma si badi bene che è considerato comunque un atto di concorrenza sleale il *dumping* (vendita sottocosto per annientare i consumatori) che è favorevole al consumatore.

Ed infatti i legittimati ad agire in giudizio sono gli imprenditori che hanno subito un danno e non i consumatori, quest'ultimi infatti sono tutelati dalle pratiche commerciali scorrette e non dalla concorrenza sleale.

I comportamenti che costituiscono atti di concorrenza sleale sono definiti dall'articolo 2598 del codice civile e sono:

- 1) Atti di confusione
- 2) Atti di denigrazione
- 3) Appropriazione di pregi altrui

Gli atti di confusione sono tutti quegli atti volti ad ingannare sulla reale provenienza del prodotto, anche l'uso di segni distintivi o nomi idonei a produrre confusione con quelli usati dai concorrenti.

L'impresa concorrente in tal caso se vuole agire in giudizio deve provare che i propri segni distintivi sono legittimamente usati e quindi con capacità distintiva e novità.

Altra ipotesi è l'imitazione servile dei prodotti di un concorrente, in tal caso il concorrente potrà agire in giudizio dimostrando che l'impresa concorrente abbia copiato il proprio prodotto.

Gli atti di denigrazione sono invece tutti quegli atti mediante i quali sono diffuse notizie non veritiere sui rivali.

Le pratiche riconducibili nel nello schema della concorrenza sleale per denigrazione sono:

- 1) La denuncia al pubblico di pratiche concorrenziali considerate illecite da parte di concorrenti specifici
- 2) La pubblicità iperbolica ove l'impresa afferma che il proprio prodotto sia l'unico ad avere determinati pregi o difetti che invece sono in possesso delle imprese concorrenti.

E' considerato invece lecito il cosiddetto puffing, consistente nella generica ed innocua affermazione di superiorità dei propri prodotti e la pubblicità comparativa quando oggettiva e non discreditante gli altri prodotti.

Infine è considerante lecita la pratica dell'appropriazione di pregi altrui, la quale può avvenire in due modi ovvero:

- 1) Sottrazione, consistente nell'attribuire a se stessi qualità, pregi, riconoscimenti, premi o comunque caratteristiche positive che sono in realtà di appartenenza di altre imprese di quel settore.
- 2) Agganciamento: far credere che i propri prodotto sono simili a quelli di un concorrente al fine di avvantaggiarsi indebitamente dell'altrui rinomanza commerciale così da ottenere un vantaggio indebitamente.

E' comunque considerato atto di concorrenza sleale qualunque sia idoneo a danneggiare l'azienda altrui. Tra le altre forme di concorrenza sleale ricordiamo:

- 1) La concorrenza parassitaria: sistematica imitazione delle altrui iniziative imprenditoriali con accorgimenti tali da evitare la piena confondibilità delle attività.

2) Boicottaggio economico: E' tale il rifiuto ingiustificato ed arbitrario di un'impresa in posizione dominante sul mercato o di un gruppo di imprese associate di fornire i propri prodotti a determinati rivenditori in modo da escluderli dal mercato.

3) Sistemica vendita sotto costo dei propri prodotti così da ottenere indebitamente parte della domanda falsando i reali prezzi del mercato.

4) La sottrazione di dipendenti o anche di collaboratori autonomi particolarmente qualificati.

Fra gli atti di concorrenza sleale vi è anche la violazione di segreti aziendali. Vale a dire la rivelazione a terzi e l'acquisizione o l'utilizzazione da parte di terzi in modo contrario alla correttezza professionale di informazioni aziendali segrete.

Le azioni comunemente utilizzate sono l'inibitoria ed il risarcimento del danno, anche se fra le misure ricorrenti il giudice può anche disporre la pubblicazione della sentenza in uno o più giornali a spese del soccombente.

Le imprese sono soggette ad un sistema di autodisciplina che le impegna a non diffondere messaggi pubblicitari che contrastino con le regole di comportamento fissato in un apposito codice che espressamente vieta la pubblicità ingannevole.

La definizione di pubblicità ingannevole è fornita dal Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 145. Il decreto innanzitutto statuisce che la pubblicità deve essere palese, veritiera e corretta ed all'articolo due fornisce una vera e propria definizione di pubblicità ingannevole:

“Qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione è idonea ad indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, sia idonea a ledere un concorrente”.⁶⁹

Pertanto si ha pubblicità ingannevole quando si induce in errore il destinatario, quindi in tal caso abbiamo una tutela prudenziale volta ad evitare una significativa differenza tra ciò che il consumatore pensa di acquistare e ciò che il consumatore acquista realmente.

In tal caso il contraente debole difetta di un tema molto importante ovvero la perfetta informazione, tale asimmetria informativa comporta fa sicché il consumatore sia in una condizione di debolezza rispetto al professionista e soprattutto nella condizione di aver acquistato un prodotto non gradito.

In tale direzione quindi si è posto il Decreto Legislativo del 2007 che ben evidenzia come nel tempo il legislatore abbia sempre più preso a cuore il consumatore, contraente debole e quindi parte lesa inteso come soggetto sì in grado di intendere e di volere e quindi di prendere decisioni ma che si trova in uno stato di debolezza dettato dalla mancanza di informazioni.

Argomento di trattazione da tempo è discusso è quale forma di pubblicità sia ingannevole e quale invece sia effettivamente lecita.

In particolare l'articolo tre del decreto specifica che:

⁶⁹ Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 145

“Per determinare se la pubblicità è ingannevole se ne devono considerare tutti gli elementi, con riguardo in particolare ai suoi riferimenti:

a) Alle caratteristiche dei beni o dei servizi, quali la loro disponibilità, la natura, l'esecuzione, la composizione, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale, o i risultati che si possono ottenere con il loro uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove o controlli effettuati sui beni o sui servizi;

b) Al prezzo o al modo in cui questo é calcolato ed alle condizioni alle quali i beni o i servizi sono forniti;

c) Alla categoria, alle qualifiche e ai diritti dell'operatore pubblicitario, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, i diritti di proprietà intellettuale e industriale, ogni altro diritto su beni immateriali relativi all'impresa, premi o riconoscimenti.

Quindi sono tre gli elementi da considerare: caratteristiche del bene, prezzo e categoria.

Molto si è discusso a riguardo di quelle pubblicità che ponevano in comparazione prodotti. Dopo notevoli discussioni attualmente è pacifico per la disciplina che la pubblicità superlativa sia lecita in quanto si focalizza nel mettere a confronto un prodotto con altri non identificativi di marchio.

Il decreto inoltre fornisce anche una definizione di pubblicità comparativa:

“Qualsiasi pubblicità che identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente”.

Questo tipo di pubblicità è ammessa se non ingannevole, essendo pertanto oggettiva e non provocando discredito al concorrente oppure ingenerando confusione tra le imprese.

Le condizioni di liceità della pubblicità comparativa sono disciplinate all'articolo 4. La pubblicità comparativa è lecita se:

1) Non è ingannevole

2) “Confronta beni o servizi che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi”;

3) “Confronta oggettivamente una o più caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative, compreso eventualmente il prezzo di tali beni e servizi”

4) “Non ingenera confusione sul mercato tra i professionisti o tra l'operatore pubblicitario ed un concorrente o tra i marchi, le denominazioni commerciali, altri segni distintivi, i beni o i servizi dell'operatore pubblicitario e quelli di un concorrente”

5) “Non causa discredito o denigrazione di marchi, denominazioni commerciali, altri segni distintivi, beni, servizi, attività o posizione di un concorrente”;

6) “Per i prodotti recanti denominazione di origine, si riferisce in ogni caso a prodotti aventi la stessa denominazione;”

7) “Non trae indebitamente vantaggio dalla notorietà connessa al marchio, alla denominazione commerciale ovvero ad altro segno distintivo di un concorrente o alle denominazioni di origine di prodotti concorrenti;”

8) “Non presenta un bene o un servizio come imitazione o contraffazione di beni o servizi protetti da marchio”.

La pubblicità deve quindi essere trasparente, non deve contenere informazioni subliminale, non deve essere in grado “di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei soggetti che essa raggiunge” e non deve indurre i consumatori a trascurare le regole di prudenza e vigilanza.

Un altro argomento trattato nel decreto è relativo ai bambini ed agli adolescenti, quest’ultimi sono considerati dal legislatore come contraenti ancora più deboli del consumatore medio proprio per tale ragione l’articolo 7 stabilisce che:

“1. È considerata ingannevole la pubblicità che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, abusa della loro naturale credulità o mancanza di esperienza o che, impiegando bambini ed adolescenti in messaggi pubblicitari, fermo quanto disposto dall'articolo 10 della legge 3 maggio 2004, n. 112, abusa dei naturali sentimenti degli adulti per i più giovani.

2. È considerata ingannevole la pubblicità, che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, può, anche indirettamente, minacciare la loro sicurezza.”

La tutela amministrativa e giurisdizionale è conferita all’Autorità della concorrenza e del mercato la quale agisce su istanza di chiunque ne abbia interesse e può eliminare gli effetti della pubblicità ingannevole e comparativa illecita con l’aiuto della guardia di finanza.

Può inoltre sanzionare pecuniariamente le imprese qualora ve ne sia bisogno e disporre la pubblicazione della dichiarazione di assunzione dell’impegno da parte del professionista di porre fine all’infrazione a cura e spese del professionista.

L’Autorità garante della concorrenza disciplina inoltre mediante un proprio regolamento la procedura istruttoria ed in caso di ottemperanza può applicare una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000,00 a 150.000,00 euro.

Mentre nei casi di reiterata inottemperanza l’Autorità può disporre la sospensione dell’attività d’impresa per un periodo non superiore a trenta giorni. Il pagamento delle sanzioni amministrative non può prolungarsi per un periodo superiore ai 30 giorni.

Sono inoltre previsti strumenti di autodisciplina al fine di inibire la continuazione degli atti di pubblicità ingannevole o comparativa illecita ricorrendo ad organismi volontari e autonomi di autodisciplina.

Capitolo 6:

La Sicurezza dei prodotti

Sviluppo e definizioni

Un’altra argomento di molteplice trattazione è relativo alla sicurezza dei prodotti, negli anni si riscontra maggiore attenzione di tale tema da parte del legislatore europeo.

Negli ultimi anni si è agito mediante forme di prevenzione per cercare da un lato di armonizzare le legislazioni nazionali abbattendo così gli ostacoli del libero commercio in grado di originare distorsioni della concorrenza, dall’altro quello di garantire un elevato livello di protezione dei consumatori al fine di un’efficiente funzionamento del mercato stesso.

Nel tempo si sono susseguite 4 fasi:

1) Nella prima fase che parte dagli anni sessanta del secolo scorso si è cominciato a nutrire la necessità di individuare una strategia capace di armonizzare le norme relative alla sicurezza dei prodotti senza nel contempo, limitarne la libera circolazione.

Quindi si è agito in due direzioni: da una parte quella legislativa con un'opera di armonizzazione delle legislazioni nazionali, dall'altra quella giurisprudenziale cercando di armonizzare la legislazione nazionale con la ricezione del principio del mutuo riconoscimento.

Entrambe le direzioni si sono rivelate inefficaci o comunque insufficienti, infatti la direzione legislativa si è rivelata lenta in contrapposizione al progresso tecnologico e scientifico mentre il principio del mutuo riconoscimento pur garantendo effetti positivi ed in particolare la libera circolazione delle merci ha però avvantaggiato quei prodotti rispondenti a parametri tecnici più permissivi e quindi di minore qualità definendo così una corsa al ribasso.

2) La seconda fase invece ha inizio negli anni Ottanta e prevede l'introduzione di standard minimi ed uniformi di sicurezza al fine aumentare lo standard qualitativo dei prodotti. Inoltre sorge una nuova strategia basata sulla "coregolamentazione" al fine di stabilire requisiti essenziali di sicurezza che i prodotti devono obbligatoriamente possedere per poter circolare liberamente nel mercato.

Al fine di ottenere un approccio globale in materia di valutazione della conformità viene quindi adottata una strategia detta la strategia del nuovo approccio perfezionata nel 1989 basata su 8 diverse procedure.

Viene inoltre introdotta la marcatura CE, ovvero il logo che attesta che il prodotto è stato fabbricato nel rispetto dei requisiti essenziali di sicurezza stabiliti dalle direttive europee.

3) La terza fase si caratterizza per la direttiva 92\59\CE DIRETTIVA 92/59/CEE del 25 giugno 1992 relativa alla sicurezza generale dei prodotti la quale stabilisce che:

il mercato interno è uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, che non vi devono essere ostacoli agli scambi che comportino distorsioni della concorrenza nel mercato interno e che vi deve essere un vasto quadro legislativo a carattere orizzontale per disciplinare i prodotti e per colmare le lacune delle disposizioni legislative già in vigore o future, al fine di garantire un elevato livello di protezione della salute e della sicurezza delle persone, tale direttiva introduce inoltre il requisito generale di sicurezza inteso come obbligo a carico degli operatori economici di fornire ai consumatori informazioni pertinenti in relazione alle caratteristiche del prodotto, le quali permettano loro di essere informati sugli eventuali rischi di tali prodotti.

Il controllo sulla sicurezza dei prodotti è effettuato dalle Autorità competenti, le quali sono dotate dei poteri necessari per prendere gli opportuni provvedimenti tra cui nei casi più gravi l'immediato ritiro dei prodotti pericolosi già immessi sul mercato. Le misure opportune da prendere nei confronti dei prodotti pericolosi che si trovano nel territorio spettano agli Stati membri.

Proprio per tale ragione la direttiva spiega che occorre predisporre un adeguato meccanismo che consenta di adottare provvedimenti applicabili in tutta la Comunità.

La direttiva tenendo presente tali considerazioni definisce i prodotti immessi sul mercato devono essere sicuri ove per prodotto s'intende: "qualsiasi prodotto destinato ai consumatori o suscettibile di essere utilizzato dai consumatori, fornito a titolo oneroso o gratuito nell'ambito di un'attività commerciale, indipendentemente dal fatto che sia nuovo, di seconda mano o rimesso a nuovo".

Mentre per prodotto sicuro s'intende: "qualsiasi prodotto che in condizioni di uso normali o ragionevolmente prevedibili, compresa la durata, non presenti alcun rischio oppure presenti unicamente rischi minimi" in riguardo a:

- 1) Caratteristiche del prodotto
- 2) Effetti del prodotto su altri prodotti
- 3) Presentazione del prodotto
- 4) Categorie di consumatori deboli: bambini

La direttiva fornisce anche una definizione di produttore quale:

"Il fabbricante del prodotto stabilito nella Comunità e qualsiasi altra persona che si presenti come fabbricante apponendo sul prodotto il proprio nome, il proprio marchio o un altro segno distintivo, o colui che rimette a nuovo il prodotto;

Il rappresentante del fabbricante se quest'ultimo non è stabilito nella Comunità o, qualora non vi sia un rappresentante stabilito nella Comunità, l'importatore del prodotto;

Gli altri operatori professionali della catena di commercializzazione nella misura in cui la loro attività possa incidere sulle caratteristiche di sicurezza dei prodotti commercializzati".

Mentre per distributore s'intende "qualsiasi operatore professionale della catena di commercializzazione l'attività del quale non incide sulle caratteristiche di sicurezza dei prodotti".

I produttori hanno quindi degli obblighi di sicurezza: tra i quali:

- 1) Immettere sul mercato soltanto prodotti sicuri.
- 2) Fornire al consumatore informazioni pertinenti al fine di valutare i rischi inerenti ad un prodotto

I distributori invece sono: "tenuti ad agire con diligenza per contribuire all'osservanza dell'obbligo generale di sicurezza, in particolare sono tenuti a non fornire prodotti che sappiano oppure che avrebbero dovuto ritenere, in base ad informazioni in loro possesso ed in quanto operatori professionali, non conformi a tale obbligo. In particolare essi devono, nei limiti delle rispettive attività, partecipare ai controlli della sicurezza dei prodotti immessi sul mercato, in particolare trasmettendo le informazioni concernenti i rischi dei prodotti e collaborando alle azioni intraprese per evitare tali rischi".

Un prodotto è quindi sicuro qualora non esistano specifiche disposizioni comunitarie, quando è conforme alle normative nazionali specifiche dello Stato membro nel cui territorio circola.

In mancanza di tali normative si valuta la conformità del prodotto al requisito generale di sicurezza. L'articolo 4 al comma 3 specifica che "La conformità di un prodotto alle disposizioni di cui ai paragrafi 1 o 2 non vieta alle Autorità competenti degli Stati membri di prendere le opportune misure per limitarne l'immissione sul

mercato o chiederne il ritiro dal mercato qualora, nonostante tale conformità, il prodotto si riveli pericoloso per la salute e la sicurezza dei consumatori.”⁷⁰

Quanto ai poteri degli Stati membri: essi hanno in loro possesso la possibilità di attuare disposizioni legislative, regolamentari e amministrative al fine di imporre ai produttori e ai distributori di rispettare gli obblighi che incombono su di loro così da assicurare la sicurezza dei prodotti immessi sul mercato.

Essi devono inoltre istituire o nominare le Autorità incaricate di controllare la conformità dei prodotti con l'obbligo di immettere sul mercato soltanto prodotti sicuri, provvedendo affinché tali Autorità dispongano dei poteri necessari per prendere gli opportuni provvedimenti in misura proporzionale alla gravità del rischio. Gli Stati membri controllano che:

- 1) Il prodotto abbia caratteristiche adeguate
- 2) Siano fornite tutte le informazioni alle parti interessate
- 3) I prodotti siano adeguatamente sottoposti ad analisi
- 4) Avvertire le persone esposte al rischio del prodotto
- 5) Nei casi più gravi vietare l'immissione nel mercato del prodotto in modo efficace e tempestivo.

Inoltre notevoli compiti vengono destinati alla Commissione, la quale è composta da rappresentanti degli Stati membri e presieduta da un rappresentante della Commissione. La commissione, formula i propri pareri ed adotta misure preventive e decisorie che devono essere applicate dagli Stati membri entro dieci giorni da quando è applicata la procedura.

Specifica disposizione è prevista per le informazioni coperte dal segreto professionale:

“Gli Stati membri e la Commissione prendono le misure necessarie affinché i loro funzionari ed agenti siano tenuti a non divulgare le informazioni raccolte ai sensi della presente direttiva le quali, per loro natura, siano coperte dal segreto professionale, salvo le informazioni relative alle caratteristiche di sicurezza di un determinato prodotto la divulgazione delle quali è indispensabile, se le circostanze lo richiedono per tutelare la salute e la sicurezza delle persone”.

Le decisioni prese devono essere in conclusione adeguatamente motivate. Sulla scia di tale direttiva si colloca la direttiva 2001/95/CE (DSGP)⁷¹ la quale opera un rafforzamento a carico degli obblighi dei produttori e distributori ed un rafforzamento della tutela del consumatore in virtù delle norme sulla sanità pubblica e sulla protezione dei consumatori.

Più in generale il rafforzamento degli obblighi gravanti su produttore e distributore conduce sia a comportamenti più rigorosi da parte degli operatori economici sia su una maggiore tutela del consumatore intesa come risarcimento del danno arrecato.

- 4) La quarta fase ha evidenziato una serie di punti deboli quali:
 - a) Incoerenza o assenza di definizioni
 - b) Utilizzo improprio della marcatura CE

⁷⁰ Art.4 cod. cons.

⁷¹ Direttiva 2001/95/CE pacchetto sicurezza dei prodotti e vigilanza del mercato

c) Diversità di criteri utilizzati per la valutazione della conformità e per la sorveglianza sul mercato

d) Contraddizioni riscontrate nella legislazione

In definitiva si è riscontrato una mancanza di omogeneità nell'attuazione delle normative comunitarie da parte degli Stati membri, per tale motivazione nel 2008 si è deciso di revisionare il sistema attraverso il "pacchetto legislativo di revisione del nuovo approccio" anche chiamato "pacchetto merci".

Tale pacchetto è volto a rafforzare la vigilanza sul mercato e ristabilire la fiducia dei consumatori nella sicurezza e nella qualità dei prodotti nel mercato.

Tale pacchetto è composto dal regolamento CE 765\2008⁷² in materia di accreditamento e vigilanza del mercato e la decisione CE 768\2008⁷³ che ha stabilito un quadro comune per la commercializzazione dei prodotti.

Il regolamento stabilisce che i prodotti debbano beneficiare della libera circolazione dei beni, devono tuttavia offrire un grado elevato di protezione di interessi pubblici come la salute e la sicurezza in generale, al fine di proteggere i consumatori, l'ambiente e la sicurezza pubblica. Di conseguenza vi devono essere delle norme sull'accREDITAMENTO, la vigilanza del mercato, i controlli dei prodotti provenienti da paesi terzi e la marcatura CE al fine di migliorarne il funzionamento.

Dato che è molto difficile adottare norme comunitarie per ogni prodotto esistente bisogna creare un contesto legislativo più ampio per la disciplina dei prodotti volto anche a colmare lacune.

Inoltre il regolamento stabilisce che, al fine aumentare il livello di sicurezza dei prodotti di consumo, i meccanismi di vigilanza del mercato di cui alla direttiva 2001/95/CE dovrebbero essere rafforzati per i prodotti che presentano gravi rischi.

Il regolamento denomina l'accREDITAMENTO come un processo concepito al fine di valutare e garantire conformità alle norme applicabili. La mancanza di regole comuni per tale attività ha fatto sì che nella Comunità siano stati adottati metodi differenti, il regolamento introduce quindi la necessità di elaborare un quadro generale con regole vincolanti.

Lo scopo dell'accREDITAMENTO è quindi quello di attestare in modo autorevole la competenza di un organismo ad eseguire attività di valutazione della conformità.

Gli Stati membri non dovrebbero mantenere più di un organismo nazionale di accREDITAMENTO e dovrebbero garantire che tale organismo sia organizzato in modo da salvaguardare l'obiettività e l'imparzialità delle sue attività.

È inoltre necessario che l'organismo nazionale di accREDITAMENTO abbia conoscenze, competenze e mezzi per poter adempiere in modo adeguato ai suoi compiti.

Il regolamento inoltre stabilisce che:

“Al fine evitare accREDITAMENTI multipli ed inoltre al fine di aumentare l'accETTAZIONE ed il riconoscimento dei certificati di accREDITAMENTO e per svolgere un controllo efficace degli organismi di valutazione della

⁷² Regolamento CE 765\2008 *in materia di accREDITAMENTO e vigilanza del mercato*

⁷³ Decisione CE 768\2008 *sulla commercializzazione dei prodotti*

conformità accreditati, gli organismi di valutazione della conformità dovrebbero chiedere l'accreditamento all'organismo nazionale di accreditamento dello Stato membro in cui sono stabiliti. Tuttavia, è necessario che gli organismi di valutazione della conformità possano chiedere l'accreditamento in un altro Stato membro qualora nel proprio Stato membro non esista un organismo nazionale di accreditamento oppure nel caso in cui l'organismo nazionale di accreditamento non abbia le competenze per fornire i servizi di accreditamento richiesti. In tali casi vi dovrebbe essere adeguata cooperazione e scambio di informazioni tra gli organismi nazionali di accreditamento”.

Agli Stati membri spetta il controllo del buon funzionamento del sistema di accreditamento.

Il regolamento introduce la cooperazione europea per l'accreditamento («EA»), il cui compito principale è promuovere un sistema trasparente e fondato sulla qualità per valutare la competenza degli organismi di valutazione della conformità in tutta Europa.

Il regolamento sprona inoltre ad un coordinamento tra gli Stati membri anche sul rischio dei prodotti richiedendo un intervento rapido per la tutela del consumatore. Gli Stati membri inoltre hanno come compito lo stabilire norme sulle sanzioni applicabili in caso di violazione del regolamento.

In conclusione l'obiettivo del regolamento è fornire un quadro per l'accreditamento e la vigilanza del mercato in modo da assicurare che i prodotti sul mercato oggetto della normativa comunitaria soddisfino requisiti che offrano un grado elevato di protezione della salute, della sicurezza e di altri interessi pubblici, garantendo allo stesso tempo il funzionamento del mercato interno.

La decisione CE 768\2008 stabilisce un quadro comune per la commercializzazione dei prodotti, norme per la marcatura CE, disposizioni di riferimento relative alle procedure per i prodotti che comportano un rischio in modo da garantire la sicurezza sul mercato.

Tale decisione fornisce una serie di moduli, consentendo al legislatore di scegliere tra una procedura meno o più severa, proporzionalmente al livello di rischio effettivo e di sicurezza richiesto.

Tale decisione inoltre introduce definizioni chiare di taluni concetti fondamentali.

In particolare gli operatori economici nel momento in cui immettono o mettono a disposizione prodotti sul mercato, devono agire in modo responsabile e in piena conformità delle prescrizioni giuridiche applicabili.

Quindi devono adottare le misure necessarie per garantire che siano messi a disposizione sul mercato solo i prodotti conformi alla normativa applicabile.

Inoltre la decisione puntualizza che: “È necessario garantire che i prodotti provenienti da paesi terzi che entrano nel mercato comunitario siano conformi a tutti i requisiti comunitari applicabili e in particolare che i fabbricanti abbiano effettuato adeguate procedure di valutazione in merito a tali prodotti. Occorre pertanto provvedere affinché gli importatori si assicurino che i prodotti che immettono sul mercato siano conformi alle prescrizioni applicabili e che non immettano sul mercato prodotti che non sono conformi a tali prescrizioni o presentano rischi. Per lo stesso motivo occorre inoltre provvedere affinché gli importatori si assicurino che siano state effettuate procedure di valutazione della conformità e che la marchiatura dei prodotti e la documentazione elaborata dai fabbricanti siano a disposizione per controlli da parte delle Autorità di

vigilanza” e che “sia gli importatori che i distributori sono tenuti ad agire con la dovuta attenzione in relazione alle prescrizioni applicabili ogniqualvolta immettono o mettono a disposizione prodotti sul mercato.”

La decisione inoltre precisa che gli Stati membri sono responsabili nel garantire una vigilanza forte ed efficiente sul territorio e che è fondamentale implementare alcune procedure tra cui gli scambi di esperienze e di informazioni.

La normativa settoriale invece:

- a) Fissa livelli di tutela della salute, della sicurezza e di altri interessi pubblici
- b) Impone obblighi per gli operatori economici e le Autorità nazionali
- c) Sceglie le procedure adeguate per la valutazione della conformità
- d) Include meccanismi di salvaguardia

La decisione, il regolamento e la normativa sono indissolubilmente legati, tali innovazioni sono converse nella nuova riforma sfociata nel 2011 con due importanti iniziative: una comunicazione che delinea una visione strategica per gli standard Europei ed il regolamento UE 1025\2012 che hanno come obiettivi ridurre i tempi di normazione e rafforzare la cooperazione tra gli organismi europei oltre che facilitare la partecipazione di tutte le parti interessate ed in particolare quelle più deboli.

Il 13 Febbraio è stato presentato quindi il pacchetto di sicurezza dei prodotti e di vigilanza del mercato il quale si compone di:

- a) Una comunicazione generale che traccia le grandi linee del nuovo pacchetto
- b) Una comunicazione che delinea 20 azioni concrete al fine di migliorare entro il 2015 la vigilanza del mercato.
- c) Una proposta di regolamento unico sulla vigilanza del mercato dei prodotti
- d) Una relazione sull’attuazione del citato regolamento CE 765\2008
- e) Una proposta di regolamento sulla sicurezza dei prodotti di consumo

Tale regolamento ha come fine lo stimolo della crescita e di una maggiore occupazione ma anche il miglioramento della sicurezza dei prodotti che circolano nell’UE.

Enforcement della disciplina sulla sicurezza dei prodotti

L’enforcement sulla sicurezza dei prodotti è garantito dalle disposizioni di cui gli articoli 106-112 del codice del consumo.

In particolare spetta ai Ministeri delle attività produttive, della salute, del lavoro e delle politiche sociali, dell’interno, dell’economia e delle finanze, delle infrastrutture e trasporti, nonché le altre amministrazioni pubbliche i controlli relativi alla realizzazione di un sistema di scambio rapido di informazioni attraverso specifici strumenti informativi.

Spetta invece alla Commissione:

- 1) Richiedere alle organizzazioni europee l’elaborazione di norme europee
- 2) Gestire il sistema Rapex: ovvero uno strumento a tutela della salute dei consumatori che garantisce il ritiro dal mercato di prodotti pericolosi.

3) Adottare provvedimenti di emergenza in collaborazione con gli Stati membri

Spetta a quest'ultimi:

- 1) Controllare che i prodotti soddisfino i requisiti di sicurezza
- 2) Intervenire personalmente in caso di prodotti a rischio
- 3) Determinare sanzioni

Ministeri delle attività produttive, della salute, del lavoro e delle politiche sociali, dell'interno, dell'economia e delle finanze, delle infrastrutture e trasporti, nonché le altre amministrazioni pubbliche, controllano la sicurezza dei prodotti che vengono immessi sul mercato e possono tra l'altro adottare le misure disposte dall'articolo 107 del codice del consumo.

In fatti tali Autorità anche dopo che il prodotto è stato immesso sul mercato come prodotto sicuro possono:

- 1) Agire mediante adeguate verifiche relative alle sue caratteristiche
- 2) Richiedere tutte le informazioni necessarie
- 3) Prelevare campioni di prodotti per sottoporli a prove ed analisi volte ad accertare la sicurezza;

Per i prodotti rischiosi invece possono:

- 1) "Richiedere l'apposizione sul prodotto, in lingua italiana, di adeguate avvertenze sui rischi che esso può presentare, redatte in modo chiaro e facilmente comprensibili"
- 2) "Sottoporne l'immissione sul mercato a condizioni preventive, in modo da renderlo sicuro";

Per qualsiasi prodotto che possa presentare rischi per determinati soggetti:

- 1) "Disporre che tali soggetti siano avvertiti tempestivamente ed in una forma adeguata di tale rischio, anche mediante la pubblicazione di avvisi specifici";

Per qualsiasi prodotto che può essere pericoloso:

- 1) Vietare, per il tempo necessario allo svolgimento dei controlli, delle verifiche o degli accertamenti sulla sicurezza del prodotto, di fornirlo, di proporlo la fornitura o di esporlo;
- 2) Disporre, entro un termine perentorio, l'adeguamento del prodotto o di un lotto di prodotti già commercializzati agli obblighi di sicurezza previsti dal presente titolo, qualora non vi sia un rischio imminente per la salute e l'incolumità pubblica;

Per qualsiasi prodotto pericoloso:

- 1) Vietarne l'immissione sul mercato e adottare le misure necessarie a garantire l'osservanza del divieto;

Per qualsiasi prodotto pericoloso già immesso sul mercato rispetto al quale l'azione già intrapresa dai produttori e dai distributori sia insoddisfacente o insufficiente:

- 1) Ordinare o organizzare il suo ritiro effettivo e immediato e l'informazione dei consumatori circa i rischi da esso presentati. I costi relativi sono posti a carico del produttore e, ove ciò non sia in tutto o in parte possibile, a carico del distributore;

2) Ordinare, coordinare, oppure organizzare con i produttori e i distributori, il suo richiamo anche dai consumatori e la sua distruzione in condizioni opportune. I costi relativi sono posti a carico dei produttori e dei distributori”.⁷⁴

Le misure adottate possono riguardare:

- a) Il produttore;
- b) Il distributore, e, in particolare, il responsabile della prima immissione in commercio;
- c) Qualsiasi altro detentore del prodotto, qualora ciò sia necessario al fine di collaborare alle azioni intraprese per evitare i rischi derivanti dal prodotto stesso.

Al fine dell’armonizzazione dell’attività di controllo il Ministero dell’interno si avvale di una serie di organi tra cui: vigili del fuoco, soccorso pubblico.

Tali Autorità sono inoltre obbligate a non dichiarare quanto coperto da riservatezza e quindi tutte quelle informazioni che devono rimanere segrete.

Le Autorità degli Stati membri inoltre quando adottano o si propongono di adottare misure che ostacolano la libera circolazione dei prodotti devono attenersi alle procedure stabilite dal regolamento CE 746\2008.⁷⁵

Nel caso di prodotti che presentano un rischio grave le misure devono essere adottate con provvedimento motivato così anche qualora si disponga il ritiro o il richiamo dal mercato di un prodotto.

Le Autorità competenti hanno l’obbligo di esercitare il potere loro conferito nel rispetto di due principi:

- 1) Mutuo riconoscimento
- 2) Precauzione

In particolare tema di grande discussione è stato quello relativo alla sorveglianza del mercato; le Autorità devono assicurare:

- a) “L’istituzione, l’aggiornamento periodico e l’esecuzione di programmi settoriali di sorveglianza per categorie di prodotti o di rischi, nonché’ il monitoraggio delle attività di sorveglianza, delle osservazioni e dei risultati”;
- b) “L’aggiornamento delle conoscenze scientifiche e tecniche relative alla sicurezza dei prodotti;”
- c) “Esami e valutazioni periodiche del funzionamento delle attività di controllo e della loro efficacia, come pure, se del caso, la revisione dei metodi dell’organizzazione della sorveglianza messa in opera.”

Le Amministrazioni gestiscono inoltre i reclami presentati dai consumatori e dagli altri interessati in relazione agli argomenti riguardanti sicurezza dei prodotti e attività di controllo e sorveglianza.

Il fine quindi dichiarato è quello di garantire un’elevata sicurezza dei prodotti e migliorare il funzionamento del mercato interno proprio a tal fine si configura una espressa normativa per la gestione dei reclami.

Al fine che vi sia un sistema di scambio rapido di informazioni è stato introdotto il Rapex il quale assicura una rapida circolazione di informazioni riguardanti i prodotti immessi sul mercato europeo che presentano un rischio grave per la salute e la sicurezza dei consumatori.

⁷⁴ Art. 107 cod. cons.

⁷⁵ Regolamento CE n. 746/2008 della Commissione del 17 giugno 2008

Quindi il rapex assolve la funzione di assicurare che le informazioni relative a prodotti pericolosi ritirati dal mercato vengano diffuse, la segnalazione è recepita dalla commissione europea che provvede a diffondere la notizia a tutti gli Stati membri.

Le sanzioni sono effettive e proporzionate e devono avere efficacia dissuasiva. Il regime varia a seconda della gravità della violazione commessa.

Le sanzioni sono inflitte a carico del produttore o distributore che immette sul mercato prodotti pericolosi: il quale è punito con l'arresto da sei mesi ad un anno e con l'ammenda da 10.000 euro a 50.000 euro. Tuttavia se il fatto costituisce un reato più grave l'ammenda varia da 10.000 euro a 50.000 euro. In caso di mancata collaborazione l'ammenda varia da 2.500 euro a 40.000 euro.

Capitolo 7

Le tutele individuali, collettive ed alternative

Introduzione

La tutela del consumatore si avvale del public e del private enforcement che perseguono obiettivi diversi nel loro insieme ma conservano una certa autonomia.

L'obiettivo primario del public enforcement è costituito dalla salvaguardia di un mercato libero, competitivo e corretto mentre l'obiettivo primario del private enforcement è costituito dalla tutela di posizioni giuridiche soggettive lese da comportamenti in contrasto della disciplina contrattuale ed extra contrattuale a tutela del consumatore.

L'enforcement pubblico trova quindi soluzione in tema sia di pubblicità ingannevole che di pubblicità comparativa. L'Autorità opera come detto in precedenza per vigilare sulle pratiche commerciali scorrette ed eroga sanzioni da 5000 euro ad un massimo di 5 milioni di euro. I poteri sono attribuiti dall'articolo 27 del codice del consumo e consistono in poteri di informazione, di ispezione e sanzionatori.

I consumatori possono quindi ottenere l'impegno di porre fine all'infrazione, in modo da modificare i profili di illegittimità della pratica commerciale.

L'Autorità amministrativa in prima sede potrà ascoltare le parti interessate ovvero l'impresa o le imprese responsabili della pratica commerciale scorretta.

Si apre quindi l'istruttoria dove l'Agcm riceve informazioni e documenti, dispone perizie e può addirittura sospendere la pratica ritenute scorrette.

A tale fase segue la fase decisoria che si chiude con il provvedimento finale non prima che il responsabile del procedimento si sia consultato con l'Agcm ed abbia richiesto il parere dell'Autorità settoriale di riferimento.

Il provvedimento finale può contenere:

- 1) Decisione che la pratica sia scorretta
- 2) Insufficienza di elementi
- 3) Decisione di scorrettezza più pratica pecuniaria ed eventualmente pubblicazione di estratto del provvedimento.

Resta ferma comunque la competenza dell'Autorità di settore nel sanzionare il comportamento contrario alle norme di settore qualora esse non costituiscano una pratica commerciale scorretta.

Quanto invece le clausole vessatorie, gli strumenti di controllo ad esse destinati sono attribuiti innanzitutto dall' art 7 della direttiva 93/13 CEE la quale invita gli Stati membri a fornire mezzi adeguati al fine di far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti tra professionisti e consumatori.

Inoltre è comunque prevista la possibilità di convenire in giudizio. Alla camera di commercio è invece affidato un ruolo di sostegno che si realizza nel favorire la formazione di contratti tipo contribuendo a determinare un significativo passaggio dalla predisposizione unilaterale alla disposizione concordata, mediante il ricorso ad un modello di "concertazione" tra le parti sociali interessate.

Si sostiene che agendo mediante l'utilizzo di un pacchetto di strumenti quali: (contratto tipo, clausole tipo, termini standard etc.) si otterranno informazioni più chiare sull'applicazione di un diritto contrattuale uniforme all'interno dell'UE, che farà sicché le parti interessate (piccole medie imprese e consumatori) comprendano meglio i propri diritti ed effettuino scelte meglio ponderate.

L'Autorità competente per tutte le attività di public enforcement è come detto L'Autorità garante della concorrenza e del mercato che agisce in merito alle clausole vessatorie, alle pratiche commerciali scorrette ed alla pubblicità ingannevole.

L'Agcm affronta tre fasi:

1) Preistruttoria: la quale è aperta a fronte della ricezione di una denuncia da parte di consumatori ove l'Agcm può azionare i propri poteri istruttori. Tale fase può a sua volta estinguersi per:

- a) Irricevibilità della domanda
- b) Archiviazione della domanda

2) Fase istruttoria: L'Agcm in tale fase dispone ispezioni presso le imprese, effettua perizie, analisi economiche e statistiche nonché consulta gli esperti relativamente a qualsiasi elemento rilevante per l'istruttoria.

3) Conclusiva o decisoria: In tal caso l'Agcm può agire mediante azione inibitoria, sanzionatoria e può richiedere la pubblicazione anche per estratto del provvedimento finale nel sito istituzionale dell'Autorità e su quello del professionista ai fini informativi.

Il termine prefissato entro il quale L'Agcm si pronuncia è di 120 giorni, l'Agcm qualora ravvisa non vi sia infrazione può anche astenersi dall'adottare una risposta formale.

Resta comunque salva la possibilità di interpellare il giudice ordinario. L'Agcm quindi ha la competenza piena ed esclusiva al fine di mantenere una coerenza con il sistema vigente al fine di garantire:

- 1) Un'applicazione uniforme della legislazione;
- 2) Certezza del diritto per le imprese;
- 3) Efficacia della tutela garantita ai consumatori.

L'articolo 66 del codice del consumo specifica quanto detto infatti:

“1 Al fine di garantire il rispetto delle disposizioni contenute nelle Sezioni da I a IV del presente Capo da parte degli operatori, trovano applicazione le disposizioni di cui agli articoli 27, 139, 140, 140-bis, 141 e 144 del presente Codice.

2. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, accerta le violazioni delle norme di cui alle Sezioni da I a IV del presente Capo nonché dell'articolo 141-sexies, commi 1, 2 e 3, ne inibisce la continuazione e ne elimina gli effetti.

3. In materia di accertamento e sanzione delle violazioni, si applica l'articolo 27, commi da 2 a 15, del presente Codice.

4. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato svolge le funzioni di Autorità competente ai sensi dell'articolo 3, lettera c), del regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 ottobre 2004, nelle materie di cui alle Sezioni da I a IV del presente Capo.

5. È comunque fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario. E' altresì fatta salva la possibilità di promuovere la risoluzione extragiudiziale delle controversie inerenti al rapporto di consumo, nelle materie di cui alle sezioni da I a IV del presente capo, mediante il ricorso alle procedure di cui alla parte V, titolo II-bis, del presente codice.”⁷⁶

Private enforcement

Con l'espressione private enforcement intende riferirsi alle azioni promosse da soggetti che ritengono di aver subito un pregiudizio dovuto a comportamenti in contrasto con la normativa nazionale, o europea.

Da tempo si dibatte sull'importanza della tutela ed a riguardo dei tipi di rimedi che hanno la funzione di ristabilire l'ordine giuridico, nonché gli strumenti posti a disposizione della legge e dell'autonomia privata. Il rimedio di volta in volta utilizzato per risolvere problemi è di tipo diverso.

Il rimedio può essere quindi di tipo individuale, nel quale rientrano:

- a) Nullità
- b) Annullabilità
- c) Risoluzione
- d) Risarcimento del danno
- e) Indennizzo
- f) Azione inibitoria
- g) Class action

Tuttavia operare una classificazione esaustiva è alquanto complicato in primo luogo a causa della difficoltà di linguaggio dovuta all'uso di termini generici che assumono significato diverso negli Stati membri ed anche a causa della difficile catalogazione di un determinato comportamento contrastante le norme cui è assegnato un determinato tipo di rimedio. Ecco che interessi distinti siano accomunati dallo stesso rimedio ed interessi simili possono invece essere protetti da rimedi differenti. Pertanto una caratteristica essenziale dei rimedi è la flessibilità.

⁷⁶ Art. 66 cod. cons.

Tradizionalmente le tutele risarcitorie, restitutorie e soddisfattorie sono catalogate all'interno della prima categoria mentre nella seconda categoria s'intendono quelle forme di tutela che intendono compensare il danneggiato rispetto al pregiudizio.

Quindi per tutela risarcitoria s'intende quella contrattuale ex art 1218 del codice civile: "1 debitore che non esegue esattamente (2) la prestazione dovuta [1176, 1181] è tenuto al risarcimento del danno [1223 ss.], se non prova (3) che l'inadempimento o il ritardo (4) è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile [1221, 1229, 1257, 1307, 1557, 1558, 1673, 1693, 1821, 2740; 160 disp. trans.] (5) (6) ed extracontrattuale ex art 2043 del codice civile: "Qualunque fatto (3) doloso o colposo (4), che cagiona (5) ad altri un danno ingiusto (6), obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno" [2058] (7)".⁷⁷

Per tutela restitutoria s'intende quel tipo di tutela attraverso il quale si ristabilisce quanto detratto illegittimamente e pertanto tale tipo di tutela differisce dal risarcimento in quanto quest'ultimo non ripristina uno status precedente bensì neutralizza economicamente un danno. Infine per tutela soddisfattoria s'intende tutelare un interesse che è rimasto insoddisfatto in tutto o in parte.

In chiave funzionale all'interesse dei consumatori in relazione alla propria posizione di debolezza sul mercato si è diffuso nel tempo l'istituto della nullità del contratto. In particolare grande importanza in tali termini assume l'articolo 36 del Codice del consumo di cui già ne abbiamo ampiamente discusso in precedenza, che recita:

"1. Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto.

2. Sono nulle le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di:

- a) Escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista;
- b) Escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista;
- c) Prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto.

3. La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

4. Il venditore ha diritto di regresso nei confronti del fornitore per i danni che ha subito in conseguenza della declaratoria di nullità delle clausole dichiarate abusive.

5. E' nulla ogni clausola contrattuale che, prevedendo l'applicabilità al contratto di una legislazione di un Paese extracomunitario, abbia l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dal presente titolo, laddove il contratto presenti un collegamento più stretto con il territorio di uno Stato membro dell'Unione europea".

⁷⁷ Art. 1218 cod. civ.

Quindi nodo cruciale della trattazione è innanzitutto la nullità parziale ovvero il concetto secondo il quale la nullità invalida totalmente il contratto solo se determina uno ingiustificato squilibrio dei diritti e degli obblighi. Un secondo tema cruciale riguarda il potere di agire in giudizio per ottenere la nullità, il quale è solo di competenza del contraente nel cui interesse è posta la nullità del contratto. Tale tema ben si discorda dalla nullità assoluta del contratto prevista dall'articolo 1421 del codice civile: "Se la legge dispone diversamente si parla di nullità relativa.

(2) Si tratta della caratteristica dell'assolutezza della nullità la quale, se consente anche ai terzi di rilevare il vizio presuppone, comunque, un interesse del terzo, cioè un potenziale vantaggio per questi.

(3) Oltre alla caratteristica indicata dalla norma e da quelle enumerate negli articoli che seguono (1422, 1423, 1424 c.c.) l'azione di nullità è un'azione di mero accertamento in quanto il giudice si limita a rilevare il vizio, senza modificare la situazione giuridica esistente".⁷⁸

La nullità assume quindi un ruolo di equilibratore del mercato così da portare su una condizione di parità consumatore e professionista.

Private enforcement: tutele collettive

Gli interessi collettivi sono disciplinati dall'azione inibitoria, la quale è disciplinata dagli articoli 139 e 140 del codice del consumo.

L'azione inibitoria trova le sue fondamenta già all'interno del codice civile e precisamente all'articolo 1469 il quale statuiva che:

"Le associazioni rappresentative dei consumatori e dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, possono convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano o che raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività ai sensi del presente capo. L'inibitoria può essere concessa, quando ricorrono giusti motivi di urgenza, ai sensi degli articoli 669 bis e seguenti del codice di procedura civile. Il giudice può ordinare che il provvedimento sia pubblicato in uno o più giornali, di cui uno almeno a diffusione nazionale"⁷⁹, tale articolo è stato abrogato dall'articolo 142 del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, Codice del consumo.

Legittimati ad agire sono tutte quelle associazioni di consumatori e di utenti inserite nell'elenco di cui l'articolo 137 del codice del consumo e pertanto coloro in possesso dei seguenti requisiti:

"a) Avvenuta costituzione, per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, da almeno tre anni e possesso di uno statuto che sancisca un ordinamento a base democratica e preveda come scopo esclusivo la tutela dei consumatori e degli utenti, senza fine di lucro;

b) Tenuta di un elenco degli iscritti, aggiornato annualmente con l'indicazione delle quote versate direttamente all'associazione per gli scopi statutari;

⁷⁸ Art. 1421 cod. civ.

⁷⁹ Art. 1469 cod. civ.

c) Numero di iscritti non inferiore allo 0,5 per mille della popolazione nazionale e presenza sul territorio di almeno cinque regioni o province autonome, con un numero di iscritti non inferiore allo 0,2 per mille degli abitanti di ciascuna di esse, da certificare con dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà resa dal legale rappresentante dell'associazione con le modalità di cui agli articoli 46 e seguenti del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445;

d) Elaborazione di un bilancio annuale delle entrate e delle uscite con indicazione delle quote versate dagli associati e tenuta dei libri contabili, conformemente alle norme vigenti in materia di contabilità delle associazioni non riconosciute;

e) Svolgimento di un'attività continuativa nei tre anni precedenti;

f) Non avere i suoi rappresentanti legali subito alcuna condanna, passata in giudicato, in relazione all'attività dell'associazione medesima, e non rivestire i medesimi rappresentanti la qualifica di imprenditori o di amministratori di imprese di produzione e servizi in qualsiasi forma costituite, per gli stessi settori in cui opera l'associazione".⁸⁰

Tali soggetti sono legittimati ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori. Le finalità di tale intervento trovano diretta disciplina all'articolo 140 del codice del consumo comma 1. E' pertanto possibile usufruire di tale strumento di tutela al fine:

a) "Di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti;

b) Di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate;

c) Di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate."⁸¹

L'azione inibitoria a tutela del consumatore ha in comune con l'azione inibitoria individuale prevista nel codice la funzione preventiva ovvero il tentativo di impedire che l'illecito commesso possa verificarsi nel futuro, naturalmente invece la differenza sta nel fatto che l'azione promossa in esame è su istanza collettiva mentre quella esaminata è su istanza individuale.

Tale azione quindi non è volta limitare solo il fatto in essere bensì l'attività imprenditoriale ed in particolare tutta quella serie di atti volta a danneggiare il contraente debole, mediante l'imposizione di obblighi di fare e di non fare.

L'aver agito mediante l'azione collettiva non pregiudica al consumatore l'agire mediante azione individuale la quale è comunque garantita al consumatore.

In conclusione preme esaminare quali sono gli strumenti coercitivi utilizzati qualora l'imprenditore non osservi la pronuncia giudiziale, orbene per tal tipo di illecito è prevista espressa sanzione civile pecuniaria in rapporto alla gravità del fatto.

⁸⁰ Art. 137 cod. cons.

⁸¹ Art. 140 cod. cons.

Prima di ricorrere al giudice le associazioni possono ricorrere mediante la procedura di conciliazione dinanzi alle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura competente per territorio ed ad altri organismi di composizione extragiudiziale.

Tra le forme di tutela collettiva ritroviamo inoltre l'azione di classe di cui abbiamo già ampiamente parlato nei precedenti capitoli e che trova espressa formulazione nell'articolo 140 bis del codice del consumo.

Le tutele alternative

Le tutele alternative sono indicate con l'acronimo ADR (alternative dispute resolution), tali pratiche hanno come fine risolvere le controversie evitando il ricorso alla giustizia tradizionale ed in particolare il tentativo di trovare un accordo in grado di soddisfare entrambe le parti.

Tali tutele sono inoltre informali, flessibili e riservate. Esse infatti da un lato non sono composte da procedure rigide e rigorose bensì variabili. Inoltre vi è fatto divieto assoluto per le parti e terzi di riferire quanto avvenuto in tali sedi anche in un eventuale giudizio ordinario successivo.

Tali pratiche inoltre assicurano tempi brevi e costi ridotti. Tra i procedimenti più efficaci rientrano mediazione, arbitrato e conciliazione:

La mediazione è quell'attività attraverso il quale si cerca di facilitare l'accordo tra due contendenti, in tal caso una figura neutrale esterno alle parti li aiuta a comunicare grazie alle sue competenze e tecniche così da cercare di trovare un accordo non pregiudizievole per ambedue le parti.

La mediazione può essere di due tipi:

- 1) Facoltativa: in tal caso un terzo soggetto, il mediatore, aiuta le parti a raggiungere un accordo che tuteli i rispettivi interessi
- 2) Aggiudicativa: in tal caso il mediatore anche qualora non sia raggiunto un accordo comunque propone alle parti una soluzione conciliativa che poi le parti possono convenire oppure rifiutare e decidere di agire in altre sedi.

Per quanto riguarda invece i modelli di mediazione ne distinguiamo tre:

- 1) Obbligatoria: quando la mediazione risulta inevitabilmente una condizione necessaria al fine di avviare un processo.
- 2) Facoltativa: quando la mediazione non risulta condizione necessaria poiché è una scelta libera delle parti.
- 3) Demandata dal giudice: quando è quest'ultimo che invita le parti a risolvere tale conflitto dinanzi a organismi di conciliazione.

La mediazione trova conclusione con il rilascio di un verbale che attesta successo o fallimento della procedura. L'arbitrato è invece un metodo di risoluzione delle controversie in cui le parti si rivolgono nei confronti di uno o più soggetti privati, indipendenti e qualificati come parte terza.

Tale processo presenta l'indubbia caratteristica di essere poco costoso. Generalmente gli arbitri sono avvocati o professori di diritto e sono scelti a causa delle loro competenze. Le parti possono quindi scegliere un arbitro che le rappresenti, i due arbitri poi nomineranno un terzo in qualità di presidente del collegio. Se le parti sono

invece concordi possono decidere di affidare la controversia anche ad un solo arbitro. Le regole procedurali sono meno formali rispetto a quelle del processo ordinario.

Tale processo si conclude con una decisione detta “lodo arbitrale” che deve essere depositato entro 180 giorni dall'accettazione della nomina da parte dell'arbitro.

L'arbitrato e la mediazione condividono alcune finalità tra cui: l'accesso ad una giustizia a risultati concreti e il decongestionamento dei ruoli dei Tribunali.

Per quanto concerne le differenze tra arbitrato e mandato mentre nella disciplina dell'arbitrato è l'arbitro che prende la decisione finale, che le parti devono accettare come se fosse una decisione pronunciata dal giudice nella mediazione le parti possono partecipare direttamente al processo proteggendo e regolando i propri interessi. L'arbitro inoltre ha conoscenze in materia legale mentre il mediatore le ha in ambito sociologico ovvero nella capacità di far venire incontro le parti verso una soluzione di comune accordo, quindi l'arbitrato ha procedure più rigide rispetto alla mediazione.

La conciliazione è un processo attraverso il quale una terza persona tenta di confrontare i punti di vista delle parti e cercare di trovare una soluzione al conflitto, tale ruolo è rivestito non da un'Autorità decisionale ma da un soggetto gradito da ambedue le parti, che li aiuta a trovare una soluzione comoda per entrambe le parti.

Quindi la conciliazione tende a soddisfare interessi di portata generale con vantaggio per la collettività, tale concetto è stato ribadito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 276 del 13 luglio del 2000.⁸² Tale disciplina è tipicamente impiegata nelle controversie in materia di lavoro e di tutela dei consumatori, anche se può essere attuata in qualunque tipo di lite.

Il conciliatore a differenza del mediatore esercita un ruolo più diretto nella risoluzione della controversia consigliando quindi le parti e non mantenendo caratteristiche di neutralità ed imparzialità tipiche del mediatore.

Inoltre mentre la conciliazione tenta di chiudere la lite sul nascere la mediazione così come l'arbitrato entra in gioco nel momento in cui via sia una controversia concreta già sorta.

Infine un altro istituto meritevole di attenzione è quello riguardante la negoziazione assistita ovvero quell'accordo mediante il quale le parti s'impegnano a risolvere in modo amichevole la controversia con l'aiuto di avvocati.

La convenzione di negoziazione deve essere redatta in forma scritta con l'aiuto di avvocati e deve contenere il termine concordato dalle parti e l'oggetto della controversia.

Gli organismi ADR hanno comunque degli obblighi da rispettare che trovano espressa elencazione all'articolo 141 bis del codice del consumo:

“1. E' fatto obbligo agli organismi ADR di:

a) Mantenere un sito web aggiornato che fornisca alle parti un facile accesso alle informazioni concernenti il funzionamento della procedura ADR e che consenta ai consumatori di presentare la domanda e la documentazione di supporto necessaria in via telematica;

⁸² Corte Costituzionale sent. n. 276 del 13 luglio del 2000

- b) Mettere a disposizione delle parti, su richiesta delle stesse, le informazioni di cui alla lettera a), su un supporto durevole, così come definito dall'articolo 45, comma 1, lettera l);
- c) Consentire al consumatore la possibilità, ove applicabile, di presentare la domanda anche in modalità diverse da quella telematica;
- d) Consentire lo scambio di informazioni tra le parti per via elettronica o, se applicabile, attraverso i servizi postali;
- e) Accettare sia le controversie nazionali sia quelle transfrontaliere, comprese le controversie oggetto del regolamento (UE) n. 524/2013, anche attraverso il ricorso a reti di organismi ADR;
- f) Adottare i provvedimenti necessari a garantire che il trattamento dei dati personali avvenga nel rispetto delle regole di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e successive modificazioni.”

Inoltre gli organismi possono anche decidere di rifiutare il trattamento di una controversia se il consumatore non ha tentato di risolvere la questione con il professionista, la controversia non ha motivo di esistere, la controversia è già oggetto di analisi da parte di un altro organismo ADR o da un altro organo giurisprudenziale, la controversia a causa del piccolo valore in termini di denaro può essere annoverata tra i reclami, la domanda non è stata inviata nei termini prestabiliti, il trattamento di tale controversie può nuocere sul funzionamento efficiente dell'ADR.

Qualora l'ADR non è in grado di prendere determinate decisioni fornisce spiegazione motivata alle parti entro ventuno giorni da quando è stata ricevuta la domanda.

Gli organismi di ADR devono inoltre essere composti da persone competenti e quindi sia da un punto di vista procedurale che da un punto di vista relativo alla formazione, inoltre devono essere nominate per un incarico di durata sufficiente a portare a conclusione l'incarico assegnato, nonché indipendenti dalle parti in causa e pertanto in grado di agire in modo oggettivo, retribuiti inoltre indipendentemente dall'esito della procedura.

Nel caso in cui si generano conflitti d'interessi o se le parti non sono soddisfatte delle prestazioni o della procedura l'ADR deve sostituire la persona fisica interessata incaricando quindi un'altra persona oppure proporre alle parti un altro organismo ADR competente.

Le parti inoltre sempre secondo l'articolo 141 comma 6 possono in qualsiasi momento ritirarsi dalla procedura ADR.

Inoltre coloro i quali sono incaricati della risoluzione delle controversie devono far parte di una commissione paritetica e devono favorire una procedura trasparente.

Proprio a tal fine l'articolo 41 *ter* alla lettera c e d precisa che:

- c) “E' fatto obbligo al rappresentante delle associazioni dei consumatori e degli utenti, di cui all'articolo 137, di non avere alcun rapporto lavorativo con il professionista, con un'organizzazione professionale o un'associazione di imprese di cui il professionista sia membro, per l'intera durata dell'incarico e per un periodo di tre anni decorrenti dalla cessazione del proprio incarico nell'organismo ADR, né di avere contributi finanziari diretti da parte degli stessi; gli eventuali contributi erogati dal professionista o dall'organizzazione professionale o dall'associazione di imprese di cui il professionista fa parte, quale parziale rimborso

all'associazione dei consumatori per gli oneri sostenuti per prestare assistenza gratuita al consumatore nella procedura ADR, devono essere erogati in modo trasparente, informandone l'Autorità competente o secondo le procedure dalla stessa stabilite;

d) E' fatto, altresì, obbligo al rappresentante del professionista, se tale rapporto lavorativo non era già in corso al momento di conferimento dell'incarico, di non avere alcun rapporto lavorativo con il professionista, con un'organizzazione professionale o un'associazione di imprese di cui il professionista sia membro, per un periodo di tre anni decorrenti dalla cessazione del proprio incarico nell'organismo ADR”;⁸³

Infine proprio ai fini di efficienza, trasparenza, equità e libertà tutte le informazioni degli organismi ADR devono essere rese disponibili on-line ed in particolare mediante: indirizzo postale ed elettronico, competenza, imparzialità ed indipendenza della persone fisiche incaricate, settore di competenza, valore della controversia, lingue nelle quali possono essere presentati i reclami, codici di condotta, possibilità di ritirarsi dalla procedura, eventuali costi aggiuntivi, durata media della procedura, esito della procedura, relazioni annuali, raccomandazioni, percentuale di controversie rifiutate, soluzioni proposte, percentuali delle procedure interrotte, eventuali cooperazioni.

Le procedure ADR devono inoltre essere facilmente accessibili e disponibili on-line, essere gratuite o presentare costi minimi, consentire la partecipazione delle parti, concludersi entro novanta giorni dalla data di ricevimento del fascicolo completo, termine che può essere prorogato di novanta giorni, in tal caso comunque l'ADR deve informare le parti della proroga.

Inoltre le parti devono poter esprimere la loro opinione ed essere informate ed adeguatamente rappresentate ed assistite nonché informate per iscritto sull'esito della pratica.

Nell'ipotesi di procedure ADR volte a risolvere controversie proponendo una soluzione, gli organismi ADR garantiscono che le parti possano ritirarsi in qualunque momento, la partecipazione alla procedura comunque non preclude la possibilità di agire giudizialmente per avere il risarcimento del danno, le parti abbiano inoltre un periodo ragionevole per effettuare le decisioni.

Tutte le informazioni devono essere fornite in modo chiaro e comprensibile, inoltre la pubblicazione delle informazioni accessibili ai consumatori è on-line.

Un altro tema notevolmente discusso è quello relativo la cooperazione, orbene in tal caso le Autorità competenti incoraggiano la cooperazione tra Autorità nazionali ed organismi ADR nel rispetto delle norme e dei dati personali. Come già detto in precedenza gli organismi ADR sono sottoposti al segreto d'ufficio ed altri vincoli di riservatezza.

Inoltre il legislatore ha deciso di dedicare l'articolo 141 octies del codice del consumo facendo una vera e propria elencazioni delle Autorità competenti ed in particolare: “Il Ministero della giustizia unitamente al Ministero dello sviluppo economico per quanto riguarda il registro degli organismi di mediazione relativo alla materia del consumo, di cui all'articolo 16, commi 2 e 4, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28; b)la Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB), di cui all'articolo 1 della legge 7 giugno 1974,

⁸³ Art. 141 cod. cons.

n. 216, con riferimento ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie disciplinati ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, e dei regolamenti attuativi, e con oneri a carico delle risorse di cui all'articolo 40, comma 3, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, e successive modificazioni, nonché dei soggetti che si avvalgono delle procedure medesime; c) Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (AEEGSI), di cui all'articolo 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481, per il settore di competenza; d) Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), di cui all'articolo 1 della legge 31 luglio 1997, n. 249, per il settore di competenza; e) Banca d'Italia, con riferimento ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie disciplinati ai sensi dell'articolo 128-*bis* del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385; f) altre Autorità amministrative indipendenti, di regolazione di specifici settori, ove disciplinino specifiche procedure ADR secondo le proprie competenze; g) Ministero dello sviluppo economico, con riferimento alle negoziazioni paritetiche di cui all'articolo 141-ter relative ai settori non regolamentati o per i quali le relative Autorità indipendenti di regolazione non applicano o non adottano specifiche disposizioni, nonché con riferimento agli organismi di conciliazione istituiti ai sensi dell'articolo 2, comma 2, lettera g) e comma 4, della legge 29 dicembre 1993, n. 580, limitatamente alle controversie tra consumatori e professionisti, non rientranti nell'elenco di cui alla lettera a)''.

In particolare per quanto riguarda il Ministero dello sviluppo economico esso raffigura un punto di contatto con la commissione Europea.

Tutti gli organismi che vogliono essere considerati organismi ADR devono presentare domanda di iscrizione contenente:

- 1) Nome o denominazione, indirizzo sito web;
- 2) Informazioni a riguarda di struttura e finanziamento, nonché le informazione sulle persone fisiche incaricate, retribuzioni
- 3) Norme procedurali;
- 4) Tariffe;
- 5) Durata media delle procedure di risoluzione delle controversie;
- 6) La lingua o le lingue in cui possono essere presentati i reclami e in cui viene svolta la procedura di risoluzione delle controversie;
- 7) Una dichiarazione relativa a quali sono i tipi di controversie trattate
- 8) Eventuali motivi di rifiuto relativi al trattare una determinata controversia

In caso di modifica da parte di tali informazione, le Autorità competenti dovranno esserne prontamente informate, devono inoltre provare i propri requisiti di indipendenza e trasparenza.

Inoltre ogni due anni gli organismi ADR devono trasmettere informazioni a riguardo di:

- 1) Numero di reclami affrontati ed argomenti al quale si riferiscono
- 2) Tempo medio per la risoluzione delle controversie
- 3) Problematiche sistematiche che causano controversie tra consumatori e professionisti
- 4) Valutazione della cooperazione con altri organismi ADR

L'elenco degli organismi ADR deputati a gestire controversie nazionali e transfrontaliere è istituito presso ciascuna Autorità competente. Le Autorità competenti definiscono il procedimento per l'iscrizione e verifica e il rispetto di requisiti quali: stabilità, efficienza, imparzialità, rispetto del principio di tendenziale non onerosità, del servizio.

Le Autorità competenti possono anche sospendere e nei casi più gravi cancellare gli organismi ADR. Le Autorità competente infatti se si accorgono che un organismo ADR non soddisfi più determinati requisiti possono invitarlo ad ovviare e se entro tre mesi i problemi non sono risolti procedono alla definitiva cancellazione.

L'Autorità competente cancella dall'elenco L'organismo ADR e comunica le informazioni al Ministero dello sviluppo economico poiché quest'ultimo come abbiamo detto in precedenza è il punto di contatto unico con la commissione europea.

Inoltre entro il 9 Luglio 2018 e successivamente ogni quattro anni il Ministero dello sviluppo economico trasmette una relazione sullo sviluppo e sul funzionamento degli organismi ADR previsti in Italia. Tale relazione può essere identificata come la prospettiva futura più importante in relazione a tali organismi ADR.

In particolare tale relazione:

- 1) Identifica quali sono le migliori prassi operative: in tal modo esse vengono premiate a sconto di quelle che invece funzionano peggio.
- 2) Sottolinea le insufficienze che ostacolano il funzionamento degli organismi ADR cosicché esse siano superate.
- 3) Elabora raccomandazione su come migliorare l'efficacia e l'efficienza del funzionamento degli organismi ADR

In conclusione, tali tipi di organismi essendo molto veloci ed a costi contenuti sono diventati sempre più uno strumento di tutela affidabile, non pregiudicando inoltre un intervento giudiziario al fine di chiedere il risarcimento del danno.

Bibliografia:

Istituzioni di Diritto Privato a cura di R. Carleo, S. Martuccelli e S. Ruperto

Manuale di Diritto Privato a cura di A. Torrente e P. Schlesinger

L. Rossi Carleo, Diritto dei consumi. Soggetti, atti, attività, enforcement, Torino, 2015

Enciclopedia Treccani R. Carleo, voce Codici di settore

Enciclopedia Treccani S. Martuccelli, voce Diritto dei consumi

G. Alpa il Diritto dei Consumatori

Senato.it - La Costituzione

Codice del consumo

Codice civile - Brocardi.it

Conciliazione, Mediazione, Arbitrato: significato e differenza

Arbitrato, mediazione e le altre forme di risoluzione dei conflitti ADR

Arbitrato, Mediazione e Conciliazione - Bridge Mediation Italia

Rafforzata la tutela delle microimprese da prassi commerciali scorrette ...

Newsmercati: Pratiche commerciali scorrette e microimprese

Contratti: controllo sulle clausole vessatorie: Camera di commercio ...

Direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 05/04/1993:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A31993L0013>

Codice del consumo, D.Lgs 06/09/2005 n° 206, G.U. 08/10/2005:

<http://www.agcm.it/consumatore/consumatore-competenza/4524-decreto-legislativo-6-settembre-2005-n-206-codice-del-consumo.html>

DPR 24/05/1988, n. 224 Art. 1 co. 1:

https://www.arpae.it/cms3/documenti/acqua/dpr88_236.pdf

Direttiva 85/374/CEE del Consiglio del 25 luglio 1985:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A31985L0374>

Direttiva 84/450/CEE del Consiglio del 10 settembre 1984:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A31984L0450>

Direttiva 97/55/CEE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 06 ottobre 1997:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A31997L0055>

Direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A31993L0013>

Direttiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:011:0004:0017:it:PDF>

Corte di Giustizia dell'Unione Europea sent. 20/01/2005:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d6b3254629a10f48c2a68e9fee14844577.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMa3r0?text=&docid=49857&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=84025>

Corte di Giustizia dell'Unione Europea sez. III, sent. 25/01/2018:

http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/17/0000079826/Corte_di_Giustizia_UE_Terza_Sezione_sentenza_25_gennaio_2018_causa_C_498_16.html

Sentenza del 20 gennaio 2005 sez. II, Gruber, C 464/01, EU:C:2005:32, punto 39:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=49857&doclang=IT>

Sentenze del 3 luglio 1997, Benincasa, C 269/95. EU: C:1997:337, punto 16, e del 20 gennaio 2005, Gruber, C 464/01, EU:C:2005:32, punto 36:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198764&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=824300>

Corte di Giustizia dell'Unione Europea sez III, sent. 25/01/2018:

http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/17/0000079826/Corte_di_Giustizia_UE_Terza_Sezione_sentenza_25_gennaio_2018_causa_C_498_16.html

Sentenza Cassazione Civile Sez VI del 12/02/2018 n. 3007:

<http://www.movimentoforense.it/redazione/2018/02/13/rassegna-di-giurisprudenza-n-2018/>

Legge n. 281 del 30 luglio 1998:

<http://www.camera.it/parlam/leggi/982811.htm>

Giurdanella.it: la class action amministrativa:

<https://www.giurdanella.it/tag/class-action-amministrativa/>

Direttiva n. 83/2011/UE:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:it:PDF>

Direttiva 2005/29/CE del Parlamento del Consiglio:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32005L0029>

Direttiva 2001/95/CE:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:011:0004:0017:it:PDF>

Decisione CE 768\2008:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32008D0768>

Regolamento CE n. 746/2008 della Commissione del 17 giugno 2008:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32008R0746>

Corte Costituzionale sent. n. 276 del 13 luglio del 2000:

<http://www.giurcost.org/decisioni/2000/0276s-00.html>

Sentenza Cassazione Civile sez. VI 12 febbraio 2018 n. 3307:

<https://www.miolegale.it/sentenze/cassazione-civile-vi-3307-2018/>

Corte di Giustizia U.E., III sez., sentenza 25 gennaio 2018, causa C-498/16:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0498>

Direttiva 2005/29/CE:

DIRETTIVA 2005/29/CE: LE PRATICHE COMMERCIALI SLEALI TRA ...

Decreto Legge 24 gennaio 2012:

<http://www.gazzettaufficiale.it/gunewsletter/dettaglio.jsp?service=1&datagu=2012-01-24&task=dettaglio&numgu=19&redaz=012G0009&tmstp=1327500624126>

Decreto Legislativo 2 agosto 2007 n. 145:

Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 145 - Pubblicità ingannevole

Direttiva 92/ 59/CEE del Consiglio del 29 giugno 1992:

<https://publications.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/ed2b711d-fc76-4e50-b3b5-ca17620742d4/language-it>

Regolamento (CE) N. 765/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 9 luglio 2008:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32008R0765>

L. 192/98

<http://www.camera.it/parlam/leggi/981921.htm>